

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA →

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

POLÍTICA PENAL

TESIS para optar al título de
Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales

por

FRANCISCO BRUNET (HIJO)

La Plata, Agosto de 1924.-

POLÍTICA PENALCapítulo primeroConsideraciones preliminares

-

I - El estudio del grave problema de la criminalidad, ha sido afrontado en las últimas épocas, intensa y profundamente. Resultado de ello es que, cuéntase hoy con una nueva y compleja ciencia, la "Criminología", que tiene por objeto el estudio del delito en todos sus aspectos. Ferri⁽¹⁾ la denomina "Sociología Criminal", pero ésta, en realidad, constituye una parte de aquella.

Dada esta amplia concepción de la "Criminología", corresponde dividirla en "Etiología Criminal" y en "Política Criminal"⁽²⁾. La primera estudia las causas del delito, (individuales, sociales y físicas). La segunda, los medios de combatirlo. Ambas se complementan.

La "Política Criminal" puede oponerse al delito, atacando sus causas por medios preventivos indirectos; en tal caso procede profilácticamente. En otra esfera de acción, puede también combatirlo, utilizando medios preventivos directos. Ahora bien, la "Política Penal" (Penología), que debe considerarse una rama de la "Política Criminal", tiene a su cargo el estudio de la pena como medio directo de lucha contra el delito.

II - La pena se concibe como la reacción motivada por un acto delictuoso. Pero no siempre se ha manifestado bajo las mismas características, por el contrario, a través de su evolución ofrece variados matices.

En su más remoto origen, que hay que buscarlo en los primeros comienzos de la humanidad, la pena - según Steinmetz⁽³⁾ - es una descarga pasional del lesionado, de la que hace víctima al primero a quién encuentra, aún cuando nada exista en éste que lo haga particularmente responsable del acto incriminado. La pena, ejercida así, instintivamente, sería agena a todo discernimiento sobre lo justo e injusto. Esta teoría, por exagerada no ha merecido aceptación.

La pena comenzó por la venganza privada. El ofendido reaccionaba contra su ofensor. Esa reacción se traducía en hechos guerreros. Los parientes de uno y otro se solidarizaban respectivamente con ellos.

La venganza es ejercida por la colectividad, cuando ya formados los grupos sociales superiores como derivación de las familias, el miem-

(1) E. Ferri. "Sociología Criminal". Trad. Soto y Hernández. Madrid. T. 2 pág. 339

(2) O. González Roura. "Derecho Penal". B. Aires. T. 1º págs. 47 y 71

(3) Cit. por C. Bernaldo de Quirós. "Las Nuevas Teorías de la Criminalidad" Madrid 1908. pág. 116. -

bro de una tribu es ofendido por el de otra.

Es indudable que la venganza privada, sin freno alguno, ocasionaría luchas cruentas y excesivas. Para evitarlo, el Tali6n limit6 y regul6 el derecho de venganza, estableciendo la proporci6n entre el castigo y el delito. La forma del Tali6n m6s antigua es la que igualaba el castigo a la ofensa: ojo por ojo, diente por diente. A su lado surge luego la del Tali6n simb6lico, que consista en castigar el delito, mutilando a su autor, el 6rgano corporal que utilizara para la consumaci6n de aquel: cortar la lengua al falsario, afear el rostro a la ad6ltera.-

La necesidad de impedir el debilitamiento de la colectividad, que por sus costumbres n6madas o guerreras, necesitaba m6s que nunca fuerza y concordia⁽¹⁾, sugiere entonces la pena pecuniaria de la composici6n, que tuvo notable desenvolvimiento en las leyes germ6nicas. En un principio fue voluntaria del ofendido, luego obligatoria. La comunidad al sentirse fuerte, determin6 el precio que debiera pagarse al ofendido. Se evitaban asa las represalias.

La composici6n revela despu6s la idea de sanci6n p6blica, en el sistema que prevaleci6 de un reparto de la misma entre la v6ctima y la comunidad. El wergeld se entregaba al ofendido. Lo que correspondia a aquella, el fredus, era como el equivalente de la perturbaci6n producida en la paz y en el inter6s comunes.⁽²⁾

Es evidente que el derecho penal en sus comienzos tena un caracter exclusivamente objetivo. Se castigaba por el hecho delictuoso, sin consideraci6n alguna a la personalidad de su autor.

La sanci6n toma despu6s un caracter de 6ndole religiosa. El castigo del ofensor es impuesto como una expiaci6n ofrecida a los Dioses. M6s que al reo, se castiga al pecador por haber ultrajado a la Divinidad. Se satisface asa la venganza divina, inmолando una v6ctima. El fundamento de la pena se apoya en un ideal religioso, la sociedad obra impulsada por 6l. La pena es brutal, desproporcionada. Es ese el sacrificio que exigen los Dioses.

Las sociedades evolucionan y con ellas las ideas. El concepto de la pena, entonces de orden divino pasa por otra transformaci6n, y la venganza de orden social es su nueva caracteristica. La pena es cruel e inhumana. Se procura obtener efectos intimidantes.

(1) L. G6ndara. "El Derecho Penal en la Antigüedad y en la Edad Media". Publicada por la "Biblioteca de Ciencias Sociales". Barcelona.

(2) Saleilles R. "La individualizaci6n de la pena", 2a. edici6n. Trad. de Hinojosa. Madrid 1914, p6g. 66.

El Derecho Eclesiástico reaccionó contra la barbarie de las penas proclamando en nombre de la fraternidad la paz entre los hombres. Según su concepto, la pena sería una expiación ofrecida a la Divinidad, pero una expiación destinada a regenerar al culpable, sin crueldades innecesarias y a base de humanidad. El mal que la pena importaba, provocaría el arrepentimiento del castigado, haciéndolo acreedor al perdón. El derecho para imponerla provendría de Dios.

Bajo la influencia del Derecho Canónico, aparece con caracteres manifiestos, el elemento subjetivo del delito. "Mientras el derecho anterior no veía más que el daño social o individual, el hecho material en su brutalidad, el Derecho Canónico verá, sobre todo, el alma que ha cometido el mal, y para emplear su lenguaje, el alma que ha pecado y que hay que sanar, purificar, elevar por la expiación y la pena." (1)

La Iglesia dió mucha importancia a la prisión, y a ello se debe que se le comenzara a aplicar en grande escala.

El influjo de las leyes canónicas fué insuficiente para evitar el triunfo de la crueldad en las penas, que llegó a horribles y arbitrarios excesos. La reacción debía operarse, merced a la obra de ilustres pensadores, que habrían de lograr con sus ideas, la transformación del derecho penal, asentándolo sobre bases humanitarias.

III - El libro de César Beccaria, "Dei delitti e delle pene", publicado en 1764, cuyo principal mérito fué la oportunidad en que hizo su aparición, constituyó el grito de reforma.

Comienza Beccaria su pequeño opúsculo, con estas elocuentes y significativas palabras que revelan cuán justificada era el movimiento de reacción que se venía produciendo: "Algunos restos de leyes de un antiguo pueblo conquistador, - dice - hechas compilar por un Príncipe que, doce siglos ha, reinaba en Constantinopla, mezcladas después con ritos longobardos y extendidas en el fárrago de los interminables escritos de privados y oscuros intérpretes, constituyen aquel conjunto tradicional de opiniones que en gran parte de Europa conserva el nombre de leyes todavía; y es cosa tan funesta como frecuente hoy que una opinión de Carpzovio, una antigua costumbre consignada por Claro, un tormento sugerido con feroz complacencia por Farinaccio sean las leyes que siguen obedeciendo con segura y tranquila confianza los que debieran temblar al decidir de las vidas y

(1) Saleilles. Ob.cit. pág. 76.-

y de las fortunas de los hombres."⁽¹⁾

La obra de Beccaria fué precedida por las ideas filosóficas que habían comenzado la batalla. En el siglo XVII Hugo Grotius sostuvo que el fin único de la pena era el de la utilidad pública.⁽²⁾ El movimiento filosófico originado en Grotius, se agitó después a impulsos de las ideas renovadoras de muchos otros pensadores, entre ellos, Hobbes, Spinoza y Locke que señalaron entre otros fines de la pena el de la enmienda del delincuente⁽³⁾; Samuel Pufendorf y Cristián Wolff que defendieron el racionalismo del Estado encargado de la justicia criminal en contra del Derecho tradicional, romano y canónico⁽⁴⁾; Diderot, d'Alembert, D'Holbach, Helvetius y Montesquieu que protestaron contra la barbarie de la penalidad en nombre de la utilidad social⁽⁵⁾, afirmando el último que la severidad de la pena es más propia de un gobierno despótico, cuyo principio es el terror, que de la monarquía o de la república, las cuales tienen por resorte, respectivamente el honor y la virtud⁽⁶⁾; Voltaire, Rousseau, etc.

IV - Beccaria, partiendo del principio de que el derecho de castigar se origina en el pacto social, (los individuos que constituyen libremente la sociedad le cedieron esa facultad)⁽⁷⁾, sostiene: que la pena, para ser justa, no debe exceder la necesidad de conservar el depósito de la salud pública, siendo tanto más justa cuanto la seguridad sea más sagrada e inviolable y cuanto mayor la libertad que el Soberano conserve a sus subditos⁽⁸⁾; que la pena no debe dejarse librada al arbitrio del Juez, sino que debe ser fijada claramente y de antemano por la ley⁽⁹⁾, y aplicarse por los magistrados⁽¹⁰⁾; que el objeto inmediato de los castigos, no es otro, que impedir al reo dañar nuevamente a sus conciudadanos, y apartar a los demás de hacerle como aquel⁽¹¹⁾; que para que una pena produzca su efecto basta que el mal que la misma importa exceda al bien que nace del delito, debiendo en este exceso del mal contarse la infalibilidad de la pena y la pérdida del bien que el delito hubiera producido⁽¹²⁾; que las penas no deben ser crueles⁽¹³⁾, afirmando que en los países y siglos en que se han usado los mayores supli-

(1) C. Beccaria. "De los delitos y de las penas", según el texto publicado en 1862 por C. Cantú. Trad. Vincent. Madrid 1879, pág. 19.

(2) Cit. por B. Alimena. "Principios de Derecho Penal". Trad. Cuello Calón, Madrid 1915, t. I, pág. 57.

(3) (4) y (5) E. Cuello Calón. Notas en la obra de E. Pessina. "Elementos de Derecho Penal". Trad. G. del Castillo, Madrid 1913, pág. 162.

(6) Montesquieu. "Del espíritu de las leyes". Trad. Estévez, París, T. 1º, pág. 117.

(7) Beccaria. Ob. cit., pág. 31

(12) Beccaria. Ob. cit., pág. 95

(8) " " " " 36

(13) " " " " 94 y sigs.

(9) " " " " 37

(10) " " " " 38

(11) " " " " 94

cios, se han cometido los más espantosos crímenes⁽¹⁾; que la magnitud de la pena debe ser relativa al estado de la nación misma: "más fuertes y sensibles deben ser las impresiones sobre los ánimos endurecidos de un pueblo salido apenas del estado salvaje: se necesita un rayo para abatir al león fiero que se resiste al fusil; pero a medida que los hombres dulcifican su rudeza en el estado social la sensibilidad crece, y creciendo ésta debe disminuirse la energía de la pena si se quiere mantener constante la relación entre el objeto y la sensación"⁽²⁾; que la pena de muerte es inútil: "la experiencia de todos los siglos no ha logrado impedir jamás que los hombres atrevidos ofendieren a la sociedad"⁽³⁾, admitiéndola sin embargo, cuando sea el verdadero y único freno que pudiera apartar a los otros de cometer delitos⁽⁴⁾. Estigmatiza la tortura⁽⁵⁾, ~~ampugna~~ la confiscación⁽¹⁵⁾ porque arrastra a la desesperación y a la indigencia, pudiendo hacer de un hombre de bien un malvado y porque castiga a la familia inocente; afirma que la pena debe proporcionarse a los delitos⁽⁶⁾, debiendo medirse ~~de~~ la gravedad de éstos según el hecho causado a la sociedad⁽⁷⁾, y no según la intención del que lo comete, pues sería preciso establecer en este último caso "no sólo un Código particular para cada ciudadano sino ~~una~~ una ley nueva para cada delito"⁽⁸⁾, (con arreglo a éste, formula una clasificación de los delitos por orden de su gravedad y aconseja los castigos respectivos); hace notar en fin que mejor es prevenir los delitos que verse en la necesidad de castigarlos⁽⁹⁾, y como medios para conseguirlo indica los siguientes: las leyes penales claras y sencillas⁽¹⁰⁾; instrucción del pueblo⁽¹¹⁾, recompensas a la virtud⁽¹²⁾, moralización por la instrucción⁽¹³⁾, etc.

A modo de síntesis de sus doctrinas, Beccaría llega a la siguiente conclusión: "para que cualquier pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano particular, debe ser esencialmente pública, pronta, necesaria, la menor de las posibles en aquellas circunstancias, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes."⁽¹⁴⁾

(1) Beccaría. Ob.cit. pág. 97.	(8) Beccaría.Ob.cit.pág.140
(2) " " " " 98.	(9) " " " " 203
(3) " " " " 101.	(10) " " " " 205
(4) " " " " 101.	(11) " " " " 206
(5) " " " " 71.	(12) " " " " 207
(6) " " " " 135.	(13) " " " " 213
(7) " " " " 139.	(14) " " " " 215
(15) Beccaría.Ob.cit.pág. 114.	

V - El libro de Beccaría que fué por sí solo una revolución⁽¹⁾, fué traducido, difundiendo por el mundo, y las doctrinas en él expuestas conquistaron numerosos afiliados, consiguiendo producir un movimiento de innovación legislativa, cuyo común principio fué el de que "el individuo, como fin del orden social, debe ser respetado en todas las formas de su vida, sin que la pena deba nunca borrar en él lo que le caracteriza como ser moral"⁽²⁾.

El estallido de la Revolución Francesa de 1789 afianzó el triunfo de las nuevas ideas, que imprimieron su sello en las leyes penales. El Código Penal de 1791, código de la Revolución fijó las penas en una forma absoluta: por tal delito, tanta pena. El Juez venía a ser así como un instrumento de aplicación de la pena, sin arbitrio de ninguna clase. Ante un mismo hecho, sus autores eran igualmente responsables. La ley tendría en cuenta la gravedad social y material del hecho delictuoso. Este Derecho Penal objetivo por excelencia, no varió mayormente al sancionarse el Código de 1810, cuya principal modificación a los principios contenidos en el anterior, consistió en establecer penas variables entre dos límites fijos, para que el Juez pudiera equiparar en lo posible la pena a la gravedad a la gravedad objetiva del hecho, buscando la proporción entre el delito y el castigo.

Las ideas humanitarias triunfantes, tuvieron gran influjo sobre la legislación penal ~~convencional~~, coincidiendo con ello la reforma de las prisiones, hasta entonces en horrible estado de abandono, reforma cuyo punto de arranque debe buscarse en la campaña emprendida por el inglés John Howard a través de las cárceles de Europa en el último tercio del siglo XVIII, quien resumió sus observaciones en su libro "State of prisons", que tuvo la virtud de revolucionar las concepciones penitenciarias de la época. Aparecen entonces los sistemas penitenciarios, con el fin de regenerar al condenado.

VI - En la lucha contra la criminalidad, las nuevas corrientes de ideas introducidas en las legislaciones, chocaron contra el fracaso, pues si bien es cierto que las penas se suavizaron y humanizaron, la criminalidad aumentó por todas partes, y es que el sistema adolecía de un defecto capital, que Prins⁽³⁾ con sobrado criterio pone de manifiesto: "ha concebido al delincuente, no como un ser vivo y operante, sino como un tipo abstracto imaginado por la razón, fuera de la realidad de las cosas; ha concebido el

(1) Alimena. Ob.cit.pág.58.

(2) Fessina. Ob.cit,pág.129

(3) Prins."Science pénale et droit represif, 1889,pág.13 y sigs. Cit.por E.Cuello Calón."Penología". Madrid 1920, pág.15,nota.

delito, no como una porción de esta realidad, sino como una fórmula jurídica abstracta inscripta en un Código; ha concebido la pena, no como una defensa apropiada al ataque, sino como un sistema abstracto debido a la ciencia de los criminalistas. Y la justicia penal, aislándose así de la vida universal, está contenida en los libros; todo el Derecho penal se convierte en una escolástica estéril que llega a la superficie, pero que no penetra en el fondo de las cosas."

"También ha procedido por vía de generalización. Tomando como punto de partida el tipo ficticio y convencional del hombre razonable, ha creído fundidos en el mismo molde a todos los delincuentes y susceptible de ser enmendados por la misma pena; la prisión, y particularmente la prisión celular, se ha convertido en eje del sistema represivo, en la única penalidad; así no ha podido tener en cuenta la infinita variedad de la naturaleza humana y de las múltiples categorías de delincuentes que en la vida se encuentran."

VII - Un nuevo período en la evolución de la pena, sobre una base científica, puede afirmarse que se ha iniciado francamente en la segunda mitad del siglo XIX, a consecuencia de los estudios antropológicos y sociológicos, mediante los cuales se trata de escudriñar las verdaderas causas de los delitos, para combatir con eficacia su perpetración.

César Lombroso, publica en 1876, su obra "El Hombre Delincuente" en la que desarrolla la teoría de la criminalidad congénita, atribuyéndola a factores atávicos, y afirmando que el delincuente es un tipo regresivo de salvaje que aparece dentro de la civilización. Encuentra en el criminal que se hallan en él, el mayor número de los caracteres anatómicos⁽¹⁾, fisiológicos⁽²⁾, psicológicos⁽³⁾, y sociales de los primeros hombres.

Esta doctrina es ampliada más tarde por el mismo Lombroso atribuyendo también la criminalidad a la ~~queeóedãese~~ locura moral, y a factores de índole morbosa.

