

EL CONCEPTO DE PENA, ¿UN ASPECTO INCONTROVERTIDO EN SU TEORÍA?

Gabriel Rodríguez Pérez de Agreda

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*, pero de ellos, el más controvertido es, sin dudas, el tema de *los fines de la pena* 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; 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...". 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.

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 no de referentes empíricos como erróneamente pretende la concepción positivista de la sociedad, 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, 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, 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.”

Una vez definido el período histórico, haremos al análisis *Histórico-lógico* 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” 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, 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. En el orden teórico se expandían las ideas de, entre otros, Rousseau y Montesquieu. 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, 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* 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, señalamiento que, con otros términos pero con igual significación, hiciera, años más tarde, Carrara; segundo, concibió, en esa temprana fecha, que la proporción entre delito y pena está en el bien público -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; 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, pronta e inevitable, afirmaciones que la historia, en su devenir, se ha encargado de corroborar.

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 eso 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; de allí su carácter de “Clásica”, de esta tendencia son conspicuos representante 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- 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” el cual, únicamente, debe cumplirse (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, 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, 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.” 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* 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”, 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* y otra bien distinta es su manifestación *fenoménica* 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), 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, 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*, 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, pues, para Hegel, no podía existir una separación entre el transgresor y la sociedad, 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) corrientes que se dan un tanto híbridas en la obra de Francisco Carrara (1805-1888), en quien se percibe a un iusnaturalista místico-religioso, 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

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." 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

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 y a las *pasiones* de su autor, 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 hazo 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, 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, 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, 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 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 Pírez: “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)”. 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 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”, 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...”; *intereses*, para Von Liszt, es sinónimo de *Bien*. 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*; 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). 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”, 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 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*

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, 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...”

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. 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.”

Un detalle debemos señalar del análisis de Mezger, y es que separó los *finés 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.” 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 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). 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”

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” 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* 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". 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". 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*. 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 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 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 valido 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*. 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 *apariciencia* 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*, 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”;

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 apariciencia 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, 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. 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 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. A diferencia de la Moral, 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 pensador 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. 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" 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. Prohibición y pena no pueden existir uno sin el otro y, a su vez, no pueden existir fuera del todo: el Derecho

Pero esta explicación dialéctica, si bien expresa o nos revela un aspecto importante de la pena vista a través del todo, debe aún analizarse en y a través de la práctica social, debe llegar a lo concreto a la realidad. Analicemos una afirmación que nos ayudará en nuestra propuesta, advierte Mercedes Pérez Manzano: "...la norma penal, al conminar con pena determinadas conductas, está actuado en las conciencias individuales junto con los otros mecanismos de control social" esta afirmación salta o sublima *un momento necesario imprescindible* de la relación entre el pensar y el ser: un objeto o fenómeno por el mero hecho de existir no es *reflejado desde ya en la conciencia social e individual*. La conciencia es un reflejo subjetivo del mundo objetivo, empero no es un reflejo mimético como el de un espejo, sino mediato, pues entre la realidad y la conciencia que la refleja existe un mediador, un "lente" que condiciona, modifica, conforma "la imagen" que le atraviesa y es: la práctica social.

Un aporte trascendental de Marx y Engels a la concepción general de la relación entre el *pensar* y el *ser* fue explicar el papel de la "práctica social" en esta relación, a través de la cual el hombre transforma la realidad, y ésta, a su vez, determina su conciencia; consecuentemente, es trascendente a la "conciencia social y a la conciencia individual" lo que *se da* y de *la forma que se da* en, y a través, de la *práctica social*, fuera de ello no es posible.

Para que la afirmación de la autora citada sea totalmente válida debía redactarse de la manera siguiente: la norma penal al realizarse o imponerse en la actividad práctica social y de la forma en que se realice estará actuando en las conciencias individuales junto con los otros (...).

En razón a esta condición objetiva de la relación entre el *pensar* y el *ser*, el castigo que acompaña a una prohibición en una ley dada (por ese sólo acto) no podemos concebirlo ya como *la sanción*, únicamente, por la conminación en la norma abstracta, allí es *formalmente* la *sanción*. Es una *condición necesaria* para que una restricción de bienes determinado llegue a ser una sanción penal el hecho de aparecer establecido en una ley, pero, no la única y suficiente, necesita, además e ineludiblemente, "pasar a través del lente que da paso a la conciencia: la actividad práctica del sistema penal, le falta "su traducción en y a través de la actividad práctica de la sociedad que la mediatiza, la condiciona como reflejo". Una restricción de bienes fijado en una ley penal trascenderá o se traducirá en la realidad social como *sanción*, únicamente, cuando en la "práctica social" se impone, por todo el sistema penal, *pronta y certeramente*, forma que resulta una norma penal; fuera de esta posibilidad no estamos ante una *sanción*, sino ante un castigo, una violencia, una restricción de bienes; castigo que puede ser perfectamente proporcional pero al ser incapaz de expresar el carácter coactivo del Derecho en su propia validación carecer de su rasgo esencial. O puede resultar, como la califica Zaffaroni, simplemente, "un acto de poder".

El carácter de sanción de una restricción de bienes es en realidad una consecuencia de la *actividad práctica* del Derecho no del *contenido* y *medida* de tal restricción.

