

«Necesidad y humanidad de la pena» (1)

PROFESOR BIAGIO PETROCELLI

Titular de Derecho penal de la Universidad de Nápoles

El mejor modo de responder—me parece—a la gran cortesía de las Entidades españolas que me han invitado a hablar en su país es tratar temas que representen con claridad la orientación ideal y científica seguida por mí. Y ello no para poner de relieve mi persona, sino para suministrar, posiblemente, materia útil para la interpretación de generales directivas del pensamiento.

Bajo este aspecto, en el campo de los estudios penalísticos, dos temas se presentan a nuestra atención, con preferencia sobre otros: la pena y el método jurídico en el Derecho penal. De la pena me ocuparé en la presente conferencia.

Se comprende que el tema no es tal que pueda agotarse en un breve discurso. Acerca de él trataré dos puntos de especial importancia, sobre los cuales la legislación y la doctrina italiana han llamado recientemente la atención de los estudiosos: me refiero al contenido aflictivo de la pena y a la enmienda del condenado. Cuestiones antiguas que, apenas enunciadas, hacen sentir al estudioso todo el peso de las viejas polémicas, pero que la realidad de la vida viene ofreciendo continuamente a nuestra observación y para las cuales no cesa nunca el deber de nuestra contribución.

* * *

A los penalistas españoles—cuya alta comprensión y fervoroso sentido de modernidad que traen a nuestra Ciencia, tan apreciados son entre nosotros—resulta bien conocido cómo en Italia se ha vuelto, con particular viveza en los últimos tiempos, sobre la

(1) Conferencia pronunciada el día 21 de abril de 1950, en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos de Madrid; traducción del italiano por el doctor don Adolfo de Miguel, Profesor Adjunto de la Universidad de Madrid.

reafirmación del fundamento moral y de la esencia retributiva de la pena.

Antes de penetrar en el peculiar objeto de esta conferencia reputo oportuna una breve aclaración sobre este punto esencial: aclaración cuya ocasión me brinda, entre otras, una anotación del ilustre maestro de la Universidad de Madrid, profesor Cuello Calón, el cual me sitúa entre los escritores italianos modernos que atribuyen a la pena una función exclusiva de satisfacción del sentimiento de justicia. Esto es sustancialmente exacto; pero merece una explicación.

El concepto que nosotros sostenemos de la pena retributiva tiene un fundamento esencialmente *realístico*. Y ello por los siguientes motivos:

A pesar de moverse por una inspiración moral y por una exigencia de justicia, no se afirma un concepto absoluto de retribución. En la pena se pone en evidencia ante todo el carácter común a todas las sanciones jurídicas, o sea la finalidad del mantenimiento del orden social. El sentimiento de la justicia es, por lo tanto, considerado como cualquiera necesidad humana que el Derecho está llamado a satisfacer.

El innato sentimiento humano de diferenciación del bien y del mal y la innata necesidad de satisfacción que les acompaña, son fuerzas que de las conciencias se proyectan sobre el mundo exterior, informan por sí toda la vida de relación y, por necesidades de las conciencias, se convierten en necesidades sociales. La retribución, por tanto, *moral* en su esencia, es *social* en su necesidad, *jurídica* en el medio con el cual se afirma. A los que todavía se ilusionan con poder suprimir en la pena su contenido moral, les decimos que, pasase lo que pasase en los ordenamientos jurídicos, el sentimiento de la justicia continuaría buscando por doquiera su satisfacción, y detrás de la frágil cobertura de una artificiosa e impopular disciplina legislativa, las imperiosas exigencias de la vida moral marcharían hacia su desembocadura por otros caminos, fuera del Derecho, como un torrente desordenado e impetuoso.

Pero el concepto moderno de la pena retributiva es *realístico* por otro motivo. Superando viejos reparos, se tiende a realizar en la disciplina de la pena prácticamente todas las instancias de la defensa social y de la lucha contra el delito. Y ello de dos modos: primero, acogiendo en la pena, sin desnaturalizarla, pero

como desenvolvimiento espontáneo y natural de sus postulados, un tratamiento del condenado que atienda plenamente a todas las necesidades de prevención especial; segundo, dando pleno y libre desarrollo, junto a la pena, al más moderno, al más amplio, al más variado de los sistemas de medidas de seguridad contra el peligro criminal, superando también en ello, con más moderna visión de las cosas, los escrúpulos de la antigua doctrina. Tanto que puede decirse que la propaganda positivista sobre los medios de lucha contra el delito no encuentra en nosotros verdadera resistencia. La resistencia subsiste, en cambio, fortísima, en el terreno moral, allí donde en tiempos aquéllos ostentaban abiertamente la negación de la libertad del querer, y donde hoy, en su lugar, se limitan a sostener que es necesario *prescindir* de la libertad, del querer sin negarla, sin embargo, como extraña al magisterio penal.