Nace pues, con Lombroso, la tendencia antropológica que explicará el delito como resultante de factores individuales en primer término.

-
- (1) Por ej.: estrechez de la frente, exagerado desarrollo de los senos frontales, gran frecuencia de las suturas medios frontales, de la foseta medio occipital, de los huesos wornianos, especialmente en la frente, la salida de la línea arqueada del temporal; sencillez de las suturas; el espesor más grande la bóveda del cráneo, el desarrollo desproporcionado de las mandíbulas y los pomulos, el prognatismo, la oblicuidad y la capacidad más grande de las órbitas y del agujero occipital, la preeminencia de la cara sobre el cráneo.
- (2) Por ej.: sensibilidad física poco pronunciada.
- (3) Completa insensibilidad moral y afectiva, pereza, falta absoluta de remordimientos, imprevisión, pasión de la sangre, etc.

Enrique Ferri, dá a la luz en 1884 su obra "Nuevos Horizontes", después "Sociología Criminal", Este autor daría preponderancia al factor sociológico en la etiología del delito, pero admitiendo siempre la influencia de las causas antropológicas.

Con Rafael Garófalo, que en 1885, publica su obra "Criminología", plé- gándose a las nuevas doctrinas, ha podido considerarse constituida la escuela de antropología criminal o positiva, que tiene sus columnas fundamen- tales en las tres obras mencionadas, las cuales han sido llamadas evange- lios por un crítico.⁽¹⁾

Las afirmaciones de la nueva escuela, que habrían de herir en sus propias raíces a las concepciones hasta entonces existentes del Derecho Pe- nal, produjeron una verdadera revolución. El elemento subjetivo del delito, debía ser el punto de mira de la función penal, más que del delito, habría que preocuparse del delincuente, el cual, no obra obedeciendo a un libre arbitrio del que carece, sino impulsado por factores determinantes. La so- ciedad penará para defenderse contra los elementos temibles, fuesen o no responsables moralmente. además, habría que buscar las verdaderas causas del delito, y conocidas, combatir las por medios profilácticos. (sustituti- vos penales de Ferri).

Doctrinas tan diametralmente opuestas en sus bases fundamentales a las que habían sido sustentadas y gobernado el movimiento legislativo, es claro que tuvieron que producir un profundo eco entre los penalistas, y de ahí es que se notase en el campo científico una actividad asombrosa.

Nuevas tesis fueron expuestas, surgiendo escuelas eclecticas o inter- medias que tratan de conciliar los principios más aceptables, dentro de las corrientes reformadoras del Derecho Penal. A la "Unión Internacional de De- recho Penal", fundada en el año 1889, por Franz Von Liszt, alemán; Van Ha- mel, holandés; y Adolfo Prins, belga; le corresponde compartir en un elevado porcentaje el honor de haber coadyuvado a encontrar soluciones prácticas y científicas a los problemas de la penalidad.-

Lo cierto es que, como resultado de todos estos valores científicos, se va realizando la transformación del Derecho Penal, sobre el fundamento de la defensa social, y sobre el criterio del estado peligr^{so} del delincuen- te sea o no moralmente responsable. Es así que, junto a la pena, aparecen las medidas de seguridad destinadas a los irresponsables moralmente y a los habituales peligrosos, penas y medidas de seguridad que en el proyecto ita-

(1) Quirós. Ob.cit.,pág.38.

liano de 1921 se les identifica, desapareciendo las diferencias entre las mismas, que frente a los nuevos conceptos del Derecho Penal no tienen razón de ser. La moderna tendencia consagra la individualización de la pena, teniéndose en cuenta de que "no debe pensarse el acto, sino al actor", es decir, que "la finalidad de la punición no la constituye el delito, sino el delincuente; no el concepto, sino el individuo".⁽¹⁾ La función penal será preventiva por excelencia.

Se manifiesta la tendencia a abandonar las penas de corta duración, porqué ni intimidan, ni corrigen, y a sustituirlas cuando fuere conveniente, por el perdón judicial, la reprensión, la condena condicional, etc. La sentencia indeterminada, las penas paralelas, la libertad condicional, son otras tantas conquistas del movimiento innovador.-

Deberá ~~aconsejarse~~ recurrirse por otra parte, a los medios profilácticos para luchar contra la perpetración de los delitos.-

--
-

Capítulo segundo

La finalidad de la pena

-

I - La pena se presenta como la reacción social consecutiva a la comisión de un hecho delictuoso.

Pero, en la lucha consciente contra el crimen, ¿es posible obtener de la pena resultados eficaces? ¿Es factible ~~utilizar~~ lograr mediante ella, la disminución de la delincuencia? Para saberlo, será necesario resolver ante todo cuales son los fines esenciales que deben asignársele.

A este respecto, será necesario en primer término acallar a aquellos que quieren aún concebir a la pena como una retribución al hecho delictuoso, que únicamente miran el mal pasado para hacérselo expiar a su autor, por exigencias de la razón y de la justicia, a aquellos que, embarcados en la teoría absoluta imponen la pena como un castigo dirigido a compensar el mal causado por el delito; producto éste de la libre determinación de su autor; y que no atienden a idea alguna utilitaria.

Después, en contraposición a una teoría tan deleznable, será menester alzar las concepciones de la pena-preventiva, aquellas que miran hacia el porvenir para evitar nuevos delitos, que procuran obtener de la pena efectos utilitarios.

(1) F.von Liszt.Cit.por L.Jiménez de Asúa."El estado peligroso.Madrid 1922
pág.14.

La teoría de la justicia absoluta es la que, mirando únicamente hacia el pasado, pena tan solo quia peccatum est. Si la concepción que la inspira no ha desaparecido por completo, constituyendo un recuerdo de tiempos idos, es porqué sólo los rezagados habrán de sostenerla.

Basta que se busque con la pena algún fin que no sea el de castigar al reo, la ejemplaridad, la corrección del delincuente por ejemplo, para que se salga del dominio de las teorías absolutas, y se entre al campo de las teorías preventivas. Algunas de éstas, respetarán todavía la expiación, pero mirarán también al porvenir para evitar nuevos delitos, (teorías eclécticas o intermedias). Y otras, concebirán a la pena como medio o instrumento de prevención, sin consideración al principio de la justicia absoluta. (teorías relativas).

Haremos una somera relación de las teorías formuladas, limitándonos a aquellas más importantes.

II - La teoría de la justicia absoluta afirma que el delito "es una violación del orden moral que es también orden jurídico, y sostiene que el Estado tiene el deber de restablecer el orden violado. La pena es aquí una exigencia de razón y de justicia, no una exigencia de utilidad social. La pena debe imponerse aún cuando fuese superflua para la defensa social, aún cuando fuese nociva, su utilidad es tan solo una relíz casualidad".⁽¹⁾

El fundamento que, según esta teoría puede legitimar y hacer justa la pena, es la expiación que se realiza haciendo padecer al reo un mal, un sufrimiento equivalente al hecho delictuoso de que ha sido autor. La pena es entonces una compensación, una retribución por el mal causado.

La teoría de la retribución se manifiesta en el talión moral de los Pitagóricos, y a ella se "adhiere Sócrates cuando dice en uno de los diálogos de Platón, que debe existir identidad entre la acción del agente y el padecer del culpable, que pagar la deuda es un sufrimiento, y que el que es castigado cumpliendo su pena sufre justamente".⁽²⁾

Esta concepción retribucionista expiatoria prevaleció en el Cristianismo, aún cuando persiguiendo como fin indirecto de la pena, la regeneración del culpable: entre los filósofos cristianos de la primera época que aceptaron esta doctrina figura Santo Tomás de Aquino. En el siglo XVI, Alfonso de Castro, teólogo español también la profesó.

Entre los filósofos de la Edad Moderna, tuvo también sus partidarios.

Es en la filosofía de Kant, en donde la teoría de la retribución

(1) Alimena. Ob. cit. T.1º, pág.113.

(2) Platón. Gorgias. 476 a 477. Cit. por Alimena. Ob. cit. T.1º, pág.114.

encuentra su expresión más categórica y rigurosa. El derecho de castigar para este filósofo es el "que tiene el Soberano de afectar dolorosamente al súbdito por causa de la transgresión de la ley". "La pena jurídica - dice - no puede aplicarse nunca como un simple medio de procurar otro bien, ni aún en beneficio del culpable o de la Sociedad, sino que siempre debe serlo contra el culpable por la sola razón que ha delinquido; porque jamás un hombre puede ser tomado por instrumento de los designios de otro, ni ser contado en el número de las cosas como objeto de derecho real. El malhechor debe ser juzgado digno de castigo antes de que se haya pensado en sacar de su pena alguna utilidad para él o para sus conciudadanos. La ley penal es un imperativo categórico; y desdichado aquel que se arrastra por el tortuoso sendero del eudemonismo, para encontrar algo que, por la ventaja que se pueda sacar, descargase al culpable en todo o en parte de las penas que merece según el proverbio farisaico: "Más vale la muerte de un solo hombre que la pérdida de todo el pueblo", porque cuando la justicia es desconocida, los hombres no tienen razón de ser sobre la tierra". Agrega después que el grado de castigo no puede ser otro que "el principio de igualdad apreciado en la balanza de la justicia sin inclinarse a un lado más que a otro. No hay más que el derecho del talión (jus talionis) que pueda dar determinadamente la cualidad y la cantidad de la pena". "Si el criminal ha cometido una muerte, él también debe morir. No hay aquí ninguna computación capaz de satisfacer a la justicia."⁽¹⁾

Esta teoría, tal como la presenta Kant, considera a la pena como una retribución al mal del delito, en una forma estrictamente proporcional. Su fundamento ético es la expiación.

No importan las consecuencias utilitarias de la pena, el filósofo lo dice con palabras terminantes: la pena, no puede aplicarse nunca como medio de procurar otro bien, ni aún en beneficio del culpable o de la Sociedad. Con la pena no se debe buscar nada más que el castigo, con prescindencia de toda idea utilitaria.

¿Pueden satisfacerse los fines de la política criminal, aceptando sin reservas los principios que sustenta la teoría absoluta? Indudablemente no.

La política criminal en su lucha contra el delito, persigue fines utilitarios. No se conforma con el castigo por el hecho cometido, para que el orden jurídico quede reintegrado. Busca algo más, aspira a conseguir la disminución de la criminalidad, y es indiscutible que los elementos neces-

(1) "Kant." Principios metafísicos del derecho". Trad. Lizarraga. Madrid 1873. pág. 194, 196 y 198.-

rios no ha de suministrarlos una teoría que no se fija en fines beneficiosos para el futuro. La retribución del mal por el mal, no es más que una inútil repetición del mal.

Ya Platón había demostrado que "la retribución es injusta, que castigar porqué se haya cometido un delito, es castigar de una manera irracional y brutal, mientras que, por el contrario, si se hace uso de la razón, no se castiga porque se haya cometido una injusticia, no pudiéndose impedir que se haga lo que está ya hecho."⁽¹⁾

Platón vendría a ser así un precursor de las doctrinas que consideran a la pena en su aspecto utilitario. De la cita precedente puede deducirse que el castigo concebido por Platón, se impondría, no para retribuir el mal causado, sino más bien para prevenir nuevos delitos, obedeciendo así a la necesidad de conservar el orden social.

a) Es condición de la teoría retributiva, que la pena equivalga al delito cometido; que entre ambas entidades exista una perfecta proporción; de otra manera los principios de la justicia que la informan quedarían defraudados. Debe advertirse que ello constituye uno de los más serios inconvenientes de esta teoría, pues el delito y la pena son dos entidades heterogéneas en absoluto, y establecer la proporción entre uno y otro es un asunto verdaderamente complejo, que puede conducir a arbitrariedades no conformes con la moralidad y justicia absolutas.

Esta dificultad no ha sido advertida recién ahora, sino que los filósofos ~~grecos~~ griegos de la antigüedad la habían puesto de manifiesto. Platón sostuvo que la pena "está en relación con la perversidad de los instintos del delincuente y no con el delito cometido"⁽²⁾ y "que las leyes no tienden a una proporción imposible sino a un equilibrio posible"⁽³⁾; y Aristóteles "demostró plenamente la inconmensurabilidad entre la pena y el delito."⁽⁴⁾

En nuestro tiempo son numerosos los escritores de Derecho Penal que advierten la dificultad.

Dorado⁽⁵⁾ dice que "es imposible determinar, a menos de hacerlo arbitrariamente, la gravedad (objetiva) de cada especie de delitos, con el objeto de señalar a los más graves la penalidad (la retribución) también más grave, y a los más leves la más leve, único modo de que la justicia

(1) Platón.Critón.50,49,C. Cit.por Alimena. Ob. cit. T.1º,pág.117.

(2) Platón.Leyes. XI,934,A.B.Cit.por Alimena.Ob.cit. T.1º,pág.120.

(3) Platón.Leyes.IX,861,862,863,A;XI,933 C. Cit.por Alimena.Ob.cit.T.1ºpág.

(4) Aristóteles.Etica nicomechea,V 5. Cit.por Alimena.Ob.cit.T.1º,pág. 120

(5) P.Dorado. "El derecho protector de los criminales".Madrid 1915.T.2ºpág.

(proportio) no resulte agraviada" y que "es igualmente imposible saber que género y cuantía de pena corresponde a cada género y cuantía de delito, para que el mismo quede justamente retribuido y reparado".

Quirós⁽¹⁾, interroga encerrando una afirmación en su pregunta: ~~que-~~ rer medir el delito por la pena, no es tanto como preguntar, según la antigua observación de Modderman, cuantos kilogramos de hierro son necesarios para confeccionar un traje de paño?."

Alimena⁽²⁾ expresa: "que basta que abandonemos por un instante nuestros hábitos mentales para convencernos de que el delito y la pena son incommensurables, y son incommensurables, porque son heterogéneos y entre am bos no hay, ni puede haber término medio."

Jiménez de Asúa⁽³⁾, dice a este respecto: "una vez que se ha establecido más o menos arbitrariamente, cual es el crimen más grave y la pena más grande, se puede fácilmente obtener una proporción aparente distribuyendo los crímenes en grados, haciéndoles corresponder por graduación sistemática con las penas. Pero no se sabrá jamás la razón por la cual el parricidio debe ser castigado con la pena de muerte, con la reclusión perpetua, temporal, etc.; esto es lo que nadie ha demostrado ni demostrará; pues el delito y la pena son dos entidades completamente heterogéneas, y por lo tanto, incomparables. La cuestión es tan absurda, como si se pregunta, cuantos mar tillazos son necesarios para impedir un error de lógica".

Garófalo⁽⁴⁾ afirma que la teoría absoluta no puede resolver el problema penal de acuerdo con los principios de la misma, porque no tiene medios de averiguar cuál es la pena absolutamente justa, es decir, proporcionada al delito.

b) Otro serio inconveniente de la teoría de la retribución que estudiamos, lo constituye el hecho de que debe aceptarse como verdad inconcusa el libre arbitrio del agente, pues sólo así, es posible admitir la imposición de un castigo expiacionista; y es arriesgado construir todo un sistema penal sobre esta base, ya que la verdad del libre arbitrio, sin traba alguna, no sólo ha sido puesta en duda, sino que se le ha contradicho en forma terminante.

c) Con la teoría de la retribución, según lo hace notar Lombroso⁽⁵⁾, no hay explicación posible para la agravación de las penas por causa de ~~...~~

(1) Quirós. Ob.cit., pág. 162

(2) Alimena. Ob.cit. T.1º, pág.120

(3) Jiménez de Asúa. "La sentencia indeterminada". Madrid 1913. Pág.133.

(4) Garófalo. "Criminología". Trad. Borrajo. Madrid 1912. Pág.308.

(5) C. Lombroso. "El delito, sus causas y sus remedios". Trad. Quirós. Madrid 1902

330
79

reincidencia, ni para las medidas preventivas.

Por todo ello, y teniendo en cuenta que es la utilidad lo que debe constituir hoy la base de la función penal, es menester rechazar la teoría absolutista de la justicia; que con su retribucionismo, no es sinó "la forma larvada de las antiguas ideas de venganza y de la ley del talión".⁽¹⁾

III - Desahuciada la teoría de la justicia absoluta, que concibe a la pena como un mal por el mal, sin finalidad útil alguna, es necesario considerar las ideas sustentadas por las teorías relativas y eclécticas que ven en la pena un medio de prevenir nuevos delitos, ya buscando un efecto de prevención general por la amenaza de la pena y su imposición, ya procurando la corrección, la eliminación, la intimidación del delincuente, etc.-

Examinaremos las principales.

a) La teoría que considera a la pena como un arma esencialmente intimidativa-ejemplarizadora, trata de prevenir los delitos, procurando que los hombres se retrotraigan de la perpetración de los mismos, por el temor de que les sea aplicada la pena.

Se cita a Aristóteles⁽²⁾ como un precursor de esta doctrina: consideraba que la pena es medicina del alma por virtud de los contrarios.

En la segunda mitad del siglo XVIII, fué sostenida, sobre la base del contrato social, por Rousseau, Filangieri y Beccaria.

Romagnosi y Bentham la aceptaron también sobre el fundamento de la necesidad de mantener las condiciones de existencia social.

La teoría de la intimidación ha sido desarrollada bajo distintos aspectos, siendo muy variadas las opiniones emitidas sobre el particular. Siguiendo a Pessina⁽³⁾ podemos decir que, para algunos defensores de esta teoría, la conservación del orden social, realizada mediante la intimidación de la pena, debe verificarse dentro de los límites de lo justo (Carmignani, Rauter, Bertauld, Trébutien, Hélie). Para otros, la intimidación, como fin próximo de la pena, es medio para la conservación del orden jurídico, puesto que sirve a la justicia como coacción psicológica, (es decir, que el mal que la pena cause sea superior al placer que ha de procurar el delito). (Feuerbach, Hepp, Mittermaier, Trendelenburg, Baroli, De Giorgi, Tolomei).