Pena es una restricción de bienes al sancionado esa es, entre otras, una expresión y condición del carácter coactivo del Derecho: el *todo* expresa su esencia en y, a través, de la *parte*; asimismo, pena es la *sanción*, primero, porque aparece como par dialéctico de una norma penal y, segundo, porque en la práctica el *todo* (*el Derecho o el sistema penal*) la impone certera y pronta. El *todo* se expresa o expresa su carácter coactivo, impositivo de su naturaleza a través de la *parte* y, a su vez, ésta adquiere su esencia de la relación con el *todo*, de manera tal que si le faltara alguno de ellos pierde su cualidad de *sanción*.

Definir el rasgo esencial de la pena tiene serias implicaciones prácticas, (todo conceptos científico ha de tener implicación práctica, no pueden ser una mera contemplación de la realidad) si pena es la sanción en el Derecho penal, rasgo que le viene dado fundamentalmente por la *actividad practica* del Derecho el todo y no de ella aislada, todo cuanto se ha conjeturado sobre sus fines y los errores en su empleo, son consecuencia de no tomar en cuenta esta cualidad, pues, si el rasgo esencial es *ser la sanción*, lo único que debe preocupar al sistema penal es lograr que esa *propiedad* no se pierda en la actividad práctica, es decir, imponerla y ejecutarla pronta y certera (única manera de mantenerla) y no tratar de alcanzar fines con ella modificando su contenido y medida. Cuando en aras de un fin determinado alteramos, modificamos o condicionamos la medida de la pena (prevención general o especial) en realidad estamos apreciando (distorsionadamente) el contenido y medida de la pena a partir de algo que no es, ni el bien jurídico lesionado, ni la culpabilidad, afectado algo que advirtió Beccaria, la pena preventiva es aquella certera, pronta y proporcional.

Si queremos prevenir determinada conducta humana en la sociedad encarguémonos del sistema penal, de tenerlo descongestionado (Derecho Penal Mínimo) de manera tal que puede responder pronto y certero ante tal actuar; cuando ante el aumento de la actividad delictiva acrecentamos la magnitud del castigo lo único que realmente estaremos haciendo es, primero desnaturalizar su medida que es ser proporcional al bien jurídico y la culpabilidad, no los vaivenes de la actividad delictiva y, segundo, lo mas probable es que “congestionemos” el sistema penal llevándolo entonces a ser “lento e incierto” y, de esta forma, a que las restricciones que propone en la ley, en la realidad nunca sean sanciones sino meros actos violentos, “actos de poder” como les califica atinadamente Zaffaroni.

Hasta el momento la doctrina ha incurrido en el error de definir o conceptualizar la pena a partir de *su contenido* (es el castigo, es el mal, es una restricción de bienes...) y no a partir de *su esencia*, por esa razón entendemos que pena es: la *sanción* en la estructura de la norma jurídico penal, rasgo que le viene dado no sólo por su establecimiento en una ley sino, además, cuando tal disposición se cumple o impone en la realidad de manera pronta y certera y su contenido es una restricción de bienes al sancionado, determinado o proporcional en su medida al bien jurídico, la culpabilidad y la prevención. Resulta así una síntesis categorial (...bien jurídico, culpabilidad, prevención...), consecuentemente del futuro de estos conceptos dependerá, en parte, el desarrollo futuro del concepto de pena, demos entonces una mirada somera a ellos:

EL BIEN JURÍDICO.

Siempre que se prohíbe una conducta humana por el Derecho se hace, generalmente, por el peligro que representa -como advierte Quirós Pérez- para “algo”, hablamos así del “objeto de protección” del Derecho penal.

En el marco del iusnaturalismo ese mencionado *objeto de protección* se definió –en justa correspondencia con la existencia de un *Derecho natural* previo y superior al Derecho positivo–, como “los derechos subjetivos”, una vez desaparecida esta concepción o idea del Derecho, tal objeto tenía que cambiar o sustituirse y aparece así, en la primera mitad del siglo XIX, el *bien jurídico*.

Señalado el “bien jurídico” como objeto de protección del Derecho penal, la construcción de su concepto ha descrito un sinuoso trayecto, pudiendo agruparse las distintas definiciones en razón de la tendencia que le postula; la teoría más aceptada en la actualidad es la de “la relación social”, ahora, el hecho que sea generalmente aceptada no significa que el proceso haya terminado, al respecto refiere Quirós Pérez: “Si se examina el desarrollo de la teoría del bien jurídico (...) se advertirá un proceso progresivo de aproximación del contenido del bien jurídico a la realidad social. Sin embargo, este propósito no ha llegado a culminar de manera satisfactoria.”

Explayarnos en la discusión sobre el concepto de *bien jurídico* sobrepasa la propuesta de este trabajo, habida cuenta su complejidad e importante “sesgo ideológico” en su consecución, con lo cual, lo que nos importa aquí no es lo que *él* es sino lo que *él* significa para el Derecho, aun cuando dejamos claro que de la propia definición y aprehensión de este concepto depende el contenido mismo del *concepto de pena*, si tomamos en cuenta, primero, que ella es una *restricción de bienes jurídicos* al sancionado, limitación que, segundo, viene determinada o proporcionada al *bien objeto de ataque* y a la *gravedad de tal agresión*.

