

SECCION DOCTRINAL

Las medidas de seguridad no son sanciones

SEBASTIAN SOLER

Catedrático de Derecho penal
de la Universidad de Buenos Aires

La historia del pensamiento y de las teorías se compone de aciertos y de errores mezclados. No es esto del todo infortunado; antes bien, parecería una condición de la riqueza y profundidad de las especulaciones de la mente eso de que se intenten diversos caminos y se agoten todas las posibilidades. En tal proceso, el error cumple una función depuradora, por decirlo así, involuntaria; obliga a la constucción exhaustiva, rigurosa y clara. Obliga a llevar el pensamiento hasta ese poder competente que aquél sólo alcanza cuando en él efectivamente esplende la verdad.

Hay un punto, sin embargo, en el cual pareciera que el error pierde aquella eficacia potencial y dinámica; una especie de tope lógico e histórico, después del cual aquél recobra su sentido negativo, inútil y aun destructor.

Ese es el punto rebasado por la teoría positivista de la sanción, y la persistencia de cierta terminología proveniente de tal tendencia doctrinaria resulta hoy inconveniente y aun perturbadora porque sus equívocos implícitos suelen pasar inadvertidos para autores que no comparten, en realidad, la posición doctrinaria en la cual aquella terminología se origina.

Es, en efecto, casi un lugar común de apariencia inofensiva el empleo de la expresión "sanciones" para designar a penas y medidas de seguridad al mismo tiempo. Con ello algunos autores se inclinarían a creer superadas las discrepancias doctrinarias de monistas y dualistas, pues el término común "sanciones" sería suficientemente generoso para albergar en sí mismo sin conflictos a toda clase de "medidas" conectadas con la comisión de un delito.

El empleo de esa terminología no comportaría una profesión de fe positivista, y de hecho muchos ex positivistas creen que ningún reproche en tal sentido puede provenir de aquel uso, ya que no obsta a que se efectúen las necesarias diferencias conceptuales dentro del sistema general de "sanciones".

Esta actitud, sin embargo, resultará justa solamente si la expresión genérica adoptada constituye en verdad un *genus proximum* de todo el material que coloquemos bajo su título. Si, por ejemplo, habláramos de "medidas que el juez puede pronunciar a consecuencia de un delito", acaso no se podrían aducir objeciones conceptuales al título, aun cuando podría haber otras razones para oponerse a la adop-

ción de ese rótulo clasificatorio, especialmente atendiendo a la gran variedad y al carácter heterogéneo de tales medidas, pues de aquel modo quedarían abarcadas, entre otras medidas, la detención, las citaciones, los embargos, el envío a la cárcel, el envío a un establecimiento de salud, a una casa de trabajo o a un reformatorio.

Para que ese agrupamiento sea correcto, obviamente es necesario que la expresión "medidas que el juez puede pronunciar" sea al mismo tiempo abarcadora y exacta. Además, para adoptarla, hace falta que sea útil. Si comprende muchas cosas desemejantes en otros aspectos, esa reunión o agrupamiento solamente por fuera parecerá un sistema; por dentro será un caos cuyos materiales acaso resultaría más fácil organizar si no hubiéramos metido tantos elementos desparejos dentro del mismo casillero. Claro está que recibir declaración indagatoria y condenar a dos años de cárcel son medidas que el juez puede tomar; pero son tantas las diferencias conceptuales de aquéllas que resulta más útil no agruparlas que agruparlas de aquel modo, aun cuando hacerlo así no importe incurrir en un error conceptual.

Cuando existe error conceptual en el título, las cosas cambian. Al fin de cuentas, el reproche que podía hacerse en el ejemplo anterior era el de inutilidad y aun el de ser la clasificación más una traba que una ayuda práctica. En el otro caso, en cambio, esto es, cuando el rubro genérico es incorrecto, la práctica experimentará distorsiones provenientes de errores conceptuales inadvertidos.

Veamos, pues, lo que ocurre con la aceptación del término "sanciones" como título común para penas y medidas de seguridad. Si ese empleo no hubiese sido precedido por un amplísimo despliegue doctrinario construido con la pretensión de fundar toda una sistemática nueva, sería posible pasarlo por alto como si se tratara de un descuido sin mayor importancia; pero después de haberse frustrado el empeño por construir un derecho penal sobre aquellas bases, el asunto no resulta nada trivial. Téngase en cuenta que el pensamiento positivista expresado en el proyecto italiano de 1921 influyó decididamente no ya en meros tratados o monografías, sino que gravitó sobre la legislación, sobre códigos penales y proyectos, especialmente en América Latina.

