



LAS BUENAS RAZONES DE LA TEORÍA RETRIBUTIVA DE LA PENA

Francesco d'Agostino

1. Teoría retributiva de la pena y metafísica

La crítica a la teoría retributiva de la pena no es correcta. Digo *la crítica*, en singular, porque entiendo que más allá del amplio abanico de argumentaciones que se ofrecen en contra del retributivismo penal, la crítica a éste se reduce fundamentalmente a una y de su mayor o menor consistencia todas las otras reciben su validez. El problema radical es de hecho el del carácter *metafísico* de la teoría retributiva y sólo él: una vez desenmascarado ese carácter, resultaría consiguientemente desenmascarada —según sus críticos— la brutalidad de una pena aplicada retributivamente, su inutilidad medicinal, su carácter premoderno e irracional.

No se trata exactamente de una crítica nueva; y consiguientemente no puede ser nueva la crítica a la crítica; ésta ha sido ya hecha por Hegel en algunas espléndidas líneas de su *Filosofía del Derecho*: la ciencia jurídica positiva, que se construye como antirretributivista, precisamente en cuanto antirretributivista, no llega a dar vida a una teoría satisfactoria de la pena, porque no quiere aceptar que la pena, además de objeto de análisis científico (hegelianamente, del *Verstand*), sea esencialmente (*wesentlich*) y sobre todo objeto del análisis filosófico, en cuanto concierne al «concepto» (*Begriff*)¹.

Parece por tanto necesario recorrer el camino de la defensa de una teoría filosófica de la pena; y dado que seguiremos las huellas hegelianas, podremos consolarnos de las inevitables *repetitiones* co-

1. *Lineamenti di Filosofia del Diritto*, § 99, trad. it. Messineo, Bari, 1954, p. 96.

rigiendo levemente el *bon mot* de Ernst Bloch: «Si la *repetitio mater studiorum (est)*, ello sirve particularmente para los penalistas»². La *repetitio* consistirá por tanto en presentar de nuevo las buenas razones de la teoría retributiva de la pena, como la única teoría satisfactoria de la pena en perspectiva filosófica³. Incluso se puede decir más: la teoría retributiva de la pena es satisfactoria precisamente porque es filosófica, precisamente porque —exactamente según la acusación que se le achaca— es metafísica. Bajo este aspecto (conciadamente definitorio) los críticos de la teoría retributiva tienen perfecta razón: se trata *verdaderamente* de una teoría metafísica. Pero que ésta sea *verdaderamente* una crítica o, más claramente aún, que baste esta crítica para refutar la teoría retributiva es otra cuestión. La rapidez con que se alude a la metafísica como al polo opuesto al de la racionalidad⁴, la ambigüedad con que se la reconecta a una no

2. *Subjekt-Objekt. Erläuterungen zu Hegel*, Frankfurt. a.M., 1962, p. 84.

3. Esta es también la tarea que asumió, con resultados de altísimo nivel, Vittorio Mathieu en aquella pequeña obra maestra que es su *Perché punire? Il collasso della giustizia penale*, Milano, 1978 (digo «pequeña» porque no se trata de un voluminoso tratado académico, sino de un pequeño libro agilísimo, y de absoluto rigor en la argumentación). Hay que decir, por desgracia, que este libro no ha recibido, no ya la adhesión, mas tampoco las discusiones y las críticas que objetivamente merece: por ejemplo, la rapidez con que recientemente Scarpelli ha evitado una puntual y oportuna confrontación con las tesis de Mathieu (atribuyéndole «furores de cruzado» (!?), como para dar a entender que toda vez que los cruzados usan la espada y no la cabeza, con ellos es inútil discutir) es índice de una *censura*, que —es de esperar— sólo con una monótona pero en este punto indispensable repetición, se podrá tener esperanza de remover (cfr. U. SCARPELLI, *Thomas Hobbes. Linguaggio e leggi naturali. Il tempo e la pena*, Milano 1981, p. 69). La deuda que he contraído al escribir estas páginas con Mathieu, como guía para entender *filosóficamente* la teoría retributiva de la pena, es incalculable, como todo lector puede darse cuenta por sí mismo. Hace falta todavía agregar que si es verdad que vivimos en una atmósfera cultural generalmente antiretributivista, esto no nos debe hacer olvidar que existen juristas de altísimo nivel que son netos sostenedores de esta teoría (en Italia, basta citar el famosísimo nombre del difunto Bettiol), y que en el ambiente anglosajón la teoría retributiva, la *just deserts theory*, está en pleno reflorecimiento. Observa maliciosamente Hugo Bedau: «It is as though there were a vast conspiracy, Kant smiling from his grave of two hundred years; a conspiracy among philosophers, penologists, politicians...» (cfr. *Justice and Punishment*, a cargo de J. B. Cederblom y W. L. Blizek, Cambridge (Mass.), 1977, pp. 1-2). Contra este reflorecimiento, la cultura jurídica continental (en particular la italiana) se muestra beligerante.

4. Cfr. por ej., F. STELLA, *Introduzione a Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cargo de F. STELLA y M. ROMANO, Bologna, 1980): «El derecho penal ya no se propone realizar una justicia metafísica sobre la tierra —ni pretende siquiera ser su expresión— sino ser más bien 'simplemente' uno de los instrumentos de la política estatal... para la concreta realización de aquella política criminal auténticamente racional de la cual toda comunidad social necesita hoy día más que nunca» (pp. 7-11). Análogamente se pronuncia M. ROMANO: «Un ordenamiento penal que no tenga alguna finalidad trascendente que perseguir, alguna metafísica que difundir, supone un esfuerzo de *racionalización* del sistema de delitos, para hacerlo participar directamente en el cumplimiento de una obra de organización racional de la comuni-

mejor precisada (ni en la realidad precisable) «justicia mística»⁵, o, más simplemente, la exaltación de la modernidad del derecho penal (no retributivo), en cuanto no encaminado a perseguir finalidades trascendentes⁶, muestran cómo estos críticos, no teniendo ideas claras ni sobre qué cosa sea propiamente el pensamiento metafísico, ni sobre cómo éste constituya uno de los principios de inteligibilidad del derecho, se han construido un *idolum* contra el cual apuntar sus diatribas⁷. Las cuales, precisamente, tienen sí sentido, pero no tocan en nada las verdaderas razones del retributivismo.

2. Metafísica y libertad

¿Qué significa exactamente que la teoría retributiva de la pena es una teoría metafísica? Es curioso notar cómo los críticos de esta teoría raramente se han planteado esta precisa pregunta y que más raramente aún hayan dado una respuesta correcta. La metafisicidad de la teoría retributiva está en que tiene su fundamento en una dimensión de lo real que no es objetivable por parte de la ciencia (en particular, de las ciencias «humanas», entre ellas la misma ciencia jurídica): la dimensión de la *libertad*. Afirmar que la dimensión de la libertad reconduce a la metafísica, no significa de hecho introducir en el discurso categorías irracionales o (¡peor aún!) «místicas»: significa solamente observar que aquella dimensión *restringida* de la racionalidad que es la «razón científica» (que procede según conexiones causales y en base a una metodología fenoménica, es decir, con-

dad política» (*Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, en *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, a cargo de L. LOMBARDI VALLAURI y G. DILCHER, Milano, 1981, p. 1.296).

5. La expresión es usada por M. ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, en *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, cit., p. 167.

6. «El derecho penal moderno es una 'construcción temporal', típica de una sociedad que no apunta a fines trascendentes...», así STELLA, *Il problema della prevenzione della criminalità*, en *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, cit., p. 16.