El bien jurídico es, antes que todo, un crucial *principio limitador* del *ius puniendi* al erigir una frontera entre *derecho* y *moral*, desde la cual no resulta importante para el Derecho penal lo que *el individuo* es o lo que *el individuo piensa* (algo que puede importar a la moral y propio del Derecho penal de autor y) sino lo que concretamente *hace* (Derecho penal de hecho). Una conducta humana no se desvalora, entonces, porque sea moralmente reprochable sino por su concreta peligrosidad a un determinado bien jurídico. Implica que no se trata de buscar qué *conducta* prohibir, sino qué *bien* proteger. El Derecho Penal *sólo* debe proteger bienes jurídicos, o sea objetos o fenómenos que posean *valor* y no intentar imponer o crear *valores*

Los *bienes jurídicos*, al aludir a un plano *axiológico* de los objetos y fenómenos, existen o se colocan en escala donde unos *valen necesariamente* más que otros y, como refiere Shishkin: “El derecho no está, ni mucho menos, en situación de abarcar todo el sector del comportamiento de las personas. El criterio para atribuir al sector de la regulación jurídica unas u otras relaciones entre las personas siempre venía determinado por los intereses de la clase dominante, por su tendencia a fortalecer mediante la ley la base económica de su dominio.” Al *discriminar* los *menos importantes*, está en condiciones de *proteger* a los *más importantes*. La limitación del Derecho Penal a la estricta protección de bienes jurídicos está dialécticamente relacionada con el principio de Derecho Penal Mínimo, por lo cual uno no existe sin el otro.

Como primero advirtió Hegel y posteriormente Mezger, entre pena y delito no existen medidas conmensurables en el mundo “positivo”, o sea no es posible una ponderación matemática entre el bien que la pena restringe y el bien que se daña en la acción prohibida, eso es posible sólo en un terreno o plano axiológico de los objetos y fenómenos.

Los bienes, en un momento histórico determinado, ocupan una posición dada en la escala de importancia social, por ejemplo: el *bien fundamental* sobre el que se sustentan todos los restantes bienes es, sin lugar a la duda, *la vida humana*, fundamental porque de su existencia depende la existencia de todos los demás, luego le sigue, en orden de prioridad, la libertad, pues de ella depende la solución o existencia de los restantes bienes y así sucesivamente; esta escala –y sus distintos estratos– la crea o conforma las *necesidades* materiales y espirituales del individuo, el grupo social y la sociedad en su conjunto, en una fase de su desarrollo (tal escala es “material” pues existe *fuera e independientemente* de la conciencia que se tenga de ella); por ejemplo, el suicida puede despreciar la vida que pretende privarse sin embargo ello no empece el valor que ella posee.

Si, entre tipo de bien y restricción de éste en la pena y tipo bien y lesión ocasionada a éste en el delito, existe una necesaria relación de proporcionalidad, de obligado se llega a que: *a los bienes jurídicos más importantes le corresponden las penas más graves. Al prohibir una conducta no sólo se establece o define una norma de determinación para la sociedad, sino, además, se expresa el desvalor que ese actuar humano representa; se demuestra un grado determinado de desaprobación hacia ella y, con el castigo, no sólo se concreta o se le da el carácter de prohibición a ese juicio normativo, sino, además, se expresa el valor que le damos al bien protegido, se muestra la estima que se le tiene, el nivel de importancia que se le concede.* Cuando se yerra en esta correspondencia, estableciendo penas más graves para delitos que protegen bienes de menor valor (cuando se agrava el castigo por el incremento de la actividad delictiva), por una parte, se desvía, confunde, desnaturaliza la proporcionalidad en sí misma (afectando el verdadero, único e imprescindible aporte de la pena en el fin preventivo que Derecho Penal debe cumplir) y, por otra, se muestra una *valoración errónea* de los bienes objeto de protección, esa valoración inadecuada se torna una *valoración falsa* que trasciende, así, a la sociedad.

Ahora, la solución a esa desproporcionalidad no sería aumentar la pena en el delito que protegen los bienes jurídicos más importantes para equiparar o solucionar los errores de valoración, pues no es este el único aspecto que atañe a la proporcionalidad, ella es, además, necesariamente bilateral, o sea que, debe tomar, tanto el daño causado en el delito, como el causado en la pena; en otras palabras, ella no significa, únicamente, que las sanciones más elevadas han de ser reservadas al bien jurídico más importante, sino debe haber relación de proporcionalidad entre el bien concretamente dañado en el delito y la pena con la cual reprimir tal acción.

En razón de lo anterior debe apreciarse que la Privación de libertad es el *tipo de pena* más severa con que cuentan los ordenamientos jurídicos después de la pena de muerte, en razón a que restringe, de una sola vez, prácticamente todos los bienes más importantes del individuo después de la vida, con lo cual su uso debe ser estrictamente racional, limitado, como una última opción. La libertad objeto de restricción en la cárcel punitiva, como bien, es inferior a la vida, pero no a los restantes bienes, como por ejemplo: el patrimonio, el honor, entre otros.

