El concepto de pena, ¿un aspecto incontrovertido en su teoría?

Por Gabriel Rodríguez Pérez de Agreda

<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,627,0,0,1,0>

Sumario: I- Introducción. II El Concepto. 2-1 El bien jurídico, 2-2 La culpabilidad, 2-3 La prevención. III Bibliografía.

I- Introducción:

Bajo el término general "Teoría de la pena" la dogmática penal engloba y debate tradicionalmente tres cuestiones relacionadas con la pena: su concepto, su fin y su justificación[2], pero de ellos, el más controvertido es, sin dudas, el tema de los fines de la pena[3] a tal punto que llevó a la escisión de los tratadistas en diferentes tendencias (retribución vs. prevención; prevención general vs. prevención especial; prevención general negativa vs. prevención general positiva, etc.) sin que alguno de ellos pueda erigirse con argumentos suficientes que deje zanjado de una vez y por todas los enconados debates; por otra parte, ninguno alcanza su verificación o comprobación en la práctica social en razón a que, por ejemplo: la concepción retributiva se contrapone a la naturaleza misma del hombre como ser social: actuar siempre con arreglo a fines u objetivos útiles a sí mismo (lo cual no significa que siempre "en la práctica los resultados sean útiles", pero, todo actuar humano parte de una necesidad a solucionar en consecuencia ese "resultado previsto en la cabeza del hombre es un resultado útil" lo que no siempre esa necesidad coincide con la necesidad del desarrollo social de la humanidad en sentido general); es imposible que exista una sola institución creada por el hombre que no responda a un fin determinado, fundado por sus propias necesidades o que tenga como único y simple propósito producir un mal por el mero hecho de que exista un mal precedente; la concepción preventiva por su parte, en su versión preventivo-especial, buscando la resocialización del transgresor entró en descrédito frente a la desocialización que generan la gran mayoría de las cárceles hacinadas y su versión preventivo-general, que propone aumentar la pena ante el incremento del delito, en la práctica han acarreado más problemas de saturación del sistema penal que el desaliento a la trasgresión penal.

Soy de la opinión que el origen de tales controversias abstractas y errores práctico con la pena obedece, entre otras razones, a una conformación errada del concepto de pena, en no tener una idea clara o terminada de ¿qué es la pena en sí? El hombre únicamente puede dominar la realidad que le rodea y hacerla actuar con arreglo a sus necesidades cuando tiene una idea (un concepto que es la forma en que se refleja esa realidad en la conciencia) lo mas exacta posible de la esencia de esa realidad; si no sabemos o tenemos una idea tergiversada de un objeto o fenómeno de la realidad no seremos libre de hacerlos actuar con arreglo a nuestras necesidades[4]; nuestro desconocimiento nos hace esclavo de esa realidad que se impone con arreglo a sus leyes; como advirtió Kopnin, "El hombre necesita conocer las leyes de la naturaleza y de la sociedad para que

su actividad práctica sea eficiente... El conocimiento de la ley, de la esencia de los fenómenos se manifiesta en forma de conceptos..."[5]. La realidad existe o se refleja en la conciencia en forma de concepto, con lo cual un concepto no es algo intrascendente, sino, por el contrario, la base misma de la libertad del hombre frente al "ser"

Por esas razones, elegimos el concepto de pena como el objeto de nuestro análisis. Sabemos que un estudio que pretenda abarcar toda la problemática que engloba este "pacífico" tema nos obligaría a comenzar por una concienzuda mirada al concepto en sí, a su papel en las ciencias, a su conformación, a su naturaleza particular (ciencias naturales o ciencias sociales), etc. pero una empresa tal rebasa las propuestas de un artículo, no obstante, en aras de la claridad en lo que abordamos, haremos giros puntuales al problema de los conceptos en sí.

II- El concepto

Partimos por entender, primero, que los conceptos son el fruto y reflejos de un devenir histórico concreto, en consecuencia, para comprenderlos en toda su profundidad, deben ser expuestos en este acontecer; segundo, que cuando atienden aspectos generales del ser social (como es la pena), se nutren o conforman a partir de la interpretación de la experiencia en la práctica social[6] no de referentes empíricos como erróneamente pretende la concepción positivista de la sociedad[7], tercero, que lo social es un fenómeno complejo o un todo, en consecuencia, se ha de viajar en el pensamiento abstracto desde la determinación de cada una de sus partes a la totalidad concreta pensada (al modo de Hegel y Marx) y de esta a la realidad conocida, teniendo en cuenta que ese ser social solo existe dividido en un momento del pensamiento abstracto, pero, en la realidad, lo que existe es el todo o la totalidad[8], por último, que un concepto vale sólo en la medida que se refrende o compruebe en la actividad práctica social, un concepto que no se valide allí es meramente una especulación sin sentido alguno, pues todo cuando definimos tiene como propósito dominar la realidad y ello solo es posible en la actividad, en la práctica.

El análisis de nuestro concepto (en el devenir histórico) vamos a hacerlo desde la aparición del capitalismo para acá; la elección del período histórico obedece a dos razones fundamentales; primera, es cierto que con anterioridad a esta etapa hubo un indiscutible desarrollo del pensamiento -sobre todo en mundo greco-latino-, pero ese saber era ingenuo por razones puramente objetivas: la sociedad, como objeto del conocimiento, enmarañada en una madeja de contradicciones propias del momento histórico, le impedía a los estudiosos llegar a la esencia de sus fenómenos; no es hasta la llegada del capitalismo en que, simplificada, revela de una manera más clara los nexos que rigen su desarrollo[9], segunda, si bien fue cierto ese desarrollo del pensamiento en el mundo antiguo, con el advenimiento del feudalismo, el conocimiento se sumergió en la escolástica lastrada por la fe divina y absolutamente contraria a revelar la esencia de los fenómenos sociales -no sólo desapareció la necesidad de conocer esa esencia, sino que había una fervientemente oposición a ello-, con el advenimiento del capitalismo estas condiciones

cambian, se imponen entonces la férrea e imperiosa necesidad de revelar la esencia de los fenómenos sociales. Se daba allí, al unísono, la posibilidad objetiva de saber y la necesidad de conocer, Carrara, aun cuando no dominó tales razones materiales, al apreciar el desarrollo de la ciencia penal en su época afirmó: "También, aun en la antigüedad, no faltaron filósofos que, en tanto que los pueblos obedecían en el castigo el sentimiento de la venganza, buscaran una razón más elevada y verdadera que la de un sentimiento feroz y vicioso. Pero estas ideas no fueron más que fulgores pasajeros; era al siglo XVIII a quien estaba reservado organizar el derecho penal en una teoría filosóficamente especial." [10]