Ha sido tan intenso el impacto producido por la teoría unificante, que hasta se llegó a poner en duda la corrección de llamar al código de la materia por la designación tradicional, Código penal, y con eufemismos de muy discutible buen gusto se apeló a otras designaciones: código de defensa social, código sancionador. Se llegó a la idea de la unidad de las "sanciones" porque con la teoría positivista lo que en realidad se quería alcanzar era a quitar razón a la existencia de penas. El blanco de la crítica estaba constituido por la idea de sanción retributiva. La retribución supone la existencia de culpa y ésta la de libre albedrío. Cuando el positivismo creyó poder construir todo el derecho sobre la idea determinista, desechó toda idea de retribución, y el campo quedó ocupado por la defensa social, el delincuente, la peligrosidad, y por una serie de medidas incoloras no sólo ética, sino también ju-

ridicamente, en cuanto no debían comportar reproche alguno, pues carece de sentido reprochar a un sujeto por algo que ha hecho sin libertad.

La unificación era alcanzada sobre la base de abolir el concepto de pena.

El hecho de que la mitología (1) fundante de aquella posición se haya desplomado obliga hoy a examinar la corrección del actual empleo de cierta terminología que en el positivismo tenía una razón de ser.

Hoy, la aceptación, ingenua y superficial para muchos, del término sanción como *genus proximum* unificante, es aducida todavía como argumento póstumo por algunos positivistas sobrevivientes.

El actual empleo de esa designación, si se juzga por el contenido de aquel título en códigos, proyectos y tratados, parece bastante impreciso o vago. El concepto de sanción, sin embargo, pertenece a la teoría general del derecho, y de ella lo toma el derecho penal: no se trata de un término sacado convencionalmente para acordarle el contenido que plazca a sus creadores; significaba y significa algo con independencia de lo que creen decir con él quienes lo emplean.

Veamos, por tanto, a qué se llama sanción dentro de la teoría general del derecho, pues de ese examen resultará si su empleo, en derecho penal como *genus proximum* de penas y medidas de seguridad, corresponde a aquella idea o si, por el contrario, a la expresión se le acuerda otro sentido diferente.

En la teoría general, desde antiguo se han distinguido varias clases de leyes según fuera la consecuencia acarreada por su transgresión. Se habla así de leyes perfectas, pluscuamperfectas e imperfectas, según que la transgresión determinara a un tiempo nulidad, reparación y pena o sola o separadamente alguna de tales consecuencias.

Modernamente, después de la teoría de las normas de BINDING, la doctrina jurídica ha mostrado con claridad la estructura propia de los enunciados jurídicos. De ello resulta que una norma jurídica, como estructura elemental de todo sistema jurídico, se compone de dos enunciados relacionados disyuntivamente, de modo que el primero de ellos prescribe un modo de proceder y el segundo otro modo de proceder que entrará a funcionar en el supuesto de incumplimiento del primer enunciado: Un sujeto S 1 (cualquiera: tú, yo) debe observar una conducta C 1, pues en caso contrario un sujeto S 2 (generalmente, un juez) debe observar a su respecto una conducta C. 2. Se suele llamar, a la primera parte, precepto y, a la segunda, sanción. Esta terminología se funda en el examen de lo que es propiamente el plano óntico del derecho, el del deber ser, y en el examen de las relaciones valorativas que todo enunciado normativo supone.

Si no se distinguen bien esas dos partes en la estructura de todo precepto jurídico, no resulta claro que el funcionamiento de la segunda

(1) Expresión de BETTIOL en un reciente trabajo *Omito da reeducação*, en "Rev. Brasileira de Criminologia e Direito Penal", año II (nueva serie), 1964, número 6, p. 5 y sigs. Publicado en el vol. *Sul problema della rieducazione del condonato*, Cedam, Padova, 1964.

padre es una consecuencia del incumplimiento del deber prescrito en la parte primera y, sobre todo, que la prescripción inicial está enunciada como un deber, dirigido efectivamente a seres humanos libres, es decir, capaces de seguir esa prescripción, de observarla, o de comportarse en sentido contrario.

Cuando GRISPIGNI fundó de manera teóricamente computable (2) la doctrina de la unidad de las secciones, uno de los puntos que no se le escaparon fue ése, y para ello sacó el mejor partido posible entonces del pensamiento kelseniano con respecto al problema del destinatario de los preceptos jurídicos (3).