7. U. NEWMANN y U. SCHROTH, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, Darmstadt 1980, p. 13, llegan a hablar a propósito de la *Vergeltungstheorie*, de su estrecha relación con el pensamiento «teísta», con una implícita e intensa connotación negativa. La falacia del argumento aparece sólo con que uno piense, de una parte, en el hecho de que la época del triunfo del retributivismo, la de Kant y Hegel, no es verdaderamente una época caracterizada por el primado del «teísmo» y, por otra parte, en el hecho de que el pensamiento teológico actual ha prácticamente abandonado la adhesión a la teoría retributiva de la pena (cfr. por todos K. RAHNER, *Colpa, responsabilità, punizione*, en RAHNER, *Nuovi saggi*, XIX, trad. it., Roma, 1968, pp. 329 ss., y F. COMPAGNONI, *Geschichtliche Entwicklung der philosophisch-theologische Begründung der Strafe*, en «Kriminologisches Bulletin», 4, 1978, n. 2, pp. 10-19).

siderando sólo la dimensión extrínseca de la realidad, aquella precisamente por la cual la realidad se presenta como «fenómeno», como realidad-para-nosotros), no está en condiciones de afirmar algo sobre la libertad ni positiva ni negativamente. Esta observación a cuenta de la ciencia, fijándonos en los límites de la racionalidad, pretende a su vez ser considerada como racional (usando esta vez el adjetivo en sentido amplio), en el sentido de que es conforme, no con la emotividad o con los sentimientos, sino con un recto razonamiento suponer una dimensión del ser que vaya más allá de la observabilidad científico-empírica y que sea no menos *relevante* para el hombre. Esta es la dimensión en que obra la libertad: una dimensión tan poco abstrusa o mística, como para ser considerada por parte del sentido común como completamente obvia (aunque de modo no reflejo).

Si la libertad por tanto es pensable (aunque no demostrable —ni refutable— científicamente), es consiguientemente pensable la metafísica (como el ámbito que al situarse *más allá* de la física no es demostrable —ni *rebatible*— científicamente, es decir, físicamente), sin que ello deba provocar entredichos intelectualistas o preocupaciones en orden a lo que pueda decir al respecto la «modernidad». La «modernidad» o ha confundido el verdadero significado de la metafísica (sustituyéndola en general con algunas formas de pensamiento ontológico efectivamente superadas, pero que obviamente no representan la metafísica más de cuanto una teoría científica no aceptable no representa *toda* la ciencia) o —lo que es más probable— ha intentado voluntariamente abolirla, como dimensión sustraída a nuestra plena capacidad de disposición (que se reduce a aquella de la ciencia) y que por tanto constituye un límite insuperable a nuestro *poder sobre la realidad*⁸. Sea como fuere, la abolición de la metafísica —si quiere ser alcanzada coherentemente— y el correlativo afirmarse del primado de la visión científica («física» o como hoy más bien se tiende a decir «fiscalista» del hombre) debe comportar la abolición de toda referencia a la libertad. Para ser todavía más precisos podemos decir con Scarpelli⁹ que el hecho de que el hombre y su voluntad aparezcan en todo momento *necesitados* (en sentido determinista) «no es el resultado específico de una búsqueda científica sobre el hombre, es

8. Límite que se tiende hoy en día a imaginar como inexistente o en cualquier caso ya superado: cfr. al respecto las consideraciones de V. MATHIEU, *La natura e noi*, en R. S. PETERS (ed.), *Natura e libertà*, trad. it., Roma, 1978, pp. 7-17.

9. *Thomas Hobbes*, cit., p. 67.

más bien el principio constitutivo, la condición transcendental de posibilidad de un acercamiento científico al hombre»¹⁰.

3. *El derecho como orden de la libertad*

La supresión de la libertad lleva a consecuencias teóricamente relevantes en filosofía moral, pero lleva a consecuencias mucho peores en la filosofía del derecho. Si de hecho puede construirse (en línea de principio) una ética de la necesidad —piénsese en el estoicismo y en todos los modelos que de algún modo de él derivan o a él se remiten, como las diversas variantes del historicismo¹¹—, es prácticamente imposible construir una filosofía del derecho que pueda prescindir de una referencia *constitutiva* a la libertad, es decir, imaginar un derecho (y en particular un derecho penal) que no sea regla de las acciones producidas por *voluntades libres*. La antigua intuición, según la cual no se da derecho ni para los animales, ni para los dioses, no significa otra cosa que esto: que sólo entre voluntades distintas (como las humanas) y libres (y por tanto limitándose y en conflicto potencial entre sí) se puede suponer una regla de *coexistencia* que sancione cómo tales voluntades pueden coordinarse, sin anularse recíprocamente. La libertad dice aquí evidentemente relación a *responsabilidad*: es responsable de sus acciones sólo quien es libre, no quien por definición (como un ente inanimado o, a su modo, un animal) no lo es; y sólo con quien es libre es posible, en principio, entrar en una relación *jurídica*, es decir, en una relación de libertad en la que sea posible una confianza recíproca (que no se da por el con-

10. Con esto no quiero decir que la imagen científica del hombre como «necesitado» (no libre) coincida completamente con aquélla que es propia de la «modernidad». Creo, más bien (pero aquí no se puede ir más allá de una indicación) que gran parte de la *Weltanschauung* contemporánea se califica, no por el reconocimiento de la necesidad, sino por la pregunta acerca de la libertad, y que esta pregunta es vivida de manera tan tumultuosa y apasionada como para considerar existencial e históricamente *marginales* las pretensiones del cientifismo. Sobre este punto, como sobre tantos otros, la lección hegeliana es todavía de impresionante actualidad: «Porque el espíritu libre es el espíritu real —escribe Hegel—; los malentendidos en torno a esto tienen consecuencias prácticas tanto más monstruosas cuanto que cuando los individuos y los pueblos han acogido una vez el concepto abstracto de la libertad por sí mismo, ninguna otra cosa tiene una fuerza de tal modo indomitable; toda vez que la libertad es la esencia propia del espíritu y éste es su misma realidad» (*Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio*, § 482, trad. it., Croce, Bari, 1967, vol. II, p. 442).

11. Mas, en el ámbito de la filosofía moral, la «necesidad» reenvía siempre a la diferencia ontológica entre el hombre y el ser (o, hegelianamente, entre el individuo y el Espíritu) y siempre queda por tanto una dimensión interna al horizonte metafísico sin que exista el riesgo de caer en el fisicalismo del cientifismo.

trario cuando se instaura una relación con seres no libres, en relación a los cuales es sólo posible o la ausencia de relación o una relación de poder más o menos controlado). Por lo demás, entre entidades no libres, no se puede establecer la hipótesis —como en los seres humanos— de un conflicto (y por tanto la exigencia de reglamentarlo): donde rige la necesidad, la coordinación de las *dinámicas* (no puede hablarse aquí de acciones, término que dice relación a la libertad) de los entes singulares se instaura por sí misma, según aquel típico equilibrio *impersonal* que es propio de la naturaleza, al que puede ser también aplicada la categoría de ley, de una ley propiamente *naturalista*.

Si la experiencia jurídica se ha apropiado del término ley, asumiéndolo de las observaciones de la rigurosa repetibilidad de los eventos naturales (que aparecen «ligados» entre sí por rigurosa necesidad), no se debe —como frecuentemente se suele decir— a una clase de primitivismo conceptual de los antiguos, que usando indistintamente el término «ley» a propósito de la naturaleza y del derecho, habrían mostrado así ser incapaces de distinguir el *Müssen* del *Sollen*, la necesidad (natural) de la obligatoriedad. En realidad, la ley en sentido jurídico —al igual que la ley entendida en sentido naturalístico— refleja un *orden*: la diferencia entre las dos no está en la equivocidad del concepto de ley (que es también absolutamente unívoco: ley es aquello que liga), sino en la equivocidad del concepto de orden al que se aplican las distintas leyes: el orden de la necesidad para las leyes de la naturaleza, el orden de la libertad para las del derecho. El orden de la libertad *liga*, pero no del mismo modo que el orden de la necesidad; a diferencia de éste, aquél liga mediante reglas *formales*, es decir, que obligan a las voluntades (a las que dejan libres en aquello que respecta a la *sustancia* de su querer) a encontrarse unas con otras según *formas* vinculantes, haciendo así posible (en cuanto la formalizan) la coexistencia.