Una vez definido el período histórico, haremos al análisis Histórico-lógico [11] a través del estudio de la obra de varios autores seleccionado -por su época y representación de una corriente determinada del pensamiento-, a partir de la obra del profesor Renén Quirós Pérez: "El pensamiento jurídico-penal burgués: exposición y crítica" [12] en la cual, justamente, este autor recrea toda esta fase de la historia del pensamiento penal, pero no amontonándola cronológicamente sino con su singular vínculo a una corriente del pensamiento determinado que dan soporte necesario a los conceptos de la ciencia.

Analizaremos total y directamente la obra de cada uno de los autores seleccionados, total y no únicamente sus definiciones sobre la pena, pues, como se verá, el concepto no es simple, en él se mezclan -tenga o no conciencia el pensador en sí- otras categorías, así como tendencias filosóficas, contexto histórico, entre otras tantas condiciones que determinan su idea de la pena, que, apreciadas todas, irán conformando el concepto de pena. Directamente pues este análisis sólo se puede realizar sin intermediaciones sobre la obra de cada autor en concreto, ya que, al tomar sus ideas de referencia en la obra de otros pensadores es apreciarlas mediatizadas o tergiversadas por los juicios de éstos. Los conceptos sociales son particularmente sensibles a la corriente ideológica que soporte al que los interprete [13], por ello, para evitar tergiversaciones, se debe tomar la fuente original.

Iniciamos en Cesare Bonesana, marqués Beccaria (1739 – 1794). A finales del siglo XVIII la decadente monarquía absolutista emprendía la más cruenta de las campañas contra sus enemigos políticos, empleándose, en el terreno del Derecho penal, las más crueles e inhumanas de las penas [14]. En el orden teórico se expandían las ideas de, entre otros, Rousseau y Montesquieu [15]. Este fue el escenario histórico y teórico que llevaron a Beccaria, a escribir su obra "De los Delitos y las Penas". Como advierte Quirós Pérez [16], se está ante uno de los representantes más destacado del contractualismo en el campo del Derecho; su obra no podemos calificarla como un tratado o un análisis teórico del Derecho penal; de hecho, en ella no encontraremos una definición concreta de pena pues no era su propósito. Tal creación es, esencialmente, un ensayo crítico social [17] de ese mundo de crueldad penal que le rodeó. Su mejor aporte es, sin dudas, la vivencia práctica, la valoración de la experiencia social, materia

prima imprescindible en la conformación de los conceptos de las ciencias sociales o históricas, modo en que más adelante la tomaremos.

Las contribuciones fundamentales de este autor a la teoría de la pena fueron: primero, considerar que no tiene como fin la represión, la expiación de una culpa, ni un medio para atemorizar, sino, simplemente un contra-motivo[18], señalamiento que, con otros términos pero con igual significación, hiciera, años más tarde, Carrara[19]; segundo, concibió, en esa temprana fecha, que la proporción entre delito y pena está en el bien público[20] -se adelantó aquí a muchos pensadores que le sucedieron- negando, atinadamente, se tomaran en cuenta para la medida de la pena criterios religiosos, morales o de otra índole, relativo a la personalidad del transgresor[21]; y, por último, tal vez el más importante y que ha trascendido en la historia, muy relacionado con los aportes antes señalados, es que advirtió, de manera muy clara, que la prevención de los delitos no estaba en la severidad de la pena sino en la pena proporcional[22], pronta[23] e inevitable[24], afirmaciones que la historia, en su devenir, se ha encargado de corroborar[25].

A finales del siglo XVIII y principios del XIX, al tiempo que en Inglaterra y Francia la burguesía había triunfado y se instauraban como potencias capitalistas, en Alemania la clase feudal era aún muy fuerte, mientras su contraria, la burguesía, se presentaba débil, insegura, dada así a los pactos y concesiones con su contraria; la ideología que emanaba de ese contexto no podía estar menos comprometida con ese estado de cosas. Este fue el ambiente histórico donde nació la llamada Filosofía Clásica Alemana, la que, si bien padeció esos males, no se puede negar su trascendental impacto en el conocimiento humano; en ella se resumió todo el conocimiento filosófico precedente y se elevó a un peldaño superior[26]; de allí su carácter de "Clásica", de esta tendencia son conspicuos representantes Immanuel Kant y G.W.F. Hegel.

Immanuel Kant (1724 – 1804), estimado como uno de los principales representantes de la concepción retributiva o absoluta de la pena, debe significarse que no fue un estudioso del Derecho penal, de hecho, su concepción sobre la pena la brinda en una de sus obras finales, La Metafísica de las costumbres, y sólo como un tema relacionado con el objeto de su análisis en ese instante –el Derecho a la Gracia del soberano de un Estado-[27] A pesar de ello, es de indiscutible trascendencia al objeto de nuestro análisis.

Este autor afirmó que la pena carece de fines, ella es, simplemente, un "imperativo categórico"[28] el cual, únicamente, debe cumplirse[29] (hasta aquí, una verdad relativa, corroborada en la práctica social que advierte: lo que trasciende fundamentalmente de un castigo a la sociedad es su inevitabilidad no su magnitud), pero cuando Kant intentó explicar la proporción entre delito y pena propuso como único rasero la ley del talión[30], resultando allí un retribucionista puro; no obstante, hay dos afirmaciones suyas que trascienden al concepto de la pena: primero, como acabamos de señalar, ella ha de cumplirse inexorablemente[31], o sea que, la inevitabilidad del castigo es esencial a él, le conforma en su carácter de tal, y, segundo,

advierte: "...el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real." [32] Esta correcta afirmación niega el fundamento esencial de las llamadas teorías de la prevención general -particularmente la prevención general positiva-, para las cuales el hombre es poco más que un objeto o instrumento del Derecho penal cuyo castigo se emplea para mantener o lograr la estabilidad social.

