

Acerca de la prevención
Un problema humano, universal.
Notas de la Obra de Carrara
Selección y transcripción para el Observatorio Departamental
Guillermo Aníbal Gärtner Tobón
Profesor Asociado UTP
Transcripción (scanner y ocr):

“... Por consiguiente, no es que el derecho penal sea un instrumento destinado a consolidar la autoridad, sino que, en cambio, la autoridad y la sociedad civil están constituidas únicamente para servir de instrumento necesario al recto ejercicio del derecho punitivo. instrumento indispensable para mantener la soberanía del derecho y para completar los preceptos morales.

Y aquí también vemos que la historia de los hechos se uniforma a las deducciones de la razón, pues encontramos que, desde los primeros albores de civilización que se manifestaron en las tribus primitivas, se despertó en ellas, merced a la necesidad de defender el derecho, el deseo de constituir una autoridad suprema que estuviera por encima de todos los asociados. Y los pueblos primitivos procedieron siempre a elegir sus jefes o soberanos. para que fueran sus capitanes en la guerra, y así defendieran sus derechos contra los enemigos externos, o para que ejercieran la autoridad judicial, y defendieran así sus derechos contra los ataques de sus enemigos internos. A estas ingerencias quedaron limitados los poderes de los primeros soberanos, precisamente porque en eso consistía la razón de su ser y el principio legítimo de su autoridad. La tutela jurídica, confiada por la ley suprema del orden a las fuerzas humanas, no podía ejercerse de modo conveniente merced a la sola acción aislada de los individuos, que no siempre se habría mostrado racional, uniforme y potente, por lo cual habría carecido del más necesario de sus elementos, es decir, de la certeza de si misma. De modo que la constitución de la autoridad publica y el respeto a ella, son un precepto impuesto al hombre por la ley natural, para que la fuerza humana, a la cual se le confía el mantenimiento de la soberanía del derecho, se ejerza de manera racional, uniforme y potente. A no ser por este fin, la constitución de la autoridad sobre los ciudadanos no sería sino un abuso de la fuerza.

Reconocido así en la autoridad social el poder legítimo de ejercer coacción eficaz sobre los individuos para conservar la ley jurídica, el ejercer esa coacción, mas bien por medio de la amenaza de un castigo que por medio de la prevención directa, no es otra cosa que la consecuencia de un estado de hecho que hace necesaria aquella forma, en vez de esta. Como es humanamente imposible que una autoridad social, aunque esté poderosamente armada, pueda detener con anticipación el brazo que el homicida y el ambicioso mueven para violar el derecho, es preciso que la fuerza tutelar se ejerza mediante coacciones morales. La necesidad de estas coacciones legítima la amenaza del castigo, y como esta no sería una amenaza eficaz, sino palabras mutes, si al efectuarse una violación el castigo no recayera realmente sobre el autor de ella, la necesidad y la legitimidad de la amenaza llevan consigo la necesidad y la legitimidad de la irrogación efectiva de la pena; pero esta necesidad y esta legitimidad no proceden de una ley humana, ni. de la

constitución de la sociedad civil, ni de la necesidad abstracta de hacer justicia, sino de la ley suprema del orden, a la cual quiso el Creador que la humanidad se subordinase. De esta manera el derecho punitivo no procede de la sociedad civil, sino que la precede, y él es la única causa de que ella exista. De ahí que la autoridad social no pueda ejercer ese poder a su arbitrio, sino de manera subordinada a la ley suprema del orden, de la cual es sierva, a la par del individuo.

En efecto, el poder punitivo se lo ha dado Dios a la sociedad, y este es un principio inconcuso; pero no es verdad que Dios lo haya dado a la sociedad para defenderse a sí misma, como repiten los idolatras del Estado, sino para que defienda el derecho, verdadero soberano del mundo, del cual la sociedad civil no es sino un instrumento necesario; y ese derecho debe ser tutelado entre los hombres, porque la suprema ley del orden moral así lo exige. La sociedad podrá tener también el derecho de defenderse a sí misma, pero no por tener en sí misma la razón de ser y de defenderse, sino únicamente para que el instrumento necesario de la ley moral sea defendido en ella.