Como observamos en el análisis de los diferentes autores, *la pena fue tomando cuerpo* en la medida que el concepto de *bien jurídico tomaba cuerpo*; sin embargo, en nuestros días (de igual forma que la culpabilidad) este concepto se encuentra seriamente amenazado por las teorías que emergen desde el funcionalismo, las cuales, alegando defender supuestamente la sociedad (cuando en realidad defienden “un tipo determinado de Estado”), reducen todo a un único objeto importante: “*el orden*”, en aras de ello proponen vaciar el contenido de la categoría “bien jurídico” y

en su lugar colocar, como objeto a proteger por la pena, la *estabilidad social*. Sobre las pretensiones de uno de los autores que preconiza tal avanzada contra el bien jurídico refiere Mercedes Pérez Manzano “Para Jakobs, misión de la pena es la estabilización o confirmación de la validez de la norma y no evitar la lesión a bienes jurídicos”

Resulta atinado, llegado este punto, citar a Mercedes García Arán cuando afirma: “...como recuerda Gracia Martín, la gravedad del delito sobre el que se establece la pena proporcionada debe configurarse a partir de la importancia del bien jurídico, y no prioritariamente sobre el grado de necesidad preventiva. De hacerse así, sigue este autor, podría llegar a establecerse penas exacerbadas para delitos poco graves, pero muy repetido”

Este es el ataque más grave al *concepto* de *bien jurídico*, ya que, se trata de su vaciado o sustitución por la peligrosa *estabilidad social* o *alarma social*, sin embargo, debemos reconocer que no es el único conflicto relacionado con él; la sociedad actual, dada su complejidad, acarrea *nuevos problemas* para el Derecho penal (deterioro del medio ambiente, tráficos internacionales de droga y personas, etc.) con la aparición de *nuevos bienes* necesitados de protección para los cuales el Derecho penal no es siempre el instrumento más eficaz, pues, entre otras cosas, la gran mayoría de esos *bienes emergentes*, son de naturaleza difusa, por ende, de difícil manejo para un recurso coactivo tan limitado como es el Derecho penal, acarreándole, por un lado, serios problemas de saturación y así imposibilidad de un Derecho penal mínimo y, por otro, el empleo de técnicas de tipificación no menos extrañas a un Derecho penal taxativo. Por todo lo expuesto, el problema de la definición de *bien jurídico*, su *empleo* y *función* en el Derecho penal, no es un simple problema teórico sino, en realidad, un importante problema práctico, que decide, como la culpabilidad, el futuro de la pena, de su propia concreción como concepto y su propia eficacia práctica.

LA CULPABILIDAD

La culpabilidad o imputación subjetiva tiene sus orígenes en el Derecho Romano, la cual, con el advenimiento del feudalismo se opaca, instaurándose en su lugar la responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpabilidad reapareciendo con la llegada del iluminismo al Derecho penal. En un inicio como “*limite*” a la aplicación del Derecho penal: *no hay pena sin culpa*, que se desprende del principio de *Legalidad*, *no hay pena sin previa ley*. La culpabilidad funcionaba en esos primeros momentos, únicamente, como presupuesto de la pena, no como su medida.

La culpabilidad, como todo proceso de aprehensión de un fenómeno social, requirió, primero, de su desarrollo práctico para, luego de vivir su experiencia, ser interpretado y por último definido. Se puede apreciar en la obra de Carrara un bosquejo de elementos que posteriormente se incluyeron en la concepción normativa de la culpabilidad, pero no brindó -ni podía hacerlo, pues, su momento histórico no se permitía-, una definición concreta de, qué es culpabilidad. Tubo que pasar el tiempo, que los pensadores del Derecho *vivieran* en la práctica esa imputación, para que, al fin, viera la luz el primer *esbozo* conceptual de la culpabilidad en la *Teoría Psicológica*, fruto intelectual, entre otros, de Von Buri, Franz Von Liszt, Merkel y Radbruch.

Al ser definida o conceptuada esa *necesaria imputación subjetiva* como *culpabilidad* ingresa, como una categoría sistemática, al concepto de delito y así se le suma una nueva función: además de ser *presupuesto*, la culpabilidad pasa a ser *medida* de la pena

Según la *Teoría psicológica*, la *culpabilidad* es un nexo psicológico entre el autor y su hecho, vínculo que se *constata* como un evento natural. Tal idea de la culpabilidad comenzó a presentar problemas en el terreno práctico al no poder fundamentar o explicar algunos delitos imprudentes y, sumado a estas debilidades o incongruencias internas, en el campo filosófico del Derecho el neokantismo abría brechas entre el Positivismo naturalista que llevaron al tránsito hacia un nuevo concepto: la *concepción normativa de la culpabilidad*; esta tesis estima que la culpabilidad no es un nexo psicológico que se constata, sino es un *juicio de reproche* que se hace al sujeto comisor por haber actuado contrario a una *norma de deber o de cuidado*.

La teoría normativa es esencialmente el *reproche personal* al *autor* del *hecho antijurídico* por haber *actuado contrario a la norma de deberos o de cuidado*; se entiende así que es *culpable* el que *pudiendo actuar conforme a Derecho no lo hizo*, o lo que es lo mismo, es culpable el que *pudiendo actuar de forma distinta no lo hizo*, esta última frase devino en el *fundamento material* de la *culpabilidad normativa*.

En la primera mitad del siglo XX Karl Engisch plantea que *ese poder actuar de modo distinto* era indemostrable empíricamente; si es indemostrable que el autor en el momento del hecho podía actuar de manera distinta a como lo hizo, cabe la duda que impide, así, sancionar sin culpabilidad y con esto se derrumbaba el edificio mismo del Derecho penal; el concepto de culpabilidad entraba en crisis.