Este es el motivo por el que no toda proposición prescriptiva (*Soll-Satz*) sea una norma jurídica (*Soll-Norm*); para que una prescripción sea jurídica es necesario que sea *obligatoria*, es decir, que sea tal que haga posible el orden de la coexistencia como orden de la libertad. Aquí radica la problemática de la justificación de cada una de las normas¹², problemática que tiene su sentido sólo en el horizonte de la libertad, dado que no es posible encontrar ninguna justificación, en sentido propio, a las leyes de la naturaleza: éstas existen

12. Sobre este punto, cfr. el fundamental estudio de S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano, 1981.

sin más, es decir, no podrían ser de otro modo (al contrario que las jurídicas); son estudiadas y en su caso utilizadas, pero no pueden nunca ser puestas o modificadas por un acto subjetivo de la voluntad¹³.

4. *La libertad como el trascendental del derecho*

La libertad por tanto es el trascendental del derecho: no es posible pensar *en general* una relación jurídica sino como interrelación entre voluntades libres. Por el contrario es claramente posible estudiar el derecho en una perspectiva *circumscribida*, en la que la dimensión de la libertad no emerja; y ésta es justamente la perspectiva de las ciencias del derecho, en los límites en los que lo consideran según dimensiones particulares (la lógica de las normas, su historia, su relevancia sociológica, etc.). Pero las ciencias jurídicas, perfectamente legitimadas en su ámbito específico, no tienen título alguno para construir un discurso totalizante sobre el derecho, según la eterna tentación del cientifismo¹⁴, ni poseen por tanto argumento alguno «científico» para sostener como irrelevante (sólo porque escapa de su competencia) el problema de la libertad como el trascendental del derecho: es más, cada una de ellas, cuanto más fiel permanece a sus presupuestos metodológicos, es a su manera una confirmación de que el derecho es pensable sólo a cuenta del hombre y que el hombre es pensable —por parte de las ciencias jurídicas— sólo a partir del presupuesto de la libertad. Un escepticismo absolutamente cohe-

13. Otro problema es si puede ser pensable una coexistencia de sujetos libres pero no regulado por normas jurídicas. La respuesta que da Mathieu a este problema es ésta: «La alternativa (al derecho) es suponer una voluntad común que se formaría espontáneamente, sin que haga falta la intervención de una norma para regularla: como sucede cuando la voluntad de un sujeto se encuentra con la de otro en virtud del amor. Una comunidad de hombres libres sin necesidad de restricciones formales, porque sus voluntades concuerdan espontáneamente en virtud del amor, no es del todo imposible; la experiencia nos dice que en ciertos grupos y en ciertos momentos se realiza. Pero se realiza limitada a ciertos fines, porque esa misma comunidad, respecto a otros fines quizás menos relevantes, admite, de hecho, que la voluntad libre de cada uno se someta a normas convencionales, como sucede, por ejemplo, entre los cenobitas. Si, en cambio, la comunión espontánea de la voluntad en el amor es asumida como el único y universal principio para conciliar la libertad de cada uno con la de los otros, se convierte en el principio más espantosamente opresivo de la libertad de todos, respecto al cual la exterioridad del derecho resulta inconveniente de peso sin comparación más leve» (*Libertà e diritto*, en «Prospettive nel Mondo», I, 1976, n. 1; pp. 39-40).

14. He analizado más detalladamente este punto en el ensayo *Unidad del saber jurídico y fundamento ontológico del derecho*, en «Persona y Derecho», IX (1982), pp. 69-82.

rente en orden al postulado de la libertad no es ni pensable ni capaz de ser vivido por el jurista, que vería desvanecerse ante sus ojos el objeto mismo de su ciencia. A lo sumo al jurista escéptico podría aplicarse aquello que Köstler predica del hombre *tout court*, que «no tiene más elección que la de vivir según 'ficciones', *como si* el mundo ilusorio de los sentidos representase la realidad última, *como si* dispusiera de una voluntad libre, capaz de hacerle responsable de sus acciones; *como si* existiera un Dios para premiar la conducta virtuosa del hombre, y así sucesivamente. Análogamente, el individuo debe vivir *como si* no estuviera condenado a morir, y la humanidad debe proyectar su futuro *como si* sus días no estuvieran contados. Sólo en virtud de estas ficciones —según Köstler— la mente del hombre ha estado en situación de construir un universo habitable y lo ha dotado de significado»¹⁵.

Absolutamente incoherente con la práctica cotidiana del trabajo del hombre (y del jurista) es por el contrario la posición dualista de Scarpelli, que de una parte ve el pasado encerrado en la red de la necesidad, de la que el hombre 'fenoménico' no puede escapar, pero por otra entiende desligado de estos condicionamientos al hombre nouménico, «que se apercebe libre en el abrirse de la existencia sobre las posibilidades del futuro». «La ley de la razón, como ley para la libertad —afirma Scarpelli— y por tanto una ley del deber frente a las posibilidades, no puede ser una ley de responsabilidad». Y concluye: «El pasado se propone al conocimiento ya encerrado en la necesidad; el hombre queda preso como fenoménico; el hombre nouménico, libertad y fin, no puede serle reconocido»¹⁶. Pero en la «necesidad» del pasado es incorporado también el efecto de la acción humana, de aquella acción que para el futuro Scarpelli reconoce como nouménica, es decir, como (potencialmente) libre; lo que en el pasado se ponía como futuro era por tanto, según admite el mismo Scarpelli, el reino de la posibilidad y de la libertad. Su rígido dualismo, por consiguiente, se desmembra, pasado y futuro se entrecruzan (según la antigua intuición agustiniana) en el presente; la pena (que no es ya tal si se circunscribe sólo al pasado, o sea si ya ha sido cumplida, o pertenece todavía al futuro como pena a cumplir, pero es tal sólo en el presente en donde efectivamente se cumple) une a la vez en su dimensión temporal pasado y futuro, es decir, reconoce en el pasado la crisis del orden de la libertad y procede a sanarlo, para permitir un (posible) futuro.

15. A. KOESTLER, *Il principio di Giano*, trad. it., Milano, 1980, p. 16. Al proponer esta dialéctica del «como sí» Koestler evoca, obviamente, el nombre de Vahinger.

16. *Thomas Hobbes*, cit., p. 74.

5. La pena como garantía del orden de la libertad

La dimensión en la que adquiere un mayor relieve el nexo libertad/derecho es por tanto la penal. La pena sólo es pensable *jurídicamente* en relación a un uso no coexistencial de la libertad, como consecuencia que hay que aplicar a una voluntad que libremente (esto es lo trascendental tanto del derecho como de la pena) decide infringir el orden de la coexistencia, de tomar ventaja *indebidamente* sobre los otros coexistentes para obtener un ilícito provecho (en sentido amplio y no sólo restrictivamente económico); en síntesis que decide violar la justicia, como orden de la coexistencia.