G. W. F. Hegel (1770 – 1831), como su predecesor, Kant, a pesar de su indiscutible trascendencia en la teoría de la pena, tampoco tomó el Derecho Penal como el centro de sus análisis; su objeto de estudio fue el Concepto general de Derecho [33] a partir del cual analiza a la pena como una de sus partes.

Hegel, al exponer el concepto que nos ocupa, no resulta fácil de entender; primero, por su forma singularmente compleja de escribir; segundo, lo breve que resulta éste en su obra; y tercero, porque es absolutamente imposible entender un tema de su análisis si antes no nos situamos en la cualidad esencial del pensamiento de este autor: analizar el todo, con lo cual una vez que un detalle o un concepto es aislado de su pensamiento total pierde todo sentido. Analizar su criterio sobre un aspecto o un fenómeno a partir de una frase o un grupo de ellas, sin ver los vínculos con el resto de su obra es, en su caso (como es en Marx, Engels y Lenin), un error insalvable, que no sólo tergiversa su contenido, sino, que impide ver todo el fenómeno objeto de su estudio y la riqueza de sus revelaciones sobre el mismo. Tal vez es ese el mal que gravita en muchos análisis de su concepción de la pena al resumirla sólo en su frase: "la vulneración de esta voluntad en cuanto existente es la anulación del delito, que de otro modo sería válido; es el restablecimiento del Derecho" [34], sobre este último detalle regresaremos luego.

Varios son los aportes hegelianos al concepto de pena, primero, define que una cosa es la pena como esencia, como concepto [35] y otra bien distinta es su manifestación fenoménica [36] como un tipo de pena (pena de muerte, privación de libertad, multa); segundo, el Derecho es un todo del cual la pena es una de sus partes, consecuentemente, en ella se pueden advertir características propias -por ejemplo: es una restricción de bienes al sancionado- pero su esencia la adquiere en, y a través, del todo (el Derecho penal), fuera del cual es únicamente violencia, por ello afirma que la pena carece de fines propios o aislados, quien los posee, en realidad, es el Derecho. Asevera que la pena al establecerse en la norma y aplicarse ante la trasgresión, sólo expresa la esencia coactiva o impositiva del todo (el Derecho) [37], por otra parte, esclarece que eso no impide que, en el castigo concreto, ante la trasgresión concreta en que toma forma la pena (privación de libertad, multa, etc.), se aprecien razones preventivas [38], en otras palabras, una cosa es la esencia de la pena dada en ser una parte del Derecho, como su expresión coactiva, y otra cosa es su contenido concreto (la vida, la libertad, el patrimonio) y su medida (pena de muerte, prisión perpetua o temporal, multa.)

Solucionó el error de ponderación o proporcionalidad en que incurrió Kant, al plantear que entre pena y delito no existían correspondencias materiales sino axiológicas [39], justamente, el

fundamento conceptual a partir del cual hoy se puede establecer la proporcionalidad entre el bien jurídico protegido por la norma penal y el tipo y medida de la pena a imponer.

Por último, solucionó la controversia de las llamadas antinomias en los fines de la pena[40], pues, para Hegel, no podía existir una separación entre el transgresor y la sociedad[41], error en que incurren las llamadas teorías preventivas o utilitarias de la pena que absolutizan o al individuo (en prevención especial), o, a la sociedad (en prevención general) sin entender que no existe una contradicción absoluta entre uno y la otra, en consecuencia, existe, únicamente, prevención que atañe e integra tanto al transgresor como a la sociedad, sin que se puedan separar.

En el siglo XIX confluyen toda una gama de tendencias jusfilosófica absolutamente dispares (el Romanticismo jurídico, el Utilitarismo, el Positivismo el Irracionalismo, entre otros[42]) corrientes que se dan un tanto híbridas en la obra de Francisco Carrara (1805-1888), en quien se percibe a un iusnaturalista místico-religioso[43], pensamiento que determina su concepción sobre el Derecho penal y, en consecuencia, sobre la pena en sí; pero, a diferencia de los autores antes analizados, ahora sí estamos ante un estudioso del Derecho penal[44]

Según Carrara, el orden social estaba dispuesto por Dios a través de la ley moral, la cual, por falta de capacidad plena para dominar, requería el auxilio del Derecho, el que, por una parte, establecía en las prohibiciones las conductas que no debían realizarse en razón de su dañosidad a los derechos subjetivos reconocidos por la ley moral, y, por otra, independiente de esas prohibiciones, la pena venía a restablecer el orden impuesto por la moral y quebrantado por el delito. Esta escisión entre prohibición y pena le llevan a concluir: "...yo defino la pena un mal infligido por los Magistrados, conforme a la ley del Estado, a aquellos que han sido en debida forma reconocidos culpables de un delito." [45] Adviértase que pena, primero, es un mal -aunque no define en qué consiste ese mal- segundo, no es la que se establece en la ley -aún cuando reconoce su existencia-, sino la que se impone por el juez, o sea, pena es, como antes referimos, la que viene a restablecer el orden moral quebrantado por el delito.