Ante la llamada crisis se suscitaron varias soluciones teóricas:

1. La primera: desde posiciones intraculpabilísticas, abogan por mantener la culpabilidad como fundamento de la imputación subjetiva del hecho a su autor, dentro de la cual se encuentran, a su vez, dos teorías: la teoría del *poder medio* y la teoría de la *motivabilidad normal*
2. La segunda: desde posiciones extraculpabilísticas, abogan por sustituir o vaciar el concepto de culpabilidad y en su lugar colocar a la necesidad de prevención:
3. La Tercera: desde posiciones intermedias que abogan por complementar la culpabilidad en la imputación subjetiva con la necesidad de prevención

Dos errores básicos llevaron a esta crisis "virtual y absolutamente falsa": primero, una errónea concepción del determinismo en la conducta humana y, segundo, la reducción metafísica -propia del Positivismo- de *buscar un referente empírico* que la demostrara.

La conducta humana, como todo fenómeno de la realidad, está sometida a la causalidad, esto es, al determinismo, pero no resulta como la explican algunos autores: algo que *gravita fatalmente* sobre el hombre, algo externo que lo *empuja*, lo *obliga* a actuar de una forma y no de otra; tal conclusión es absolutamente errada, sobre el determinismo en la conducta humana aclaró atinadamente Federico Engels: "La teoría materialista de que los hombres son producto de las circunstancias y de la educación, y de que, por tanto los hombres modificados son producto de circunstancias distintas y de una educación modificada, olvida que son los hombres, precisamente, los que hacen que cambien las circunstancias y que el propio educador necesita ser educado." La conducta humana está determinada por las propias necesidades materiales y espirituales del hombre que se conforman en, y, a través, de su actividad práctica social, en otras palabras, las necesidades del hombre son *la causa* de su actuar, como resume Carlos Marx "Nadie puede hacer

algo sin hacerlo, al mismo tiempo, en aras de una de sus necesidades y del órgano de esta necesidad”

Por su parte la libertad -aspecto al cual le brindó adecuada respuesta Hegel-, no es sinónimo de libre albedrío, de absoluta independencia de todo lo externo, es, primero que todo, reconocimiento de la realidad; es decir somos libres en la misma medida que conozcamos la esencia de los fenómenos, esto es, la “necesidad” y la hagamos funcionar de acuerdo con nuestros intereses; quien no conoce la esencia de los fenómenos, su “necesidad” está sometido a ella, en consecuencia no es libre. La libertad no radica en *hacer todo* lo que se *quiera* sino, esencialmente, *todo* lo que se *pueda* con arreglo a la *necesidad* dada a nuestros conocimientos.

El hombre actúa, primero que todo, conscientemente, es decir con conocimiento de causa, con excepción de los anormales, por ello, actuar libremente es *tener representadas* en nuestra conciencia las consecuencias que, en el mundo objetivo, tiene nuestro actuar, nuestra conducta y *valorarla* con arreglo a las normas morales y jurídicas; otra cosa bien distinta es: ¿por qué vamos a actuar así?, ¿qué nos lleva a actuar de esa manera? Es precisamente algo que no es ajeno a nosotros mismos: son nuestras propias necesidades, materiales y espirituales, que se forman, cambian, desaparecen en dependencia de la *actividad* que desarrollemos en condiciones históricas concretas y de las cuales podemos tener conciencia o no.

Por otra parte la libertad del hombre es, primero, *un problema de concepción general del pensar*, no dado así a las ciencias sociales particulares como el Derecho, la Psicología, la Sociología entre otras, sino, únicamente, a la Filosofía que tiene como objeto de estudio: las leyes más generales y universales que rigen el desarrollo de la naturaleza, la sociedad y el pensamiento y, segundo, no es, ni puede ser, objeto de simple *demonstración por un experimento*; su explicación y demostración es la consecuencia del análisis de la *experiencia* en una concepción general de ese *pensar*. Una cosa bien distinta es el caso del *hombre singular* que comete un delito, su libertad en específico, sí puede demostrarse perfectamente a través de la experimentación, en razón a que ella estará determinada, como antes explicamos, en su *capacidad de conocer* y en su *conocimiento* singular, como afirma Welzel: “Con el conocimiento de que el hombre, como ser determinado a la propia responsabilidad, es capaz de autodeterminarse conforme a sentido (...) se ha dado ciertamente una determinación general de la naturaleza del hombre y de su libertad; pero no se ha comprobado con ello que este hombre posee realmente, en la situación concreta, capacidad de autodeterminación conforme a sentido (...) si algo es efectivo no se puede deducir de conceptos generales, sino sólo averiguar de un modo empírico-práctico”.

La crisis del concepto de culpabilidad, o más bien, la crisis de su fundamento material no es más que un problema *falso, virtual, ficticio* que, como antes referimos, fue solucionado adecuadamente en el terreno conceptual que le corresponde: la Filosofía, pero que ha acarreado muchos más problemas que posibles soluciones al conocimiento científico y a la práctica del Derecho.