No creemos que se deba crear un sistema penal, sobre la intimidación como base fundamental, pues la experiencia ha demostrado que la pena en su

(1) Lombroso. Ob. cit. pág. 520.

(2) Pessina. Ob. cit. pág. 81.

(3) Pessina. Ob. cit. pág. 81.

función de prevención general, suele ser ineficáz para detener el impulso criminal.

La Escuela Positiva se ha esforzado en demostrar el infructuoso resultado de la pena intimidatoria. Lombroso observa que los antiguos levantaban picotas, arrancaban narices y orejas, descuartizaban, cocían a los criminales en aceites y agua hirviendo, destilábanles plomo fundido en la boca, y que con todo no conseguían otra cosa que multiplicar los delitos y hacerlos más horribles, porqué la frecuencia y crueldad de los tormentos endurecían a los hombres. En tiempos de Robespierre, hasta los niños se divertían haciendo guillotinas.⁽¹⁾ Observación semejante, hace decir a Garófalo que "la frecuencia y la barbarie de los suplicios disminuye la sensibilidad de un pueblo, según lo demuestra la historia".⁽²⁾

Estén justificadas o no las observaciones precedentes, lo que parece indudable, es que, un sistema de penalidad que persiga como fin esencial el de la intimidación y ejemplaridad, será tanto mejor cuanto más duros y terribles fuesen los castigos que establezca; pués si el exceso de crueldad no ha dado resultados verdaderamente fructíferos, cuánto más suave y blanda fuese la pena, mayor será su ineficacia intimidativa. De ahí es que sea esta circunstancia, uno de los motivos por los cuales se condenan hoy las penas de corta duración.

Y no es posible que por intimidar a algunos, se haga padecer al delincuente penas crueles, más aún cuando el resultado que se persigue es incierto. Es racionalmente injusto, como lo observa Rivarola⁽³⁾ "que en la cuenta de un procesado, a quién debe juzgársele individualmente, sea por su propio delito, o su propio temperamento, se le agrave o disminuya el mal de la pena por razón del temperamento de otros o de lo que otros podían hacer". "La mayor ejemplaridad de la pena es la que deriva de su justicia, y no es justa sinó en la medida que es necesaria para el delincuente, sin relación a los delitos que otros pueden cometer en lo futuro."

La intimidación no puede por estas razones ser el fin esencial de la pena, debiendo atenderse en primer término a los fines de prevención especial. Sin embargo, en la estática penal, en la que la pena inscripta en los Códigos aparece como una amenaza, cabe esperar que constituya un freno para los delincuentes, lo mismo que cuando se le ejecuta, por la ejemplaridad que ello pueda producir, pero todo deberá estar limitado por la función preventiva especial, que sobre ciertos delincuentes se ejercerá me-

(1) Lombroso. Ob.cit. Pág.520.

(2) Garófalo. Ob.cit. Pág.298.

(3) R. Rivarola. "Derecho Penal Argentino". B.Aires 1910. Pág.303.

dian~~te~~ penas o medidas intimidativas, por ejemplo en determinados casos de delincuentes ocasionales.

Debemos recalcar que el fracaso de las leyes penales en su lucha contra el delito, se debe precisamente a que en ellas se infiltraron los principios de la intimidación sostenidos por las viejas teorías clásicas como base, y que hizo que solo se tuviese en cuenta el crimen y se descuidase al criminal. Si se preocuparon de éste, fué tan sólo para castigarlo y obtener así efectos ejemplarizadores.

b) La teoría correccionalista persigue como fin de la función penal la corrección del delincuente.

Según Jiménez de Asúa⁽¹⁾, la primera idea de la teoría de la enmienda puede encontrarse en un pensamiento de Platón: "Los legisladores deben considerar a los criminales como enfermos del alma, debiendo procurar su curación. Si alguien ha cometido un crimen, la ley le debe enseñar a no repetirlo".

Y a esto podemos agregar con González Roura⁽²⁾, que como las legislaciones se orientaban en el mismo sentido que sus pensadores, se vé que desde Grecia la pena agregaba al fin preventivo intimidante, el de la enmienda del culpable.

Hemos visto en páginas anteriores⁽³⁾, que el Cristianismo ejerció ~~gran~~ influencia en el desenvolvimiento de la penalidad, y que según sus doctrinas el castigo del delincuente, tendría por objeto procurar su regeneración, sin que ello importara apartarse del principio básico expiacionista.

Séneca apuntó también como uno de los fines de la pena, además de la intimidación y la eliminación, la corrección.⁽⁴⁾

Alfonso de Castro, teólogo español que hemos citado con anterioridad, resuelve la antinomia entre ~~expiación~~ expiación y corrección, en una fórmula compleja del concepto de la pena, como "expiación medio para la corrección."⁽⁵⁾

La teoría correccionalista fué indicada por Abicht⁽⁶⁾, Krause⁽⁷⁾, Ahrens⁽⁸⁾ y Lucas⁽⁹⁾, pero su principal campeón, que la sistematizó y organizó fué el insigne penalista alemán, filósofo del derecho, Carlos David

(1) Jiménez de Asúa. "La sentencia indeterminada". Ob.cit. Pág. 26.

(2) González Roura. Ob.cit. T. 2º, pág. 181

(3) Véase página 3.

(4) F. Von Liszt. "Tratado de Derecho Penal". Trad. J. de Asúa. Madrid 1914. Pág. T. 1º, págs. 135 y 136

(5) F. Von Liszt. Ob.cit. precedentemente. T. 1º págs. 306 y 415.

(6) Cit. por Pessina. Ob.cit. pág. 83.

(7) Cit. por Cuello Calón. Notas en la Obra de Pessina. Cit. Pág. 611; y por González Roura. Ob.cit. T. 1º pág. 56.

(8) Cit. por Q. Saldaña. Adiciones a la Ob.cit. de V. Liszt, pág. 6 T. 1º y por González Roura. Ob.cit. T. 1º pág. 56. (9) Cit. por G. Roura. Ob.cit. T. 1º pág. 119.

Augusto Röeder, cuyo nombre, conforme lo hace notar Quirós ⁽¹⁾, ~~no~~ ^{fue} olvidado por los nuevos criminalistas, a tal punto que "todo un libro - dice - como la "Filosofía Penal" de Tarde, ni una sola vez lo menciona".

Röeder expuso su teoría en una serie de trabajos que comenzó a publicar en el año 1839. ⁽²⁾

Entiende esta teoría, que la corrección moral del delincuente, es la base y la finalidad única de la pena, debiendo todo el sistema subordinarse a ello. Considera que el delincuente es un ser inferior a los demás hombres, radicando la causa de su criminalidad, en que su voluntad se halla injustamente determinada. Como el Estado tiene el deber de luchar contra toda injusticia, en defensa del orden jurídico indispensable para la existencia de la Sociedad, aplicará la pena como un medio de regeneración del delincuente, procurando que esa ~~pura~~ disposición injusta de su voluntad desaparezca, y sea sustituida por la voluntad moral, sentada sobre la idea de justicia. La pena, por lo tanto, dentro de esta teoría, no es un mal, aún cuando el sugeto pasible de la misma pueda sentirla como un dolor, un sufrimiento, ello dependerá tan sólo del estado de su espíritu; sinó un bien, un instrumento de reeducación, una tutela del delincuente, cuya voluntad injusta intentará corregir por los procedimientos adecuados y justos. El criminal se encuentra, debido a su injusta voluntad, incapacitado para hacer buen uso de su libertad exterior, y es por eso, que el Estado tiene el derecho de restringírsela y tratarlo como a un menor falto de educación, a los efectos de enderezar su voluntad, regenerar su conciencia. La pena es aquí, tutela, protección, y el delincuente tiene derecho a ella, porqué hallándose en inferioridad de condiciones psíquicas a los demás individuos, puede exigir que se le preste la ayuda necesaria para salir de ese estado anormal.

En este sistema no se admiten las penas de muerte, las corporales y las de reclusión perpetua, pues son inconciliables con el fin correccionalista que se persigue. Por otra parte, dado este fin, la pena no podrá determinarse de antemano con rígida invariabilidad, sinó que debe ser susceptible de disminución ~~y~~ aumento posterior, mediante un nuevo juicio, en el que se establezca si el objeto de la pena se ha realizado.

Como podrá apreciarse, en la teoría a que nos referimos, la corrección del culpable deja de ser fin secundario o indirecto de la pena para ser su fin principal y esencial, ~~su fin~~, debiendo advertirse que el sistema resulta de todas maneras preventivo. La prevención especial se rea-

 (1) Quirós. Ob. cit. pág. 118

liza, por cuanto con la corrección del culpable, se asegura a la Sociedad contra sus futuras reincidencias; y la prevención general se efectúa, desde que la pena lleva en sí una privación de libertad que puede ser sentida en general como un mal.

A la teoría de Rödér, se han adherido algunos autores, sobre todo en España, donde la sostuvo la llamada generación de los Krausistas ⁽¹⁾, entre ellos Francisco Giner, y posteriormente otros criminalistas, entre ellos Felix de Aramburu, Luis Silvela, Francisco Lastres, etc. ⁽²⁾

No entraremos a analizar y discutir los fundamentos de esta teoría que nos llevaría fuera de nuestro punto de vista. Sólo diremos que, ella ha sido objeto de duras críticas, debido a que pretende hacer de la corrección (en el sentido que la entiende y que la hemos explicado), el fin único, principal y esencial de la pena. Ante un criminal incorregible la teoría no tiene explicación, pues entonces el objetivo de la pena no habría de alcanzarse. Puede tratarse también de un delincuente no necesitado de reforma, un cierto caso de delincuente momentáneo, con el que estaría demás todo un engranaje reformador.

Es necesario sin embargo, reconocer en la teoría Rödérana, el mérito de haber contribuido poderosamente a hacer que la corrección del delincuente susceptible de reforma, sea mirada como uno de los fines principales de la pena, y en consecuencia que los sistemas y regímenes carcelarios, hayan sido estudiados en forma adecuada para alcanzar dicho fin. Además, ha dado gran impulso al punto de vista de la individualización de la pena, procurando que el derecho penal sea más subjetivo que objetivo.

Quizás la falla esencial de esta teoría se encuentra en que, en la etiología del delito, se limitó a establecer una simple generalidad, consistente en la voluntad torcida o injusta del delincuente, sin investigar de qué causas provenía ese estado anormal, analizando los factores orgánicos y sociológicos que pudieren haber contribuido a formarlo. De ahí es que la teoría, al buscar los medios adecuados para la individualización de la pena, tuviese que recomendar como panacea el aislamiento celular.

Según ya lo hemos dejado entrever, la prevención especial constituye en nuestro concepto la función esencial de la pena para lograr con ella la defensa de los intereses sociales, sin excluir a la prevención general que se halla en segundo término.

Ahora bien, una de las bases por las cuales ha de procurarse

(1) Q. Saldaña. Adiciones a la Ob. cit. de V. Liszt. T. 1º pág. 413

(2) Cuello Calón. Notas a la Ob. cit. de Pessina. pág. 105.

prevenir especialmente los delitos, ha de ser por la corrección del delincuente susceptible y necesitado de reforma.-

c) Los positivistas italianos, colocan en la defensa social el fundamento del derecho de represión. La sociedad, como todo organismo vivo, tiene a llenar las necesidades indispensables para su propia conservación, reaccionando contra aquel que ha puesto en peligro su integridad.

Garófalo⁽¹⁾, explica su criterio sobre la represión, haciéndolo reposar en la ley de la selección. La pena tiene por fin próximo eliminar, excluir de la sociedad al miembro cuya adaptación al medio se manifiesta incompleta o imposible. De esta manera se producirá artificialmente una selección análoga a la que espontáneamente se hace en el orden biológico. "Es un principio biológico - dice - que el individuo desaparece cuando sus imperfecciones le impiden soportar la acción del medio ambiente. La diferencia entre el orden biológico y el moral consiste en que, en el primero, la selección se hace espontáneamente por medio de la muerte de los individuos que carecen de aptitud, mientras que en el segundo caso, siendo el individuo físicamente apto para la vida y no pudiendo vivir fuera del medio ambiente, al cual sin embargo no puede adaptarse, debe hacerse la selección artificialmente; es decir, por el poder social, que debe obrar como obra la naturaleza en el orden biológico."⁽²⁾

Como el delito revela la anormalidad moral del individuo, su capacidad para el crimen, lo que implica no tener la aptitud necesaria para vivir en sociedad, debe ser eliminado de la misma.

Ahora bien, la eliminación podrá ser absoluta o relativa, según que se trate de delincuentes cuyas posibilidades de adaptación sean nulas o existan en algún grado. La forma absoluta de eliminación, es para Garófalo únicamente la muerte⁽³⁾, pues ni la expulsión, ni la reclusión perpetua ofrecen las garantías indispensables para la completa privación de la vida social. El delincuente podrá ser trasladado a un lugar desierto, pero la soledad absoluta es inconciliable con la vida del hombre. "Los Robinsones acaban siempre por encontrar seres humanos; no puede imaginarse que exista una isla tan apartada en la Oceanía, por la cual no pueda pasar nunca una embarcación"⁽⁴⁾. La reclusión perpetua por su parte, deja al delincuente la

(1) Garófalo. Ob. cit. Pág. 263 y sigs.-

(2) " " " " 289.

(3) " " " " 267.

(4) " " " " 291.

esperanza de la fuga y el perdón.

Si el reo es incompatible con todo medio social debe ser eliminado para siempre. Respecto de los demás, aquellos que tienen probabilidades de adaptarse la eliminación sería relativa.

Hace notar Garófalo⁽¹⁾ también, que la comisión de un delito, no trae siempre consigo la necesidad de eliminar al delincuente. La represión puede tomar a veces, la forma de una obligación a reparar la ofensa. Esto ocurre en los casos en que la anomalía psíquica del individuo es poco sensible y la ofensa tan ligera que la sociedad pueda permitirse una experiencia antes de declarar la carencia de aptitud del delincuente para la vida social y por lo tanto para librar de él a la sociedad.

Ferri⁽²⁾ nos dice que el problema penal "no debe en modo alguno consistir en fijar una cierta dosis de pena que se crea proporcionada ~~al delito~~ ~~xxx~~ a la falta del delincuente: debe reducirse a decidir si, dadas las condiciones objetivas del acto (derecho violado y daño causado) y las condiciones subjetivas del agente (motivo determinante y categoría antropológica), es necesario separar al individuo del medio social, para siempre o por un tiempo más o menos largo, según que el condenado se muestre readaptado o no al medio social; o si debe contentarse simplemente con una reparación del daño causado.

Hace notar el mismo Ferri, que existe una radical oposición entre los sistemas de penalidad en vigor, fundados en el principio de la cantidad fija de pena que ha de graduarse, en relación al delito mucho más que al delincuente, y el sistema penal positivo, fundado sobre el principio de la segregación del delincuente por un tiempo indeterminado, como consecuencia lógica de la teoría según la cual, la pena no debe ser la retribución de una falta por un castigo proporcionado, sino una defensa correspondiente al poder que el delincuente tiene para hacer daño y a sus probabilidades de readaptación social.

La escuela positivista tiene indiscutibles méritos. En primer lugar, ha hecho penetrar, podemos decir, definitivamente en las conciencias de los penalistas, el criterio de la defensa social como fundamento de la represión, desplazando así, las ideas de venganza y de castigo.

La pena tiene para la escuela un fin eminentemente preventivo. Su objeto no es el delito, sino la persona del criminal, cuya temibilidad es la que debe dar la norma para fijar su medida. El hecho cometido tendrá tan sólo un valor sintomático a este respecto. Por ello es que habría que cla-

(1) Garófalo. Ob. cit. Pág. 291
 (2) Ferri. Ob. cit. T. 2º pag. 266

sificar a los delincuentes según su temibilidad y adaptar la pena a la naturaleza de los mismos. según nuestro concepto,

----- La eliminación debe ser el fin principal de la pena con respecto a los delincuentes irreformables. Acerca de ellos, la prevención especial debe realizarse en esa forma.

d) La teoría de la Terza Scuola, formada en Italia a raíz de las conclusiones de la Escuela Positiva que juzgáronse avanzadas, y que aún cuando parte de la base del determinismo, puede clasificarse entre las teorías eclécticas, que no abandonan el punto de vista retributivo, alza como principio fundamental y primero de la represión el de la defensa social, pero entendida en una forma distinta a la de aquella.

Alimena, que es uno de los más destacados representantes de esta escuela expone su teoría sobre el derecho de represión, expresando que "el Estado no tiene el derecho de castigar por castigar, únicamente tiene el derecho de defenderse dentro de los límites de lo justo que es el aspecto jurídico de lo necesario". "De modo que la justicia - dice - no es el fin de la pena infligida por el Estado, sino solamente su medida." (1)

El derecho de castigar pertenece al Estado, y el Estado lo ejerce sobre todos aquellos a quienes extiende su soberanía.

Para lograr los fines de la defensa social, la pena debe obrar ante todo como coacción psicológica sobre las masas, teniendo fuerza intimidadora y ejemplar.

Expresando el criterio de la escuela, dice Alimena (2): "La pena tiene un primer momento en el que se dirige a todos por igual. Al asociar ésta, la idea del mal con que amenaza, con la idea del delito, añade un nuevo motivo, un motivo egoísta, a los demás motivos egoístas o altruistas contrarios al delito; de modo que todos éstos se contraponen a los otros motivos, egoístas o altruistas favorables al delito. La pena se dirige, además a los que carecen de tendencias al delito, reforzando su sentido moral con el motivo egoísta del mal amenazado y de sus consecuencias, y se dirige también a aquellos que tienden a delinquir poniendo un nuevo motivo egoísta al lado de aquellos que se agitan en su conciencia".