Lo que nos conduce a un tercer motivo de la concepción *realística* de la pena. Nuestro concepto de la pena, fundándose sobre la libertad del querer, no se funda, como los positivistas quisieran sobre una cuestión filosófica. La cuestión filosófica la hacen ellos, o por lo menos la hacían al principio, cuando partían de una neta negación de la existencia de la libertad de querer y de una moral responsabilidad de las acciones humanas. La base de nuestra orientación es una realidad social e histórica: aquella realidad por la cual el juicio sobre las acciones humanas y todas las relaciones entre los hombres se fundan, de hecho, históricamente, sobre el presupuesto de la libertad de querer; sin lo que, en la valoración moral y social antes que en la pena, no serían concebibles el bien y el mal, el mérito y el demérito, la recompensa y la pena. Un ordenamiento que quisiese actuar un concepto de la pena desprovisto de fundamento moral, un concepto *técnico*, como se dice con una palabra eficaz para expresar esta discriminación, debería apartar de sí la consideración de esta realidad humana y social. Sin que, por otra parte, valga decir que el juicio moral sobre las acciones humanas pertenece a la moral y no al Derecho, porque es absurdo pensar que la sociedad pueda renunciar a un fundamento moral de valoración y de represión propio en relación a los delitos, esto es, a los hechos que mayormente percuten la conciencia y la sensibilidad humana.

Viniendo ahora a considerar el problema relativo a los límites de aflictividad de la pena, debemos, ante todo, en líneas generales, reafirmar este contenido de aflictividad. Si la pena dejase de ser aflictiva dejaría de ser pena, porque decaería su *ratio* que está en la diferenciación del bien y del mal y en la ley de recompensa que la acompaña.

Ahora bien, como está en el fundamento moral de la pena la explicación de su aflictividad, están en este fundamento, en esta naturaleza moral, buscados al mismo tiempo, los límites dentro de los cuales debe mantenerse la aflictividad de la pena, los límites del llamado proceso de humanización de la pena.

La diferenciación de la pena de las primeras manifestaciones originarias de reacción vindicativa, la absorción gradual de la punición entre las funciones del Estado, la atenuación constante de los sistemas punitivos, la afirmación cada vez más decidida de la pena en sus funciones de satisfacción pública y no privada, son otros tantos indicios y momentos de la afirmación de la naturaleza moral de la pena.

Es sobre este mismo camino sobre el que, a mi juicio, ha de buscarse la explicación de la afirmación en las legislaciones modernas de aquellas instituciones que podemos llamar de *perdón*, como son concretamente el perdón judicial, la suspensión condicional y otras semejantes; y ello realizando un neto progreso respecto del pensamiento clásico del «ottocento», en el que regía aún imperioso el principio que Carrara denominaba de la *irredimibilidad*, esto es de la constante inderogable aplicación de la pena en todo caso, con el fin de no hacerla perder su «fuerza práctica de freno».

Si, no obstante esta evolución, la conciencia civilizada no está todavía satisfecha de los resultados alcanzados y sigue tendiendo a la busca de sistemas cada vez más humanos, esto ocurre siempre en virtud de la incesante afirmación del fundamento moral de la pena.

* * *

El problema de la progresiva humanización de la pena ha de considerarse hoy, como es sabido, prevalentemente en relación a las penas carcelarias de cierta duración. La pena de muerte y las breves penas carcelarias son objeto de problemas diversos que no podemos tratar ahora.

El problema de la humanización de la pena es sumamente viejo y verdaderamente abrumadora la mole de los escritos que lo tratan. En la llamada ciencia penitenciaria, bastante más que en la ciencia penalista verdadera y propia, abunda la fácil y ligera improvisación.

No descenderemos a este laberinto.

Tampoco queremos repasar cuantos criterios generales quedaron definitivamente incorporados a una moderna y humana concepción de la vida carcelaria. El principio de que la pena no debe consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad ha penetrado de tal manera en la conciencia del mundo civilizado que no tiene necesidad de ninguna explícita reafirmación. El artículo 27 de la nueva Constitución italiana, que ha hecho de él solemne declaración, no introduce ciertamente una dirección nueva, pero pone de relieve una conquista intangible de la civilización. Desde los tiempos de Beccaria el principio se había impuesto a la convicción universal y la obra del escritor lombardo debió su mundial renombre al hecho de haber sido la valerosa declaración del sentimiento de todos. Nadie piensa ya que la pena pueda consistir en un *delectari in malo alterius*; y es, generalmente, acogido el criterio de que el contenido aflictivo de la pena debe reducirse a una *privatio boni* que tenga esencialmente por objeto el bien de la libertad, con cuya pérdida queda suficientemente realizado el castigo del culpable, así como la satisfacción de la sociedad ofendida. A tal criterio negativo se agrega el positivo de la constante elevación de la personalidad del condenado, actuable en los límites concretamente consentidos a las posibilidades humanas, mediante la instrucción, la religión y el trabajo. Con el trabajo—se entiende—fundado no sobre el tosco principio, afirmado por algunos en tiempos, de que *quien no trabaja no come*, sino con el trabajo entendido como fundamento de elevación moral del condenado, al que no le ha sido impuesto, sino concedido como alivio a su dolor, como esencia de la misma moralidad de la pena.