La primera dificultad está en que ha desvirtuado o separado a la ciencia penal del objetivo esencial de su análisis iniciado con la aparición del concepto de culpabilidad, este es: *especificar la función de la culpabilidad como medida de la pena*, pues, al resultar un concepto dudoso, obviamente lleva a conclusiones como las que expresa Mercedes García Arán: “La insuficiencia de este concepto para establecer respecto a él la proporcionalidad de la pena debe establecerse desde distintas

perspectivas (...) En la medida que se rechaza tal concepto, se rechaza también la aptitud del mismo para ser medida de la pena”

Esta primera dificultad lleva a la segunda: para dar solución o para asumir la tarea de la culpabilidad, aparecen o *se escudan* tras “la crisis” las tenebrosas teorías funcionalistas que abogan por su sustitución o vaciado, colocando en su lugar la “necesidad de pena”, a partir de la cual el hombre se transforma en un instrumento del Estado para la regulación de la estabilidad social. Según estas teorías, la pena, al ser indemostrable empíricamente la “libertad del individuo” no debe tomarlo en cuenta, no debe apreciar su aporte subjetivo al hecho aislado, sino, en su lugar, apreciar la necesidad de respuesta que ese hecho tenga para la *estabilidad social*, en otras palabras, si es necesario para la estabilidad social mayor severidad de la pena ésta se aumenta sin importar el trasgresor; nada más peligroso; es el soporte teórico, el fundamento claro de un Derecho penal máximo.

La pena no puede medirse, únicamente, con relación al bien objeto del delito y al daño a éste ocasionado, precisamente el error de los Códigos penales clásicos (con sus penas fijas) fue apreciar del hecho únicamente su aspecto objetivo: el bien y daño ocasionado sin valorar al individuo, pues, al atender sólo la parte objetiva no se aprecia y comprende toda la peligrosidad del acto humano. El Derecho no regula eventos naturales sino conductas humanas, en razón de ello, ha de medirse, en la misma medida de lo que produce, el aporte personal (subjetivo) del autor en el hecho; en otras palabras, la pena no se ajusta sólo al resultado del actuar externo sino además al aporte subjetivo de su autor. Si no apreciamos la culpabilidad, ¿cómo lograr ese acercamiento, esa individualización?, ¿a partir de la prevención especial? que fundamentalmente -como emerge en sus inicios- no observaba lo que el hombre hizo, sino lo que podría hacer en el futuro; es decir individualizaba la pena a partir de la indeterminada y futura *peligrosidad* del individuo, sobre esa posible sustitución refiere Mercedes García Arán: “Este concepto es lo suficientemente resbaladizo como para que no puedan restringirse los derechos de los individuos más allá de la pena proporcionada a su delito, con el pretexto de reeducarlos”

La culpabilidad es un concepto medular en la consecución de la pena, ella aporta el segundo y principal componente de su medida, *la participación subjetiva del autor en el hecho aislado*, en otras palabras, ajusta la pena a lo que el hombre *hizo* y no a lo que el hombre *es*, apartando el peligroso Derecho penal de autor; por otra parte al fundar la pena en lo que el hombre *hizo* y no en lo que *podrá hacer* (es decir su *peligrosidad* futura argumento esencial de la prevención especial) separa la pena de su compañera: la medida de seguridad.

El Derecho penal postula una igualdad *formal* que se hace *real*, precisamente, en, y, a través de la culpabilidad que lo acerca, que lo hace proporcional e individual al trasgresor, no por su peligrosidad criminal sino apreciando al grado de participación subjetiva en el hecho.

No cabe duda alguna que desentrañar los elementos que definen los distintos grados de participación subjetiva del individuo, es decir, los elementos a partir de los cuales la culpabilidad cumple la función de medida de la pena, determinará la propia concreción de la pena en su medida.

LA PREVENCIÓN

Para llegar a este punto (la prevención como medida de la pena), no se encontró, en los autores estudiados, ninguno que abordara la temática de esta manera específica, lo cual no quiere decir que sea un juicio sin fundamento anterior; todo lo que he tratado en este trabajo de alguna manera es el desarrollo de un pensamiento precedente.

Un primer aspecto a definir claramente es que la prevención no la entendemos como un fin directo o específico de la pena sino del Derecho, y este sí no es un argumento nuevo, como ya se refirió antes, tiene sus antecedentes, primero, en Hegel, quien niega que la pena tenga un fin propio y aislado del Derecho, y luego en Hans Welzel que afirma que la prevención es un fin del Derecho; ahora, el hecho que, como afirmamos, no sea un fin de la pena en sí, no quiere decir que no determine a la pena, y que, a su vez, no esté determinado, en su consecución, por la pena. El hecho de ser un fin del Derecho hace que sea, a su vez, un fin que interesa y afecta a cada una de sus partes, un fin de cada una de sus partes, un fin que depende de cada una de sus partes.