Para la doctrina kelseniana, tal como ella era formulada en los *Hauptprobleme*, las "normas" de BINDING, los imperativos "no matarás", "no robarás", no constituían en modo alguno normas jurídicas, ya que lo característico de éstas es siempre el contener y regular la coacción. Aquellos enunciados podrán constituir normas morales, principios deseables de derecho natural o reglas de otra clase; pero no preceptos o reglas de derecho, para las cuales el signo distintivo es el de regular la coacción. De esta posición teórica derivaba una respuesta clara a la pregunta relativa a quién es el destinatario de las normas jurídicas. Desde luego, si la norma jurídica se caracteriza por prescribir una forma de coacción que debe ser cumplida en determinada hipótesis, los destinatarios a quienes tales normas se dirigen son los órganos del Estado. Por esa vía GRISPIGNI, que era entonces acaso el único teórico de la escuela que manejaba conceptos propiamente jurídicos, pudo construir la teoría de la unidad de las sanciones, llamando sanciones a las medidas de aplicación de la fuerza pública. Tanto sería sanción enviar a un sujeto a un establecimiento por un número determinado de años como enviarlo sin determinación temporal, o enviarlo a que lo curen de una enfermedad con o sin su asentimiento. La propia pena de muerte no tendría una naturaleza diferente. Cuando el órgano del Estado verifica la existencia de cierta situación, debe proceder de cierto modo: fusilar a una persona, enviar a un sujeto a un sanatorio o a la cárcel, secuestrar determinadas cosas, etc.

Esta interpretación autoritaria del orden jurídico, naturalmente, servía bien para fundar la teoría de la identidad de las sanciones. Deberíamos aún decir que aquella era indispensable y que en ese punto finca, en realidad, toda la cuestión. Interpretado un orden jurídico como un puro sistema de organización de la coacción, no es dudoso que penas y medidas de seguridad presenten un carácter común y hasta sería posible señalar otros puntos de semejanza entre ellas, además del de ser ambas medidas coactivas; ambas, en efecto, se fundan en la

(2) Los dos trabajos fundamentales de GRISPIGNI sobre este problema se publicaron en la "Scuola Positiva", año 1920, p. 13 y 390, bajo los títulos *La responsabilità giuridica dei c. d. non imputabili* y *La sanzione criminale nel moderno diritto repressivo*. En el "Corso" del mismo autor, t. I, p. 114 y 123.

(3) Este es el planteamiento kelseniano de que echa mano GRISPIGNI en el primero de los dos trabajos citados en la nota anterior.

comisión de un delito, comportan casi siempre una privación de libertad y deben ser impuestas por resolución judicial.

Pero esa manera de entender un orden jurídico no ya como un sistema de normas, sino más bien como un manual de instrucciones para funcionarios públicos, deja sin explicar muchos puntos característicos de todo orden jurídico político actual. La propia doctrina de KELSEN, que GRISPIGNI en aquel tiempo invocaba en su favor, ha experimentado considerables desarrollos que alteran tanto la cuestión de los destinatarios de las normas jurídicas como la estructura formal de los enunciados jurídicos.

Para no ser prolijos y extendernos en un tema que ya más de una vez hemos debido desarrollar, bastará invocar un enunciado del mismo KELSEN. Dice éste, en efecto, que la aplicación de las medidas coactivas características, según él de las normas jurídicas, descansa en el supuesto de que la sanción debe ser evitada (4). ¿Evitada por quién y cómo? Ciertamente que no debe serlo por el órgano encargado de aplicarla en una situación determinada. Esto importaría tanto como decir que los únicos destinatarios de las normas jurídicas, los funcionarios, estarían al mismo tiempo autorizados para no hacer lo que la ley prescribe, con lo cual la norma jurídica dejaría de definir algo como debido, esto es, dejaría de ser norma. La manera de evitar la coacción, pues, solamente puede consistir en evitar que se produzca la situación que la desencadena, y esto, naturalmente, ya no está en manos de los órganos del Estado, sino en la de los sujetos a cuyo cargo estaba la observancia de la conducta contraria a la que desencadenaba la coacción.

No era, pues, cierto que la norma jurídica tuviera solamente un destinatario, los órganos del Estado encargados de aplicarla; más bien deberíamos decir que a estos últimos se dirige de un modo secundario y adicional, señalándoles un deber siempre condicionado y dependiente de la inobservancia previa de otro deber por parte de los súbditos, destinatarios de los preceptos sobre los cuales regulan su conducta social. Solamente se llama sanción a la conducta de los órganos del Estado, cuando ella corresponde a una situación de esa clase, esto es, cuando existía antes de ella otra norma que prescribía un deber, y ese deber no fue cumplido.