"La pena en un momento posterior, se dirige inmediatamente contra los que han delinquido, y mediatamente contra todos. se dirige a los que han delinquido sugetándoles al mal con el que previamente fueron amenazados; y se dirige a los que no han delinquido, advirtiéndoles de un modo so-

(1) Alimena. Ob. cit. T.1º pág. 167

(2) Alimena. Ob. cit. T.1º pág. 139

lemne que ella no es sólo una amenaza sinó una fuerza efectiva.

"La pena, en el último momento se dirige no sólo contra el que ha delinquido, poniéndole para siempre o por un tiempo determinado, en la imposibilidad de cometer otros delitos procurando hasta la posible y como sea posible mejorarlo y hacerlo apto a la vida social".

Resulta entonces que la función característica y esencial de la pena sería para esta Escuela la intimidación y la ejemplaridad, siendo la teoría que sostiene una variante de la antigua teoría de la intimidación, sobre la cual ya hemos hablado en páginas anteriores. Los fines inmediatos de la pena son la segregación del delincuente y la corrección. La pena se distingue aquí de las medidas de prevención contra los locos.

e) La "Unión Internacional de Derecho Penal", cuyos principales miembros prestigian lo que ha dado en llamarse "Política Criminal", también sostiene el fin de la defensa social como fundamento del derecho de represión. En lo que respecta a la concepción de la pena, representa una situación de eclecticismo entre las teorías clásica y positiva. Considera a la pena, tanto desde el punto de vista sociológico y antropológico como del jurídico, y le asigna diversos fines inmediatos según los casos, pero todos dirigidos al fin último de la defensa social: expiación, intimidación, corrección, eliminación.-

Al lado de la pena, sostiene las medidas de seguridad.-

Como ya hemos hablado de estos distintos fines de la pena, no ~~nos~~ ~~insistiremos~~ insistiremos en ello, y pasaremos a considerarlos según nuestro concepto.

IV - Después de lo expuesto, podemos comenzar estableciendo, que deben abandonarse las antiguas ideas retribucionistas de la pena, y concebir a ésta como una reacción social destinada a obtener fines utilitarios.

Bajo esta base, debe primar como fundamento del derecho de represión la defensa de la sociedad, único que puede legitimar a la pena, y sobre el cual es posible construir un sistema punitivo racional y científico, proporcionado a la peligrosidad del delincuente, más que al hecho objetivo.

Desde luego, como lo quiere la moderna teoría ⁽¹⁾, será la Sociedad, organizada como Estado, la que ejerza justamente su derecho de defensa, porqué es el poder del Estado, con sus órganos constituidos, el que puede llenar sus fines de protección contra los que causan agravios o ponen en peligro su estabilidad.

(1) A. Prins, "La Defensa Social". Trad. Castejón y Martínez de Arizala. Madrid 1912

De manera que, podemos dar por sentado que el derecho penal tiene por objeto la defensa de la sociedad organizada como Estado, y la defensa de los individuos que la componen. (1)

La Sociedad ~~representativa~~ aplicará la sanción al delincuente, no para castigarlo, sino ante todo y por sobre todo para defenderse.

Sentado este principio fundamental, y dentro de este criterio, pasaremos a establecer qué fines debe tener la pena para que esa defensa de los intereses sociales pueda realizarse.

A este respecto debe asignársele dos fines primordiales, el de la prevención especial o individual, y el de la prevención general o colectiva.

La prevención especial se realiza obrando la pena sobre el individuo delincuente, ya sea intimidándolo, corrigiéndolo o eliminándolo. Se procura con ello evitar la reincidencia.

De esta manera tendremos tres ~~clases~~ de sanciones: las intimidadoras, las reformadoras y las eliminadoras. Las primeras podrán ser aplicadas a los delincuentes susceptibles de intimidación, y no necesitados de reforma: por ej. los ocasionales autores de delitos leves. Las segundas corresponderán a los delincuentes corregibles; y las últimas a los más peligrosos, los incorregibles.

El fin de la prevención ^{general} ~~especial~~, se realiza obrando la pena sobre todos los individuos que forman la colectividad, mediante la intimidación y ejemplaridad que resultan de su amenaza e imposición.

Se discute acerca de cual ha de ser el punto de vista esencial de la pena: si la prevención general o la prevención especial.

A la primera, o sea a la prevención general, la juzgamos de menor eficacia que a la segunda para obstaculizar el avance de la delincuencia, pues el porcentaje de beneficio que aporta en la lucha contra el delito es infinitamente menor, que el que se obtiene cuando la pena ejerce directamente su influencia sobre un individuo determinado, intimidándolo, corrigiéndolo o ^{eliminándolo.} ~~intimidándolo~~. La prueba nos la ofrece la historia del derecho penal, que nos muestra el resultado desastroso de los códigos y leyes penales que tuvieron por base la intimidación general para crear su articulado.

Si se asigna a la prevención general, el rol esencial de la pena, tendremos, como lo hicieron los códigos influidos por la teoría clásica, que ~~se fijan~~

(1) F. Castejón. Prólogo a la obra de Prins. "Defensa Social". Cit. pág. 4

fijarnos más en el crimen que en el criminal, es decir, dar a la ley penal un carácter más objetivo que subjetivo, lo que equivaldría a retroceder a tiempos anteriores, desairando a las teorías más científicas y modernas que se han esforzado en demostrarnos, con verdadero éxito a nuestro juicio, que no es el delito, sino el delincuente el objeto de la función penal, de la misma manera que en medicina, no es la enfermedad, sino el enfermo el que ha de tenerse en cuenta en primer término para aplicar la cura indispensable.-

La prevención especial en cambio se ocupa directamente del delincuente y puede conseguir que no recaiga en el delito.

Por todo ~~esto~~ esto, ~~xxxxxx~~, pensamos que, en los conflictos que puedan presentarse entre estas dos funciones de la pena, debe prevalecer la prevención especial.

V - No queremos terminar este capítulo sin decir dos palabras acerca de la pena y las llamadas medidas de seguridad, a las que antes nos hemos referido.

Apartando la retribución como fin de la pena, se advierte que las pretendidas diferencias entre ambas, no tienen razón de ser en un Derecho Penal que se funde en los principios de la defensa de la sociedad y del estado peligroso del delincuente. Pensamos pues, que debe seguirse el criterio adoptado a este respecto por el moderno proyecto de Código Penal italiano.-

--

-

Capítulo tercero

El estado peligroso del delincuente y la individualización de la pena

-

I - Establecido que la Sociedad tiene el derecho de penar, para defenderse y asegurar su propia conservación, debe admitirse como un corolario, que ese derecho ha de ejercerlo contra todo delincuente peligroso, sea o no responsable del punto de vista moral.

El concepto del estado peligroso del delincuente, es una de las conquistas modernas del derecho penal, Con él, se reemplaza en materia de responsabilidad criminal, "los viejos e infecundos conceptos de imputabilidad moral y de libre albedrío"⁽¹⁾

(1) Jiménez de Asúa. "El estado peligroso". Ob. cit. Pág. 17.

II - La Escuela Clásica fundó la responsabilidad en el libre albedrío, es decir, en una circunstancia de orden moral. El libre albedrío supone en la voluntad del individuo, la facultad de determinar íntimamente su querer, de elegir libremente entre el bien y el mal. Desde luego, dentro de este concepto, será libre aquel que tenga conocimiento consciente de lo que apetezca, precisando sus ventajas ^e inconvenientes, y sabiendo la responsabilidad en que incurre por sus malas acciones.

De ello, resultaba que la penalidad, según la teoría clásica, habría que determinarla por la gravedad del hecho cometido. Y en la aplicación más rigurosa de esta teoría, había que suponer que ante un hecho idéntico, todos los que lo hubieren cometido eran igualmente libres, y por lo tanto responsables en la misma medida. Estos estrictos principios fueron atenuándose, habiéndose admitido que la responsabilidad debía aumentarse o disminuirse según el grado de libertad con que obrara el agente.

III- En contraposición a la teoría clásica o espiritualista, se alza la determinista o positiva, cuyos orígenes son antiguos. Sócrates pensaba que nadie es malo porque sí⁽¹⁾. Platón no admite "que el hombre sea libre ni para elegir el bien general ni el bien particular; y según se desprende del mito con que termina la República, Platón creía que antes del nacimiento podía el alma elegir libremente su destino que luego era fijo e irrevocable⁽²⁾. Aristóteles, creía que el hombre carecía de libertad al cometer el delito, aunque la tuviera en un tiempo anterior.

La Escuela Positiva Italiana, cuyas cabezas más ilustres son Lombroso, Ferri y Garófalo, levanta el principio del determinismo, oponiéndolo a la teoría clásica del libre albedrío. El determinismo es la columna fuerte de esta escuela. Considera que el delito es el resultante natural de una serie de factores que obran sobre el individuo impulsándolo a cometerlo. Para Lombroso esos factores fueron en un principio de orden antropológico. Ferri dió preponderancia al factor sociológico.

Esta escuela no deja lugar pues, a la idea de libertad en la que se apoyaba la teoría clásica. La responsabilidad moral, la sustituye por la responsabilidad social. El hombre que comete un delito es responsable ante la Sociedad porque vive en ella y en tanto viva en ella. La Sociedad por su parte, tiene el derecho de defenderse contra los elementos temibles. La

(1) González Roura. Ob. cit. T.1^o pág. 232.

(2) Jiménez de Asúa, "El estado peligroso". Ob. cit. pág. 20.

temibilidad del delincuente, enunciada por Garófalo, es el criterio con que ha de ser determinada la pena. En consecuencia, dentro de esta teoría son responsables los locos, los alcohólicos, etc.-

IV -Existen otras teorías eclécticas o intermedias, presentadas como transiciones o transacciones a las de aquellas dos escuelas, sobre el fundamento de la responsabilidad.. Ferri las enumera en su "Sociología Criminal"⁽¹⁾ y González Roura nos dá un claro y concreto concepto de las mismas.⁽²⁾

Entre estas teorías, haremos referencia a las de Tarde, Von Liszt, y Alimena.

El primero ~~fund~~ funda la responsabilidad en la identidad real y personal y similitud social. Entiende que la ciencia contradice la ~~existencia~~ la existencia del libre albedrío, pero que la conciencia lo acepta, y que la responsabilidad existirá cuando el autor del hecho permanezca después de él siendo idéntico a sí mismo, (identidad real o personal), y exista entre él y el grupo social a que pertenece suficiente número de semejanzas para que todos los consideren igualmente punible, (identidad social).⁽³⁾

Von Liszt, funda su teoría en la normalidad de la acción. La imputabilidad para él, es la capacidad de conducirse socialmente, "es decir, de observar una conducta que responda a las exigencias de la vida política común de los hombres. Solo en cuanto esta capacidad existe o se supone, puede ser imputada como culpable la conducta antisocial. Allí donde la facultad de adaptación social falta, completa o permanentemente, no tiene ningún sentido querer encontrar móviles de conducta social, en las motivaciones contenidas en la amenaza y ejecución de la pena"⁽⁴⁾. La imputabilidad supone pues, que la psiquis del autor disponga de la riqueza necesaria de representaciones para la completa valoración social; que la asociación de representaciones se produzca normalmente y con la velocidad normal; que la base afectiva de las representaciones, y, por consiguiente, la fuerza motivadora de las normas generales, jurídicas, morales, religiosas, etc, corresponda a la medida media, y que la dirección y vigor de los impulsos de la voluntad no ofrezcan nada esencialmente anormal. Pues, como nosotros solo podemos conocer la conciencia de los otros hombres deduciéndola de la nuestra, como solo podemos presumir, por nuestra facultad de reacción, la de los demás, la semejanza de otros con nosotros, su concordancia con el tipo abstraído por nuestra experiencia, es condición de la imputabilidad. En

(1) Ferri. Ob. cit. T. 2º pág. 97.-

la facultad

(2) González Roura. Ob. cit. T. 1º pág. 240.-

(3) G. Tarde. "Filosofía Penal" Trad. Moreno Barutell. Madrid. T. 1º pág. 113 y 114

(4) Von Liszt. "Tratado de Derecho Penal". Ob. cit. T. 2º pág. 384.

este sentido - agrega - la imputabilidad puede definirse, como la facultad de determinación normal. Por consiguiente, es susceptible de imputabilidad todo hombre con desarrollo mental y mentalmente sano, cuya conciencia no se halle perturbada. El contenido normal y la fuerza motivadora normal de las representaciones constituyen la esencia de la imputabilidad.⁽¹⁾

Alimena, sostiene la teoría de la intimidabilidad, o sea la capacidad para sentir la coacción psicológica que el Estado ejerce mediante la pena.⁽²⁾

En estas teorías eclécticas se admite el elemento moral como base, de donde resulta que las penas únicamente deben aplicarse a los responsables, y para los irresponsables se reservan las llamadas medidas de seguridad. Pena y medida de seguridad en el fondo no tienen otro objeto que proveer a la defensa social, y ~~son~~ prácticamente, con independencia de disquisiciones teóricas, constituyen una misma cosa con distinto nombre.

V - Es la doctrina del estado peligroso del individuo, la que a nuestro juicio reemplaza con éxito a todas estas teorías, según la cual, debe dejarse de un lado toda discusión sobre libre albedrío y determinismo, y tomarse como fundamento de la responsabilidad, la peligrosidad social que representa el delincuente, ya sea responsable o no desde el punto de vista moral. La Sociedad en su amplio derecho de propia conservación, debe defenderse contra todo sujeto peligroso, adoptando las medidas concernientes a ello. Como dice Prins⁽³⁾, el criminal loco e irresponsable moralmente, es tan temible como el criminal responsable y sano de espíritu, y la sociedad por tanto no debe quedar indefensa contra él.

La teoría del estado peligroso fué precisada por Garófalo en su fórmula de la temibilidad, aún cuando es menester tener en cuenta, como lo hace notar González Roura⁽⁴⁾, que entre los vocablos peligrosidad y temibilidad hay una relación de causa a efecto, siendo aquella subjetiva y ésta objetiva, y que por ello debe hablarse de peligrosidad social, si se quiere aunar ambos conceptos.

Feuerbach⁽⁵⁾, había dicho que la peligrosidad expresa aquella cualidad de la persona que hace presumir fundadamente que violará, en efecto, el derecho.

(1) Von Liszt. "Tratado de Derecho Penal". Ob. cit. T. 2º pág. 384.

(2) Alimena. Ob. cit. T. 2º pág. 28.

(3) Prins. "La Defensa Social". Ob. cit. pág. 77.-

(4) González Roura. "De la peligrosidad del delincuente". artículo en la "Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales". La Plata. N°1, pág. 151.

(5) Cit. por Jiménez de Asúa. "El estado peligroso". Ob. cit. pág. 33.-

Grispigni⁽¹⁾, tiene un concepto semejante de la peligrosidad, considerándola como la capacidad de una persona de ser con probabilidad autor de un delito.

Podemos pues establecer que el estado peligroso consiste, en la probabilidad de que un individuo infrinja la ley penal.

La aplicación del concepto del estado peligroso es entendida de distinta manera. Una tendencia, como la que ha logrado penetrar en las resoluciones tomadas por los Congresos de la Unión de Derecho Penal, desde el celebrado en Hamburgo en 1905, hasta el de Copenhague en 1913, y la que ha inspirado los anteproyectos y proyectos de Suiza, Alemania, Austria, Suecia, etc., considera a la peligrosidad como un concepto parcial, que se manifiesta en unos delincuentes, como los incorregibles, bebedores, vagos, dementes, para los cuales se señala una medida de seguridad, reservándose la pena para los delincuentes normales.

El proyecto de Código Penal de Italia de 1921, es el que generaliza el criterio del estado peligroso, lo que a nuestro juicio representa la forma más acertada de encarar esta cuestión. Por el artículo 20 se establece que dentro de los límites fijados por la ley, la sanción se aplica al delincuente según su peligrosidad, debiendo el grado de peligrosidad determinarse según la gravedad y modalidad del hecho delictuoso, los motivos determinantes y las personalidades del delincuente.

El estado peligroso del delincuente es entonces, el que debe fundamentar la responsabilidad, fijar su medida y su límite. Es el acertado complemento de la fórmula de la defensa social. La Sociedad aplicará la sanción al individuo autor de un delito, no porque éste haya sido libre al cometerlo, no porque sea idéntico a sí mismo y semejante a los demás, no porque sea normal ni intimidable, sino porque constituye un peligro social, porque con sus actos revela su estado peligroso.⁽²⁾

Y con la sanción aplicada al individuo peligroso, la sociedad no castiga, sino que provee a su defensa.

VI- Para determinar el grado de peligrosidad de un delincuente y fijar el tratamiento o medida que la Sociedad debe adoptar para con él, es necesario tener en cuenta una serie de circunstancias, como la gravedad y modalidad del hecho revelador, los motivos determinantes y la condición peculiar del sugeto, etc. Los arts. 21 y 22 del proyecto italiano que hemos mencionado, hace una enumeración detallada de las circunstancias que indican mayor y menor peligrosidad en el delincuente.⁽³⁾

(1) Cit. por Jiménez de Asúa. "El estado peligroso". Ob. cit. pág. 22

(2) Jiménez de Asúa. "El estado peligroso". Ob. cit. pág. 88.

VII - si la sociedad aplica la sanción para defenderse, y si la medida de esta defensa debe darla el estado peligroso del delincuente, es fácil comprender que la individualización de aquella surge como una necesidad

Un individuo nunca puede ser idéntico a otro, ni física, ni moralmente. En cada delincuente varía la peligrosidad. Ahora bien, si a dos delincuentes de distinta peligrosidad, se les aplicase idéntica pena, porqué cometieron igual delito, resultaría que en un caso podría ~~ser~~ ^{ser} ~~excesiva~~ ~~exce~~ ~~siva~~ ~~exce~~ siva, y en el otro insuficiente para defender a la Sociedad.