Existen antecedentes en los cuales podemos relacionar la prevención con la medida de la pena, por ejemplo, plantea Santiago Mir Puig como principios limitadores del ius puniendi en un Estado Social el:

1. *Principio de Utilidad en la Intervención penal*: “Si el Derecho penal de un Estado social se legitima sólo en cuanto protege a la sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos. El principio de necesidad conduce, pues, a la exigencia de utilidad.” En otras palabras, la pena ha de ser útil y lo es cuando previene, cuando un tipo de pena es incapaz de prevenir no debe ser empleada;
2. *Principio de humanidad de las penas* donde plantea: “Nació éste de la mano de la reivindicación de una humanización del rigor de las penas previstas en el Derecho del Antiguo Régimen (...) las penas corporales desaparecieron primero. La pena de muerte va siendo abolida (...) Hoy se pide que la pena privativa de libertad tenga un límite máximo de quince años (...) El Derecho no admite la cadena perpetua.” O sea que, no se trata de una prevención a cualquier precio, sino, con determinada medida, donde se tome en cuenta tanto la sociedad como al sancionado, donde, en nombre de la sociedad no se sacrifique al sancionado, y;
3. *Principio de resocialización*: “Así debe entenderse el principio de resocialización en un Estado democrático, no como sustitución coactiva de los valores del sujeto, ni como manipulación de su personalidad, sino como intento de ampliar las posibilidades de participación”; en otras palabras, la pena no ha de ser, *per se*, resocializadora o reeducadora, ella, como máximo, debe proponerse “facilitar” al sancionado su resocialización, brindar la posibilidad del cambio, pero no imponer el cambio, buscar, como pretensión necesaria e implícita en ella, la reinserción social del sancionado.
La resocialización es una labor en que se implican otras esferas o medios sociales, fundamentalmente relacionada con la “práctica de valores” en, y, a través, de prácticas productivas, culturales y otras, donde no interviene, directamente, la represión; consecuentemente lo que no puede hacer la pena es desocializar o impedir la resocialización, ella como condición indispensable ha de ser “no desocializadora”, no debe entorpecer por su *contenido* o *medida* la labor resocializadora de esas otras esferas o, como en otros términos la entiende Mercedes García Arán: no debe imponer cambios al

sancionado y debe evitar su desocialización . La resocialización se transforma, de un objetivo a lograr, en una barrera que no se puede cruzar; pasa de fin a límite de la pena.

Otros autores, dentro del principio de *Prohibición de Exceso*, reconocen el de *Adecuación a fin* que en síntesis quiere decir que la pena debe ser "*apta*" para alcanzar los fines que la justifican, que no puede ser otro que el de prevención.

Por ejemplo, la experiencia acumulada en la práctica social de la privación de libertad ha llevado a varios autores a afirmar que las penas privativas de libertad superiores a quince años, no sólo impiden o entorpecen el fin preventivo de la *pena*, sino que, esencialmente, producen un efecto absolutamente contrario a tal objetivo: llevan al sancionado a la desocialización. En consecuencia, la privación de libertad en tal "*medida*" (o sea superior a quince años) no sólo es: "*inútil*" "*inhumana*", "*irresocializadora*" e "*inadecuada a fin*", sino, aún más, resulta *contraria* al fin preventivo del Derecho. En ese caso, el *sistema penal* podría ser *rápido y certero*, sin embargo por la *medida* en que se emplea la *pena*, no se alcanzaría el fin preventivo que pretende. Subsiguientemente la *prevención* no resulta sólo de la pena *pronta y certera* sino además *proporcional*; la rapidez y la certeza validan el Derecho, pero aún no determinan el carácter preventivo o la posibilidad preventiva, a ella se llega si además la pena es proporcional.

En el caso de la multa sucede algo parecido, en el sistema de días-cuotas el número de cuotas ha de corresponderse con el hecho, pero el monto de cada una de ellas ha de tomar en cuenta la "situación económica del sancionado", cuando por el monto de las cuotas se afecta la economía del sancionado en tal magnitud que le obligan a restricciones 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* no es *apta a la prevención*, pues en realidad *la impide, la obstaculiza*.

Consecuente con todo lo anterior, para determinar el contenido (el bien a restringir) de la pena y su medida, no sólo se debe tomar en cuenta el bien jurídico dañado en el Delito, la participación subjetiva del sujeto en el hecho aislado, sino, además la *prevención* como un objetivo del Derecho que *requiere* de una pena "*apta*" a tal propósito, pues *no cualquier bien* a restringir *ni en cualquier medida* o *monto* es "*apta*" para alcanzar la prevención por el sistema penal. En otras palabras, la *celeridad* y la *certezas* son problemas *fundamentalmente* del *todo*: el Derecho penal, en cuyo propósito contribuye o participa la pena *siendo proporcional*; un Derecho penal ágil y certero pero desproporcional difícilmente alcance la prevención pues, justamente, la desproporción en sus penas se lo impide, por otra parte, un castigo puede ser todo lo proporcional que se requiera, pero, si no es impuesto por el sistema penal al que pertenece de manera *pronta y certera* trascenderá a la conciencia social más como *violencia o coerción* que como *la sanción de ese sistema*.

BIBLIOGRAFÍA:

- Alvira Martín, F. El efecto disuasor de la pena. / F. Alvira Martín. Revista de Estudios Penales y Criminológicos. – VII: 11-24, 1984
- Bonesana, Cesare. De los Delitos y las Penas. / Cesare Bonesana. [s.l.]Editorial del diario El Sol, 1991
- Carbonell Mateu, Juan Carlos. Derecho Penal Concepto y principios constitucionales. / Juan Carlos Carbonell Mateu – Valencia: Editorial Tirant lo Blanch alternativa, Segunda edición, 1996.