El punto todavía debatido en la cuestión de los límites de la humanización de la pena y sobre el cual quiero detenerme un momento es el que puede ser resumido en esta pregunta: *la ejecución de la pena carcelaria ¿debe continuar siendo un total extrañamiento del condenado de la vida familiar y social?*

El problema de la progresiva humanización de la pena al-

canza aquí, a mi juicio, el punto central y más tormentoso para su solución. Se trata, en efecto, de determinar si es necesario detenerse en aquellos progresos que, con las limitaciones propias del ambiente, pueden realizarse dentro de la vida carcelaria o si deben, por el contrario, valientemente, ser superadas estas fronteras para buscar una efectiva humanización de la pena, por lo menos para algunos sujetos, y con las debidas cautelas, mediante la posibilidad de breves y periódicos retornos a la vida libre, previstos en el ordenamiento italiano solamente con relación a las medidas de seguridad y muy poco aplicados en la práctica. Tocamos aquí otro punto digno de humana consideración, aunque olvidado, de los efectos de la pena: me refiero a la repercusión de su aflictividad sobre otros sujetos distintos del condenado, repercusión que, a través de tales periódicos retornos, se vería disminuida.

Como es natural, esta situación del problema hace resurgir viejas reservas y preocupaciones. En Italia ha sido últimamente Bettiol quien ha expresado la opinión de que la concesión de periódicas licencias al condenado pudiera constituir, aparte de cualquier otro peligro, un medio de grave quebranto del mismo principio de aflictividad de la pena. Me doy cuenta de todo esto y no puedo menos de declararme solidario de quien afirme que la humanización de la pena debe ser transformación, no eliminación de su aflictividad, y que ante la necesidad de mantener a salvo la esencia de la pena debe ceder cualquier otro criterio. Pero, mientras, ha de tenerse presente para disipar toda justa preocupación, que la pérdida de la libertad, la segregación de la vida normal, y todo el conjunto de las gravosas mortificaciones de la vida carcelaria, son suficientes para garantizar a la pena su carácter de aflictividad; y que, en el fondo, cualquier pequeña interrupción sirve para imprimir más aún en la conciencia del condenado la sensación de lo que ha perdido, quizá es necesario darse cuenta, por otra parte, de que, en tanto el proceso de humanización quede limitado *al interior* de la vida carcelaria y la pena continúe significando total segregación del condenado de las relaciones familiares y sociales, bien escasos podrán ser los resultados sustanciales; podrán permanecer los reglamentos, las etiquetas, los programas, las campañas de la Prensa, pero la efectiva solución del problema se expondrá quizá a pararse en la fase de perenne ilusión.

Es oportuno recordar a este propósito que, no hace muchos años, una información ordenada por el Presidente de los Estados Unidos, esto es del país que hasta ahora ha podido emplear los medios más imponentes para la solución del problema, se cerraba con severas apreciaciones acerca de los efectivos resultados de aquella organización penitenciaria; y un artículo del Director General de las Prisiones Federales, publicado en una Revista italiana aparecía con un título con esta angustiosa pregunta: "Nuestras prisiones, ¿han fracasado en su finalidad?"

La verdad es que ningún sistema avanzado logrará nunca disolver las oscuras y tenaces influencias ejercidas sobre la vida del recluso en la prisión. Segregado del mundo exterior, resulta inevitablemente ligado por los lazos de la convivencia carcelaria; y en el seno de ella ni la disciplina ni el empleo de los más humanos y progresivos medios de mejoramiento podrán valer para contrarrestar en apreciable medida este fatal proceso de nivelación psíquica y moral que, generalmente, trae por consecuencia. Es probable que las fuerzas corrosivas más profundas del alma del preso, condenado a una pena más bien prolongada, se nutran precisamente de este desesperado sentido de segregación de la vida, por el cual acaba resignándose a buscar en el seno de la misma convivencia carcelaria el desahogo a su soledad y a sus instintos vitales. Y si es verdaderamente así, uno de los caminos que conviene ensayar para una efectiva humanización de la pena es precisamente el de los breves retornos periódicos de los condenados más merecedores de ello a la vida libre. Muchos peligros deberán ser afrontados y medios y criterios nuevos de defensa social deberán ser adoptados, más o menos accesibles a las posibilidades y mentalidades de los diversos países del mundo. Pero se abrirá probablemente camino para crear una situación psicológica del condenado sustancialmente diversa de la actual y por la que la esperanza cotidiana del retorno funcionará como freno del impulso de declararse vencido por el hosco ambiente de la prisión.

Baste, a este propósito, recordar el tremendo problema de la vida sexual en las cárceles. Detengámonos, sólo por un momento, para considerarlo.