Pasando a sencillos ejemplos, y teniendo presente el esquema formal, veremos funcionar las dos partes de la norma jurídica: el pagaré debe ser cancelado a su vencimiento, si no lo fuere, el juez quitará al deudor bienes suficientes para cubrirlo, con más los intereses moratorios; si alguien se apoderó ilícitamente de una cosa mueble ajena, ésta debe ser restituida y, además, el autor enviado a la cárcel por un año; en las escrituras debe constar la fecha de otorgamiento; en caso contrario, deberá declararse que la escritura es nula, como si no existiera.

En todos estos casos, antes de que los órganos del Estado proce-

(4) Así muy expresamente KELSEN en *La teoría pura del derecho*, p. 56-7.

dan a secuestrar bienes, a condenar a prisión, a declarar la nulidad, antes de todo ello, ha habido un deudor moroso, un ladrón y un escribano descuidado, en cuya facultad efectivamente estaba evitar la coacción, para lo cual sólo tenían que obrar o abstenerse de obrar, según les fuese señalado un deber o una prohibición.

Un régimen jurídico es una sociedad que se rige por ese sistema de anuncios y advertencias. La antijuridicidad de los actos resulta siempre de su relación con un conducta debida, según prescripciones anteriores al hecho examinado. En verdad, como descripción de un sistema de derecho, es mucho más aproximado a la realidad señalar el conjunto de normas que prescriben en general la conducta de los súbditos que el conjunto de disposiciones que prescriben a los funcionarios los actos de coacción, pues esta última parte de la norma entra a funcionar solamente en caso de transgresión, mientras que lo más corriente es la observancia de la ley, y gracias a ello es que se hace posible a los hombres desplegar en el mundo social su acción, calculando la proyección de las acciones propias en su entrelazamiento con las acciones debidas por los otros. Conceptualmente es posible un sistema en el cual las leyes se dirijan de modo secreto a una clique de funcionarios. Sólo así y manteniendo en secreto las prescripciones podría hablarse de los órganos del Estado como destinatarios únicos. El mecanismo debería ser secreto, según decimos, porque en cuanto los ciudadanos se enteraran de que, por ejemplo, los agentes tienen orden de poner preso a todos los que encuentren usando camisa verde, el resultado será el mismo que en un régimen común, pues todos sabrán que para evitar la prisión deben usar camisas de otro color.

Hasta se debe reconocer que, en general, los deberes son implícitos o sobreentendidos, dada la forma en que las leyes se redactan. No dicen: debes presentarte para el enrolamiento, si no lo haces irás a la cárcel. Se limitan a decir: al que no se presente, se le impondrá prisión.

Esta manera de expresarse no es en modo alguno equívoca o insuficiente, porque el sentido todo del enunciado está dado, no ya por su forma, sino por el *contenido* de la medida prescrita; en el ejemplo dado, la prisión, cuando ella constituye un disvalor, es evidente que supone que la conducta contraria era la requerida como valiosa. La norma segunda se llama sanción porque juega con la primera manteniendo una relación de contrabalanceo y oposición, cumpliendo así una efectiva función preventiva.

Los contenidos de esas normas pueden variar; pero, en límites generales, responden a tres tipos. Con esas medidas se trata siempre de sustituir el deber incumplido que la norma primaria prescribiera, y de hacerlo de la manera más completa y aproximada posible. Si es posible borrar del todo la violación del derecho, la norma lo hace (nulidad, restitución, ejecución forzosa); si ello no es posible, se apela a equivalentes simbólicos (reparación pecuniaria, daños e intereses). En ciertos casos, sin embargo, la violación del derecho es tan grave, insuperable, irreparable o desmoralizante que esos tipos de consecuencias son gravemente insuficientes y se hace necesario advertir con más ener-

gía la voluntad de evitación del entuerto, aunque éste sea reparable. ¿Qué puede hacer el derecho? No le quedan, por cierto, muchas vías; le queda una sola manera de proceder, y ella consiste en que el incumplimiento del deber primario sea fuente de pérdidas y males en vez de procurar ventajas al transgresor. Cuando más allá de la reposición y de la reparación la ley amenaza al transgresor con un mal, esa ley es una ley penal.