Si se quiere obtener eficacia en la lucha contra el delito, por medio de las sanciones penales, es de rigor entonces, que se respete el principio de la individualización.

Hemos visto que la idea de individualización de la pena, se infiltró en la practica canónica. ⁽¹⁾ La naturaleza e intensidad de la pena, variaba según el caracter, el temperamento, la individualidad de cada culpable.

La practica del Jurado realiz^ón también la individualización de la pena. ⁽²⁾

VIII - La individualización puede realizarse en tres formas: por la ley, por el Juez, y por la autoridad administrativa.

La primera, o individualización legal, no es la verdadera individualización de la pena,, pues la ley sólo podrá prever las distintas especies de delitos, podrá clasificar las diversas categorías de delincuentes, y suministrar otros elementos para que se realice la individualización judicial, pero no podrá nunca conocer a cada individuo determinado.

La ley sólo fija pues, las bases para que el Juez individualice la pena, pero ella misma no la individualiza.-

La ley consulta la individualización de la pena, estableciendo las circunstancias que puedan demostrar en el delincuente mayor o menor peligrosidad, como lo indica con amplitud, el proyecto de Código Penal Italiano a que nos hemos referido.

La ley tiene por misión también, a los efectos de que pueda realizarse la individualización de la pena, establecer "los elementos de una clasificación legal de la criminalidad, indicando a qué criterio corresponde cada uno de los tipos previstos; cabría por consiguiente, organizar el

(1) V.pág.3.

(2) Saleilles, Ob. cit. pág. 47.

régimen de pena adaptado a cada uno de ellos".⁽¹⁾

La ley coadyuva también a la individualización de la pena, no determinando penas fijas para cada delito, como ocurrió con la legislación penal de la Revolución Francesa, con la que se quiso poner un freno a los excesos y arbitrariedades de los jueces. El mejor obstáculo para que pueda realizarse la individualización de la pena, es precisamente, tasar en la ley cada delito en una forma fija. De ese modo, no puede hacer individualización, todos los delincuentes, autores de un mismo delito, serían medidos con la misma vara. Cumplida la pena, el delincuente volvería al seno de la Sociedad, corregido o no. La ley, por lo tanto, debe fijar límites amplios en el tiempo de cada pena divisible, de manera que, en el caso de que el tiempo deba determinarse de antemano en la sentencia, sea fijado ~~arbitrariamente~~ por el Juez según la mayor o menor peligrosidad del delincuente.

Por otra parte, la ley debe establecer varias categorías de penas, diferentes por su carácter y régimen, de modo que el Juez pueda elegir de entre ellas la que más convenga al caso particular. Es el sistema de las penas paralelas.

La condena condicional, la sentencia indeterminada, etc. son otros tantos medios que suministra la ley para que pueda proveerse a la individualización judicial.

Es la individualización judicial, la individualización propiamente dicha. El Juez, en presencia del caso particular de delincuente, podrá estudiar su naturaleza, su grado de peligrosidad, y fijar con más o menos precisión la clase y tiempo de la pena, dentro de las normas establecidas por la ley.

Por último, la individualización administrativa será el complemento de las anteriores. Se realiza por la administración penitenciaria, en los establecimientos donde las sanciones deban ejecutarse.

IX - Hemos dicho que deben existir distintas categorías de penas: intimidadoras, reformadoras y eliminadoras. A estas penas deben corresponder las diversas categorías de delincuentes. De ahí la necesidad de una clasificación de éstos teniendo en cuenta la naturaleza y la peligrosidad.

La escuela Positiva hizo notar la necesidad de clasificar en este sentido a los delincuentes. A la escuela clásica, no podía interesarle de

(1) Saleilles. Ob. cit. pág. 271.

la misma manera el punto, desde que la pena la establecía en cantidad y cualidad proporcionada al delito cometido.

a) Ferri parte, para formular su clasificación, de la existencia de dos clases fundamentales de delincuentes, los habituales y los ocasionales. Entre los primeros, encuentra que, de modo espontáneo preséntase "la categoría de aquellos afectados por una forma evidente y clínica de enagenación mental, de donde proviene entre los mismos la actividad criminal. En segundo lugar - agrega Ferri - entre los delincuentes que no están alienados... se encuentra una clase de individuos física y moralmente mal dotados por la Naturaleza desde su nacimiento, que viven en el delito por una necesidad congénita de adaptación orgánica y psíquica, y que están más cerca de la locura que de la razón normal; la cual se distingue de otra clase de individuos que viven también en el delito y del delito, aunque por la influencia predominante del medio social que les ha visto nacer y desarrollarse, influencia siempre unida a una constitución orgánica y psíquica desgraciada; y cuyos individuos, sin embargo, una vez que llegan al estado de delito crónico, son incorregibles y degenerados como los demás delincuentes habituales; pero, antes de descender desde su primer delito al fondo de la abyección, habrían podido ser salvados con facilidad, por instituciones de previsión, y por un medio menos profundamente viciados."

"Por otra parte, en la clase de los delincuentes ocasionales se distingue una categoría especial, no tanto por sus caracteres diferentes, como por la exageración típica de sus caracteres orgánicos y psíquicos, casi exclusivamente por diferencias de más o de menos; en todos estos individuos es mucho mayor la impulsión de las ocasiones que la tendencia innata que determina el delito; pero, mientras que en el mayor número, la ocasión determinante es un estímulo bastante común, o por lo menos, no es bastante excepcional, para algunos, por el contrario, es una violencia de pasión extraordinaria, es un huracán psicológico, que por sí solo puede llevarlos hasta el delito. Algunos de estos individuos son hombres normales; pero otros, que completan por así decir, el círculo, llegan, como hacían notar ya Delbruck y Baer, a encontrarse muy próximos a la clase de locos criminales, sinó por una forma permanente de enagenación, al menos por una falta de equilibrio psíquico que, siendo más o menos latente al principio, acaba por estallar en un atentado criminal."⁽¹⁾

De lo dicho, deduce Ferri cinco categorías de delincuentes, a saber:

(1) Ferri. "Sociología Criminal". Ob. cit. T. 1º pág. 163.

locos, natos, habituales o por hábito adquirido, de ocasión y por pasión.

b) Garófalo, clasifica a los delincuentes en asesinos, violentos y ladrones.

Los primeros son los que carecen de la noción del altruismo, que obran por motivos completamente egoístas, faltándoles el instinto de benevolencia o de piedad. El asesino se encuentra en el grado más alto de la escala de la criminalidad, presentando casi siempre la reunión de los principales caracteres antropológicos y psicológicos, robará o matará según las circunstancias, "matará por el deseo de lucro, por obtener una herencia, para librarse de una mujer y poderse casar con otra, ya para desembarazarse de un testigo de sus maldades, ya para vengarse de una ofensa insignificante o imaginaria, y hasta por vanidad para hacer gala de habilidad, de buena puntería, de mano segura, acaso para demostrar su desprecio de la autoridad y sus agentes o su inquina contra toda clase de personas"⁽¹⁾.

Los delincuentes violentos son los que poseen en un grado inferior o insuficiente el sentimiento de piedad, debiendo colocarse entre ellos, ante todo, "los autores de esos crímenes contra las personas (ya sean heridas, crueldades, secuestros o estupros) que pudieran llamarse endémicos es decir, que forman la criminalidad especial de un país",⁽²⁾ teniendo el medio ambiente grande influencia en estos delitos.

Por último, los ladrones, son los delincuentes improbos, es decir aquellos que se caracterizan por la deficiencia de su instinto de probidad.

c) Lombroso,⁽³⁾ clasifica a los delincuentes en ocasionales, por pasión, natos, locos morales y epilécticos larvados, ^{clasificación} que se asemeja a la de Ferri.

d) Ingenieros presenta una clasificación basándose en las anomalías psicopatológicas de los delincuentes; a saber: anómalos morales, intelectuales, volitivos, y delincuentes de anomalías combinadas, formulando subdivisiones de cada una de estas categorías.⁽⁴⁾

X) No entraremos a hacer ^{un estudio} de estas clasificaciones, pues nos llevaría fuera de nuestro tema. Por razones de índole práctica, pensamos que las mismas, caen en minuciosidades y detalles, de difícil aplicación, dado que como lo hace notar Cuello Calón⁽⁵⁾, desde el punto de vista jurídico, las clasificaciones deben hacerse en vista de los medios de que se dispone.

(1) Garófalo. Ob. cit. pág. 121.

(2) Garófalo. Ob. cit. pág. 122.

(3) Quiros. Ob. cit. pág. 27.

(4) J. Ingenieros. "Criminología". Bs. Aires 1916. 6a. edición. págs. 131 y sigs.

(5) Cuello Calón. "Penología". Ob. cit. pág. 25.

El profesor Johan C.W.Thyren, uno de los eminentes profesores de Derecho Penal de Suecia, a quién el Gobierno de su país encargó el estudio y confección del llamado "Anteproyecto de Código Penal de 1916", señala una particularísima clasificación, fácilmente aplicable en la práctica. Divide la delincuencia en típica y atípica, para la primera señala las penas, y para la segunda, las medidas de seguridad. En la criminalidad atípica es preciso distinguir varios grupos: 1) delincuencia atípica por razón del motivo cuando el delito no procede de móviles bajos e inmorales; 2) criminalidad aguda; 3) criminalidad crónica; 4) delincuencia juvenil; 5) delincuencia de los anormales; 6) delincuencia de los alcohólicos; 7) delincuencia de los vagos, etc. Para algunos delincuentes de estos grupos podrá en parte, aplicarse la reacción penal ordinaria; pero generalmente, en su tratamiento debe excluirse toda pena, sustituyéndola en el primer caso - movil honoroso - por la custodia honesta, y en los demás por medidas de seguridad. ⁽¹⁾

Otra clasificación práctica es la que divide a los delincuentes en momentáneos u ocasionales, y de estado o por naturaleza. En los primeros, el impulso exterior prevalece. "En una excitación momentánea, pasional, o bajo el influjo de una necesidad imperiosa, el culpable, hasta entonces irreprochable, es arrastrado al crimen, que queda extraño a su personalidad permanente, forma en su vida un episodio aislado, amargamente sentido." "En los delincuentes por estado - en cambio - "por un impulso exterior insignificante el delito resulta de la personalidad permanente, de la predisposición profundamente arraigada del delincuente, cuya propia naturaleza nos descubre." ⁽²⁾ Entre los criminales de estado o por naturaleza deben distinguirse los corregibles y los incorregibles.

Creemos pues, que puede tenerse en cuenta prácticamente la división de los delincuentes en ocasionales, y por estado (habituales, profesionales, etc.). Los delincuentes de estado deben subdividirse en corregibles e incorregibles. Dentro de esta clasificación es necesario tener presente para ciertos delincuentes ^{"el tipo o el origen de su criminalidad"} pues esto puede exigir un tratamiento especial, por ejemplo, para los vagos (y mendigos), los alcoholizados y los delincuentes patológicos". ⁽³⁾ Por último, los menores, deben tener un derecho penal especial.

XI - Para terminar con este punto, nos referiremos a la clasificación

(1) L. Jiménez de Asúa. "El Anteproyecto de Cod. Penal Sueco" Madrid 1917. pág. 12

(2) Von Liszt. "Tratado de Derecho Penal". Ob. cit. T. 2º pág. 12

(3) Cuello Calón. Ob. cit. pág. 25.

de los delincuentes según algunos proyectos modernos y según nuestro Código.

a) El anteproyecto suizo de 1915⁽¹⁾, contiene una interesante clasificación, que resulta de modo explícito o implícito. Es la siguiente:⁽²⁾

- | | | |
|---------------------------------|--|---|
| A, -Menores | { <ul style="list-style-type: none"> a) Niños (Hasta los catorce años (artículos 82 y 88)) b) Adolescentes (Desde los catorce a los diez y ocho años (arts. 89, 99.)) c) Edad de transición (Desde los diez y ocho a los veinte años) (art. 100) | I-Abandonados |
| | | II- Psicopáticos |
| | | III- Normales |
| B, -Psicopáticos. | { <ul style="list-style-type: none"> a) Irresponsables (locos, idiotas, atacados de grave alteración de la conciencia) (art. 12) b) Personas de responsabilidad disminuida. (Cuando la salud mental o la conciencia están perturbadas o cuando el desarrollo es incompleto) (art. 14) | |
| | | |
| C, -Incorregibles. | { | (Implicitamente los reconoce el anteproyecto al establecer la reclusión perpetua en el art. 63). |
| D, -Habituales o profesionales. | { | (Cuando han sufrido numerosas penas de privación de libertad y manifiestan inclinación del delito, a la mala conducta y a la holganza) (art. 42.) |
| E, -Delincuentes por vagancia. | { | (Cuando el delito es un resultado de la vagancia y de la mala vida a que están entregados) (art. 43). |
| F, -Normales | { <ul style="list-style-type: none"> a) Primarios (Para los que se estipula el beneficio de la re condena condicional en el art. 41) b) Reincidentes simples. (Cuando al pronunciarse la condena, el autor, en los cinco años que habían precedido a la infracción, había sufrido, en todo o en parte, una pena privativa de libertad, o había sido - en lugar de imponérsele esta pena - enviado a una casa de trabajo) (Art. 66). " | |
| | | |

b) El proyecto italiano del año 1921, que constituye "la encarnación clara, pura y sin transacciones - en lo esencial - de los grandes postulados de la ciencia moderna", que "no es un Código de tendencia conciliadora; no ha pactado en sus bases con las viejas escuelas: es un Código que dará vida al ideal soñado"⁽³⁾, que está edificado sobre las normas directrices de la defensa social y del estado peligroso del delincuente, distingue también la diversa variedad de los sujetos activos del delito.

En primer lugar se refiere a los reincidentes, que son para el proyecto aquellos que ejecutan otro delito después de una sentencia conde-

(1) Nos referimos a este anteproyecto porque poseemos su texto. No así, el de los posteriores.

(2) L. Jiménez de Asúa. "La Unificación del D. Penal en Suiza." Madrid 1916. P. 216

(3) L. Jiménez de Asúa. "Estudio crítico del Proyecto Italiano de 1921" ^(Madrid) 1922

natoria, (1)

Aparte de los reincidentes, el Proyecto dedica un capítulo propio a los delincuentes habituales. Según el artº 27, el autor o copartícipe de dos o más delitos cometidos en épocas diferentes e independientes el uno del otro, para los cuales esté establecida la segregación, y el reincidente en estos delitos, es declarado delincuente habitual, cuando la naturaleza y las modalidades de los delitos cometidos, o los motivos determinantes, o las condiciones personales, o el género de vida llevado, demuestren una persistente tendencia al delito. Según este artículo, un índice legal y un índice psicológico constituyen la base para la declaración de esta habitualidad menos peligrosa. El artº 29 se refiere a la habitualidad más peligrosa, fijando como índice legal, la reincidencia, por lo menos tres veces, en delitos para los cuales esté establecida la segregación simple, o dos veces en delitos sometidos a segregación rigurosa.

En el capítulo V, el proyecto se refiere a los delincuentes enfermos mentales, y sin entrar a clasificarlos clínicamente, establece dos tipos específicamente distintos: el alienado (artº 32), y el que sin ser alienado, se halle en estado de intoxicación crónica por alcohol o por otra sustancia tóxica, o esté en estado de grave anomalía psíquica, con excepción de los casos en que la anomalía psíquica, consista exclusiva o principalmente, en la tendencia al delito, congénita o adquirida.

El capítulo VI lo dedica el proyecto a los menores delincuentes, distinguiéndolos en "a) no abandonados moralmente; b) moralmente abandonados; c) moralmente pervertidos; d) con tendencia persistente al crimen; y e) enfermos del espíritu. En cuanto a los límites de edad se ha establecido, en primer término la mayoría, para los efectos de la ley penal, en los diez y ocho años cumplidos. Los menores de esta edad se diferencian en dos categorías, según que, en el momento del juicio, hayan alcanzado o no la edad de doce años. Con respecto a la gravedad del delito, se distinguen los delitos menos graves, de los que llevan aparejada la sanción ordinaria de segregación rigurosa, temporal o perpetua". (2)

Al establecer la condena condicional (capítulo IV), supone el proyecto la existencia de otros delincuentes (ocasionales y por pasión).

c) El Código Penal de nuestro país, nos habla en sus arts. 14, 17, 51, y 52 de los reincidentes y de los reiterantes múltiples. Los arts. 51 y 52 se refieren a los habituales. El 34 establece la clase de los enagenados y de-

(1) Eusebio Gómez. "La Reforma Penal en Italia" "El proyecto de 1921" El texto de este artº y demás que citamos los obtenemos del texto publicado en este trabajo.

(2) L. Jiménez de Asúa "El proyecto Italiano de 1921" / Ob. cit. p. 98

defectuosos mentales y alcoholistas. Los arts. 36 y 37 se refieren a los menores. El art. 26, que instituye la condena condicional, supone también la existencia de los ocasionales.-

--

-

Capítulo cuarto

Menores

-

I - Es obvia la importancia que reviste el problema penal respecto de la delincuencia juvenil. Son los menores, hoy delincuentes, o en peligro de serlo por el abandono en que se encuentran, los que han de militar mañana en las filas de la delincuencia profesional, los que han de convertirse en sujetos depravados y de suma peligrosidad, contra los cuales toda lucha es ineficaz, si no se les presta la atención y asistencia necesaria, en el momento mismo en que, por el incompleto desarrollo físico y moral en que se hallan, es posible abrigar más que nunca la esperanza de adaptarlos al medio social.

La Política Criminal tiene con respecto a los menores, el deber de emplear todas sus armas, para evitar, en primer término, que comenten un acto delictuoso, llevando a la práctica los medios de prevención indirecta indispensables; y si aquellos ya han caído en el delito, utilizando las medidas penales, que hagan factible la corrección de los mismos, haciéndoles desaparecer todo sentimiento criminal, y convirtiéndolos en ~~ser~~ útiles.-

La lucha científica contra la delincuencia de los menores, es quizás el objetivo capital que debe perseguirse, si se quiere que en un futuro, la disminución de la criminalidad sea una realidad efectiva.