Que el orden de la libertad *pueda* ser violado no debe sorprender; es un orden que concierne al deber-ser, no al ser, y como escribe justamente Cotta «el deber ser es el trascendental (en sentido kantiano) de la transgresión, o sea es la condición de pensabilidad del concepto de transgresión y es también la condición de posibilidad de la *transgresión en cuanto tal*»¹⁷. El verdadero problema no es por tanto el de la violabilidad del orden de la libertad, sino si puede ser violado impunemente, sin ser con ello destruido por la violación. Ahora bien, en ámbitos limitados de la *experiencia* (como en aquel orden particular de la libertad que es el constitutivo del juego) la transgresión destruye efectivamente la posibilidad de la coexistencia: no es posible continuar el juego con quien hace trampa; independientemente de la sanción que hipotéticamente pueda corresponder al tramposo, es evidente que el hacer trampa cuando se descubre, hace el juego mismo vacío de sentido, y en algún modo lo convierte en impensable como juego (en el que es de suponer la absoluta simetría y lealtad de los jugadores). Pero en un orden general y omnicomprendible de la libertad como el de la coexistencia jurídica (en el cual se contiene la posibilidad de existencia de todos los órdenes particulares de la libertad), el orden, en síntesis, de la socialidad¹⁸, no puede tolerar ser destruido por el mal uso de la libertad hecho por una o varias voluntades singulares; la coexistencia como estructura de la existencia —o, en una sola palabra, la justicia¹⁹— exige la *duración* y por tanto necesita garantías. Frente a la voluntad individual pre-

17. *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, cit., p. 19.

18. No digo del Estado, porque es evidente que el discurso se aplica también a las coexistencias pre-estatales y meta-estatales (como la comunidad internacional). El Estado es sólo actualmente la forma más perfeccionada (técnicamente) de coexistencia social y por tanto aquella sobre la cual pesa mayormente la carga (empírica, pero con fundamento transcendental) de garantizar la *posibilidad* de la coexistencia.

19. Sobre la justicia como estructura del derecho, vid. COTTA, *Prospettive di Filosofia del Diritto*, Torino, 1979, pp. 174 ss.

varicadora que delinque, es decir, que infringe la *simetría* del orden de la libertad, es por tanto imprescindible preparar un mecanismo reparador, que permita superar el *impasse*, es decir, que niegue la negación del derecho que se ha realizado y reinserte a aquel que ha sido responsable de ello, el reo, en el orden de la libertad que ha violado²⁰. La pena es por tanto retributiva en el sentido de que presupone, antes que una particular atención psicológica del reo (privilegiado por la pena como enmienda) o una relevante peligrosidad social del daño, que intenta prevenir (según la lógica de la intimidación) aquel hecho intencionalmente querido y realizado por el agente que sea reconocido objetivamente (*nullum crimen sine lege*) como anti-coexistencial o —como se puede decir más simplemente— como delito²¹. Señalemos también que la exigencia del derecho es la de castigar el delito, no en cuanto ha producido un mal en el sentido naturalista del término (un *Uebel*), que desde un punto de vista empírico podría en ciertos casos ser considerado —y con razón— completamente irrelevante cuantitativamente (como en el caso de libro del robo de manzanas y/o haber sido realizado sin intención criminal y por tanto ser tal que genera tan sólo la obligación del resarcimiento del daño), sino en cuanto el delito es malo en sí (un *Böse*), dado que

20. Este es el punto que no es entendido por aquellos que critican la teoría retributiva de la pena, afirmando que la justicia como *valor* (como principio moral) es inatacable por los hechos —también por los fallos— humanos y no requiere jamás restablecimiento alguno, de la misma manera en que no sufre lesión alguna. «Die Gerechtigkeit —escribe COMPAGNONI— kann überhaupt nicht 'wieder hergestellt' werden, weil sie durch menschliche Taten und Untaten nicht 'verletzt, vermehrt, verringert' werden kann. Der objektive Begriff, den wir mit dem Wort 'Gerechtigkeit' zum Ausdruck bringen, besagt nicht anders als einen moralischen Wert, der seine eigene *Realität* besitzt, aber nicht zur *Wirklichkeit der Welt* gehört, wo menschlichen Taten und Untaten sich vollziehen» (*Geschichtliche Entwicklung der philosophisch theologischen Begründung der Strafe*, cit, p. 17). El error está evidentemente en proyectar la justicia en una dimensión de tal trascendencia, que la hace incomunicable con la realidad de la praxis coexistencial. Si en cambio se entiende la justicia —como en el texto— como la estructura de la coexistencia (una estructura no sociológica sino ontológica; esto es, una estructura de la libertad) aparecerá perfectamente posible comprenderla como un valor comprometido con la estructura de lo real. Por tanto, la contraposición entre una retribución ética y una retribución social (del agrado, por ejemplo, de HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, München, 2.ª ed., 1977, p. 412) es insostenible; existe una ética de lo social (o si se prefiere, una obligación política) y es ésta la que la pena quiere defender.

21. El principio del talión que se puede decir que desde siempre está asociado a la concepción retributiva de la pena, no es por tanto entendido en su sentido extrínseco (es realmente bárbaro) de la satisfacción psicológica que debe darse a la víctima del delito haciendo sufrir al reo *exactamente* aquello que ella ha sufrido; sino como el criterio estructural (¡esto es, no arbitrario!) de la *medida* de la pena. Por otra parte, cuando es entendido así, como criterio de medición de la pena, es aceptado también por aquellos que no se autodenominan retributivistas (cfr. por ejemplo ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, cit., p. 179).

cualquiera que sea su sustancia empírica es siempre estructuralmente coincidente con la intencional absolutización de la voluntad individual en relación a cualquier otra y por tanto con la violación del derecho *tout court*²². El delito, en otras palabras, es tal en los límites en que aquella acción que el derecho juzga delictiva lleva indiscutiblemente el sello de la intención del sujeto de infringir la lógica de la coexistencia. Consiguientemente es contradictorio sostener que puede darse un delito no punible *en principio* (cuando ciertamente existen tantos otros no punibles de hecho); en efecto si se diese una acción considerada delictiva por una parte, pero por otra parte también pudiera ser considerada jurídicamente no punible, ello significaría: o que esa acción no está en condiciones de amenazar la coexistencia —y que por tanto no se la puede calificar de delictiva—, o que aún no siendo castigada por el derecho positivo, pero amenazando efectivamente la coexistencia, encuentra *entonces* su sanción en la praxis social, y en forma eventualmente más grave de lo que el derecho hubiera podido disponer²³.

Pero una eventual no aplicación de la pena a un delito llevaría a ulteriores consecuencias todavía más graves: aquella, en primer lugar, de rebajar la personalidad del delincuente, negándole de hecho el reconocimiento de ser libre, es decir, de ser hombre. A ello y no a otra cosa alude Hegel cuando propone la teoría —sin razón considerada absurda— de la pena como «derecho inherente al delincuente mismo»²⁴. Pedir que alguien sea castigado por el delito que ha cometido significa implícitamente reconocerle como ser libre, respon-

22. «Las diversas consideraciones que se refieren a la pena... presuponen la motivación de que el castigar sea justo en sí y por sí. Por tanto, importa únicamente que el delito debe anularse no como manifestación de un mal, sino como una violación de un derecho en cuanto derecho» (HEGEL, *Lineamenti di Filosofia del Diritto*, cit., § 99, pp. 96-97).

23. En éste el motivo por el cual Hegel reconduce la venganza a la dimensión jurídica, aunque sea aquella «de la inmediatez del derecho» (con la consecuencia de que siendo ella la acción positiva de una voluntad *particular* deviene una nueva lesión y cae así en un proceso indeterminable de nuevas lesiones y nuevas venganzas). Pero en su concepción la lógica de la venganza es jurídica como lo demuestra el hecho de que ella puede ser trascendida únicamente por la «exigencia de una justicia, franqueada tanto por el interés y por el aspecto subjetivo, como por la contingencia de la fuerza», o sea, por el derecho en sentido fuerte (cfr. *Lineamenti di Filosofia del Diritto*, § 102 y 103, trad. it., cit., pp. 99-100).