En general, en la teoría jurídica se llama sanción no solamente a la medida que comporta aquel plus retributivo y amenazante. La expresión sanción es genérica para designar la consecuencia forzosa sustitutiva del deber no cumplido. Del hecho de que el incumplimiento de una obligación pecuniaria sea casi siempre reparable satisfactoriamente no debe deducirse que al derecho le sea indiferente que el deber primario de pagar a tiempo se cumpla o no se cumpla. No es así; y buena prueba de ello es que, en general, la mora en el cumplimiento de una obligación genera otra obligación adicional. El derecho no quiere que las cosas se hagan mal y después se declaren nulas, que las obligaciones no se cumplan y se pagan después intereses moratorios; que los contratos no se observen y se resuelvan en indemnizaciones, que los daños sean inferidos y después reparados. Lo que el derecho quiere, en primer lugar, es el acatamiento libre de sus preceptos: quiere que las cosas se hagan bien, que las obligaciones se cumplan tempestivamente, que los contratos sean respetados y que nadie infiera daño o injuria a otro. Todo apartamiento de aquellas prescripciones comporta una injusticia que el orden jurídico se preocupa de cancelar cuando no la ha podido prevenir. La sanción tiene sentido solamente en cuanto se entronca con la prescripción de un deber, en cuyo incumplimiento aquélla encuentra su fundamento y su razón de ser.

En síntesis, no es sanción cualquier medida de fuerza, sino solamente aquellas medidas que están fundadas en el previo incumplimiento de un deber. Tomemos un ejemplo externo de nuestro sistema jurídico: la facultad presidencial para detener a cualquiera durante el estado de sitio, siempre que el sujeto no prefiera salir del país. La situación no debe ser fundada por el presidente en transgresión alguna, ni en la más leve. Obsérvese, sin embargo, que se trata nada menos que de una privación de libertad, por más miramientos que se pongan en su cumplimiento (5). A pesar de todo, no se trata de una sanción, *porque no hay conducta jurídica posible prevista como condición para evitarla*. Se trata propiamente de un despliegue de fuerza pública como medida de seguridad política, cuya emisión está reservada al criterio incontrolado de un funcionario de altísima jerarquía. Ese carácter inicial de la medida no cambia por el hecho de que el afectado no salga del país, porque esta alternativa es acordada como una mera facultad al particular que en modo alguno constituye en falta a quien no la ejerce, transformando así en detención sancionatoria la que se cumpla después de

(5) El ejemplo es del DR. LUIS C. CABRAL, véase esp. su voto en el fallo de la Cám. Crim. y Correcc., de Buenos Aires, 5 de julio de 1963, en *La Ley*, t. III, p. 142.

no haber optado. El que tenía el deber de salir, como el extranjero expulsado, que vuelve, puede ser sometido a sanción; pero el que no estaba obligado a salir, no puede ser detenido por no hacerlo: su detención sigue siendo una medida de seguridad.

¿Qué hacemos con esas medidas de fuerza de las cuales la que hemos examinado es sólo un buen ejemplo? Podría pensarse que esta clase de medidas no tienen ubicación posible dentro del esquema que hemos dado como típico de toda norma jurídica, y de ello resultaría o bien que el referido esquema es falso al no poder representar a toda estructura jurídica posible, o bien que estamos obligados al negar a tales medidas el carácter de sanciones.

Y no hay tal; la existencia de medidas de fuerza que no son sanciones no escapa a la teoría general enunciada y no obliga a construir una doctrina especial o excepcional para cierta clase extravagante de sanciones. Para comprenderlas y acordarles la ubicación sistemática que les corresponde, basta recordar una vez más el problema de los destinatarios de las normas jurídicas. Hemos rechazado más arriba la pretensión de interpretar todo el orden normativo, incluidas las leyes penales, como un conjunto de prescripciones dirigidas a los funcionarios públicos. Dijimos que a éstos se dirige la ley de una manera secundaria derivada o dependiente, y que las leyes se dirigen en general a los súbditos, señalándoles el camino de sus deberes y el alcance de sus derechos.