Si el menor se transforma en adulto, y sus inclinaciones hacia el delito, se han arraigado, en vez de desaparecer a causa de los defectuosos sistemas penales y carcelarios, y de la falta de organización de medidas preventivas oportunas, entonces la lucha será más cruenta y los resultados más estériles.

Y se advierte más aún la importancia del problema, si se tiene en cuenta el acrecentamiento considerable de la delincuencia de los menores en el transcurso de los últimos años en todos los países, según lo han revelado las estadísticas respectivas, las que, alarmando a los sociólogos y penalistas, han hecho que se encarere seriamente la cuestión. Como resultado de ello, tenemos hoy, en las naciones civilizadas, instituciones de carac-

ter preventivo, algunas admirablemente organizadas, y sistemas penales y carcelarios en proyecto o en vigor, fundados en los modernos principios de protección a los menores.

II - Sin que sea posible negar la importancia que tiene el factor individual en la criminalidad juvenil, pués, el alcoholismo y las sífilis de los padres, por ej., producen la degeneración en los hijos⁽¹⁾; es a nuestro juicio, mucho más preponderante el factor de índole social.

En primer término, se encuentra el medio familiar en que el menor vive y se desarrolla, cuya influencia en la orientación de sus sentimientos e inclinaciones, no puede ser una novedad para nadie. En efecto, si en la familia no se trata de inculcar a los miembros menores una buena educación, si por el contrario, se les educa malamente con los ejemplos nefastos, el vicio y la inconducta; si los padres los abandonan y descuidan, si los tratan con crueldad, es claro que todo ello, ha de influir en la amoralidad del menor, que ha de llevarlo fatalmente al delito.

A veces el abandono de los hijos, no se debe a la mala voluntad de los padres. La necesidad de ganar el sustento diario, puede reclamar la ausencia de los padres del hogar, porqué deben prestar sus servicios en fábricas y talleres, y entre tanto, los hijos quedan abandonados y expuestos a los malos ejemplos y compañías.

Ya en un marco más amplio que el de la familia, debe contemplarse como causa de la delincuencia juvenil, el ambiente colectivo, en que al menor le toca a veces actuar. Debemos apuntar a este respecto, la vida de los mismos en conventillos, en que los malos ejemplos abundan, ya que en ~~estas~~ estas casas de inquilinato, hacen vida poco menos que en común, toda clase de elementos, algunos perniciosos por sus tendencias y actos inmorales.

Los padres explotan también a veces a los hijos, quizás obligados por sus escasos recursos económicos, por la miseria de su hogar, o llevados por un deseo de codicia, y los lanzan aún en tierna edad a la venta de diarios, de billetes de lotería o al ejercicio de otros oficios callejeros, cuando no los obligan a implorar la caridad pública, todo lo cual hace del menor, un verdadero vago, expuesto a los más funestos ejemplos, amén del riesgo que se corren de perder su salud física.

Hemos de recalcar aquí, como una causa preponderante de la delincuencia del menor, la vagancia del mismo, sobre la que Victor Hugo ha dicho

(1) González Roura. "Derecho Penal". Ob. cit. T. 2° pág. 56.

(2) J.E. Coll. "Informe en el Congreso Penitenciario de 1914" Texto publicado en la recopilación de antecedentes del Código Penal Argentino, hecha por J.C. Raffo de la Reta. Baires 1921. T. 1° pág. 332.

que en ella empieza el crimen del hombre. (1)

Es en la calle donde el menor encuentra escuelas del vicio, sobre todo en las grandes ciudades, donde pueden sugestionarlo infinitos espectáculos de baja moralidad. El menor concurrirá a los cafés, a las tabernas, se complacerá en ver cintas cinematográficas de argumentos contraproducentes para la formación de su moral; asistirá a los cabarets, a los prostíbulos, y en fin se le presentarán múltiples ocasiones viciosas que habrán de tentarlo. Forzosamente su amoralidad tendrá que acrecentarse día a día, terminando por ser un cultor del delito, más aún, cuando no le habrán faltado oportunidades de trabar relación, con sujetos maleantes y delincuentes cuyas hazañas admirará, por los semejantes, a la de aquellos protagonistas de aventuras policiales relatadas en ~~los~~ folletos de pobre literatura que el menor adquiere en cualquier kiosco de la calle, y que continuamente saboreará.

La crónica del delito, que con ínfimos detalles se publica diariamente en los periódicos, son otra causa importante de la desmoralización del menor. Todo el mundo sabe, que éste, tiene particular preferencia por las noticias policiales, de cuya influencia perniciosa no debe dudarse.

El juego, el alcohol, el tabaco, serán otros motivos seductores del menor, por imitación generalmente de los mayores.

Las ideas ácratas, revolucionarias, que sugestionarán al menor al leerlas repetidamente en diarios anarquistas, habrán de revelarlo contra la sociedad, convencido de que esta lo oprime en su miseria.

Sin tener tanta transcendencia en la inmoralidad del menor como el trabajo callejero que lo conduce hacia la vagancia, y por ende con más facilidad hacia el delito, no deja de ejercer también su notoria influencia el trabajo de aquel en las fábricas y en los talleres, donde puede hallarse en contacto con malos compañeros.

Hablando sobre esto - dice con sobrada razón R. Hunter (2) - : "El mal del trabajo infantil, es un mal nuevo. Nació del sistema fabril, lo mismo que el niño callejero procede de la casa de vecindad. No quiero decir con esto que los niños no trabajasen antes de que la fábrica convierta su trabajo en un mal. Los niños han trabajado siempre, pero su trabajo no era un mal; antes, por el contrario, era algo conveniente". "Con el advenimiento de la máquina, pasó a la historia este período de ~~trabajo~~ trabajo inofensivo;

(1) A. Prins. "Criminalidad y Represión". Trad. Núñez de Arena. Madrid 1911. Pág. 36

(2) Hunter. "Poverty. New York, Macmillan, 1917 (Copyright, 1904); citado por E. J. Bullrich. "Asistencia Social de Menores". B. Aires. 1919. Pág. 157.

y hoy, en estos días del vapor y de la electricidad, en que la mera fuerza de las manos es la parte más insignificante de la producción y en que las innumerables máquinas hacen mil veces más que los hombres, el trabajo infantil es un mal superfluo y terrible, una vergüenza para nuestra civilización, y un crimen inextinguible para la humanidad"... "En los días de la industria doméstica, era muy natural que el niño fuera el pequeño auxiliar de su padre y de su madre. Este trabajo era origen de una educación vital" "Compárese, sin embargo, el taller doméstico con la fábrica de nuestros días, que parece una prisión con grandes chimeneas que ennegrecen el cielo" .. "Para el niño es una ruina". Las condiciones de trabajo, no son ni higiénicas, ni instructivas.

El trabajo del menor en fábricas y talleres, retarda su educación, y obstaculiza su normal desarrollo físico y moral.

Si a todos estos factores y a otros muchos que impulsan al menor hacia la delincuencia, ya que le ha faltado el efecto contrarrestante de una buena educación inculcada desde su más tierna infancia en el seno familiar, se agregan los que resultan de los malos sistemas penales, que o absuelven al menor por absoluta irresponsabilidad, negándole toda protección y lanzándole de nuevo a la calle, reforzadas sus tendencias al crimen, por el mismo hecho del proceso y de la detención preventiva que ha relajado más todavía su moral; o lo mandan condenado a la cárcel, donde puede decirse, que el menor ingresa a una nueva escuela ^(del crimen) donde en contacto continuo con profesionales del delito, habrá de escuchar sus consejos, y saldrá, cumplida ya su condena, en vez de corregido, hecho un perfecto delincuente; tendremos revelada cuanta es la importancia que debe asignarse al grave problema de la criminalidad juvenil, y cuántos son los medios que el Estado debe arbitrar para combatir con éxito las múltiples causas que la producen.

El menor delincuente, viene a ser así, una víctima del medio en que vive y se desarrolla, más todavía, cuando la influencia de este factor se encuentra facilitada por vicios orgánicos del propio individuo, como consecuencia de taras hereditarias, los cuales se ha descuidado combatir.

La Sociedad pues, tiene que desarrollar todo un vasto programa de política social y política criminal, para prevenir la delincuencia de los menores, utilizando para ello, múltiples medidas de carácter preventivo. El país se asegurará un pueblo de buena salud física y moral, si nó ahorra sacrificios para tutelar desde su más tierna infancia a los menores que

lo necesitan, más aún, si tiende su mano protectora, desde que el sér se encuentra concebido en el seno materno, como cuando reglamenta el trabajo de las mujeres embarazadas, teniendo en mira la salud del futuro hijo, o establece maternidades o instituciones similares, etc.

En la primera infancia del menor, la Sociedad se preocupará de su sano desarrollo físico y moral, con el establecimiento de las Salas-cunas, en las mismas fábricas y talleres donde la madre tenga que trabajar, y en las cuales se le preste la atención necesaria; con el establecimiento de institutos de puericultura; tomando las medidas del caso para asegurar la higiene en las casas colectivas; creando dispensarios y consultorios gratuitos para proveer a la mejor asistencia de las enfermedades de la infancia; luchando contra la miseria de los padres, a cuyo efecto, reglamentará los salarios y el trabajo de los mismos, etc.

En la niñez y adolescencia del menor, el Estado deberáa continuar ejerciendo su política protectora, con múltiples medidas de previsión, que tiendan a asegurar a los menores un completo y sano desarrollo. Luchará para ello contra la mala alimentación, reglamentará el trabajo de los menores en fábricas y talleres, como también las profesiones ambulantes; combatirá las malas condiciones de habitación; auxiliará a los padres honrados para que puedan educar a sus hijos; dispondrá la asistencia escolar obligatoria, etc.

Todas estas medidas de asistencia social, tienen importancia indiscutible con respecto a la prevención de la delincuencia, pues tiendan a formar hombres fuertes y sanos de espíritu.

No nos es posible detenernos sobre estos puntos, que extraen nuestro trabajo del marco a que debe estar ceñido; pero antes de entrar al estudio del problema de la delincuencia juvenil, desde nuestro punto de vista, recalcaremos la necesidad de que se proteja a los menores contra la influencia del medio ambiente, antes de que éste los arrastre hacia el delito. Como lo dispone la ley nacional N° 10.903 sobre patronato de menores, prívesele a los padres de la patria potestad cuando se han hecho indignos de ella, cuando cometen un delito contra el hijo, cuando lo abandonan, le dán consejos inmorales o lo colocan dolosamente en peligro material y moral, contrarrestándose así la influencia del hogar cuando es pernicioso; orgáníense patronatos de menores abandonados y demás establecimientos de preservación, donde se provea a su educación; reglaméntese en forma severa la venta callejera de diarios y otros artículos que llevan al menor a un

verdadero abandono moral, a cuyo efecto deberá fijarse un límite de edad, por ejemplo 18 años; lúchese contra el consumo del tabaco y del alcohol por el menor; prohibásele la entrada a los cabarets y prostíbulos; combátase su vagancia y mendicidad; establézcase la censura de las cintas cinematográficas, etc. etc.

Como ya es tiempo de que nos ocupemos del problema de la prevención de la delincuencia juvenil, encarándolo desde el punto de vista a que responde este trabajo, dejaremos a un lado todas estas interesantes cuestiones, para entrar de lleno a su estudio bajo dicho aspecto.

III - Puede decirse que, con respecto a los menores, se está abriendo camino un nuevo derecho penal, sobre la base de medidas protectoras, y con exclusión de toda idea de expiación y retribución.

La pena, en el sentido de castigo que le asigna el derecho clásico, debe proscribirse y reemplazarse por medidas correctivas de carácter educativo, que tiendan a mejorar al menor y a protegerlo contra sus posibles recaídas.

En cuanto a la responsabilidad, deben quedar proscriptas también, las ideas de la teoría clásica que fueron acogidas por los Códigos y leyes del siglo XIX, y no hablarse ya del viejo problema del discernimiento, que representa con respecto al joven delincuente su culpabilidad y responsabilidad con-siguiente y que tantas dificultades ofrece.

Para el nuevo derecho penal de los menores, la edad no constituirá un índice que sirva para eximirlos de toda responsabilidad o para aplicarles una pena atenuada. Ahora deberá tenerse presente la menor edad, y dentro de ella el período en que el individuo se encuentre, para aplicar la medida respectiva según éste lo requiera, dada su situación de desamparo, el peligro que represente y otras circunstancias determinantes, con independencia de toda idea de castigo. Es necesario para aplicar la medida, indagar en cada caso particular, las causas del abandono moral del menor, las causas de su perversión, a fin de sacarlo del medio que le ha sido perjudicial, y llevarlo a un ambiente nuevo, cuya influencia sobre sus sentimientos, permita hacer de este precóz delincuente un hombre honrado.

IV - Los menores deben ser juzgados por tribunales especiales, por procedimientos también especiales, y cumplir las medidas que se les impongan en establecimientos destinados para ellos. Jamás debe ser enviado un menor, a establecimientos donde se le mezcle con delincuentes adultos, lo

que sería pernicioso y contraproducente para el fin de corrección y educación que se persigue. En todo caso, deberá separársele de los adultos.

Una vez en libertad, el menor debe quedar sometido a un patronato de liberados que vele por él, le preste la asistencia necesaria, y se percate del efecto que le han producido las medidas a que ha estado sometido.

V - Existen algunos interesantes proyectos de Códigos Penales europeos, y algunas legislaciones, que han encarado la cuestión relativa a la delincuencia de los menores, de acuerdo a los modernos principios.

a) Entre ellos se destaca el proyecto de Código Penal Suizo. (1)

Este proyecto distingue a los menores en tres grupos: los niños, que son los que no han cumplido la edad de 14 años; los adolescentes, o sea los comprendidos entre las edades de 14 a 18 años; y en edad de transición o sea, los que tuvieren más de 18 años y menos de 20.

El niño menor de seis años no puede ser sometido a procedimiento alguno.

El niño mayor de seis años y menor de catorce, no será objeto de ninguna persecución penal, debiendo en este caso constatarse los hechos y efectuarse las informaciones precisas sobre el estado psíquico y mental del niño, así como sobre su educación.

Si el niño se encuentra moralmente abandonado, moralmente pervertido o en peligro de serlo, la autoridad deberá proveer a su educación, la que se realiza entregando al niño a un establecimiento de educación o a una familia digna de confianza, donde su educación estará vigilada. Si la familia del niño ofrece las suficientes garantías, puede dejársele en la misma donde su educación será vigilada.

Si el niño está atacado de una enfermedad mental, débil de espíritu, ciego, sordo-mudo o epiléptico se le prescribirá un tratamiento apropiado a su estado.

Si el niño no se encuentra en ninguno de estos casos, es decir, sinó está, ni moralmente abandonado, ni moralmente pervertido, ni en peligro de estarlo, y si su estado no exige un tratamiento especial, la autoridad competente, si lo juzga en falta, le dirigirá una reprimenda o le infligirá los arrestos escolares.

Podrá dirigirse a los padres una admonición o una advertencia, y

(1) Sobre este proyecto (1915):

Jiménez de Asúa "La Unificación del D.P. en Suiza". Ob. cit. pág. 139.

Jiménez de Asúa. "La Política Criminal en las Legislaciones Europeas y Norteamericanas" Madrid 1918. Pág. 138.

González Roura. "Derecho Penal". Ob. cit. T. 2º pág. 59

J. P. Ramos. Contestación a la encuesta realizada por la Comisión de L. P. y C. de la H. C. de Diputados, Recop. R. de la Reta. Ob. cit. pág. 258.

renunciar a toda medida si han pasado seis meses desde que el acto ha sido cometido.

Cuando se trata de un adolescente, el Juez deberá informarse sobre su estado físico y mental, así como sobre su educación.

Si se encuentra moralmente abandonado, moralmente pervertido o en peligro de estarlo, será enviado a una casa de educación disciplinaria, donde se le eduque moralmente, se le enseñe una profesión, y se le coloque en condiciones de ganar su vida al ser devuelto a la libertad. En esta casa el adolescente debe permanecer el tiempo indispensable para su educación, pero como mínimo un año, debiendo ser liberado al alcanzar la edad de veinte años cumplidos. El Juez tiene facultades para entregar al menor a una familia de confianza, donde su educación será vigilada.

Si la perversión moral del adolescente es grave, será enviado a una casa de corrección, donde permanecerá hasta que esté enmendado, de tres a doce años.

La libertad condicional por un año, es concedida al adolescente si el fin del tratamiento en la casa de educación disciplinaria o en la casa de corrección parece haberse alcanzado. Se cuidará con ayuda de los representantes del patronato, del sostenimiento, de la educación y de la vigilancia del liberado, pudiendo exigírsele el aprendizaje de un oficio, la permanencia en un lugar determinado y la abstención de bebidas alcohólicas.

El adolescente, atacado de una enfermedad mental, débil de espíritu, ciego, sordomudo, epiléptico, alcohólico, o atrasado anormalmente en su desarrollo mental o moral, será sometido al tratamiento apropiado a su estado.

Si el adolescente no está, ni moralmente abandonado, ni moralmente pervertido, ni en peligro de estarlo, y si su estado no exige un tratamiento especial, se le dirigirá una reprimenda, o se le infligirá una detención con aislamiento de tres días a dos meses, si se le juzga culpable, la que se cumplirá en casa no destinada a prisión o casa educativa de trabajo para adultos. Podrá acordarse la condena condicional, por un término, de seis meses a un año si el carácter del condenado y su conducta anterior hacen prever que esta medida le apartará de la comisión de un nuevo delito y que se enmendará.

Por excepción, si el adolescente parece peligroso o si el delito es muy grave, podrá imponérsela la pena ordinaria, con la atenuación de la edad.