Ahora, si nos quedamos en esa definición no podremos apreciar la noción real que, de la pena, tenía este autor; pues, resulta trascendente a este aspecto su concepción sobre los fines del castigo, de los cuales advirtió que: no es, ni la modificación de la conciencia del sancionado, ni la intimidación de los restantes miembros de la sociedad, es -como antes afirmó Beccaria-, solamente, una advertencia que la ley tiene que cumplirse y se cumple; afirmó, además, que no es determinante la severidad de la pena sino -de igual forma que el referido Marqués- su certeza e inmediatez[46]

Hay otro detalle importante del pensamiento carrariano cuando aludió a la proporcionalidad del castigo a imponer, donde planteó que la pena, como mal, ha de ser proporcional a la gravedad del delito[47] y a las pasiones de su autor[48], fue un atisbo genial a lo que hoy determina -según una parte importante de la doctrina- la medida de la pena: el injusto y la culpabilidad;

ciertamente, lo hizo de forma rudimentaria y abstracta, pero es la consecuencia objetiva del momento histórico que le tocó vivir; por una parte, el bien jurídico, como concepto, era aún muy incipiente[49], por ello hablaba de la gravedad del delito sin concretar de dónde provenía esa gravedad, qué definía esa gravedad en sí, por otra parte, la culpabilidad sólo existía como algo que limitaba la imposición de la pena (lo que en nuestros días se denomina "culpabilidad como principio limitador" diferenciada de "culpabilidad como categoría sistemática") pero no había sido definida aún, en consecuencia, únicamente funcionaba como presupuesto de la pena no como su medida[50], sin embargo, advirtió la necesidad de valorar en la medida de la pena la pasión, es decir, lo que subjetivamente movía al autor.

Además de ese contexto histórico que le tocó vivir, tenía que ser consecuente con su concepción del delito, para él un ente abstracto[51], en correspondencia la pena no podía ser otra cosa que un ente inconcreto en su contenido y medida. No le estaba dado, por todo lo anterior, definir el contenido y medida precisa de la pena, pero, su genialidad fue advertir, difusamente, qué contiene y los nexos dialécticos que determinan su medida, por un lado, el objeto del delito específicamente protegido y dañado, y, por otro, a la participación o aporte subjetivo del autor al hecho.

Como otra de las tantas corrientes jusfilosóficas del siglo XIX está el Positivismo, que "exporta" a las ciencias sociales el "paradigma" de las ciencias naturales, ello trajo al pensamiento penal una concepción ontológico-natural del delito[52] que determinó todo el sistema de conceptos relacionados con él. Por otra parte, en la práctica social de la segunda mitad del referido siglo, se produjo un aumento de la criminalidad, que, sumado a la tendencia jusfilosófica del Positivismo, como advierte Renén Quirós Pérez: "condujo a la teoría del Derecho penal burgués a someter a revisión -con perspectivas político-criminal- la totalidad del sistema punitivo iusnaturalista y a la sustitución, en el nivel conceptual y práctico, la pena retributiva (propia del sistema de Kant y Hegel) por la pena prevencionista (finalista en la construcción de Von Liszt)"[53]. Se produjo un giro en el concepto de la pena hacia la prevención, en particular, hacia la prevención especial, tendencia nunca antes establecida. La concepción preventivo especial que trajo a la pena este pensamiento llevó a modificar, incluso, la concepción de los Códigos penales, de un arbitrio judicial reducido, determinado por una aritmética penal (Códigos clásicos) a un amplio, en algunos casos desmesurado, arbitrio judicial (Códigos defensistas)

Una insigne representación de esa tendencia es Franz Von Liszt (1851-1919), para el cual, el delito es un fenómeno natural similar a una enfermedad social[54] y la pena es su tratamiento; esta noción le llevará a una conceptualización de la pena muy similar a Carrara, cuando afirma: "Pena es según el Derecho vigente, el mal que el juez penal inflige al delincuente, a causa del delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor. Dos caracteres esenciales forman, pues, el concepto de la pena: 1º, es una lesión sufrida por el autor en sus intereses jurídicamente protegidos, una intromisión en la vida, la libertad, la propiedad o el honor del delincuente; 2º, es al mismo tiempo una reprobación tangible del acto del autor"[55], para

Carrara pena es la que impone el juez, en virtud de que ella tiene como misión restablecer el orden, en Von Liszt, por una causa distinta (el delito es una enfermedad), pena es igual la que impone el juez para prevenir la enfermedad que revela el delito. Ahora, aún cuando hay determinada similitud, se aprecia un indiscutible avance en la consecución del concepto en cuestión, el mal -indefinido en Carrara- , ya toma cuerpo: "...es una lesión sufrida por el autor en sus intereses. (...) La pena es la lesión de un bien jurídico perteneciente al delincuente..."[56]; intereses, para Von Liszt, es sinónimo de Bien[57]. Se produjo un paso necesario hacia la conceptualización de la pena, al menos en su contenido.

Al analizar a Carrara señalamos que la falta de un desarrollo categorial, en especial del bien jurídico y de la culpabilidad, le impidieron llegar a una concepción más adecuada de la pena, sin embargo, este no fue el caso de Von Liszt, donde ya se había concretado un poco más la definición de bien jurídico (justamente vimos como lo emplea en su obra), y, por otra parte, él, personalmente, contribuyó a la conceptualización de la culpabilidad: la denominada teoría psicológica de la culpabilidad[58]; pero, el hecho de que se enunciaban o empleaban ambas categorías no llevó obligado a que, de inmediato, se apreciaran en su función de medida de la pena (de hecho aún hoy está por puntualizarse la función de la culpabilidad como medida de la pena[59]). Resulta absolutamente necesario a la definición o concreción de un concepto la experiencia práctica acumulada en su uso, en su ejercicio, aún carente en esa época, por esa, entre otras razones, el propio Von Liszt plantea: "La ciencia, que considera separadamente las características de la idea del delito, toma el concepto de culpabilidad en un sentido estricto, comprensivo, tan sólo, de la relación subjetiva entre el acto y el autor"[60], como se puede deducir de su afirmación tiende a apreciar la culpabilidad más como fundamento de la pena, que como medida de ella.

Pero no era, solamente, esa imperfección, inmadurez o falta de experiencia práctica del conocimiento la que llevó a Von Liszt a su concepto de pena, sino la tendencia jusfilosófica que soportaba o fundamentaba su obra: el Positivismo naturalista, que, como antes hemos expresado, le llevaron a entender el delito como una enfermedad y la pena como su tratamiento que se medía por la peligrosidad social del individuo[61] algo en el futuro y no por el bien y la culpabilidad algo en el hecho pasado, esa concepción equivocada le condujeron, incluso, a una confusión entre pena y medida de seguridad [62]

El Positivismo naturalista, como tendencia jusfilosófica, niega la necesidad de indagar y establecer la esencia de los fenómenos, lo que importa para este pensar, según su fundamento, son los hechos, no su valoración; lo que importa es lo útil del fenómeno, no sus valores o explicación. El todo es innecesario sólo son apreciables e imprescindible las partes. Este pensar descarnado desde su propio origen no existió sin fuertes oposiciones que negaban ese "ceñirse" a los hechos sin la valoración, sin tratar de filosofar sobre su esencia[63], una de esas tendencias fue el Neokantismo, corriente que propugnó un regreso a los valores.