Esta es, sin duda, la situación general, la más corriente. Hay, sin embargo, ciertas excepciones constituidas por aquellas normas en las cuales si bien hay, como lo requiere el esquema, dos destinatarios, resulta que en ellas el primero es también un órgano del Estado. Esta clase de normas, típicas del derecho administrativo y específicas para el derecho disciplinario, no se apartan del modelo formal, cuyo contenido, en esos casos, asume formas semejantes a la siguiente: el empleado debe llegar a su trabajo a la hora debida, si no lo hace, el superior deberá amonestarlo. Según hemos dicho, los contenidos de estos preceptos son muy variables, y cuando se llega a ciertos límites, parecen escapar al esquema. Sin embargo, aun en casos como el que tomamos de ejemplo, el del estado de sitio, el sentido del complejo normativo, no obstante su amplitud, es claro. Quiere decir que a cargo del presidente queda el cuidado de la seguridad pública en casos muy extraordinarios, acordándosele a tal fin cierta forma de coacción directa, cuya omisión puede constituir un cargo en el juicio político (impeachment) a que ese órgano del Estado eventualmente puede estar sometido. La sanción en tal caso no es penal, como en un proceso por omisión de deberes de un funcionarios público, pero puede acarrear la destitución, medida cuya naturaleza no es del caso examinar, pero que indudablemente constituye una sanción, pues es la consecuencia forzada, impuesta por un segundo sujeto, como consecuencia de una acción (comisión u omisión) imputable a otro sujeto según lo prescripto por una norma primaria.

De lo expuesto resulta que no toda medida de fuerza pública es una sanción. En ciertos casos a ley dispone que sus propios órganos ejecutivos desplieguen directamente cierta actividad en una situación dada, independientemente de la voluntad o de la acción de los particulares, a quienes eventualmente se les hará o no saber el procedimiento que han de adoptar los órganos del Estado, al solo efecto de que no traben o perturben a la fuerza pública en su acción. Así ocurre en una amplia zona de la actividad del Estado: se establecen por la fuerza, sin pedir permiso o asentimiento de nadie: un cordón sanitario, una cuarentena, un cordón policial de seguridad, el desalojo de una calle para el paso de los bomberos o del ejército o de un embajador y una extensa gama de medidas militares.

Cuando la prescripción de una medida de fuerza tiene ese carácter, no lo pierde por el hecho de que el texto que la contiene se encuentre incluido en una ley que no revista en su totalidad carácter de ley administrativa. Lo que cuenta no es el lugar donde se encuentra un precepto, sino su engarce o su entronque sistemático, su manera de integrarse dentro del sistema de derecho. Para hablar de sanción es necesario pasar previamente por un precepto transgredido y cambiar de destinatario; es preciso que aquella consista en la actividad de un órgano del Estado correlativa a la actividad de un particular. De sanción sólo es posible hablar para designar los deberes que recaen en la segunda parte del esquema formal de una norma jurídica. Nada que integre la norma primaria es sanción, solamente es presupuesto de ella. La sanción, según lo mostrara ya BINDING (6), comporta siempre la transformación del contenido de un deber incumplido y previo en otro deber de contenido diferente. El deber prescripto a un funcionario público, aun cuando consista en el despliegue de fuerza pública, no es sanción sino cuando en sustancia realiza aquella transformación de la obligación anterior. Y es lícito y ajustado hablar de transformación porque aun en los casos en los cuales el contenido de la sanción es más próximo o parecido a una reposición al estado anterior, aun en esos casos, el hecho constitutivo de la obligación incumplida es diferente del real, efectivo y tempestivo cumplimiento de ésta. No es lo mismo, en efecto, recibir una suma de dinero de manos de mi deudor el día del pago que recibir después por orden del juez una suma de dinero producida por la operación de secuestrar al deudor un automóvil y venderlo en remate público.

Cuando se trata de obligaciones en dinero, la transformación es menos visible que cuando la sanción se refiere al incumplimiento de una obligación de hacer. El caso de diferencia extrema está representada por las normas en las cuales el derecho no se satisface con una reposición o con una reparación, esto es, en los casos en los que el entuerto acarrea, además, una sanción retributiva. En estos casos, la diferencia entre el deber primario (no robarás) y el secundario (condena a un año de prisión) es tan manifiesta desde el punto de vista

(6) BINDING, *Die Normen und ihre Uebertrctung. Anhang: Der Rechtswang nach Wesen, Arten und Grenzen*, t. I, p. 483.

externo, que incluso esa heterogeneidad ha dado tema a críticas con las cuales erradamente se creía quebrar la relación tradicional entre delito y pena.

El error de ese argumento nos conduce a la consideración de otro aspecto del problema de la identidad. Es verdaderamente extraño que la semejanza externa que presentan modernamente ciertas limitaciones a la libertad ambulatoria hayan podido ser aducidas como argumento. Por fortuna pertenecen al pasado, en efecto, las épocas de los endemoniados y de los condenados metidos en cepos y cargados de cadenas. Hoy, la restricción a la libertad de un enajenado tiene un contenido terapéutico, además del de seguridad, e igualmente se aprovecha con fines reeducativos, terapéuticos y adaptadores el tiempo que un condenado a pena de prisión haya de pasar dentro de un penal.