Un estado de ánimo sobremano difundido es aquel por el cual, frente a semejantes vicisitudes humanas, se cierran las puertas de nuestra mente. Del mismo modo que la costumbre y

la pereza nos dejan pasar con frecuencia indiferentes ante las miserias de la calle, así parece que sea lícito hacer caer un pesado velo sobre las miserias de la prisión. Y recobra vida la angustiada lamentación de Oscar Wilde de que la sociedad, casi avergonzándose, huye de los que ha castigado como se huye de un acreedor o como se escapa del hombre al cual se ha infligido una suerte irreparable. Este estado permanente de olvido del terrible problema que de la clausura de la vida carcelaria extiende luego sus tentáculos a la vida social cuando el detenido retorna a nosotros, no hace honor al mundo civilizado. Y no es exagerado afirmar que cualquier criterio de elevación de la vida de las prisiones corra el peligro de resultar para la mayor parte de los condenados un ridículo expediente en tanto no sea organizado un serio régimen terapéutico para esta gangrena.

Los remedios sugeridos hasta ahora y actuados incluso en algún país de introducción de mujeres en las cárceles son netamente rechazables. Tal sistema, por razones que no me decido a describir, es lesivo de la dignidad moral del instituto de la pena tanto como pueda serlo la pasiva e inerte indiferencia frente al grave problema.

Una solución conveniente, si no radical, puede ser, en cambio, aportada por medio del retorno periódico del detenido a la vida familiar y social. El problema sexual en las cárceles no puede tener soluciones propias y particulares, sino que debe ser, juntamente con otras exigencias, el estímulo para una diversa concepción general de la vida carcelaria, en cuyo seno debe insertarse; y debe ser informada por una fusión mejor entendida de las exigencias de la justicia y de la defensa social con las de la vida individual del condenado.

Con esto llegamos a la otra parte de nuestro discurso: la que tiene por objeto el problema de la regeneración moral del reo.

* * *

La vieja cuestión de la enmienda ha encontrado recientemente en Italia dos fuentes para su nueva consideración: el artículo 27 de la Constitución y la última orientación de Carnelutti sobre el problema de la pena.

Sentada la fórmula de que la pena debe tender a la reeducación del condenado era natural que de ello derivasen tendencio-

asas e interesadas interpretaciones. Según algunos, con esta norma de la Constitución, la pena habría dejado de tener por completo en el ordenamiento italiano función retributiva, mientras la redención del condenado, y no otro, sería su fin esencial.

No quiero entretenerme en este punto concerniente en particular a nuestra legislación; bastará observar que el artículo 27 no dice solamente que *las penas deben tender a la reeducación del condenado*, sino que dice mucho más; esto es que *las penas no deben consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad y deben tender a la reeducación del condenado*. Las dos proposiciones están lógicamente unidas y la segunda no puede ser interpretada sino conjuntamente con la primera. A este respecto es fácil establecer que si la Constitución hubiese querido efectivamente poner la reeducación como fin esencial de la pena no habría tenido ningún motivo para su admonición de que la pena no deba consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad; ya que el fin de la reeducación rechaza de por sí, como contrarios a su naturaleza, semejantes tratamientos, para cuya exclusión, por tanto, no habría necesidad de declaración explícita. El legislador, teniendo por el contrario presente la pena en su originario y esencial carácter aflictivo, ha querido, no obstante este carácter, renovar la advertencia de actuar la pena con humanidad. Y en esto la Constitución italiana tiene precedentes de alto linaje. La pena—advertía nada menos que Santo Tomás— aun siendo aflictiva en su esencia (*est de ratione poenae quod sit adflictiva*) no puede consistir *principaliter in malum illius de quo vindicta sumit*. Y ello porque *dellectari in malo alterius pertinent ad odium, quod charitati repugnat*. Debe, por el contrario, consistir en algún bien, *aliquod bonum*, que se actúe mediante la pena: *ad quod pervenitur per poenam peccantis, puta ad emendationem peccantis*.

Por lo demás, que la Constitución no ha querido apartarse del concepto verdadero de la pena, se deduce del artículo 25, que ratifica la diferencia entre pena y medida de seguridad reafirmando para cada una, separadamente, el principio de legalidad.

El fin correccional de la pena ha encontrado una reafirmación particular en el pensamiento de Carnelutti expresado en estos últimos años en el librito sobre el *Problema della Pena* y en el prólogo al curso de Procedimiento Penal en la Universidad de Roma.

El restablecimiento del orden mediante la pena tendría, según Carnelutti, un valor puramente externo o finito si no se realizase en el espíritu del reo. *Reprimir* significa *poner fuera*; y el delito no es reprimido hasta que el reo no esté enmendado. Este poner fuera el delito no va referido solamente al futuro, sino también al pasado. En el campo del espíritu, esto es de la libertad, hace falta prescindir del tiempo. A través del arrepentimiento el reo debe cancelar por sí el pecado y recobrar la perdida libertad moral. Recobrando la libertad, no ha sido nunca siervo; cancelando por sí el pecado, no habrá sido nunca malo.