Un representante de esa tendencia fue Edmundo Mezger el cual definió: "La pena es retribución, esto es, una privación de bienes jurídicos que recae sobre el autor con arreglo al acto culpable (imposición de un mal adecuado al acto) (...) La graduación de la pena es medida del injusto (...) La graduación de la pena es medida de la culpabilidad..." [64]

En Mezger se apreció la conclusión de lo que, en el tránsito del desarrollo de la ciencia penal, se venía perfilando: el contenido y la medida de la pena; esa "relación" ese "nexo" que apreció Carrara, pero que, por el poco desarrollo práctico de los conceptos en cuestión, no pudo desplegar, en el concepto de este autor tomaron cuerpo, se revelaron ya como contenido y medida de la pena.

Esta precisión mezgeriana del castigo proporcional al acto definió a la pena, y la diferenció de otras consecuencias jurídico-penales como son las medidas de seguridad, las cuales, aún cuando se toman con referencia al acto, no son proporcionales a él sino a la peligrosidad social que, para el futuro, representa el autor[65]. La confusión conceptual de Von Liszt en este aspecto, alcanzó, con Mezger, una aclaración y explicación lógica en razón a cuestiones esenciales de la pena.

Mezger, al igual que Hegel, advirtió que entre pena y delito no existía una proporcionalidad material, sino axiológica, en tal sentido definió: "Se ha negado la posibilidad de una tal ecuación entre delito (por ejemplo, un hurto) y pena (por ejemplo, la pena de prisión que se impone a consecuencia de él), declarando que se trata de magnitudes inconmensurable (no comparables). Ciertamente, son inconmensurables el hurto y la pena de prisión considerados externamente; pero aquí no se trata de tal comparación naturalista-externa, sino de una equiparación valorativa." [66]

Un detalle debemos señalar del análisis de Mezger, y es que separó los fines de la pena (que enfatiza es la prevención) de su definición o concepto, es decir, de los rasgos que la componen, cuando advierte: "Con ello se delimita sólo el concepto, no el fin de la pena; mientras que el fin de la pena es objeto de la controversia más viva, el concepto de la pena se determina en lo esencial de modo unánime conforme acabamos de hacer." [67] En otras palabras, una cosa era en qué consistía la pena, qué definía conceptualmente a la pena, y otra, separada de ella, eran los fines que con la misma se pretendía. Resulta importante señalar que no es el único autor que separa el concepto de pena de los fines perseguidos con su imposición, otros pensadores de hoy[68] afirman que una cosa es la pena como concepto y otra bien distinta y separada son los fines que con ella se pretenda, pero ni aquel ni estos responden a la interrogante: ¿por qué esa separación? y ¿a quién corresponde alcanzar tales fines?

Una vez transcurrido el holocausto fascista, se abre paso en Alemania, una tendencia moralizadora del Derecho que revolucionaría la dogmática penal: la denominada teoría de la acción final de Hans Welzel (1904-1977)[69]. Este autor, si bien reconoce que el Derecho debe proteger determinados bienes jurídicos, estima que ha de hacerlo mediante la conformación y conservación de los valores éticos en la sociedad, en tal sentido afirma: "Sin embargo, la misión primaria del

Derecho Penal no es la protección actual de bienes jurídicos, esto es, la protección de la persona individual, de su propiedad, etc. Pues, cuando entra efectivamente en acción, por lo general ya es demasiado tarde. Más esencial que la protección de determinados bienes jurídicos concretos es la misión de asegurar la vigencia (observancia) de los valores de acto de la conciencia jurídica (...) La misión del Derecho Penal consiste en la protección de valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares” [70]

Esa concepción moralizadora del Derecho penal llevaron al autor a definir la pena de la siguiente manera: “...la pena es un mal que se impone al autor por el hecho culpable. Se basa en el postulado de la retribución justa (...) la pena se justifica como retribución adecuada a la medida de la culpabilidad” [71] es decir, reconoció la culpabilidad como una medida de la pena pero no el bien jurídico, objetivo mediato no inmediato del Derecho en tal razón no apreciable en la medida de la pena. Su concepto de pena estaba mediatizado por el propio concepto que del Derecho penal tenía.

Es importante señalar una conclusión de este autor: él afirmó que la prevención era un fin del Derecho penal [72] no de la pena. Llegó así a una mejor precisión de este detalle con respecto a Mezger y los restantes autores, que, si bien señalan que el fin preventivo no pertenece o no define a la pena, dejan este propósito un tanto en terreno de nadie, Welzel sí le dio un asidero lógico: la prevención es un fin del Derecho no de la pena.

Luego de este viaje por la historia lo primero que salta a la vista es que nuestro concepto ha sido el proteico resultado de la confluencia de tendencias ideológicas, políticas, filosóficas, en un marco histórico-social dado, determinado siempre en última instancia por el desarrollo histórico concreto de la ciencia penal en, y, a través, de la experiencia práctica social, de la cual se pueden extraer regularidades que conforman los rasgos esenciales de esta categoría:

Primero: en el devenir de la teoría de la pena el contenido y medida de ésta se han ido conformando paulatinamente -tal y como fue señalando en el análisis de los distintos autores estudiados-, arribando a que su contenido es: una restricción de bienes al sancionado; esta restricción de bienes en que consiste aparece también resumida en una frase: “la pena es un mal” [73]. Acerca de esa equivocada denominación de mal ya advertía Hegel: “En las distintas teorías sobre el castigo, ese carácter superficial de mal se lo presupone como elemento principal” [74]. Entendemos que existe una confusión; la pena es una restricción de bienes al sancionado, pero no necesariamente un mal. Es un error gnoseológico incluir dentro de la definición la valoración de su contenido. La pena objetivamente restringe determinados bienes -eso es una cuestión puramente objetiva-, otra cosa distinta -y ya estamos en una dimensión o plano axiológico-, es que, además, valoremos que es un mal o un bien. No se puede confundir la valoración con el objeto de la valoración. El que un fenómeno concreto sea un bien o un mal, depende de las necesidades sociales a que da solución, no de su naturaleza ni de la valoración; de hecho, un mismo objeto o fenómeno puede ser en un momento histórico determinado, un bien,

luego, al cambiar el momento histórico -y con él las necesidades sociales-, pasar a ser insignificante y, al cambiar nuevamente el marco histórico-social, convertirse en un mal, todo ello sin cambiar su composición, su naturaleza.

