

A Pena

(FRANZ VON LISZT *Tratado de Derecho Penal*, tomo tercero, tercera edición, Instituto Editorial Reus, Preciados. 6 y 23, Madrid.)

Franz Von Liszt, consagrado como o grande dogmático e sistematizador do Direito Penal Alemão, exerceu grande importância no estudo do Direito Penal.

Cezar Roberto Bitencourt, ao lecionar sobre os Fundamentos e a História do Direito Penal, salienta a contribuição de Franz Von Liszt e sua Escola Moderna Alemã: "O mestre vienense Franz Von Liszt contribuiu com a mais notável das correntes ecléticas, que ficou conhecida como 'Escola Moderna Alemã', a qual representou um movimento semelhante ao positivismo crítico da *terza scuola italiana*, de conteúdo igualmente eclético. Este movimento, também conhecido como escola de política criminal ou escola sociológica alemã, contou ainda com a contribuição decisiva do belga Adolphe Prins e do holandês Von Hammel, que, conjuntamente com Von Liszt, criaram, em 1888, a União Internacional de Direito Penal, a maior entidade de Direito Penal atualmente em atividade, destinada a promover, por meio de congressos e seminários, estudos científicos sobre temas de interesse das ciências penais. Von Liszt (1851-1919) foi discípulo de grandes mestres, dentre os quais os mais destacados foram Adolf Merkel e Rudolf Ihering, recebendo grande influência deste último, inclusive quanto à idéia de fim do Direito, que motivou toda a orientação do sistema que Liszt viria a construir".¹

O trecho destacado do livro de Franz Von Liszt apresenta, ainda que sucintamente, uma idéia do estudo da pena e sua evolução. O autor salienta que não se pode separar o conceito do delito e sua evolução com o conceito da pena e sua evolução, localizando-os no mais escuro fundo mental.

Aduz que o estudo da pena veio antes do estudo da antropologia e da sociologia e faz um estudo comparativo entre as ciências. Distingue a pena natural e a pena legal, explicando seus conceitos e a imprescindibilidade de uma e outra. Por fim, salienta que a pena não é um castigo, e sim um fenômeno de dor necessária.

LA PENA Y SUS DIFERENCIAS — FLS. 203-211

1. Paralelos al viejo concepto del delito y a su evolución son el primitivo concepto de la pena y la evolución de este concepto. Anterior a aquél, sin duda — ya que la pena es acto reflejo y de natural reflexión, como el delito lo es espontáneo e irreflexivo por regla —, ambos, originariamente, se proyectan

1 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 58-59.

en el más oscuro fondo mental, allí donde el pesimismo crece y el temor anida.

El más estrecho sentido ético domina entonces, y si el delito se define simplemente como un acto malo, el mal de acción (*malum actionis*), la perversidad individual involuntaria, la pena es una mala consecuencia escuetamente; es mal de pasión (*malum passionis*); la social venganza, según los clásicos.

Mas el concepto de la pena avanza y lleva la delantera al concepto del delito. Antes de que aquél deje de ser considerado como un acto necesariamente perverso, ésta ya nos mirada, forzosamente, como un mal. Luego viene la precipitada generalización, inevitable. De observar que hay penas posiblemente y felizmente educativas, correccionales (como otras son puramente intimidadores y otras eliminativos), se llega a sostener: el simplicísimo de que “toda pena ha de ser correccional”, necesariamente; el humorismo de que “toda pena es un bien”, en absoluto, y la paradoja del “derecho a la pena” dogmática de los correccionistas. Que así también de la evidencia: hay delincuentes moralmente irresponsables – dictamen de los médicos – se salta al absurdo: “todos los delincuentes son irresponsables, moralmente”, socialmente temibles y jurídicamente eliminables, tesis de los positivistas.

En la enciclopedia de las ciencias, antes que la Antropología y la Sociología criminales. Había nacido la Ciencia Penitenciaria, esa penología sentimental, de un experimentalismo romántico, a la que sucede la moderna Penología; síntesis de una Antropología penal – conciencia científica de la individualización de la pena – y de otra Sociología penal – sistematización científica de los factores sociales en la adaptación penal y ultrapenal.

1. Toda la Penología es Sociología. Jurídicamente, el gran cuestionario de la pena– venganza social o defensa social – es el índice sociológico del Derecho penal. Etiológica y teológicamente, la pena corrige los yernos de la sociedad y prepara el reingreso en ella, ya que el reo es un campo de huellas sociales – que revela el juicio que publica la sentencia, que borra la pena – y es un educando para la vida social, viene, rechazado, del mundo, y se le devuelve, reexpedido, al mundo. La vida penal es asimismo una sociedad, con sus leyes. Para la sociedad, y a su medida, han de establecerse las penas, asunto de la Política penal.

Todo la Penología es Antropología. Científicamente, el eje de la revolución ideológica en el Derecho penal – “no hay delitos, sino delincuentes”, “no hay delincuentes, sino hombres” – es la tesis de la ciencia penitenciaria antropológica, o Antropología penitenciaria. La pena que se aplica a su sujeto, el hombre, viene de la ley, preparada con conciencia

científica de su varia, humana naturaleza que ésta es medio programa de la Política criminal.