Precisa comenzar rindiendo homenaje a la sustancia sumamente ideal de estos conceptos. Durante demasiado tiempo el materialismo, con la veste de la defensa social, se ha esforzado por abatir o al menos oscurecer el fundamento moral de la pena, para que no debamos dedicar a tales conceptos toda nuestra simpatía y todos nuestros respetos.

Sin embargo, las afirmaciones de Carnelutti, al menos en sus posiciones extremas, no pueden ser compartidas. En su generalidad, prescinden de una fijación verdaderamente lógica del problema o enuncian finalidades cuyo total logro cae fuera de la función del Derecho.

El punto en el que la idea de Carnelutti encuentra menor fundamento es aquel en el cual su pensamiento ha tratado de lanzarse a la mayor originalidad, esto es, en el principio de que la enmienda debe cancelar el delito no sólo para el porvenir sino también para el pasado. Como ha destacado un ilustre pensador católico, el padre Lener, ni siquiera la omnipotencia divina puede obtener que el *factum* devenga *infectum*, ya que ni siquiera Dios puede hacer retroceder el tiempo. A menos que se trate —agrego yo— de una divina generosidad de olvido: que por consiguiente no sería la enmienda. Pretender, por lo tanto, atribuir a una función humana la tarea suprema de la cancelación del pasado es, sobre todo, un pecado de orgullo porque significa atribuirle un cometido que ni siquiera Dios se atribuye a sí mismo.

Por lo tanto, la pregunta que espontáneamente surge frente a tal afirmación es ésta: el problema de la enmienda en la pena, ¿ha sido verdaderamente considerado por Carnelutti en su integridad?

A esta pregunta se debe, a mi juicio, responder con una aten-

ta consideración de los aspectos fundamentales del problema ; que son tres: *lógico, moral y práctico*.

Desde el punto de vista *lógico* lo que es necesario decidirse a establecer netamente, huyendo de las posiciones vagas sobre las cuales a veces se entretiene la doctrina, es la relación precisa entre pena y enmienda. Si la enmienda debe ser solamente una directiva constante procurada en el ámbito de la pena con resultado positivo o negativo o bien debe ser la esencia misma de la pena ; si debe, en definitiva, decirse que no hay enmienda sin pena o bien que no hay pena sin enmienda.

Según se acepte una u otra posición, las consecuencias serán, como es obvio, radicalmente diversas.

Ninguna objeción tenemos que hacer al concepto de que la enmienda sea considerada como una directiva constante a realizár en lo posible dentro de la pena.

Nadie, entre los sostenedores de la pena retributiva, lo pone mínimamente en discusión. Está insito en el mismo principio de la progresiva humanización el criterio de que la pena deba ser regulada de tal modo que tienda lo más posible a la enmienda del condenado, sea en el sentido superior de redención moral (la enmienda *subjetiva* de Carrara), sea en el sentido más reducido y externo de restaurado temor de la sanción y de readaptación a la vida social (enmienda *objetiva*).

El problema *lógico* de la enmienda presenta, por el contrario, su aspecto más arduo en la segunda posición. Si la enmienda debe ser considerada no ya como un resultado eventual, sino como finalidad esencial de la pena, de tal manera que en ella se resuelva la pena enteramente, ello conduce a una consecuencia lógica ineluctable: que la pena pierde todo fundamento frente a una vasta categoría de delincuentes, esto es los delincuentes ocasionales que no tienen necesidad de ser enmendados. Carrara, que aportó una poderosa contribución a la crítica de la doctrina de la enmienda, que incluso para la época actual puede decirse que subsiste incommovible en casi todos sus puntos, dijo precisamente: «si se pretende que el derecho punitivo ha de tener por sola base y por fin la enmienda del reo, la sociedad se encuentra desarmada frente a un delincuente corregido» (op., I, 210). Pero, agregamos nosotros: se encuentra desarmada, por lo que hace a la pena, también frente al delincuente seguramente incorregible. Por ello, en efecto, no existiendo posibilidad de en-

mienda no habría de existir lógicamente posibilidad de pena: y quedaría tan sólo el arma defensiva de la medida de seguridad. Se debería, en conclusión, llegar a esto: para el delincuente incorregible ninguna pena, sino medida de seguridad; para el delincuente ocasional no peligroso, ni pena ni medida de seguridad.

Si después se mira al delincuente que tiene necesidad de enmienda y que es enmendable, se presenta un aspecto aún más grave de la cuestión: el de la determinación de la pena. Si el único fin de la pena es la enmienda, la pena no puede cesar antes de que aquélla se verifique y debe terminar apenas se haya verificado. Justamente observaba Carrara que, puesta la hipótesis de la enmienda como esencia de la pena, «el castigo del reo, después de su enmienda, es una barbarie inútil».

Este aspecto del problema no dejó de presentarse también a la mente de Carnelutti, el cual, precisamente en su prólogo de Roma, dijo: «cuando el juez no tiende más que a la redención del reo, interrumpir la pena antes de que haya conseguido este beneficio o prolongarla después de haberlo obtenido, parece verdaderamente una locura». Por lo tanto: *pena indeterminada*.