El Juez puede dirigir a los padres una admonición o advertencia.

Si se trata de un menor en edad de transición, el proyecto dispone que debe atenuarse la pena, y que si concurren otras atenuantes, la pena debe cambiarse por otra mejor grado.

Estos condenados durante su minoría estarán absolutamente separados de todos los mayores reclusos.

El proyecto Suizo a que nos venimos refiriendo, ha encarado el punto relativo a los menores, en una forma practica científica, y sobre todo de previsión. De su contenido, surge evidente el propósito de proteger a los menores, apartándolos del camino del crimen con medidas educacionales y correctivas realmente apropiadas. Es todo un concienzudo mecanismo de legislación penal de menores, que de ser acertadamente aplicado, producirá efectos saludables. Las medidas son certeras. El arresto escolar, la reprimenda, la vigilancia de la educación en el seno de la familia, la entrega del menor a una familia de confianza, las casas de educación y corrección, la condena condicional, la libertad condicional, el patronato de liberados, la separación de los menores de los adultos, son medidas eficaces que han armónicamente combinadas en este proyecto.

b) El anteproyecto ~~suizo~~ servio de 1910 legisla sobre los menores delincuentes, en forma semejante al suizo. Por eso, omitimos analizarlo para no extendernos demasiado. (1)

c) El anteproyecto alemán (2) declara exento de pena al menor de catorce años. A los mayores de esta edad y menores de diez y ocho años, les impone una pena conforme a lo que prescribe sobre la tentativa, pero en el caso de que el hecho "se revele como consecuencia de una educación defectuosa, o cuando deba admitirse que las medidas educacionales son necesarias para habituar al autor a una vida conforme a la ley, faculta al tribunal para que pueda ordenar, al ~~xx~~ lado de una pena privativa de libertad, o en sustitución de ella, que el menor sea confiado al Estado para su educación. El contraproyecto no ha modificado esencialmente este criterio. El proyecto de la Comisión establece también que el menor pueda ser absuelto por falta de discernimiento, o sentenciado a una medida educativa cuando ésta se estime necesaria para habituarle a una vida ordenada. Cuando el tribunal lo crea oportuno puede perdonar la pena. La ejecución de la medida educadora corresponde a la autoridad competente que señalen las leyes de cada Estado confederado. En lugar de esta medida, el Juez puede someter al menor a vigilancia protectora".

(1) Jiménez de Asúa. "La Política Criminal"/Ob. cit. pág. 141

(2) Jiménez de Asúa. "La Política Criminal". Ob. cit. pág. 139

Las disposiciones de estos proyectos alemanes no son en realidad tan eficientes como las del suizo, pero se orientan también en la buena teoría.

d) Pasando por alto el proyecto austriaco, que contiene disposiciones semejantes a los anteriores, nos referiremos a continuación al proyecto italiano de 1921, que se perfila como uno de los mejores, creando en materia de delincuencia juvenil, un excelente sistema preventivo. Transcribiremos el capítulo VI del proyecto por considerarlo de verdadero interés.⁽¹⁾

"Art° 34.- El menor de edad que ha cometido un delito y que en el momento del juicio no haya cumplido doce años y no sea moralmente abandonado, es confiado, en libertad y con vigilancia, a su familia, si fuere posible con caución apropiada, antes de los diez y ocho años cumplidos."

"El menor de doce años que sea moralmente abandonado es confiado, en la misma condición, a una familia honesta, antes de los diez y ocho años cumplidos y por no menos de dos años."

"Si no fuera posible su entrega a una familia, o si las obligaciones especiales indicadas en los artículos 58 y 65 no fueran observadas, el menor será confiado a un instituto de educación o a un laboratorio privado."

"Art° 35.-Al menor de doce años que haya cometido un delito, para el cual esté establecida la segregación rigurosa no inferior, en su mínimo, a diez años, o que esté moralmente pervertido, o revele persistente tendencia al delito, se le aplica la segregación por no menos de cuatro años y sólo hasta la edad de diez y ocho años, a cumplirse en una escuela profesional y correccional,⁽²⁾ o en un buque escuela,⁽³⁾ o en una casa de trabajo especial o colonia agrícola para menores.⁽⁴⁾

"Art° 36.-El que en el momento del juicio haya cumplido los doce años y no todavía los diez y ocho, puede ser condenado condicionalmente si para el delito cometido estuviese establecida una sanción no superior a la segregación simple por cinco años. De otro modo es condenado a la casa de trabajo o colonia agrícola para menores, por dos a cinco años."

(1) Del texto publicado por E. Gómez en "La Reforma Penal en Italia". Ob. cit.

(2) La escuela profesional y de corrección, según el art. 59, consiste "en el aislamiento nocturno y en la enseñanza industrial o agrícola, con objeto sobre todo educativo, durante el día, por un tiempo no menor de un año solamente y hasta la edad de 18 años cumplidos".

(3) "El buque escuela consiste en una escuela profesional y de corrección con destino a la marina mercante". (art° 59).

(4) "La casa de trabajo o colonia agrícola para menores consiste en el aislamiento nocturno y en el trabajo industrial o agrícola por tiempo relativamente indeterminado, de cinco a quince años, o bien por tiempo absolutamente indeterminado por no menos de diez y ocho años" (Art° 60)

" Si para el delito está establecida la segregación simple por más de cinco años, o la segregación rigurosa temporaria, o el menor revelara persistente tendencia al delito, se aplica la segregación en una casa de trabajo o colonia agrícola, por un tiempo relativamente indeterminado de cinco a quince años.

"Si para el delito estuviera establecida la segregación rigurosa no inferior en su mínimum a diez años, se aplica la segregación en una casa de trabajo o colonia agrícola por tiempo absolutamente indeterminado, por no menos de diez años.

"Al cumplir los veinte y un años, el condenado será trasladado al correspondiente establecimiento de detención para adultos.

"Art° 37.-El menor reincidente es equiparado al menor moralmente pervertido o con persistente tendencia al delito.

"Art° 38.-El delincuente menor de edad enfermo mental es curado y segregado en una casa especial de custodia,⁽¹⁾ o en una sección especial de una casa de custodia para adultos".

e)El proyecto polaco de 1921⁽²⁾, declara la impunidad de los menores de trece años y de los mayores de esta edad y menores de diez y siete años que no han obrado con discernimiento, los cuales deberán ser sometidos a medidas educativas. Los adolescentes menores de diez y siete años que obraron con discernimiento serán enviados a un establecimiento correccional por tiempo indeterminado con un mínimum de seis meses y un máximo de diez años.-

f)En Inglaterra, existe todo un cuerpo de legislación penal para menores, sumamente completo y adelantado, que no se refiere sólo a la parte penal, sino que comprende también las relaciones del menor con el medio ambiente, con fines de protección.

Es la Children Act del año 1908. Considera a los menores divididos por edades en dos categorías, los menores de catorce años, y los de catorce a diez y seis, y entre sus medidas están los establecimientos educativos muy bien delineados.

 (1)La casa de custodia para menores deficientes o enfermos mentales, consiste en el aislamiento nocturno y en el tratamiento educativo y terapéutico por un tiempo no menor de un año. Ella podrá ser una sección especial en la casa de custodia para alienados no peligrosos." "Cuando la custodia sea necesaria, aún después de los veinte y un años cumplidos, el condenado pasará a la sección de adultos de una casa de custodia." (art° 61).

(2)L. Jiménez de Asúa. "Los nuevos proyectos de Códigos Penales". Artículo en "Revista Penal Argentina". T.2, pág. 7.-

Además de la Children Act, se ha dictado en Inglaterra, la Prevention of Crimes Act de 1908, que prescribe sobre los menores de diez y seis a veinte y un año de edad que se han hecho acreedores a una pena de prisión o reclusión, los cuales pueden ser internados en un establecimiento Borstal, donde son sometidos a un tratamiento correccional. Se establece la libertad condicional bajo la vigilancia del patronato.

g) Bélgica ha sancionado principios adelantados en su ley de 1912. Francia tiene la ley de 1912 por la que creó los tribunales para menores.

h) Estados Unidos de Norte América, fué el país que, puede decirse, dió el ejemplo con respecto al tratamiento de los menores, y a la prevención de la delincuencia de los mismos, por medidas de carácter educativo y reformador, iniciado en la sabia ley del Estado de Massachusetts de 1863, que fué imitada y mejorada por los demás estados de la Unión.

Entre los establecimientos educadores para menores, se destacan en ese país, la Escuela Industrial de Lancaster, la Escuela Agrícola e Industrial de Industry, la Juniors Republic de Freeville, y otras semejantes que se encuentran diseminadas en el territorio.

Estados Unidos de N. América se distingue también, porqué se inició allí la creación de los tribunales para menores, con la ley de 1° de Junio de 1899, de Chicago, tribunales que existen en casi todos los Estados de esa Nación en la actualidad, habiendo sido aceptados también por muchos países de Europa y algunos de otros continentes.

De los tribunales para menores está desterrada toda idea de castigo, la que se reemplaza por métodos de educación. La misión del Juez especialista de la infancia, debe ser paternal, protectora. Los procedimientos son especiales, sin las solemnidades ni formulismos de los procesos seguidos contra adultos.

VI - Nuestro país, durante la vigencia del anterior Código Penal, se encontraba muy atrasado en materia de menores.

a) Por el artículo 81 de dicho Código, por fortuna hoy derogado, se declaraba exentos de toda pena a los menores de diez años, y a los mayores de esta edad y menores de quince, a no ser que éstos últimos hubieren obrado con discernimiento.

De acuerdo con tal disposición, si el menor tenía menos de diez años, bastaba comprobarlo, para devolverlo a la libertad, sin que se ejerciera sobre él ninguna acción, ~~xxsin~~ cualquiera fuere el delito cometido, y sin preocuparse del grado de peligrosidad, de su falta de educación, de

su corrección, etc.

El menor de diez a quince años que hubiere obrado sin discernimiento se hallaba en las mismas condiciones; y en caso de que se comprobase la existencia del discernimiento debía ser procesado como un adulto, y castigado con la pena ordinaria, sin perjuicio de la atenuación por la edad.

El mayor de quince años y menor de diez y ocho tenía a su favor la edad como atenuante de la pena.

Aparte de esa absoluta falta de protección del Código hacia los menores, que no arbitraba medio alguno positivo para desviarlos de la senda del crimen, era también defectuoso porque establecía la condición del discernimiento para determinar la responsabilidad del menor de diez y quince años.

Esta cuestión del discernimiento ofrecía serias dificultades que han bastado para que fuera abandonada. El Dr. Rivarola⁽¹⁾ dice con muy bien fundadas razones lo siguiente: "La cuestión del discernimiento presenta dificultades, de las cuales me ocuparé enseguida. Aunque subsiste en la ley francesa, la práctica judicial ha seguido allí el movimiento científico de la supresión de toda investigación del discernimiento y de toda condenación de los menores, y la sustitución para todos y en todos los casos, de un internado de mayor duración a la condenación penal. Desde luego, si el discernimiento es la sola razón de la responsabilidad, su falta sería siempre la razón de ausencia de responsabilidad. Quitada la causa desaparece el efecto, y entonces no habría porqué distinguir entre quién delinque antes de cumplir los quince años sin tener discernimiento, y el mismo sugeto que delinque al día siguiente de cumplidos sin tener más discernimiento que antes. O es la razón de la edad, por sí sola e independientemente del discernimiento la que decide de la irresponsabilidad, y entonces no hay porqué preocuparse de aquel que no ha cumplido una edad prevista en la ley, o es la sola falta de discernimiento lo que excusa el delito y entonces hay que atender a ella y no a la edad."

"Grande dificultad presenta así mismo el concepto del discernimiento de que habla la ley. Los autores del código han puesto en él la palabra; el Juez que se encuentra en el caso de un delincuente mayor de diez y menor de quince años, debe comprobar si aquel obró con discernimiento, y ordena que los peritos médicos-legistas informen sobre el discernimiento del

(1) R. Rivarola. "Derecho Penal Argentino"/Ob. cit. pág. 408.

menor, y el perito médico informa. Pero es difícil suponer que contestarían, el Juez, el perito, el acusado y el defensor, si de pronto fueran interrogados sobre lo que cada uno de ellos entiende por discernimiento. He querido saberlo yo mismo, sin interrogar se entiende, a los ~~que~~ funcionarios públicos, sinó con el exámen de los documentos que suscriben, y el resultado de esta investigación muestran que unos y otros usan de un vocablo sin determinación precisa. En uno de los informes médico-legales se estudian las aptitudes intelectuales del menor, y se resume que tiene alguna instrucción cívica; sabe como están divididos los poderes del Estado, y sus funciones respectivas en el mecanismo del Gobierno; notiene idea sobre el socialismo y anarquismo; las tiene jurídica; no ignora las funciones que tienen a su cargo los jueces, y la existencia del Código Penal; se concluye de ésto "que sus facultades mentales han adquirido un desarrollo que le permite discernir moral y jurídicamente". De otro menor dice, por el contrario, otro informe, que carece por completo de instrucción cívica y de ideas sociales; que recibió instrucción religiosa, pero sus ideas y sentimientos son poco desarrollados; que ha ejercitado algunas prácticas de esa naturaleza, rezos, confesión y asistencia a misa; y se concluye así mismo que tiene discernimiento. El informe respecto de otro menor dice que éste carece de nociones jurídicas, ignora las penalidades aplicadas a los delitos, así como ignoraba que su situación de empleado agravaba el delito cometido; que sus facultades mentales son buenas, pero no han sido cultivadas; y concluye en que en este caso el discernimiento es incompleto, lo que introduce un término medio que complica la cuestión. Sobre el mismo sugeto, otro perito afirmó que el encausado sabía el carácter de la acción cometida, sin comprender su gravedad por miseria intelectual e incultura; que el discernimiento es escaso para vencer las tentaciones e incitaciones del mal, pero que el sugeto es moralmente responsable. En este caso, el Juez declaró irresponsable al menor, y la Cámara revocó la sentencia, condenándolo a dos años de penitenciaría. Inútil es que cónfínue exponiendo estos detalles que demuestran bien no hallarse resuelta la cuestión previa del discernimiento; y sin embargo de ésto, tratarse diariamente de la aplicación de un concepto no definido".

b) Por el Proyecto de 1891 se dió un paso hacia una reforma más de acuerdo con las modernas tendencias de previsión del delito, declarando la irresponsabilidad del menor de catorce años, sin tener en cuenta el discernimiento con que hubiese obrado, pero la irresponsabilidad del menor

no sería causa suficiente para devolverlo al medio en que vivía, sin la más mínima protección cuando lo necesitare, pues el artículo 59 inciso 4º preveía el caso de que resultara, según las circunstancias de la causa y las condiciones personales del agente, ~~resultara~~ peligroso devolverlo a sus padres o guardadores, ordenando su colocación en un establecimiento agrícola, industrial, o de enseñanza, destinado a la corrección de menores.

c) Por el proyecto de 1906 también se considera irresponsables a los menores de catorce años, sin tener en cuenta el discernimiento, disponiendo el artº 41, inciso 2º que "si de las circunstancias de la causa y condiciones personales del agente, o de sus padres o guardadores, resultare peligroso dejarlo a cargo de éstos, el Juez ordenará su colocación en un establecimiento destinado a corrección de menores, hasta que cumpla diez y ocho años de edad" pudiendo anticiparse la entrega mediante resolución judicial, previa justificación de la buena conducta del menor y de sus padres o guardadores.

"El menor que ha sufrido una pena - decía la exposición de motivos se siente ya diferente y extraño al resto de la sociedad, se considera un perseguido de las leyes y de las autoridades, de quienes se declara enemigo; pierde todo rubor, y es arrastrado fatalmente por esa situación de espíritu, a la caída definitiva. Esto, sin hablar de lo que se aprende en las prisiones, al lado de otros menores también, pero ya veteranos del crimen."⁽¹⁾

Este proyecto era en realidad insuficiente. Entre sus mayores defectos, conviene hacer notar que el mayor de 14 años era equiparado al adulto, y tan sólo debía computarse su edad como atenuante, descuidando por tanto la educación y reforma del mismo en establecimiento especiales. Sin embargo, el proyecto significaba algún adelanto.

d) El Congreso Penitenciario reunido en Bs. Aires en el año 1914, arribó a conclusiones progresistas sobre delincuencia juvenil, las cuales fueron tenidas muy en cuenta por los redactores del Código Penal, hoy en vigencia.⁽²⁾

e) El nuevo Código Penal contiene disposiciones que importan un verdadero adelanto en esta materia. De ser complementadas por las leyes locales con la adopción de un procedimiento especial, y de una jurisdicción también especial para menores, podría decirse, que habrían sido en gran

(1) Rivarola. Ob. cit. Pág. 406.

(2) R. Moreno (h) Prólogo de la publicación del C. Penal y sus antecedentes de R. de la Reta

parte satisfechas las ~~estas~~ exigencias político-criminales en esta materia. Ésto, contando con que los establecimientos de corrección fueran instalados y dirigidos en forma que pudieren llenar debidamente sus fines, y que un patronato de liberados ejerciere cumplidamente sus funciones.

El Código declara por el artº 36, que no es punible el menor de catorce años, agregando que "si de las circunstancias ~~particulares~~ de la causa y condiciones personales del agente o de sus padres, tutores o guardadores, resultare peligroso dejarlo a cargo de éstos, el tribunal ordenará su colocación en un establecimiento destinado a corrección de menores hasta que cumpla diez y ocho años de edad. La entrega podrá anticiparse mediante resolución judicial, previa justificación de la buena conducta del menor y de sus padres o guardadores". "Si la conducta del menor en el establecimiento donde estuviere, diese lugar a suponer que se trata de un sujeto pervertido o peligroso, el tribunal podrá, después de las comprobaciones necesarias, prolongar su estada hasta que tuviere veintiún años".