24. «La lesión que corresponde al delincuente —explica Hegel— no sólo es justa en sí —en cuanto justa, ella es, al mismo tiempo, su voluntad que es en sí, una existencia de su libertad, su derecho; pero también un derecho puesto en el mismo delincuente (*ein Recht an den Verbrecher selbst*), o sea en su voluntad existente, en su acción. Porque su acción, por ser de un ser racional, tiene algo de universal, que por medio de ella, ha promulgado una ley, una ley que él ha reconocido por sí mismo en ella, bajo la cual, por tanto, puede ser subsumido como su derecho» (*ibidem*, § 100, p. 97).

sable, al que pueden ser imputadas —a diferencia de cuanto sucede en aquellos que no son libres— las propias acciones. No tiene ningún sentido pedir el castigo de quien no era responsable de sus propios actos: esto escapa de la atención del derecho penal (por entrar a lo sumo bajo la competencia de la defensa social, que es *otra cosa* respecto al sistema penal) porque, no habiendo tenido nunca el agente la intención real y libre de violar la lógica de la coexistencia, no la ha negado nunca, ni por tanto necesita ser reintroducido²⁵. Reconocer que alguien ha cometido intencionalmente un delito y conceder la no aplicación de la pena puede ser el fruto coherente de la *clemencia*; pero la verdadera clemencia (cuando existe, cuando no es interesada, es decir, cuando no se hace cómplice del delito) se proyecta más allá de la lógica de la coexistencialidad²⁶; en los límites en que la clemencia es ella misma, hace referencia a la dimensión del perdón y, como perdón, es posible, pero no programable ni previsible (es decir, no es posible garantizar el perdón *antes* de que se haya cumplido la acción de perdonar; mientras que es realmente posible, aún más, necesario, prever la pena antes de que sea cometido el delito).

6. Ineliminabilidad de la responsabilidad

Ahora debería ser claro por qué la eliminación de la referencia a la responsabilidad hace que la pena sea simplemente incompre-

25. Esta es la dimensión del problema que no es acogida por los teóricos de la «nueva defensa social»: ellos tienen razón al decir que el modelo del libre albedrío (así como por otro lado el determinismo) no corresponde nunca plenamente a la realidad del hombre «normal», pero han errado al considerar este modelo dogmático «abstracto», y todavía más al querer mantener la noción de responsabilidad sin fundarlo refiriéndolo a la libertad. La libertad no es deducible de la observación empírica del hombre «normal» (caeríamos, si las cosas pudieran ser así, en la pretensión —que es una verdadera y propia *contradictio in adiecto*— de determinar un concepto «científico» de la libertad), sino que es el trascendental propio de la comprensión de la «normalidad» del hombre. La sustitución de la referencia a la libertad con el *individualismo social*, como base filosófica, del sistema que Ancel propone (cfr. *La défense sociale nouvelle*, Paris 3.^a ed., 1966, p. 38) no comporta un real progreso especulativo: que no exista individualidad fuera de la realidad social es una noción antigua; que sea la realidad social la que proporciona los parámetros de la comprensión del hombre «normal», es en cambio una noción que habría que demostrar (y que Ancel en realidad no demuestra). Sobre la «nueva defensa social», cfr. el excelente libro de F. CAVALLA, *La pena come problema. Il superamento della concezione razionalistica della difesa sociale*, Padova 1979.

26. «La clemencia es un perdón sin interlocutor y por tanto el clemente no pronuncia las palabras del perdón hacia un verdadero semejante de carne y hueso. Tal encuentro es una soledad, tal diálogo un monólogo, tal relación un ensimismamiento. No hace falta por tanto decir que el hombre clemente no ha sufrido jamás por la acción de quien lo ha insultado, que no ha tenido jamás la oportunidad de arreglar cuentas con él, que nada le reprocha, ni le hace el honor de probar a su

sible. Un buen ejemplo nos lo ofrece, con su habitual claridad, Scarpelli. Después de haber afirmado la imposibilidad, dentro de las categorías de la cultura «moderna», de seguir sosteniendo la responsabilidad en el sentido propio del término, como «la exposición (actual o potencial) a una sanción negativa, sufrimiento o muerte, aplicada por un juez competente en relación a un mal ejercicio de la libertad respecto de la necesidad o libre arbitrio», Scarpelli sostiene también que es posible reconsiderarla, modificando su significado y *desvinculándola de la libertad*. «En el nuevo significado —escribe— es responsabilidad la exposición (actual o potencial) a una sanción negativa aplicada por un juez competente en relación a un mal ejercicio de la voluntad (sometida a la ley de la necesidad)»²⁷. En esta definición, todo gravita sobre el significado que se dé al adjetivo *malo*, en relación al ejercicio de la voluntad. ¿Por qué definir *malo* (o, al contrario, *bueno*) un acto *necesario*? Si la voluntad del hombre está sujeta a necesidad y produce resultados no controlables en el sujeto, ¿por qué calificarla como mala? Y ¿en base a qué criterio reconectar una sanción a tal uso de la voluntad (que no había podido ser realizado de otra manera, dada su sujeción a la necesidad)? El único modo de dar sentido real al nuevo significado de la expresión responsabilidad, como el propuesto por Scarpelli, es el de suponer que la introducción de la sanción crea un nuevo sistema de necesidad alternativa a aquel en que normalmente está inmersa la voluntad (por decirlo así) del delincuente, de modo que sometida a una necesidad más fuerte (la de la sanción) sea *objetivamente y necesariamente* condicionada por ésta más que por aquella. Pero nos encontramos frente a una aporía: ¿cómo debemos considerar al creador de este nuevo orden (el legislador), libre o sometido a la ley de la necesidad? Dado que para Scarpelli la libertad no se da en el hombre, deberemos suponerlo sometido a la necesidad; pero en tal caso será impropio hablar de «legislación». Quiero decir que la alternativa decisional que se concreta en ley (introducir o no la pena; graduarla de un modo u otro; aplicarla o no a ciertas clases de sujetos) es pensable sólo si quien debe decidir es responsable (es decir, libre) de sus elecciones y puede (y debe por tanto) darse cuenta de ello. Si quien decide no es responsable ¿se puede hablar verdaderamente de decisión y, en sentido

vez el más mínimo rencor, aunque fuese un rencor incipiente, que sería inmediatamente reprimido por el perdón... La clemencia excluye toda relación verdaderamente transitiva e intencional con el prójimo: la clemencia no es el perdón más de cuanto la generosidad no sea amor» (así, V. JANKELEVITCH, *Il perdono*, trad. it., Milano 1968, pp. 19-20).

27. *Thomas Hobbes*, cit., pp. 67-68.

más amplio, de «legislación»? ¿Pero cómo prescindir de la decisión, cuando por ejemplo hay que establecer el límite de una pena? Scarpelli escribe: «Podrá subsistir la responsabilidad hasta donde la regla que configura la responsabilidad exista para generar un bien futuro, y el bien futuro generable aparezca suficientemente valioso en relación al coste de sufrimiento que hay que pagar para obtenerlo»²⁸. Imaginemos que esta relación de proporcionalidad entre un bien futuro y el costo a pagar por obtenerlo sea calculado mal; ¿cómo podremos imputar este error al legislador, si no lo consideramos responsable (es decir, libre)? Si de hecho no es responsable sino sometido a la ley de la necesidad, vendría a significar que el cómputo realizado por él *no podrá ser hecho de otro modo* y que carece absolutamente de sentido proponer una posibilidad alternativa que no pertenezca al orden efectivo de la necesidad —como se demuestra por el hecho de que esta alternativa no se ha realizado en la realidad—²⁹. Pero si el cómputo de la utilidad podía ser hecho de otra manera, ello comporta la responsabilidad del legislador al hacerlo, por tanto su libertad. Mas si se predica la libertad del legislador, no se entiende por qué no predicarla (hasta que se prueba lo contrario, prueba que no puede ser dada a priori, sino que debe ser proporcionada en cada caso) de todo sujeto humano.