Ahora bien, Carnelutti trata de escapar de la angostura de esta posición, sabiendo bien que el principio de la pena indeterminada es la negación de la pena; y lo hace con un argumento que es fruto indudablemente de genial habilidad dialéctica, pero que está privado, en verdad, de real fuerza de convicción.

Según él, afirmar la necesaria correspondencia entre duración de la pena y logro de la enmienda «no quiere decir precisamente sustituir la pena determinada por la pena indeterminada; sino extraer de la conducta del reo la experiencia decisiva para confirmar o modificar la determinación».

Detengámonos un momento a reflexionar. No acontece nunca que Carnelutti diga cosas que no sean dignas de reflexión, aunque se deba, en definitiva, disentir de él. Por lo tanto, preguntamos: ¿qué significa pena indeterminada?

Pena indeterminada no significa pena que no se determina nunca, sino pena que se determina *después*. Y se determina *después* porque no es determinable *antes*.

Determinación es un concepto relativo que tiene necesidad de un punto de referencia. O la pena en efecto se refiere al pasado, esto es al delito acaecido, y entonces se determina sobre la base

de este dato, en el momento de su inflicción; o se refiere al futuro, esto es a la enmienda que algún día será realizable y entonces no podrá ser determinada más que con relación a este día. Y no se podrá en tal caso hablar de confirmación o de modificación de una determinación precedente, como quiere Carnelutti, por la simple razón de que una precedente determinación era imposible. Y si es una determinación provisional, por el simple hecho de ser provisional, no es una determinación. Ni siquiera me parece estar en el caso de referir, como hace Carnelutti, el concepto de la pena determinada al principio de la cosa juzgada. El cual mira a los elementos de juicio que conducen a una cierta pena determinada, no a la determinación misma.

* * *

Vengamos ahora al aspecto *moral* del problema de la enmienda.

Es el mismo Carnelutti quien reafirma, entre otros, que el problema de la pena es, sobre todo, un *problema moral*.

Se trata, sin embargo, de establecer cuál sea la extensión de esta moralidad.

Si en relación al delito y a su represión, nos reducimos, exclusivamente, a una mística contemplación del reo, corremos el riesgo de ver la moralidad de la pena reflejada sólo sobre este punto. El resto subsiste privado de luz. La moralidad contempla, por el contrario, además de al reo, también, y sobre todo, a los otros que se encuentran fuera de él. Si, como quiere Carnelutti, *reprimir* quiere decir *poner fuera*, aniquilar el delito, éste debe ser no solamente anulado como culpa en el ánimo del reo, sino también como ofensa de la conciencia social. Y la ofensa no puede ser anulada con el solo hecho de la enmienda del reo, aun verificándose la hipótesis, no siempre fundada, de la enmienda en todo caso. Refiriendo la pena esencialmente al ánimo del reo, acaece, como decía Carrara, que el magisterio penal «desatien- de el deber de procurar la enmienda de todos, para correr detrás de la enmienda de uno solo».

Dedicado completamente a la consideración del reo, Carnelutti ha llegado a declarar que el delito es un hecho del espíritu mientras el daño es un hecho del cuerpo. No creo que el principio deba ser acogido. El daño en el delito es, sobre todo, un hecho del espíritu. Aquella parte del daño que es un hecho del

cuerpo es reparada por la ley civil; pero existe un daño esencialmente espiritual que debe ser reparado por la ley penal. En esta idea está, a mi juicio, el fundamento, el fulcro del Derecho penal: quiere decirse en la idea de lo que Carrara denominaba *fuerza moral objetiva*, esto es el resultado, el *daño moral del delito*.

Y es propiamente en la reparación de este daño, merced a la pena proporcionada al delito, como se actúa la función de la justicia. Pensar que el sentido de la justicia pueda ser integralmente satisfecho con la sola enmienda del reo, aunque se admitiese—lo que no es—su obtención *in toto* y para todos los individuos, es contrario no sólo a la realidad humana, sino también al pensamiento cristiano, el cual, si ha creado la *penitencia*, no ha querido ciertamente suprimir la *pena*. El pensamiento cristiano se ha elevado a la altura de la *Redención*, pero no ha renunciado a la actuación de la *Ley*. Por lo demás, el mismo concepto canónico de la penitencia no se agota en la curación moral del culpable porque en él va ínsita la idea de que esta curación se cumpla a través del dolor que debe satisfacer a las exigencias de la justicia: *Non sufficit mores in melius commutare et a praeteritis malis recadere, nisi etiam de his, quae facta sunt, santis fiat Domino per penitentiae dolorem* (C. 63, August., D, I, de penit).

* * *

Hemos llegado así al último aspecto del problema de la enmienda; el *práctico*, que verdaderamente interesa al derecho en su concreta y humana función.

El problema práctico de la enmienda puede, a su vez, resolverse en dos cuestiones: *primera*, si existe humanamente la posibilidad de penetrar en la conciencia del reo para hallar en ella la lograda regeneración moral; *segunda*, si la justicia humana puede extender su misión hasta el punto de infligir la pena con el fin de actuar tal regeneración.