Empero, el principio de la tutela jurídica no debe entenderse a la letra y materialmente, como si la misión del derecho penal fuera la de obtener de un modo efectivo que el derecho nunca sea violado sobre la tierra; estos son sueños del vulgo, que busca en el Juez al hombre destinado, según ella al asegurarle perpetuamente su persona y sus bienes, a la manera que la mujer sencilla busca en el médico al hombre destinado, según ella, a librarla en un instante de todos los males del cuerpo. Sueños son estos, que producen en la vida práctica desengaños y dolores, y en la ciencia aberraciones funestas.

La estafalaria idea de que la medicina debe extirpar todas las enfermedades, conduciría a la ciencia de la salud al empirismo, así como conduce al pueblo a tener fe en los curanderos. Y la insensata idea de que el derecho punitivo debe extirpar de la tierra todos los delitos, lleva a la ciencia penal a la idolatría del terror, y al pueblo a la fe en el verdugo, que es el verdadero curandero del derecho penal. La ciencia médica ha abandonado ya sus ilusiones acerca del elixir universal, aunque algunos especuladores exploten todavía las viejas creencias al respecto. Y los juristas sabios han abandonado la doctrina de la intimidación, a pesar de que algunos legisladores siguen todavía explotándola en provecho propio. Si admitimos en el derecho punitivo este fin de impedir los delitos aterrorizando al delincuente, el argumento de VOUGLAMS no tiene replica, y el abanderado de la antigua escuela francesa, el fiero refutador de BECCARIA, tendría toda la razón, pues cada delito que se comete, muestra con evidencia que la pena conminada no fue bastante para atemorizar al delincuente que la ha despreciado, luego es necesario aumentarla, y después seguir aumentándola a cada nueva prueba de desprecio y de insuficiencia respectiva; y ya no habría límites para esta lógica inexorable.

El hombre peca, ha pecado y pecará mientras sea hombre, aunque la justicia divina lo amenace con castigos mucho menos inevitables y mucho más tremendos de lo que puedan serlo los irrogados por el brazo del hombre; y para pecar bastan la ligereza, la irreflexión de la naturaleza humana y el ímpetu de las pasiones, que hacen olvidar la Justicia divina; y a estos impulsos se agrega, respecto a la justicia humana, la esperanza de la impunidad, que es el cálculo primario de todo delincuente pervertido, calculo ante el

cual los castigos, por severos que sean, son palabras inútiles y menos que inútiles, pues la acción atemorizante del castigo conminado se elude con la confianza de evitarlo.

Concepto tan necio como soberbio seria el de afirmar que el derecho penal tiene la misión de hacer real y perpetuamente invulnerable el derecho; necio concepto, por ser imposible por lo tanto, es errónea la idea de señalarle como fin al derecho penal la consecución de que el derecho sea efectivamente invulnerable.

La fórmula de la tutela jurídica tiene muy distinto significado, pues no expresa algo concretamente absoluto, que es inasequible a todo poder humano, sino algo abstractamente absoluto, que esta precisamente bajo el dominio eficaz de la función punitiva. No expresa que todo derecho concreto deba estar siempre tutelado de modo efectivo, hasta hacerse invulnerable; expresa, en cambio, que siempre esta eficazmente tutelado el principio abstracto, es decir, siempre mantenido el trono del derecho.

La higiene nos educa en la templanza, nos alivia las enfermedades y nos conforta con la esperanza de vivir sanos, aunque, a pesar de la obediencia a las reglas higiénicas, haya a diario hombres enfermos. Axial el derecho penal hace que desechemos los pensamientos de venganza, nos vuelve tolerantes con las ofensas y nos conforta con la esperanza de vivir seguros, aun cuando a diario veamos que las malas pasiones atentan contra la seguridad privada.

Un precepto sin sanción ya no seria precepto, y el mundo sin leyes no seria sino un teatro de perpetuos desordenes. La violación de un derecho concreto configura la negación el reino del derecho abstracto, y ante esta es preciso que surja una nueva afirmación que reconozca el principio de la soberanía del derecho, negada de tal guisa por el abuse de las fuerzas individuales. Y es necesario obligar a este reconocimiento precisamente al individuo de quien ha partido negación tan audaz, y es preciso que se le inflija un mal sensible, como castigo por haber negado la soberanía del derecho, para que de este modo, a costa suya, el principio sea colocado otra vez sobre el trono de donde su perversidad osó derrocarlo; y también es preciso que, ante esa negación, se confirme de nuevo en todos los corazones la conciencia de la soberanía del derecho, reconociéndola las victimas al esperar con paciencia de las autoridades la reparación de la ofensa, proclamándola las autoridades al infligir la pena, y el reo al sufrirla; así queda amparado el derecho en su principio, y esto basta.