7. *El primado de la teoría retributiva de la pena*

Las consideraciones precedentes inducen a concluir que la teoría retributiva de la pena es la única teoría estrictamente jurídica que puede justificar la sanción penal. Esta afirmación no comporta de por sí la crítica a las demás teorías de la pena que se disputan el campo (pienso en particular en la teoría de la prevención de los delitos y en la teoría de la enmienda): tales teorías ponen justamente el acento

28. *Ibidem*.

29. Utilizo aquí la clásica crítica al utilitarismo que fuera desarrollada por Platón (a través de la contraposición dialógica entre Sócrates y Trasímaco) en el libro I de *La República*. Admitido que el único criterio de justicia sea la utilidad, se debe al menos admitir que en el cálculo de la utilidad puede insinuarse un error, sobre todo si quien hace el cálculo es el interesado directo. En consecuencia el utilitarismo no puede prescindir de una cierta referencia a la *sabiduría*: entendida no como la facultad que garantiza absolutamente contra el error (la sabiduría de un ente finito como el hombre será, por su parte, evidentemente *finita*), sino como la facultad que permite atribuir la responsabilidad del error (o el mérito de haber sabido no caer en el error) a una voluntad libre de cribar y juzgar la realidad (aunque eventualmente según el criterio de la utilidad, pero asumido no como un criterio objetivamente presente *in rebus*, sino como criterio *libremente* tomado de los *intereses* del sujeto).

sobre algunas dimensiones, de significación notable, relativas a la pena, pero no pueden *por sí mismas* llevar el peso de una justificación exhaustiva de la pena misma. El límite de estas teorías está no sólo en que, de hecho, tienden a apartar al jurista de su específica competencia (si se quisiera ser verdaderamente coherentes haría falta dejar la pena en cuanto reeducación como función exclusiva de pedagogos y de asistentes sociales, mientras que la pena como instrumento de prevención del daño debería ser más bien objeto de atención exclusiva de sociólogos y politólogos), sino también en que —tomadas y desarrolladas siempre con coherencia— estas teorías privan de sentido a la aplicación de cualquier tipo de pena, a un número de casos no irrelevante. Por ejemplo, ¿cómo prevenir (y por tanto, por qué punir) el delito pasional? ¿O cómo redimir (y por tanto, por qué castigar) al delincuente político? Dado que ningún teórico de la enmienda o de la prevención ha llegado nunca al punto de sugerir la despenalización de los casos-límite, a los que su teoría sería inaplicable (¿qué sería entonces la igualdad de los ciudadanos ante la ley?), debe pensarse que aceptan dentro de sus teorizaciones una dimensión de *incoherencia*: cosa en sí muy poco grave en general para las investigaciones empíricas, pero gravísima en las doctrinas que hacen ostentación de su oposición a la metafísica y pretenden ser identificadas precisamente gracias a su cumplida cientificidad³⁰, es decir, merced a su secularizada racionalidad³¹.

Piénsese, sólo por mostrar un ejemplo entre otros tantos posibles, en el hecho de que los teóricos de la prevención general de los delitos tienden a resolver con el metro de la teoría retributiva el proble-

30. Pero a decir verdad parece que algunos teóricos de la prevención general tienen ideas bastante extrañas acerca de la ciencia. Hassemmer, por ejemplo, sostiene que el defecto de los conceptos especial-preventivo estaría en su *falsificabilidad* a largo plazo, mientras una política criminal que se realizara sobre una base general-preventiva «podría ser en la práctica completamente segura e inmune de cualquier peligro de falsificación» (*Prevenzione generale e commisurazione della pena, in Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, cit., p. 132). Pero lo verdaderamente científico, según las enseñanzas de Popper, lo encontramos en una teoría que afirme lo contrario, o sea en estar siempre abierta a (posibles) falsificaciones. La perspectiva especial-preventiva en cuanto falsificada se tendrá por errónea, mas no por eso como no científica; en cambio la general-preventiva, por estar «inmune de todo peligro de falsificación» no se tendrá —sobre la base de la metodología falsificacionista— como científica, sino como dogmática.

31. En realidad el proceso de la secularización en el derecho penal sólo ha contribuido a corroerle el fundamento. Escribe acertadamente Naucke: «Die säkularisierte Strafrechtsbegründung hat keine Autorität gegenüber Abweichung; für die säkularisierte Strafrechtsbegründung ohne historische Interpretation und ohne Kontrolle durch nicht säkularisierte Begriffe ist das Bestrafen zufällige Machtausübung, die jederzeit mit grösserer Macht geändert werden kann» (*Christliche, aufklärerische und wissenschaftstheoretische Begründung des Strafrechts*, en *Cristianesimo secolarizzazione e diritto moderno*, cit., pp. 1511-1512).

ma —espinosísimo dentro de su teoría— de la equiparación de la pena al daño. Incoherencia felicísima, pero siempre incoherencia y bien grave. «El Estado castiga para defender la sociedad —escribe M. Romano—, el legislador hace leyes penales, el juez es llamado a aplicarlas, por una razón de *prevención general*. La irrogación de la pena adviene por una finalidad de prevención general, pero según la medida señalada por el *criterio retributivo de la proporcionalidad* a la culpabilidad del hecho, el único modo de castigar respetando las garantías fundamentales»³². Y más adelante: «La prevención general, indiscutible como teoría de la pena en cuanto institución, es en cambio inaceptable si se entiende como criterio de graduación de la pena»³³. Ahora bien, ¿por qué la finalidad de la pena no debe estar nunca coordinada con su medida? ¿Y qué comporta la apelación a las garantías fundamentales, si no el implícito olvido de que la dignidad humana del reo está tutelada no por la lógica preventiva, sino por la de la retributiva? Mas si esto es así, se sigue que la pena entendida como retribución constituye un dique contra un (posible) uso inhumano de la pena entendida como prevención y que, por tanto, la lógica retributiva tiene una prioridad, si no lógica, al menos axiológica en el contexto de la pena general-preventiva.

Y considérese además que cuando las teorías no retributivas de la pena tratan de evitar similares acusaciones de incoherencia llevando sus presupuestos coherentemente hasta las últimas consecuencias, incurren en incoherencias todavía más graves. Henkel, por ejemplo, partiendo de la perspectiva de la pena como enmienda, sostiene que no se puede hablar de una obligación absoluta de castigar el delito (*absolute Strafpflicht*), porque el Estado debe más bien *renunciar* a la pena cuando es posible una readaptación social del reo, *auch ohne Strafvollzug*³⁴; razonamiento correctísimo, que tiene sólo el defecto de estar aparentemente referido al derecho penal, cuando en realidad no le concierne en absoluto. El Estado, en efecto, *no debe* aplicar la pena al que está en proceso de readaptación social, pero no porque la readaptación —que como *técnica educativa* ciertamente es mejor que la cárcel o la muerte— sea una alternativa (respecto a la pena criminal en sentido estricto) que esté *en el interior* de la lógica penal, sino porque al contrario hace referencia a una intervención de lo público que no tiene carácter penal³⁵, en cuanto presu-

32. *Prevenzione generale e prospettive di riforma...*, cit., p. 179.

33. *Ibidem*.