Se ha dicho muchas veces que es sumamente difícil, si no imposible, penetrar en la conciencia humana para encontrar allí la luz de la regeneración realizada.

Escribe, por ejemplo, Carmignani (Sic. soc. I, 109) que «el arrepentimiento sincero no tiene ni confesor, ni testigo, ni juez en el fuero externo entre los hombres».

Carrara habló a este propósito de la impotencia en que se agita el hombre siempre que quiere internar su audaz mirada en las tinieblas del corazón de otro, y llamó *conato issionico* el de perseguir «el recóndito pensamiento de la criatura» (Opuscoli, I, 212).

En estas escépticas proposiciones existe, a mi juicio, tan sólo una parte de verdad. A nadie, ciertamente, es dado, en términos absolutos, penetrar en el corazón humano para obtener allí la entera y absoluta verdad. Pero con el límite de relatividad que existe en todas las cosas humanas, la posibilidad de llegar a conocer a través de sensibles datos de experiencia los diversos motivos del ánimo, por lo menos en su parte más significativa, no puede ser negada. Si así no fuese, ningún juicio humano, ninguna valoración recíproca del valor de las acciones sería posible; y nos veríamos impedidos no sólo de apreciar el arrepentimiento, sino también de establecer la culpa. E, incluso, la amistad, el amor y toda afectuosa relación entre las criaturas, toda mutua comprensión y compenetración de sentimientos serían cosas imposibles si las almas no pudieran, por lo menos en parte, comunicarse recíprocamente sus íntimas luces.

Debemos más bien pensar en enfrentarnos con otra y quizá más grave cuestión, animosamente planteada por Carrara y que afectó no sólo al fundamento de la pena, sino a las bases y límites de la misma función del Derecho. «¿De dónde deduciría la sociedad—expresaba el gran pensador toscano—el derecho de someter a un culpable a largos padecimientos, a desposeerle del ejercicio de sus derechos con el fin de purificar su alma? ¿Qué te importa a ti (diría el justiciable a su juez) que yo sea bueno o malo? ¿Quién te ha conferido la autoridad de dirigir mis creencias, los deseos de mi corazón? Déjame odiar a mis semejantes; déjame desear la mujer ajena, las vestiduras ajenas; en tanto yo no me mueva en la esfera de las acciones exteriores, soy independiente de ti; porque tu dominación es sobre el cuerpo, no sobre la inteligencia, que no está sometida sino al imperio de Dios» (Op. I, 213).

Pero esta cita de Carrara no puede ser acogida íntegramente. Sólo Dios es el dueño de las inteligencias, pero quedaría negada la función de la educación y de la reeducación si los hombres no fuesen, al menos en parte, ministros de este divino poder, si no les fuese concedido de algún modo, gobernar y dirigir las almas.

Lo que no puede ser admitido es que de una orientación, de una tendencia a perseguir con todas las fuerzas humanas, se pueda hacer un fin indérrogable al que haya que llegar necesariamente; y que la realización de la sanción debe identificarse con el logro de una transformación espiritual que, en la mayor parte de los casos, no se está en condiciones de conseguir. El artículo 27 de la Constitución se sitúa bajo este aspecto en el plano de la realidad cuando declara que la pena debe tender a la reeducación del condenado, lo que supone la previsión de la posibilidad de que el fin no se alcance.

Por lo demás, y en lo referente a los límites prácticos de la función correctiva, debemos decidarnos a no cerrar los ojos ante un dato positivo de la realidad humana y social. No se puede pedir a la prisión lo que la vida normal no está en condiciones de pedir a los hombres libres. En un mundo estremecido por las pasiones y los odios, por la avidez de poder y de placer, donde el orden parece realizado si cada uno no traspasa ciertos límites: con su prepotencia, donde cada hombre que vive y actúa como libre es en sí mismo un mundo de egoísmo cínico y cerrado rencor, pensar en pedir a la pena y a los caídos que la sufren la total anulación del mal en que la enmienda debería consistir, es ponerse fuera de la realidad.

El dato concreto y seguro es el dolor de la pena, en el que se afirma el imperio humano de la ley: la redención moral es un posible resultado que no puede modificar la esencia de la pena.

También en el concepto platónico de la pena como medicina del alma, la curación del reo es considerada solamente como posible y subordinada al contenido esencial de dolor que es propio de la pena. «Algunos penados por los dioses o por los hombres—se dice en un famoso diálogo (Gorgia, trad. Sabatucci, LXXXI, c.)—obtienen ventaja de ello, y son aquellos que cometen culpas remediables. Pero la ventaja les llega a través de dolores y padecimientos sin los cuales no sería posible curar la injusticia. Por el contrario, aquellos que han cometido los más graves males y que han venido a ser incurables, sirven de ejemplo y aunque ellos mismos no deriven utilidad alguna, la experimentan los otros que les ven padecer por sus propias culpas.»