Esa semejanza en el modo en que se cumplen hoy esos internamientos mirados en general y externamente, es, sin duda, uno de los motivos que han impulsado la teoría monista. Si se hubiese pensado en otra clase de penas, como las de destierro, inhabilitación o multa —y no hablemos de la pena de muerte—, habría sido mucho menos probable que se propugnara la unidad de las sanciones. Las penas privativas de libertad se han prestado dócilmente al equívoco, haciendo, sobre todo, que no se perciban la diferencia que media entre la pena conminada en la ley y el régimen carcelario. La amenaza penal en sí misma es algo, es un objeto digno de reflexión al cual no es posible poner de lado nada menos que en una teoría de las sanciones. Y eso es lo que efectivamente se ha hecho.

Los partidarios de borrar toda diferencia entre penas y medidas de seguridad hasta suelen emplear cierto tipo de expresiones despectivas para las reflexiones que no versan sobre el contenido material de la pena privativa de libertad (7).

Es manifiesto que ciertas apreciaciones son posibles y aun justas solamente si pensamos en la ejecución de una cierta clase de penas. De la justeza o la conveniencia posible de que en los establecimientos de detención se observe un régimen semejante al que se debe observar en un hospicio no es en modo alguno legítimo deducir nada con respecto al concepto jurídico de pena y de medida de seguridad.

En castellano e italiano han contribuido al error el equívoco sentido de la palabra pena, que sirve a un tiempo, sin distinción, para designar a la amenaza penal y a la ejecución de la pena privativa de libertad. Las expresiones alemanas *Strafe* y *Strafdrohung* traen en sí mis-

(7) Véase, por ejemplo, lo que dice MARC ANCEL: "ahora bien... lo que caracteriza a la defensa social es, en primer lugar, una reacción contra esas concepciones metafísicas (?), sobre las que se basa el derecho penal (¿puede decirse esto después de Kelsen?) contra su manera de comprender el crimen y la sanción del crimen como entidades *jurídicas* (el subrayado es de M. A.), aprehensibles únicamente por los procedimientos de la ciencia y la técnica del derecho. La d. s. se opone por su aspecto antifilosófico y *extrajurídico* (este subrayado contradictorio es nuestro) al derecho penal tradicional, a la doctrina liberal clásica del siglo XIX e incluso al tecnicismo jurídico del siglo XX". MARC ANCEL, *La nueva defensa social*, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1961, p. 93.

mas una distinción; mientras que cada vez que nosotros decimos la "amenaza penal" parece que sutilizamos demasiado.

No es así, por cierto. Ningún partidario de la unificación, en efecto, ha mostrado de modo razonable cómo puede formularse un código penal o una ley penal cualquiera prescindiendo del concepto puro de pena como *amenaza de contenido retributivo*, de pena como *retorsión del entuerto*. Eso con lo cual se va a amenazar (*cum-minari*) es un objeto jurídico cuya descripción es posible y que en modo alguno está desplazada por la descripción del régimen vigente o posible en un establecimiento de custodia de personas.

Aquí los positivistas solían invocar otro eufemismo: el de la pena-tratamiento; pero no varían con ello los términos del problema. Hace ya tiempo examinamos uno de los proyectos de código penal fundado en la pena-tratamiento, el de 1937, y el resultado del análisis no dejaba dudas. En realidad, el proyecto italiano de 1921 se salvó de toda censura porque no alcanzó a la parte especial; puede decirse, por tanto, que no llegó a mostrar cómo puede teóricamente formularse una ley en la cual no se contenga la amenaza de un mal que al mismo tiempo defina acciones típicamente delictivas. FERRI alcanzó a decir, sin embargo, que la futura parte especial del Proyecto se parecería mucho a la parte especial del Código entonces vigente. El Proyecto argentino de 1937 y otros cuerpos "defensistas", como el Código cubano, en la parte especial proceden, en efecto, de modo perfectamente comparable con el de los códigos tradicionales, con la diferencia que en vez de amenazar con una pena, amenazan con un "tratamiento" cuyo significado todo el mundo entiende. Solamente el legislador resuelve no darse por enterado y hacerse el desentendido acerca del sentido de su propia conminación, como si ella pudiera pasar por no amenazante, y hasta como una simple y benevolente promesa.