Aquí, como en el tratado del delito, es forzoso distinguir, pues andan confundidas, la pena natural y la pena legal.

Pena natural – Desde los teólogos, que la derivaron da ley natural (*lex naturae*) y el orden natural (*naturalis ordo*, de Santo Tomás), hasta de los sociólogos que la deducen de las “leyes biológicas”, una de ellas, la “ley de reacción”, como sancione natural (sanzione física, sancione biológica, sancione sociale de Ferri), la pena es reacción universal de la fuerza individualizada – sistemas de fuerzas y organismos vivos, objetos y seres – ante todo ataque-excitación.

He aquí, en esquema dinámico, la pena natural: un fenómeno – inconsciente o consciente – reactivo – material o moral – de defensa contra el ataque.

Pena legal – Ya la derivasen, como la ley, de la voluntad del Príncipe (*quod principi placuerit legis habet vigorem*. Dig., 1.1ª, libro I, título IV), ya de la del pueblo (*voluntas communis omnium, o valonté générale*, de Rousseau, origen de las penas para Beccaria y su escuela), fundándola, bien en la idea de justicia (Kant), bien en la necesidad (Hobbes), los jurisconsultos definieron la pena como el castigo del delito, impuesto conforme a ley, por autoridad competente.

Esta es la pena legal: el acto – social o político – legal – justo o injusto – de castigo del delito.

Pena natural y pena legal son, aisladamente, estériles, unilaterales conceptos. Ni se da otra forma de pena natural, visible, que la pena legal; ni ésta puede concebirse sin los caracteres esenciales de la pena natural, su norma.

Es la pena legal un fenómeno que se da en tres esferas: el individuo, la sociedad y el Estado; problema que interesa a Psicología, a la Sociología y al Derecho.

En el individuo, es la pena un sentimiento de dolor o mal físico, que causa – beneficiosamente – otro sentimiento moral de dolor: la vergüenza o el arrepentimiento. Se debió evitar, no delinquiendo; cometido el delito, era de rigor. Que así, por exceso de placer sufrimos incomodidades (pena física); por abuso de libertad la perdemos (pena moral).

Esta es, en síntesis, la Psicofisiología penal.

La pena – si bien lo sea de ordinario – no es, no debe ser, una lesión individual, “doble mal” o “sufrimiento” causado con el propósito de “mal

por mal”, en el vil supuesto de que la ética humana deba inspirarse es esta brutal infrahumana ley del mundo, de que ésta sea la “ley de nuestra naturaleza”.

El elemento sensible de la pena es medio, no fin, y el sufrimiento penal la consecuencia, no el propósito. Se sufre la pena; no se sufre – necesariamente – por la pena.

La pena no es un mal, por el sentido, sino por el sentimiento.

Su mal es el mal de un sufrimiento, no el sufrimiento de un mal. Así erraba la vieja Metafísica penal. La pena es, por el contrario, un bien; mas no por el sentimiento, sino por su sentido.

En la sociedad, la pena es un libre fenómeno de reacción, que acaece – necesariamente – como consecuencia de otro fenómeno, activo y voluntario: la imprudencia o el dolo, torpeza o delito. Pudo no haber ocurrido, como era de desear; pero ocurrió, porque era de razón.

Así, la Mettrie se excede en la comida y muere (pena natural); así, Troppmann asesina a ocho personas de la familia Kinck y le ejecutan (pena política). Es la Sociología penal.

La pena – si lo fue – no es ya ciega y brutal venganza social contra el delincuente.

Añejo error este de la primitiva de Religión penal, que tiene al talió por dogma, y la amputación del órgano pecador por rito, y las ejecuciones colectivas por fiesta.

Así, desde el Derecho mosaico y las Doce Tablas, hasta la Dramática, de Shakespeare; en las primitivas amputaciones y en la actual esterilización; con la lapidación hebrea y con la ley de Lynch.

En el Estado se llama pena la defensa jurídica, establecida por la ley en represión de la injusticia que recae – justamente – sobre el ejecutor de un acto ilícito. Debí prevenirse impidiendo las causas del delito o su eficacia; mas, cometida la infracción, era de justicia la pena. He aquí cómo, por abuso del derecho, perdemos el derecho (pena civil); por infracción de la ley, nos castiga la ley (pena criminal).

Este es el contenido del Derecho Penal.

La pena no es – aunque así se llame – un castigo.

No tiene por fin la expiación de la falta, si bien, ella puede ser medio, como proceso moral, para la corrección, en cuanto es enmienda.

Este es el viejo error de la Ética penal, que aún informa intelectos de penalistas, voluntades de legisladores y conciencias de jueces.

En Psicología en Sociología y en Derecho, la pena legal es un fenómeno de dolor necesario, como sentimiento de reacción justa contra el delincuente, en defensa de la sociedad, a diferencia del daño, de la venganza y del castigo.

2. Diferente de la pena es la medida de seguridad, como fenómeno común al individuo peligroso a la sociedad consciente y al Estado previsor, que interesa, igualmente a la Pedagogía correccional, a la Economía social y a la Política social.

¿Qué nueva categoría penal es ésta? ¿Son, como las faltas, con relación a los delitos, miniaturas de penas? ¿Son, más bien, como ciertas penas, con relación a las otras, accidentes penales?