De cualquier modo, al mejoramiento, si no a la redención moral del condenado, precisa tender en el ámbito de la pena retributiva. Se ha dicho que esto es oficio de *caridad*, no de *jus-*

ticia. No pretendo aquí pronunciarme sobre el problema. Sólo me pregunto: los términos de la caridad y de la justicia, ¿son netamente definibles? Creo que Santo Tomás los ponía juntos cuando afirmaba que la pena, que es acto de justicia, no puede consistir en *delectari in malo alterius*, porque ello *charitatis repugnat*.

La justicia no debe, en cuanto no puede, actuar necesariamente la enmienda del culpable; pero si es verdad, ello no obstante, que la función retributiva debe inspirarse e iluminarse por el principio ideal de la redención, es acaso, también, verdad que, en este punto, la pena ve cómo se encuentran los atributos de su humanidad con los de su divinidad. Nada habría, quizá, de humano en nosotros si no nos tocase lo divino; y nada de su belleza conservaría la más alta de las funciones humanas, que es la justicia, si al sufrirla, al invocarla, al ejercitarla, no se elevase sobre el límite mezquino de nuestra humanidad la inspiración y la luz de la divina sabiduría.

R E S U M E

La réaffirmation du fondement moral et de l'essence rétributive de la peine s'a laissé sentir vivement en Italie dans ces dernières années.

Quoique l'auteur figure, d'après Cuello Calón, parmi les écrivains italiens modernes qui attribuent à la peine une fonction substantielle de satisfaction de la pensée de justice, ce concept de la peine rétributive a un fondement essentiellement réaliste: la rétribution morale, est en essence sociale dans la nécessité et juridique dans le moyen par lequel elle s'affirme.

Mais, dans quelques cas, on ne pourrait pas dépouiller la peine de son contenu moral, car malgré ce que les ordonnances juridiques dissent, le sentiment de la justice poursuivrait la recherche de sa satisfaction, en sautant sur toute discipline législative artificieuse et impopulaire.

Le concept moderne de la peine rétributive est réaliste, tantôt pour servir pour la défense sociale contre le délit—secondée par les mesures de surêté—, tantôt pour se baser sur la liberté de la volonté et sur la responsabilité morale, établies, pas sur les abstractions philosophiques, mais sur les réalités sociales et histori-

ques; l'action de s'abstenir du jugement moral sur les actions offendrait la conscience et la sensibilité humaines.

En examinant le problème qui concerne les limites d'affliction de la peine (les procès d'humanisation sur lequel l'article 27 de la Constitution Républicaine Italienne a récemment rapporté) et après s'être occupé dans des termes généraux du principe de légalité compris dans l'article 25 de cette même Constitution et des idées de Carnelutti sur la fonction correctionnelle de la peine, l'attention de l'auteur se fixe sur les mesures qui privent de la liberté pour lesquelles on propose l'adoucissement progressif du régime pénitentiaire, qui pourrait culminer dans la concession de licences périodiques au condamné, à l'objet de ne pas couper totalement sa vie familiale et sociale, et il fait aussi un examen soigneux des inconvénients et des avantages—dont les premiers ont été récemment détachés par Bettiol—de ce système, dont il soutient la convenance pour la réadaptation et la correction morale du condamné.

Enfin il proclame la substance afflictive de la peine et la relativité de son but de correction morale.

SUMMARY

The reaffirmation of the moral foundation and of the retributive essence of penalty has been very perceptible in Italy during the last years.

Even if the author figures—as Cuello Calón says—among the modern Italian writers who attribute to the penalty a substantial function to satisfy the idea of justice, this concept of the retributive penalty has an essentially realist foundation: the moral retribution is in essence, social in the necessity and juridical in the mean by which it affirms itself.

But it would not be possible in every case to deprive the penalty of its moral contents, then in spite of what the juridical ordonnances may say, the sentiment of justice would continue to look for its satisfaction, jumping over every tricky and unpopular legislative discipline.

The modern concept of the retributive penalty is realist either to serve for the social defence against crime—seconded by the measures of security—either to base itself upon the liberty of will and upon the moral responsibility, established upon social and

historical facts and not upon phylosophical abstractions; the action of prescinding of the moral judgement of the actions would offend the human conscience and sensibility.

Examining the problem concerning the limits of affliction of penalty (the process of humanisation over which the article n.º 27 of the Italian Republican Constitution has recently reported) and after having delt in general terms with the principle of legality of the article n.º 25 of the same Constitution and with the ideas of Carnelutti over the reforming function of penalty, the attention of the author fixes itself upon the measures which deprive of liberty, for which a progressive mitigation of the penitentiary régime is proposed, that could culminate in the concession of periodical licenses to the condemned in order to avoid the full cutting of his familiar and social life; and also he examines carefully the inconvenients and advantages—the first of which have been recently detached by Bettiol—of this system, the convenience of which he maintains for the readaptation and moral correction of the condemned.

Finally he proclaims the afflictive substance of penalty and the relativity of its object of moral reform.