34. *Einführung in die Rechtsphilosophie*, cit., p. 412.

35. Otra cuestión, evidentemente, que no quiero tocar aquí, es la de la coherencia de intervenciones públicas de este género con el respeto a la dignidad del hombre en general y en particular con la estructura del derecho.

pone en el que está en proceso de readaptación una carencia de responsabilidad, que lo excluye a priori del ámbito específico del interés del derecho penal. No es posible por tanto sostener una confrontación coherente (o crear una jerarquía de mérito o de eficacia) entre la actividad reeducativa y la punitiva: cada una *debe* (en línea de principio) ser aplicada a sujetos en que la otra *no debe* aplicarse³⁶.

Las críticas que hemos hecho a la teoría de la prevención de los delitos (considerada en su generalidad) no alcanzan a ser eludidas siquiera por su más actualizada variante, aquella que pone el acento no tanto sobre la prevención *especial*, sino sobre la prevención *general* de los delitos. Escribe con (indebida) seguridad Hassemmer: «La idea de una política social y penal 'racional', que conciba la amenaza, la inflicción y la ejecución de la pena no ya como 'compensación' del mal, sino sobre todo como respuesta al problema de la 'criminalidad', parece ser más fuerte que las reservas contra la eficacia de una concepción especial-preventiva: tampoco la frustración de los esfuerzos de prevención especial deberían sepultar la esperanza de poder adaptar el sistema penal a las leyes de una política social 'racional', o sea que tratara problemas 'reales', empíricamente descriptibles con instrumentos que no fueran sospechosos a la metodología de las ciencias empíricas: en suma, una serie de intervenciones, más que hacer metafísica»³⁷.

Ahora bien, es curioso cómo Hassemmer no se dé cuenta de que si un penalista quiere tratar de veras problemas «reales», debe abandonar la referencia al abstracto problema de la «criminalidad»: no es necesario tenerse por nominalista para afirmar que para el jurista «realista» (en sentido empírico) existe solamente el criminal como *individuo singular* y el crimen como *evento individual*. Las generalizaciones sobre la criminalidad (y sobre sus categorías) son sociológicamente utilísimas, pero esto no quita que la pena no sea aplicada *en masa* a categorías de individuos, sino caso por caso a cada criminal. La acusación de «metafísica» (en el incorrecto sentido que Hassemmer atribuye al término, haciéndolo sinónimo de abstracción) parece sobre todo

36. Con razón, por tanto, en Estados Unidos se está elaborando la posibilidad de individuar un verdadero y propio *right to treatment*, que en consecuencia comporte el *derecho* a no ser castigado. Walker subraya maliciosamente cuáles serían los posibles resultados de esta teoría si alcanzara aplicación general: «If a court sends you to a mental hospital or juvenile institution, it is in doing so in order that you should be treated and if you can show that what happens there is not treatment you have the right not to be sent there, and perhaps even to be released. In other words... across the Atlantic the right to be treated means the right not to be sentenced to non-existent treatment» (WALKER, *Treatment and Justice in Penology and Psychiatry*, Edinburgh University Press, 1976, p. 6).

37. *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, cit., p. 131.

dirigirse contra la teoría general-preventiva *en sus pretensiones absolutizantes*.

Si en cambio las teorías no retributivas de la pena, como las de la enmienda y de la prevención, abandonan sus indebidas pretensiones de exhaustividad, se seguirá la posibilidad de volver a entender la enmienda y la prevención en el interior de la teoría retributiva, como finalidad ulterior (y eventual) de la pena, tanto más deseable, cuanto más el retributivismo garantiza totalmente el respeto de la persona del reo, que en la lógica de la prevención y de la enmienda —abandonadas a sí mismas— podría ser maltratada. Tiene perfecta razón Naucke cuando escribe que «prevención general —y en general prevención por medio de una pena— y derechos fundamentales de la persona no están en una antítesis de principio, si el límite de los comportamientos merecedores de pena está determinado según justicia»³⁸; pero esto no significa otra cosa que —en cuanto la justicia es el criterio de garantía de la corrección de la prevención— está en la justicia y no en la prevención el *logos* de la pena³⁹. Y el lema de la justicia —no lo olvidemos— es retributivo: *unicuique suum*⁴⁰.

8. Conclusión: humanitarismo y teoría retributiva de la pena

Queda algo que decir acerca del pretendido carácter antihumani-

38. *Prevenzione generale e diritti fondamentali della persona*, en *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, cit., p. 63.

39. Se podría también sostener que la pena como retribución, toda vez que inserta al reo en el orden de la coexistencia, es la única que le garantiza una enmienda efectiva (no psicológica obviamente —¿quién o qué cosa podría garantizarla?— ni sociológica, ni moral, sino *jurídica*, o sea coexistencial) y constituye ya de por sí una prevención de los futuros delitos (en cuanto muestra el *carácter imprescindible* de la justicia, independientemente de sus condicionamientos histórico-sociales). Se podría aplicar a nuestra argumentación una de las famosas paradojas de los estoicos; como para el estoicismo el hombre que tiene una virtud, las tiene en realidad todas, así la pena si corresponde a *su específica virtud*, es decir ser justa, corresponde también a todas las otras posibles virtudes que de la pena fuesen predicables (enmienda, prevención, intimidación, defensa social, etc.). Este razonamiento que es, repito, intencionadamente paradójico, no es ciertamente abstracto: da una enmienda mucho más concreta y tangible (jurídicamente) la pena como retribución, que una vez cumplida da al reo el *derecho* de volver a la libertad, y la certeza de no ser ya perseguible, cosa que no sucede con la pena entendida como reeducación: o ésta de hecho queda indeterminada en cuanto a su duración (o determinada solamente en el mínimo, como nuestras medidas de seguridad, pero que precisamente no son consideradas penas) y viola de tal modo el derecho de todo hombre (y en particular del reo) a proyectar con certeza su futuro en su relación con el derecho; o recibe en cambio una medida determinada y debe permanecer en la irresoluble contradicción de deber poner en libertad, cuando se ha cumplido la pena, también a un reo no reeducado.

40. Sobre el valor sustancial de la célebre fórmula, cfr. el excelente ensayo de W. WALDSTEIN, *Ist das 'suum cuique' eine Leerformel?* en *Ius humanitatis*. Festschrift

tario que a la teoría retributiva de la pena constantemente le achacan los sostenedores de otras teorías y que quizás ha llegado a ser un *topos* que es rechazado sin necesidad de justificación alguna. Sea que se considere la teoría retributiva como brutal⁴¹, sea por el contrario que se consideren humanitarias las teorías «relativas» de la pena, todas firmísimamente anti-retributivas⁴², el resultado es análogo: se ve en la teoría retributiva un algo incompatible con la sensibilidad de nuestra época secularizada y como tal merece refutarse a priori. Es que para la teoría retributiva la pena no es nada más que pena, o sea *sufrimiento*⁴³ y esto repugna al humanitarismo moderno, para el cual la categoría del sufrimiento no tiene ya significado alguno. «El rechazo del sufrimiento —escribe con la acostumbrada lucidez Scarpelli— como condición merecida y experiencia de retorno a la perfección ética... parece verdaderamente asumible como característica definitoria y diferencial de la ética en la perspectiva moderna»⁴⁴. Si estas afirmaciones fuesen leídas, como pienso, en una perspectiva de sociología de la cultura, creo que serían inobjetables y asimismo inobjetables no sólo la consiguiente crítica a la teoría retributiva, sino también la crítica a cualquier teoría de la pena en cuanto pena⁴⁵. Pero se trataría siempre de una constatación *sociológico-cultural* que ningun-

zum 90. Geburtstag von Alfred Verdross, hrsg. von H. Miehsler, E. Mock, B. Simma, I. Tammelo, Berlin 1980, pp. 285-320.