Por lo tanto, el fin primario del derecho penal no es atemorizar, sino tranquilizar. En la tranquilidad esta el fin primario de la pena, pues si el animo de los malos se excita ante el delito, y si las pasiones arrecian, la pena infligida al delincuente tiene que tranquilizar esta emoción perversa y calmar los brotes de audacia provocados por el delito. El animo de los buenos se conmueve de distinta manera ante el delito, pues se espantan, se agitan, ante la previsión de nuevos atentados, ante el sentimiento del propio peligro; por esto la pena irrogada al culpable debe volverlos a su paz anterior. He ahí en que sentido considero la tranquilidad como el verdadero fin de la pena.

Por consiguiente, cuando la pena que la ley conmina contra la violación del precepto es suficiente para que los agraviados no reaccionen con venganza privada y se contenten

con esperar la irrogación del castigo; cuando es suficiente para que el culpable, al ser castigado, vea que por su culpa ha salido perdiendo, y tarde o temprano se arrepienta; cuando es suficiente para que, una vez irrogada, el ánimo de los buenos vuelva a quedar tranquilo, y renazca en todos la opinión de su propia seguridad, por una parte, y por otra, el ánimo de los mal inclinados abandone esa audacia que el ejemplo de la delincuencia ajena excita en ellos; cuando la pena llegue a bastar para obtener estos resultados, su fuerza moral objetiva habrá alcanzado su objeto, al neutralizar la fuerza moral objetiva del delito; entonces se obtendrá el fin de la pena, y la función penal cumplirá su tarea de tutela jurídica; en todo exceso fuera de este fin, traicionara su misión y cometerá yerros.

En la opinión pública, que se manifiesta mediante las señales de antipatía o de simpatía popular por los Jueces penales, tenemos, pues, el único tipo en que puede reconocerse si el legislador ha cumplido o no con sus deberes al determinar los delitos y sus penas respectivas.

En la primera de estas tareas la ciencia le suministra al legislador luces importantes, puesto que, al combinar los principios jurídicos con las condiciones ontológicas de cada uno de los hechos, le señala formulas para determinar la noción respectiva de cada delito. En cuanto a la segunda tarea, la ciencia no puede hacer otra cosa sino predicarle moderación y recordarle que su deber es consultar la conciencia popular, para corregirla cuando se inclina a la severidad y obedecerla cuando se inclina a la benevolencia, recordándole también que se hace culpable de rigor inútil cuando, ante las costumbres de un pueblo obediente, el prodiga penas severas, y que se hace culpable de estulta debilidad cuando, ante las fieras costumbres del pueblo al que debe darle leyes, cultiva y adula su ferocidad con la crueldad de los castigos. En ambos casos es traidor a sus funciones: en el primero, peca contra la política y la justicia, por infligir penas superiores a lo necesario; en el segundo, no peca contra la justicia, pero si contra la política, pues en vez de amansar con el ejemplo las crueles costumbres de un pueblo corrompido, lo sumergirá cada vez mas en el fango, al mantener con los suplicios sus depravadas inclinaciones. En tiempos pasados, la enorme profusión que se hizo de los suplicios, no fue únicamente culpa de los legisladores, que tuvieron que ceder ante el impulse de esas épocas de barbarie; pero si hubieran tenido corazón y talento, habrían podido acelerar el progreso de la civilización, librando más pronto de la barbarie a los hombres confiados a sus cuidados, dándoles el ejemplo saludable de la benignidad en las penas, en vez de embriagarlos con sangre humana y con espectáculos atroces.

Págs. 12 a 18 del Vol 1. Parte Especial, del Programa de Derecho Criminal de Francesco Carrara, Tomo 5, Editorial Temis. Bogotá, 1967."