La pena es una restricción de bienes al sancionado, a consecuencia de lo cual puede valorarla, el que la sufre, como un mal, esa es su valoración, que es subjetiva, mientras que otra cosa es la significación que tenga tal pena para el desarrollo de la humanidad su valor que es objetivo[75]. Por la valoración del sancionado no se puede, sin más, definir la pena como un mal, sino, a partir del hecho que dé o no solución a la necesidad social a que está destinada; si da solución adecuada a una necesidad del desarrollo social es un bien, si no da solución a una necesidad del desarrollo puede ser o un mal o simplemente insignificante.

Segundo: cuando definimos: la pena es una restricción de bienes al sancionado, hablamos de su contenido, pero todo objeto o fenómeno tiene, necesariamente, una forma dada, una medida determinada, y esa medida de la pena no resultó siempre la misma; si nos remontamos a Carrara vemos que, en correspondencia con su concepción del delito, un "ente abstracto", donde culpabilidad no es aún una categoría sistemática y el concepto de bien no ha llegado, resulta, en consecuencia, un concepto de pena igualmente abstracto. En esa momento la medida de esa restricción no estaba del todo determinada, sus contornos, o límites eran un tanto etéreos, indefinidos, sin embargo, cuando llegamos a Mezger, donde ambas categorías culpabilidad y bien están mejor definidas, la pena alcanza un mejor dibujo, una mejor definición de sus contornos, de su medida.

La pena resulta entonces, hasta aquí, una restricción de bienes al sancionado proporcional al bien jurídico y a la culpabilidad, pero, aún falta algo: varios autores[76] en la actualidad cuando analizan los fines de la pena afirman que la pena no debe tener cualquier medida, pues, puede resultar en determinada medida (por ejemplo: en la privación de libertad superior a 10 o 15 años) desocializadora. Por otra parte, si la pena se mide únicamente en proporción al bien jurídico y a la culpabilidad cabe perfectamente la solución kantiana: la ley del talión, pero, cuando se toma en cuenta la prevención, entonces, no resulta adecuada tal proporción, pues, cuando internamos a un individuo por un largo período en la cárcel podemos desocializarlo[77] o cuando por el monto de las cuotas de una multa se afecta la economía del sancionado en tal magnitud que le obligan a restricciones materiales en su vida social o le lleva a cumplir la pena en prisión por no poder pagar, resulta, igualmente, una pena que en esa medida, en esa magnitud no es apta a la prevención, pues en realidad la impide, la obstaculiza.

Es válido aclarar un detalle en la prevención como un objetivo a lograr. En el transcurso del análisis, observamos que varios autores separan los fines de la pena de su definición, dejándolos, un tanto, en terreno de nadie, otros, como Welzel, de una manera expresa, lo entienden como un fin del Derecho, propuesta que compartimos, pues, el hecho que la prevención limite la pena en su medida, en modo alguno quiere decir que sea un fin de ella; entendemos que es un fin del

Derecho, lo cual no quiere decir que tales fines, por ser del Derecho, no intervengan en la conformación de la pena, en la concreción de su medida; que no lo cumplan o lo hagan cumplir las partes, lo determinen esas partes, pues, justamente, la prevención, como fin, la alcanza el Derecho como todo en, y, a través de cada una de sus partes, con lo cual además de la culpabilidad y el bien jurídico debe sumarse la prevención a los criterios de medida de la pena, como nos advirtiera Beccaria en su momento la pena para que sea preventiva debe ser certera, pronta y proporcional.

Resumiendo: pena es una restricción de bienes al sancionado, proporcional al bien jurídico, la culpabilidad y la prevención. Esta definición de la pena es la generalmente acogida por la doctrina, sin embargo, para que un concepto sea válido (como expuse en el inicio de este artículo) ha de comprobarse en la realidad práctica de la sociedad, fuera de ello es una mera suposición, una hipótesis, pero no un concepto pues carece aún de una condición fundamental: ser el reflejo subjetivo del mundo objetivo[78]. Con lo cual para contrastar o demostrar si es realmente un reflejo de esa realidad debemos llevarlo a la mencionada práctica social.

En tal empresa tenemos que regresar a lo que advirtió, siglos atrás, Beccaria y Carrara y han confirmando las vivencias prácticas del Derecho penal: la prevención del delito no depende de la severidad de la pena sino de la certeza e inmediatez con que actúe o se imponga ella.

Exactamente estamos ante la experiencia social, pero no ante la explicación teórica del fenómeno: resulta una verdad probada por la experiencia, (no por un experimento como erróneamente clama el Positivismo), que creará, que conformará un concepto pero no es un concepto en sí. Sólo se sabe, y fue demostrado prácticamente, que es preventiva una pena certera y pronta, en cuya cualidad no interviene, decisivamente, el bien y la severidad con que se restrinja éste al sancionado; o sea que, el contenido y medida de la pena intervienen, pero no deciden o determinan su efecto preventivo.

Tenemos entonces que lo que se define como pena hasta aquí evidentemente no vence la práctica, no explica o traduce lo que corrobora la experiencia; en consecuencia: o es un concepto equivocado o es un concepto incompleto, generando las interrogantes ¿por qué resulta así?, ¿qué esencia del Derecho se revela en esa experiencia acumulada aquí? ¿Qué le lleva a ser así y no de otra manera?