41. Cfr. por ejemplo E. BLOCH, *Naturrecht und menschliche Würde*, Frankfurt a.M., 1961, p. 299. Que la acusación de brutalidad a la teoría retributiva sea todavía un lugar común se manifiesta claramente de las notas de A. BONDOLFI, *La pena: tradizioni, legittimazioni e prospettive etiche*, en «Revista di Teologia Morale», 13, 1981, pp. 213-226. Flechtheim, con particular referencia a la teoría retributiva de matiz hegeliano, llega a ver en el célebre pasaje kafkiano *In der Strafkolonie* «eine Uebersetzung von Hegels Strafrechtsideologie in die antizipierte Realität eines totalitär-terroristischen Regimes» (v. *Zur Kritik der Hegelschen Strafrechtsphilosophie*, en «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 54, 1968, p. 540).

42. Son todas de origen más o menos iluminista, como gusta subrayar M. A. CATTANEO (*Fondamenti filosofici della sanzione penale*, en *Problemi della sanzione*, Atti del XII Congresso Nazionale della «Società italiana di Filosofia giuridica e politica», Roma, 1978, vol. I, pp. 41 ss.).

43. Cuando en otras teorías se habla de pena, se expresa mediante negaciones: la pena como reeducación no es una pena, porque no es sufrimiento; así como no debiera ser sufrimiento (y por tanto pena) la defensa social.

44. *Thomas Hobbes*, cit., p. 68.

45. Así BLOCH (*Naturrecht und menschliche Würde*, cit., p. 299) sostiene que sólo en el marxismo se da una verdadera teoría de la pena, «ja die radikalste als ebenso freundlichste»; éste deroga la pena y el derecho penal, en cuanto «tötet die gesellschaftliche Mutter des Unrechts». Tiene en realidad razón I. Mancini, al redescubrir en esta tan típica dinámica del presente de la trascendencia de la pena, no al espíritu de Marx, cuanto más bien a Nietzsche y a su teoría de la *inocencia del devenir* «con el enmascaramiento 'genealógico' de la moral de la culpa y de la pena (y de ahí el gran resentimiento contra el cristianismo y su Dios que espía)» (cfr. *Diritto e ermeneutica*, en «Hermeneutica», Pubblicazione dell'Istituto Superiore di Scienze Religiose dell'Università di Urbino, 1982, p. 13).

na fuerza argumentativa podría pretender tener en el plano del análisis filosófico, que no es el suyo y que lo trasciende. Al mismo nivel sociológico-cultural, por otra parte, se podría fácilmente mostrar cómo el *humanitarismo* de la ética contemporánea se asocia (a pesar de las apariencias y las opiniones comunmente más difundidas) a un fuerte espíritu de intolerancia, que viene curiosamente a contradecir uno de los más típicos valores «humanos»: el de la libertad civil⁴⁶; y cómo la ideología de la felicidad —sostén esencial del humanitarismo— que es ideología del tener, más que del ser, y del hacer más que del tener⁴⁷, se pone como fundamento radical de aquellas formas de la praxis contemporánea (individual o colectiva, es igual) que terminan por no tener nada en común con el estímulo humanitario⁴⁸.

El hecho es que la categoría conceptual del humanitarismo tiene un valor diverso si lo utilizamos en el plano sociológico-cultural o en el filosófico. En este último plano, que es el único que aquí nos interesa, el humanitarismo tiene la única posible acepción de respeto por la humanidad del hombre en cuanto tal, o sea en cuanto voluntad libre. En esta perspectiva no parece humanitaria la pena como intimidación, que no se refiere a la libertad del sujeto sino a su anulación por efecto del miedo⁴⁹; como humanitaria, en cambio, aparece la pena como retribución, que cuando es *aplicada* implica el reconocimiento del culpable como un ser humano libre y responsable: el má-

46. «Tal mentalidad (la de la secularización) tiene frecuentemente manifestaciones extremadamente humanitarias, pero esto no le quita ser radicalmente intolerante. La tolerancia nació, de hecho, de la desconfianza en poder interpretar —salvo en poquísimos puntos— el mensaje trascendente; pero si el mensaje deja de ser trascendente, la incapacidad de interpretarlo ya no tiene razón de ser» (así MATHIEU, *La secolarizzazione profana, in Ermeneutica della Secolarizzazione*, «Archivio di Filosofia», 1976, p. 18).

47. Según el finísimo análisis de J. ELLUL, *Metamorfosi del borghese*, trad. it., Milano, 1972, pp. 52 ss.

48. Piénsese en la dialéctica a que la historia ha sometido a las «instituciones totales» (y en primer lugar, entre ellas, la cárcel) nacidas ciertamente en la mentalidad iluminista para fines humanitarios y destinadas a ser arrumbadas como lo menos humanitario (en la sustancia, es decir por lo que atañe al respeto no sólo por el cuerpo del hombre, sino por el hombre entero) que se pueda imaginar. Sobre este punto es obligado recordar a M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, trad. it., Torino, 1976.

49. Perfectas las observaciones de Hegel a propósito de la teoría de la pena de Feuerbach: «la teoría penal de Feuerbach funda la pena sobre la amenaza y cree que si alguno, a pesar de ella, cometiera un delito, debería seguirse la pena, porque el delincuente la habría conocido previamente. Pero, ¿de qué manera se concilia la amenaza con la juridicidad? Aquella presupone al hombre en cuanto no es libre y pretende coartarlo mediante la representación de un mal. Pero el derecho y la justicia deben tener su sede en la libertad y en el querer, no en la no-libertad, a la cual la amenaza se dirige. Al fundamentar la pena de este modo, es como si se alzase el bastón contra un perro, y el hombre es considerado no según su dignidad y libertad, sino como un perro» (*Lineamenti di Filosofia del Diritto*, Aggiunta al § 99, trad. it. cit., p. 327).

ximo reconocimiento que puede hacerse a un hombre y al cual el hombre puede aspirar, y es así que no por casualidad Hegel ha podido (con un acento intencionado, mas profundamente paradójico) hablar de la pena como de un *honor reconocido al delincuente*⁵⁰. Honor al cual lógicamente es posible reconducir la posibilidad (existencial) y la efectividad (jurídica) de la expiación: es posible cuando ésta no se considere como una infamia (que en cuanto tal sería indeleble, por tanto inexplicable), antes bien como un derecho del criminal, que no puede serle sustraído.

Que estos temas hayan quedado perdidos en la común consideración actual del problema de la pena explica la crisis en la cual objetivamente se debaten hoy la doctrina y la praxis penales⁵¹: una crisis que es parte orgánica de la crisis del derecho contemporáneo y que reclama probablemente para ser combatida con eficacia una reflexión acerca de la estructura del derecho que —como se ha señalado al inicio de estas páginas— vuelva a conceder a la dimensión filosófico-teórica del pensamiento jurídico sus legítimas expectativas.

50. «Dass die Strafe darin als *sein* eines Recht anhaltend angesehen wird, darin wird der Verbrecher als Vernünftiges geehrt» (*ibidem*, § 100, trad. it. cit., p. 97).

51. Naturalmente siempre hay quien niega la evidencia y sostiene que vive en el mejor de los mundos posibles. M. Romano, por ejemplo, no duda en afirmar: «Un 'derecho penal secularizado' se presenta muy adecuado a nuestro tiempo. La expresión está fuertemente acreditada, goza de mucho prestigio» (*Secolarizzazione e sistema dei reati*, cit., p. 1.283). Las teorías serán quizás prestigiosas, pero la praxis lo es mucho menos y es difícil no reconducir la praxis a las teorías...