Si se examinan con cuidado los presupuestos que subyacen en un debate moderno acerca de este tema, se advierte en seguida que casi todos los que postulan teorías unificantes piensan en las formas y en los métodos de ejecución de cierto tipo de condenas. Algunos son muy expresos en la consideración del problema desde un ángulo puramente penitenciario, como, por ejemplo, PAUL CORNIL, o desde el ángulo práctico judicial, como JEAN GRAVEN (8).

Cuando de esa posición se quiere pasar, sin embargo, a una teoría general unificada, es evidente que no se advierte la dificultad de explicar en qué forma puede ser entonces formulada una ley penal. La ley penal, en efecto, es aquella en la que la voluntad general preventiva propia de toda ley se expresa o debe expresarse con mayor claridad y hasta con la energía necesaria para señalar francamente el límite no ya de lo lícito, sino de lo tolerable. Ciertamente que la amenaza penal es la única que un precepto jurídico puede adoptar en tal situación. Si la consecuencia jurídica de no observar una determinada conducta no contiene disvalor alguno, y no es presentada a los desti-

(8) Ambos en "Jornadas de Derecho Penal", Buenos Aires, 1962, pp. 96 y 135.

natarios como portadora de un disvalor, es obvio que la ley no es penal, y hasta debiera decirse que ni siquiera es una norma de derecho, o, a lo menos, una norma completa, pues toda norma jurídica contiene una sanción, esto es, una consecuencia a través de cuyo sentido es posible siempre discernir lo que se debe hacer y lo que no se debe hacer, aun prescindiendo de la reparabilidad o irreparabilidad del entuerto (9).

Pero dejando aparte el contenido de las sanciones propias de normas jurídicas no penales (nulidad, reposición, reparación) y limitando la consideración a leyes penales propiamente dichas, parece poco acertado que se haya pasado, acaso inadvertidamente, del plano penitenciario al plano de la teoría general del derecho con la pretensión de traer conceptos nuevos muy revolucionarios del sistema. Cierta ingenuidad teórica es dable observar en la invocación de "razones prácticas" en contra de las "abstracciones teóricas", en el intento de desacreditar a la pena como un "ente abstracto", extraño a la "realidad viviente", etc., etc. Ningún "pragmático" ha logrado formular una ley penal con prescindencia de penas abstractas y amenazantes.

La contraposición entre teoría y práctica, incorrecta en general, lo es especialmente en derecho, porque el derecho es todo él un orden de la praxis. A su vez toda teoría, al final de cuentas, es reflexión sistematizada, y reflexionar es el único medio que nos es dado para comprender las cosas todas, incluidas las cosas que hacemos o debemos hacer, esto es, la praxis.

Concluamos. El empleo de la expresión "sanciones" para designar a un tiempo penas y medidas de seguridad es incorrecto, porque en derecho aquella expresión tiene un sentido técnico preciso que no corresponde al contenido y a la función de las medidas de seguridad. La pena es una sanción, pero no lo es la medida de seguridad.

Las confusiones e incertidumbres derivadas de aquella terminología se ponen muy de manifiesto cuando se advierte el doble sentido de la palabra "pena", expresión indistintamente empleada para referirse a la amenaza conminada por la ley, y al internamiento efectivo que comporta el cumplimiento de algunas penas.

La comunicación de una pena es una característica imprescindible para que una ley sea reconocible como ley penal y, por tanto, para que una conducta sea reconocible como ilícita en grado supremo, esto es, delictivo. Obsérvese la relación que guarda este tema con el principio *nullum crimen sine lege*, pues éste, correctamente entendido, re-

(9) Hay muy valiosos trabajos recientes acerca del problema de las medidas de seguridad en relación a la cuestión de las libertades civiles. Este es el tema del volumen *"Stato di diritto e misure di sicurezza"*, publicado por Cedam, Padova, 1962, en el cual colaboran GIUSEPPE BETTIOL, ERNST HEINITZ, STEFAN GLASER, PIERRE BOUZAT, VLADIMIR SOLNAR, GIUSEPPE ZUCCALA, PAULO J. DA COSTA y PIETRO NUVOLONE. Esa conexión del problema con las garantías individuales era el centro de nuestra monografía *Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso*, Buenos Aires, 1929, problema al cual el positivismo entonces imperante era absolutamente ciego.

quiere la preexistencia no ya de una ley cualquiera, sino de una ley en la que se contenga una pena. En este sentido es perfectamente lícito decir *nullum crimen sine poena*.

La pena como "ente abstracto", como "amenaza retributiva", es elemento esencial en un ordenamiento jurídico respetuoso de la libertad, porque ese es el medio que sirve para señalar el límite entre lo permitido y lo prohibido.