Apreciemos un primer detalle -sin que salgamos aún del ámbito puramente práctico-: La certeza, factor determinante de la prevención, es consecuencia del actuar práctico-social del Derecho como un todo, como sistema penal y no de una de sus partes aisladamente (me refiero específicamente a la pena que es a la que se atribuyen fines preventivos propios); asimismo, la certeza depende, además de la inevitabilidad en la imposición de la pena, de la norma escrita clara, breve, sencilla, (taxativa, certera) hasta la actuación (inevitable, certera) de todos y cada uno de los órganos (Policía, Fiscalía, Tribunal, etc.), cuya acción eficaz impiden la impunidad. Es sólo la apariencia

quien nos lleva a ver la certeza como algo propio de la pena, como si fuera una cualidad de ella; como si fuera una consecuencia de ella aisladamente y no del Derecho. En realidad quien resulta certera no es la pena en sí, sino, el sistema del cual es meramente una parte y una parcial manifestación de su certeza. Segundo: de la celeridad o prontitud con que actúe ese sistema, es decir, sus órganos, la pena en sí no puede ser, ni lenta, ni rápida, quienes pueden ser rápidos son los órganos que la imponen. Resulta, pues, un problema "con" la pena, pero no "de" la pena. Quien puede ser certero y pronto en realidad, es el sistema penal en su funcionamiento, en su actividad práctica, y no la pena aisladamente; quien logrará ser preventivo es, entonces, el sistema penal (el todo) y no la pena (una parte).

Esa verdad demostrada por la experiencia acumulada a partir de la realidad práctico-social del Derecho en su devenir histórico, para conformar o traducirse en un concepto, debe ser interpretada por el pensamiento abstracto para que la explique, la descomponga y extraiga los nexos internos esenciales al fenómeno; sin embargo, el punto de partida para esa traducción existe desde hace muchos años, el problema está en no haberla comprendido adecuadamente, y fue obra de G. W. F. Hegel.

Como antes se expuso, el ilustre alemán no tenía como propósito lograr una definición de la pena, su objetivo fue el concepto del Derecho[79], del cual se desprendió una mirada a la pena, únicamente, como parte necesaria de ese todo que él estudiaba; su visión, su análisis, sus definiciones son del Derecho y no de la pena en específico como en ocasiones se interpreta, y tal vez es esta la mayor importancia de su análisis: no mirar la pena sino llegar a ella en, y, a través del Derecho. Esa mirada podríamos apreciarla, muy resumidamente, o encontrar un nudo teórico importante de su pensamiento en la repetida frase: "Para sí, esta voluntad que es en sí (Derecho, Ley en sí), es, más bien, lo exteriormente no existente y, en este respecto, inviolable. La vulneración es sólo en cuanto voluntad individual del delincuente. La vulneración de esta voluntad en cuanto existente es la anulación del delito, que de otro modo sería válido; es el restablecimiento del Derecho"[80];

Con independencia a que esta frase es absolutamente ininteligible si no se parte, si no se aprecia en, y, a través de toda su obra, de todo su sistema filosófico, de sus conceptos de: Derecho, libertad, existencia, violencia entre tantos otros; en ella en sí podemos apreciar puntos medulares que debemos analizar:

Primero, la voluntad o lo que es lo mismo, los fines, los objetivos o los propósitos (para Hegel voluntad es capacidad de autodeterminación) es algo imposible de aprehender con la simple valoración o apreciación fenoménica o empírica, (...es, más bien, lo exteriormente no existente...) ellos son esenciales, en consecuencia únicamente pueden ser captados a través del pensamiento abstracto. Por otra parte, esa voluntad, esos fines son parte y expresión del Derecho nunca de la pena en sí, ella carece de voluntad o fines propios, pero, al estar ocultos en ella la apariencia nos hace verlos como fines de la pena. Tal voluntad tiene como propiedad singular que resulta

inviolable, en otras palabras es una voluntad coactiva, impositiva sin la cual pierde su esencia, por ello, al ser transgredida, el castigo, la violencia, meramente es la expresión de su esencia misma. Esa voluntad oculta que es en sí Derecho, ley (en otras palabras esa voluntad del Derecho: el todo) oculta (en la pena: la parte), al trasgredirse con el delito, tiene que inexorablemente imponerse (habida cuenta es coactiva), no como fin de la pena sino como expresión de ella, como esencia.

Segundo la pena aislada, separada del Derecho, vista singularmente es únicamente violencia, restricción de la voluntad del transgresor, pero, ni expresa una voluntad propia, ni puede modificar la voluntad individual ni social[81], por ello, cuando ante una infracción determinada se impone el castigo no se procuran fines propios de éste, sino, esa imposición es simplemente realización práctica de la advertencia, de la regulación, que, de otra manera sería un simple juicio valorativo carente de capacidad para disciplinar el actuar social e individual propio del Derecho.

En otras palabras, esa voluntad oculta en la pena -que es voluntad del Derecho-, resulta inviolable pues es esencial a la existencia misma del Derecho como fenómeno clasista[82]. El Derecho es imposición, coacción y tal carácter se expresa, entre otras, en la pena, con lo cual la imposición del castigo no es más que la realización práctica de esa voluntad inviolable, de ese carácter impositivo, por ello, justamente, al imponerla logra su propio restablecimiento. Si el artículo 261 de Código Penal cubano advierte: "El que mate a otro, incurre en sanción de privación de libertad de siete a quince años" cuando un sujeto comete el delito de homicidio y se le imponen siete años de privación de libertad, justamente, lo que se está haciendo es cumpliendo, entre otras cosas, lo que advierte el Derecho, esa es una parte de su voluntad. Si se produce un homicidio y no se castiga al transgresor, tal artículo 261 es un juicio, una valoración, pero irá perdiendo su carácter de norma de orden social, pues para que lo sea (en su carácter específico) tiene que inexorablemente imponerse el castigo después de la violación.