- Carrara, Francisco. Programa del Curso de Derecho Criminal Tomo I y II. / Francisco Carrara. – San José: Editorial Tipografía Nacional, 1889.
- Cobo del Rosal, Manuel. Derecho Penal Parte General. / Manuel Cobo del Rosal, Tomás S. Vives Antón. – Valencia: Editorial Universidad de Valencia, 1984.
- Engels Federico. Anti Dühring / Federico Engels – La Habana: Editorial Pueblo y Educación 1977.
- Engels, Federico. Ludwig Feuerbach y el fin de la filosofía clásica alemana Obras escogidas en tres tomos. T. III. . / Federico Engels Moscú, Editorial Progreso, 1974.
- Fabelo Corso, José Ramón. Práctica Conocimiento y Valoración. / José Ramón Fabelo Corso. – Ciudad de la Habana: Editorial Ciencias Sociales, 1989.
- Fernández Bulté, Julio. Filosofía del Derecho. / Julio Fernández Bulté – Ciudad de la Habana: Editorial Felix Varela, 1997.
- Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Teorías del Garantismo Penal. / Luigi Ferrajoli. – Madrid: Editorial Trotta, 1995.
- García Arán, Mercedes. Fundamento y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995. / Mercedes García Arán. – Madrid: Editorial Aranzadi, 1997.
- García Ramírez, Sergio. Consecuencias del Delito: Los Sustitutivos de la Prisión y la Reparación del Daño Boletín Mexicano de Derecho Comparado Nueva Serie Año XXXVI Número 107 Mayo-Agosto 2003 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=91> [Consulta: 26/06/04 2.30 p.m...]
- González, Ramón Luis, El Concepto Material de Pena en la Dogmática y en la Política Criminal <http://www.unne.edu.ar/cyt/2001/1-Sociales/S-039.pdf>
- Hegel, G.W.F. Filosofía del Derecho. / G.W.F. Hegel – Ciudad México. Editorial: Universidad Autónoma de México, 1985.
- Jescheck, Hans–Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. / Hans – Heinrich Jescheck. – Granada: Editorial Comares, cuarta edición, 1993.
- Kant, Immanuel. La Metafísica de las Costumbres. / Immanuel Kant. – Madrid: Editorial Tecnos, 1994.
- Kopnin, P. V. Lógica Dialéctica. / P. V Kopnin. – La Habana: Imprenta Universitaria Andre Voisin [s.a.]
- Lenin V. I. El Estado y la Revolución. Obras escogidas en tres tomos / V. I Lenin. – Moscú: Editorial Progreso, T. II, 1960.
- Lenin V. I. Golpea duro, pero no mates. Obras completas / V. I. Lenin – Moscú: Editorial Progreso T. IV 1986
- Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. / Edmundo Mezger. – Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1933.
- Mir Puig, Santiago. Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. / Santiago Mir Puig. – Barcelona: Editorial Ariel. 1994.
- Mir Puig, Santiago. Derecho Penal Parte General / Mir Puig, Santiago. – Barcelona: [s. n.], 4ta. Edición 1996
- Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal. Parte General / Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán. –Valencia: Editorial. Tirant lo Blanch, 1993.
- Pavarini, Massimo. Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. / Massimo Pavarini – México: Editorial Siglo XXI, 1983.
- Pérez Manzano, Mercedes. Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena. / Mercedes Pérez Manzano. – Madrid: Editorial Universidad Autónoma de Madrid, 1986.

Quirós Pérez, Renén. El pensamiento jurídico-penal burgués: exposición y crítica. / Renén Quirós Pérez – Revista Jurídica, número 8 año III: 5 – 257 julio-septiembre, 1985.

Quirós Pérez, Renén. Manual de Derecho Penal. / Renén Quirós Pérez. – Ciudad de la Habana: Editorial Felix Varela, T. I, 2002.

Quirós Pérez, Renén. Prólogo a la Obra de T. E. Karayev. La Reincidencia en el Delito. / Renén Quirós Pérez. – La Habana: Editorial de Ciencia Sociales, 1988

Ramírez Delgado, Juan Manuel. Penología. Estudio de las diversas penas y medidas de seguridad. / Juan Manuel Ramírez Delgado. – México D.F.: Editorial Porrúa, 1995

Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General. / Claus Roxin. – Madrid: Editorial Civitas T. I. 1997.

Séptimo Congreso sobre Prevención del delito y tratamiento al delincuente. Celebrado en Milán, Italia del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985 Publicaciones de las N.U. Resolución sobre reducción de la población penitenciara medidas sustitutivas del encarcelamiento e integración social, Capítulo I E-16

Shishkin, A. F. Ética Marxista. / A. F. Shishkin. – México: Editorial Grijalbo S.A.1966.

Von Liszt, Franz. Tratado de Derecho Penal. / Franz Von Liszt Madrid: Editorial Reus, T. I – III, 1929

Welzel, Hans Derecho Penal Alemán. / Hans Welzel – Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. ¿Qué hacer con la Pena? Las Alternativas a la Prisión <http://www.carlosparma.com.ar/penazaffa.htm> [Consulta: 27/06/04 5.40 p.m.]

Zaffaroni, Eugenio Raúl. Culpabilidad por la Vulnerabilidad. Discurso de Raúl Zaffaroni en la aceptación del Doctorado Honoris Causa otorgado por la Universidad de Macerata (Italia), 2002 <http://www.carlosparma.com.ar/zaffamacerata.htm> [Consulta: 27/06/04 5.30 p.m.]

Zaffaroni, Eugenio Raúl. En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y Dogmática Jurídica – Penal / Zaffaroni Eugenio Raúl – Buenos Aires: Editorial EDIAR, 1989.