El pensamiento hegeliano ha sido tergiversado[83] particularmente en su frase "es el restablecimiento del Derecho" pues se interpreta metafísicamente: la pena restablece al Derecho; se aprecia el Derecho y la pena como entes aislados; algo así como que existe, por un lado, el Derecho y, por otro, la pena, teniendo esta última el fin, el objetivo o la tarea propia, aislada del primero, de validar al mismo. Es una apreciación absolutamente equivocada de lo que él quiso decir. Es pensamiento metafísico (cualidad esencial del pensamiento positivista) no logra pasar de la determinación abstracta de las partes que conforman el Derecho; no logra llegar a la totalidad concreta pensada que expresa Hegel en esa afirmación. La pena para Hegel -como antes expresamos- es únicamente violencia, manifestación del carácter restrictivo, impositivo que tiene el Derecho, cuya imposición es manifestación de ese propio carácter sin el cual carece de validez práctica[84]. A diferencia de la Moral[85], el Derecho "tiene que imponerse" y ese carácter impositivo se da, entre otros, al aplicarse la pena cuando se transgrede la disposición. La pena no valida el Derecho, es el propio Derecho quien se realiza, se cumple, se valida a sí mismo cuando, entre otras cosas, impone su pena.

Por esa razón, justamente, sólo es o sólo puede ser preventiva la pena certera y pronta que es la exclusiva forma (tal como afirma la experiencia práctica) en que el Derecho penal, como medio coactivo, se impone, se realiza, se ratifica en la práctica social. Dicho de otra manera: es el sistema penal certero y rápido el único que se valida a sí mismo, el único que impone orden social, fuera de esa exclusiva forma (cuando hay impunidad o retardo en el actuar, aun cuando se pueda imponer un castigo) no se valida, en consecuencia no regula al actuar de la sociedad ni del individuo, no puede, así, ser preventivo. El castigo podrá tener el contenido que quiera (el patrimonio, la libertad, la vida, etc.) la magnitud que entienda (todo el patrimonio, prisión perpetua, la muerte, etc.), pero si con su imposición por falta de certeza o por retardo no se valida el Derecho mismo carece entonces del rasgo esencial que le define como pena que viene dado por el Derecho del cual es parte y no por él de manera aislada: la capacidad de expresar el carácter coactivo del Derecho y con su imposición su validación que a su vez es capacidad del Derecho mismo.

Queda clara la traducción de la experiencia en el análisis que del Derecho había hecho ese magnífico pesador alemán que fue G.W.F Hegel.

Es una cualidad esencial del todo o totalidad (también denominados: objeto o fenómenos complejos, todo compuesto por partes, o integridad) revelarse y expresar su esencia en, y, a través, de cada una de sus partes, y, a su vez, todas y cada una de sus partes adquirir y expresar su esencia en, y a través, del todo a que pertenecen, no en ellas aisladamente. Por esa propiedad o cualidad general del todo, de los fenómenos complejos, de la totalidad, etc. el Derecho como un todo o totalidad, fenómeno compuesto de partes, responderá de igual manera: su carácter coactivo se expresa, entre otras, en la pena, sin la cual es incapaz de regular la manifestación externa de la conducta humana, pero, a su vez, la pena, como una parte adquiere su esencia, justamente, en ese todo que resulta el Derecho, si la separamos a ella del Derecho y la observemos como fenómeno aislado (como la analiza, en particular, el Positivismo), tal y como advirtió Hegel, es, únicamente, restricción de bienes, violencia, represión, carece así de sentido. Cuando decimos que pena es una restricción de bienes al sancionado...aludimos a rasgos únicos o aislados de ella pero no definimos lo que le vincula con el todo a que pertenece.

Lleguemos entonces a través del todo (el Derecho) a la esencia de su parte (la pena): ella es la sanción en la estructura de la norma penal[86]. Esa afirmación podría parecer una verdad de perogrullo, o una redundancia, sin embargo, no lo creemos así pues, aún cuando la mayoría de los autores reconoce como estructura de la norma penal la disposición y la sanción se quedan únicamente en esa determinación abstracta sin llegar a la totalidad concreta pensada y mucho menos de ella a la realidad conocida; no logran traducir tal conformación o estructura a la existencia real del fenómeno; en otras palabras, no logran pasar de lo abstracto a lo concreto y se afirma, por ejemplo, como sigue: "... hemos señalado, sin embargo, que el Derecho penal no se agota en la fijación de penas y medidas de seguridad para los delitos, sino que ante todo supone

normas que prohíben la comisión de delitos” [87] de esta afirmación se puede entender que el Derecho penal tiene penas, medidas de seguridad y prohibiciones como un catálogo de cosas aisladas sin atender a algo esencial y es que cada uno resulta ser él en sí como consecuencias de su relación dialéctica con los otros, veamos: primero que todo, un castigo o restricción de bienes (matar, privar de libertad o del patrimonio) resulta una pena (pena de muerte, privación de libertad, multa), no por tal constitución violencia, es decir, porque priva de libertad, de la vida o el patrimonio, sino justamente porque acompaña, como par dialéctico, a una prohibición, porque convierte a una advertencia que acompaña en una prohibición. Una restricción de bienes tal, de la forma que advirtió Hegel, fuera de la norma es simplemente “violencia” y nada más; en ella aislada, separa de la prohibición no existe absolutamente ningún elemento, rasgo, propiedad intrínseca que le otorgue la condición o calidad de pena, requiere como elemento esencial, ser el castigo que, a un juicio de valoración dado (justamente por su compañía) le otorga la condición de prohibición. Su condición de castigo le viene de su par dialéctico. La pena en sí aislada únicamente existe en el determinación abstracta, en la realidad concreta no puede existir, de separarse en la práctica se convierte en simple acto de violencia al serle extirpada su esencia que adquiere en su relación con el todo.

Igual suerte que la pena corre su par dialéctico: la prohibición penal, ella adquiere tal condición no por ella en sí o por un elemento propio e independiente; ella es prohibición penal, porque se acompaña de un castigo que expresa o advierte el carácter, la naturaleza coactiva o impositiva de esa advertencia, de lo contrario no pasaría de ser, únicamente, una mera valoración, un juicio sin carácter vinculante alguno; algo que se podría cumplir o no pero nada más.