"Cuando el menor tuviese más de catorce años y menos de diez y ocho -dice el artº 37 - se observarán las siguientes reglas:

a) Si el delito cometido tuviese pena que pudiera dar lugar a la condena condicional, el tribunal quedará autorizado para disponer la colocación del menor en un establecimiento de corrección si fuese inconveniente dejarlo en poder de los padres, tutores o guardadores o de otras personas. El tribunal podrá disponer esa colocación hasta que el menor cumpla veintiún años, pudiendo anticipar la libertad y retardarla hasta el máximo establecido cuando el término fijado fuese menor, si resultase necesario, dadas las condiciones del sujeto.

"b) Si el delito tuviese pena mayor, el tribunal queda autorizado para reducirla en la forma determinada para la tentativa.

Por el artº 38 se dispone que el menor que no ha cumplido diez y ocho años no puede ser declarado reincidente, y por el 39 se prescribe que "en todos los casos de delitos cometidos por un menor, el tribunal puede privar a los padres de la patria potestad y a los tutores de la tutela. Podrá también disponer el cambio de guardadores. Para tomar esas medidas se tendrán en cuenta las situaciones respectivas del menor, sus padres, tutores o guardadores y lo que convenga al desenvolvimiento moral y educacional del primero."

En la exposición de motivos de la Comisión de la H. Cámara de Dipu-

tados se hace la advertencia de que al articular el proyecto se ha tenido en cuenta un criterio práctico. "No podíamos adoptar lisa y llanamente - dice - instituciones como las que se proyectan para Suiza porque carecemos de la diversidad de establecimientos enunciados en aquella legislación y no tenemos por ahora los medios para levantarlos. En ésta, como en las demás materias, hemos tenido un punto de vista nacional, habiendo tratado de hacer, no sólo obra eficaz, sino obra práctica".

Explicando los artículos del entonces proyecto de Código Penal, dice,

la mencionada exposición de motivos: "Desde luego establece el proyecto, de acuerdo con sus antecedentes, los proyectos de 1891 y 1906, que no es punible el menor de catorce años de edad. Pero teniendo en cuenta que el delito cometido por un niño es una manifestación de anormalidad, la sociedad debe tomar sus precauciones ante la presencia del síntoma morboso. El juez debe averiguar cuál es la situación del menor, cuál el ambiente en que se desenvuelve, cuál su educación, cuál la situación de los padres, tutores o guardadores, si no se trata de un ser abandonado. Reunidas las comprobaciones del caso, estará autorizado para tomar medidas relacionadas con la educación y la corrección del niño. Las medidas consistirán en la colocación en un establecimiento destinado a la corrección de menores, siempre que el tribunal creyese peligroso dejarlo en poder de los padres, tutores, guardadores u otras personas.

"De manera que las facultades de los jueces son amplias: si ellos creen que el menor debe ser dejado donde está, pueden hacerlo; si creen que basta sacarlo del poder de los padres, para entregarlo a una familia responsable, también lo pueden hacer; si entienden que basta el cambio de tutores o guardadores, también; y si creen indispensable la retención en un establecimiento, ~~como~~ están en condiciones de decretarlo. La ley no aparece así como un instrumento rígido o automático, igual para todos los casos, sino que encierra la flexibilidad necesaria para que el magistrado la adapte a cada caso, individualizando el pronunciamiento."

"Se autoriza al juez para colocar al menor en un establecimiento correccional hasta que tuviese diez y ocho años, pudiéndose anticipar la libertad. Y por fin, se autoriza para casos excepcionales que se expresan en el artículo respectivo, que es el 36, a mantener retenido al menor hasta que cumpla veintiún años, es decir, hasta la edad en que debe hacer el servicio militar. En este caso saldría de la disciplina del establecimiento de corrección a la disciplina del Ejército y cumpliendo su servicio, sería devuelto a la vida libre."

"Si el menor ha cumplido catorce años de edad, no se le juzgará según el proyecto como mayor. La ley no puede tener esas transiciones bruscas y considerar como adulto para juzgarlo en las condiciones ordinarias al que tiene catorce años y un día y como irresponsable en absoluto al que tiene catorce años menos un día, cuando realizó el hecho calificado de delito."

"Cuando el menor tiene más de catorce años y menos de diez y ocho, la ley se coloca en dos hipótesis para definir su criterio, según que la pena correspondiente al suceso permita, dado el hecho cometido, la condena condicional, o no lo permita. Cuando se trata de adultos la comisión de un delito castigado con menos de dos años de prisión o con multa permite, según el proyecto, la suspensión de la ejecución de la pena, la que se pronuncia condicionalmente. El condenado en esas condiciones, no tiene más deber que el de la buena conducta en el sentido de no delinquir más. Se supone que la amenaza es un freno para el hombre responsable, el que le impedirá cometer nuevas infracciones. Pero para el menor no puede regir ese criterio con la misma amplitud, porque éste no tiene siempre suficiente desarrollo para darse cuenta de su situación de condenado condicionalmente y de su responsabilidad. Es necesario entonces autorizar al juez para tomar medidas especiales a su respecto, deteniéndolo en una casa de corrección cuando fuese preciso.

"La regla no es rígida; el juez toma o no la medida si lo cree oportuno, y puede, si lo estima más conveniente limitarse a dejarlo donde está o entregarlo a diferentes custodias.

"El juez queda autorizado para retenerlo en un establecimiento correccional hasta que el menor tenga veintiún años.

"El segundo punto que considera el proyecto es el relativo a los menores

"de más de catorce años y menos de diez y ocho, que cometieren un delito cuya pena no permita la condenación condicional".

"En ~~esos~~ casos se autoriza para reducir la pena en la forma determinada para la tentativa, es decir, se autoriza una mayor benignidad que en los casos ordinarios. Los menores condenados deberán en todos los casos cumplir la penalidad impuesta o en establecimientos especiales o por lo menos separados de los delincuentes comunes."

"Teniendo en cuenta que la reincidencia caracteriza al individuo peligroso contra el cual deben tomarse precauciones especiales que lo presentan siempre como sujeto a sospecha, la Comisión ha establecido que los menores de 18 años no pueden ser declarados en tal situación."

"Los hechos de la infancia y de la adolescencia no pueden pesar sobre la vida del hombre en la misma forma que los actos del adulto. El menor se corrige con mayor facilidad. Los actos que realiza con generalmente el resultado de la mala educación y del ambiente viciado. La conciencia del niño no es la misma que la del hombre y sería absurdo ponerle un sello desde la infancia, por hechos que deben olvidarse."

"El menor es peligroso cuando se le abandona, de manera que la tendencia humana debe ser la de corregirlo y no la de ultimarle con la impresión perpetua de un antecedente desfavorable."

"La Comisión entiende también, que la delincuencia infantil, se debe en gran parte a las personas que cuidan o deben cuidar a los niños. Muchas veces, los padres, tutores y guardadores, son los que impulsan al niño al delito. Con nuestra legislación anticuada el negocio de tener menores para que cometan delitos o mendiguen, es conveniente y lucrativo. El instrumento no puede ser penado y sobre él no pueden tomarse medidas de precaución. De manera que basta se elija un menor o varios menores por el delincuente profesional, para que las armas de la ley se estrellen ante el hecho."

"Nuestra mendicidad infantil callejera, verdadera vergüenza de nuestras ciudades y hasta de nuestras campañas, se debe en gran parte a la ausencia de disposiciones legales previsoras".

"La Comisión autoriza por eso a los tribunales, en todos los casos de delitos cometidos por menores, a tomar medidas sobre los padres, tutores, guardadores y arrancarles todo derecho sobre las personas de los menores explotados, mal educados, o inconvenientemente dirigidos."

"Entiende la misma Comisión que con esas medidas se dará un gran ~~gran~~ paso social y legal, contribuyéndose a resolver problemas que todos palpan pero que hasta hoy no se habían afrontado".

"Este será el primer impulso y marcará una dirección que no debe abandonarse para el bien del país y de sus instituciones," (1)

Nos hemos permitido transcribir los párrafos que anteceden, ~~por~~ porque constituyen un interesante y autorizado comentario de nuestra legislación penal de menores.

f) El sistema de los tribunales de menores, ha sido iniciado localmente en nuestro país, a raíz de las disposiciones contenidas en la ley nacional N° 10.903, sobre patronato de menores; si bien, no es a base de la creación de jueces nuevos, sino de la elección de un juez de reconocida competencia sobre el particular.

La ley referida acuerda a los jueces en lo criminal y correccional de la Capital Federal y Territorios Nacionales, la facultad de disponer preventiva o definitivamente, hasta los 21 años de edad, de todos menor de diez y ocho años, acusado o víctima de un delito, que se encontrare material o moralmente abandonado o en peligro moral, entregándolo a una persona honesta, pariente o no, o a un establecimiento de beneficencia público o privado o a un reformatorio público de menores, o dejarlo a cargo de

(1) Recop. Raffo de la Reta. Cit. T. 2, pág. 218 y sigs.

los padres, tutores o guardadores, quedando el menor en todos estos casos bajo la vigilancia exclusiva y necesaria del respectivo juez.

Podrán los jueces imponer a los padres, tutores o guardadores que aparezcan culpables de malos tratos o negligencias grave o continuada con respecto a los menores a su cargo y que no importen delitos del derecho penal, multas hasta la suma de doscientos pesos o arresto hasta un mes, o ambas penas a la vez, pudiendo suspenderse las condenas si los culpables dieran seguridades de reforma.

En todos estos casos anteriores, los padres o tutores pueden solicitar revocatoria dentro de cinco días, la que se sustanciará en juicio verbal, siendo apelable la resolución del juez.

La ley entiende por abandono material o moral, o peligro moral, la incitación por los padres, tutores o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o moral; la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuentación a sitios inmorales o de juego, o con ladrones o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido 18 años de edad, vendan periódicos, publicaciones y objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos, o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores, o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o a la salud.

Donde se pone de manifiesto con más precisión la idea de constituir los tribunales para menores, es en cuanto dispone la ley, que los jueces correccionales en la justicia nacional de la Capital Federal y en los Territorios Nacionales, entenderán en primera y única instancia, en todos los casos de faltas y contravenciones imputadas a menores de diez y ocho años; y en cuanto prescribe que los tribunales de apelación, en lo criminal y correccional de la justicia nacional ordinaria de la Capital y Territorios nacionales, designarán, si lo juzgan conveniente, uno o más jueces para que entiendan exclusivamente en sus respectivas jurisdicciones en los procesos en que se acuse a menores de diez y ocho años. La ley encomienda también a dichos tribunales de apelación, la reglamentación de la forma de la cooperación policial en los sumarios e informaciones respectivas, la de los particulares o establecimientos particulares o públicos que se avengan a coadyuvar gratuitamente en la investigación y en la dirección y educación de los menores, como así también la vigilancia que corresponde a los jueces. (1)

(1) La Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, dictó dicha reglamentación el día 24 de Octubre de 1919.

Establece la ley que el Poder Ejecutivo presentará el plan general para la construcción de escuelas especiales para los menores expuestos o abandonados y para la detención preventiva de los menores delincuentes o de mala conducta y la construcción de reformatorios para menores delincuentes o de mala conducta; debiendo regir en estas escuelas y reformatorios el trabajo de talleres y agrícola como principal elemento educativo de los menores reclusos quienes serán parte en los beneficios pecuniarios de esos trabajos.

Las colonias-escuelas y las colonias-reformatorios ubicadas cerca de las ciudades o en pleno campo serán el tipo preferido de estas casas de prevención y reforma de menores.

Según lo dispone la ley, los asilos, escuelas primarias gratuitas y generales y especiales y particularmente las de práctica técnica, como los demás establecimientos de beneficencia privados, que reciban niños, subvencionados por el Estado, están obligados a recibir en secciones que podrán ser especiales, un número determinado de menores, remitidos por los jueces en virtud de dicha ley, y de acuerdo con la subvención recibida, la naturaleza del establecimiento y la reglamentación que establezca el Poder Ejecutivo,

La aplicación de la ley tropieza como es natural con la falta de establecimientos oficiales adecuados para el internamiento de los menores, razón por la que se ha procurado la cooperación de sociedades particulares, lo mismo que en lo que respecta a la libertad vigilada se solicita la ayuda privada. Entre los establecimientos públicos debe mencionarse la Colonia de Marcos Paz y el Instituto Tutelar de Menores.

VII - Aprovechando las enseñanzas que nos suministran los proyectos y legislaciones en materia de menores, más modernos, creemos que las bases de una eficaz política criminal a este respecto deben ser las siguientes:

a) la pena no importa un castigo por la falta o delito cometido por el menor. Su finalidad es protegerlo, educarlo y corregirlo.

b) Con los menores cabe más que en ningún caso la esperanza de que la finalidad utilitaria de la sanción, habrá de conseguirse, y en consecuencia el Estado no debe omitir sacrificio algunos para que las medidas que se adopten puedan ser llenadas en debida forma. Es menester, tener bien presente, que el problema de la disminución de la delincuencia debe comenzarse a resolver por los menores, pues como bien lo dice Prins⁽¹⁾"

(1) Prins. "Criminalidad y Represión". Ob.cit.pág.38.

"cuando el Estado coge un criminal hecho y pretende convertirle, tropieza con la fatalidad, cuando coge un niño pequeño, puede hacer un hombre, un soldado, un marino, un buen obrero, un ser útil".

c) Teniendo en cuenta el desarrollo físico e intelectual de los menores, es conveniente considerarlos divididos a los efectos penales, según la edad, en tres grupos: los menores de 14 años; los que han cumplido 14 años y son menores de 18; y los que han cumplido 18 años y son menores de 22 años.

d) Si el delito es cometido por un menor de 14 años, el Juez constatará los hechos e investigará el grado de educación del menor, si se halla moralmente abandonado o pervertido, si tiene tendencias persistentes al crimen, su estado mental, el medio en que vive y se desarrolla, las condiciones personales de sus padres, tutores o guardadores, y en fin todas las demás circunstancias que sirvan para determinar la medida aplicable entre las siguientes:

Si el niño no se halla abandonado moralmente, ni moralmente pervertido, sino revela persistentes tendencias al crimen, ni es un enfermo mental, podrá no tomarse medida alguna a su respecto, o bien bastará con una simple amonestación. Otra medida con respecto a un niño en estas condiciones resultaría innecesaria.

Si el niño se halla moralmente abandonado o pervertido, podrá disponerse que quede en el seno de su propia familia, bajo vigilancia de su educación, hasta que se juzgue que los fines de la medida han sido cumplidos, pudiendo prolongarse hasta la edad de 18 años. La entrega del niño a la propia familia debe decretarse siempre que se juzgare que no será contraproducente para la educación del menor el dejarlo en el mismo medio que le fué desfavorable, y siempre que se ofrecieren suficientes garantías de la mejora de dichas condiciones ambientes. La medida será en todo caso revocable. Podrá confiarse también al menor a una familia o persona honesta en las mismas condiciones, o a un establecimiento de educación.

Cuando el niño se encontrare profundamente pervertido, revelase persistentes tendencias al crimen, fuere un sujeto peligroso, convendrá internarlo en una casa de corrección o reformatorio, donde se le eduque moralmente, se le corrija, y se le enseñe una profesión; y en la que permanecerá hasta los diez y ocho años, pudiendo anticiparse su entrega, previa justificación de la conducta del menor, y de sus padres o guardadores. Llegado a la edad de 18 años, si se juzgare que no se ha corregido, podrá pro-

longarse su estada hasta los veinte y un años en que el menor debe hacer el servicio militar, pudiendo ser trasladado cuando se considerare oportuno a la casa de corrección para adolescentes. En iguales condiciones puede ser enviado el menor a una colonia agrícola.

Si se tratare de un enfermo mental, se prescribirá el tratamiento apropiado, internándolo en el instituto de curación respectivo, no debiendo mezclársele en ningún caso con adultos.

e) Cuando el delito ha sido cometido por un menor de diez y ocho años y que ha cumplido catorce, corresponderá también, constatar los hechos, investigar el grado de educación del menor, si se halla moralmente abandonado o pervertido, si tiene tendencias al crimen, su estado mental, el medio que vive y se desarrolla, las condiciones personales de sus padres, tutores o guardadores, y en fin todas las demás circunstancias que sirvan para determinar la medida aplicable entre las siguientes:

Si el menor no se hallare moralmente abandonado o pervertido, sino revela tendencias al delito, sino fuese un enfermo mental, y el delito cometido diere lugar a la condena condicional, podrá decretarse ésta, debiendo el menor obligarse a aprender un oficio, residir en un lugar determinado y observar buena conducta, todo bajo vigilancia de un patronato. Podrá también el juez, cuando lo considere suficiente, ~~dirigirle~~ dirigirle una reprimenda al menor.

Cuando el menor adolescente se encontrare moralmente abandonado o moralmente pervertido podrá entregársele a una familia honesta con vigilancia de su educación, o decretarse su envío a una casa de educación disciplinaria donde se le eduque moralmente, se le enseñe una profesión y se le desarrolle las facultades indispensables para que pueda ganar su vida al ser devuelto a la libertad. La estada del menor en esta casa deberá durar un año por lo menos, y hasta que se haya conseguido el fin de la medida, debiendo ser devuelto a la libertad a los 21 años en que el menor debe cumplir con sus deberes militares.

Cuando el menor adolescente se encontrare profundamente pervertido podrá enviársele a una casa de corrección o a una colonia agrícola para los menores de este grupo. La estada del menor en estos establecimientos dependerá de su enmienda, no debiendo ser por un tiempo menor de tres años, ni mayor de doce. Cuando el delito fuere muy grave y el menor muy peligroso, se decretará su internamiento por tiempo indeterminado con mínimum de diez años. Al cumplir los 22 años de edad, los menores podrán ser traslada-

dos a los respectivos establecimientos destinados para adultos.

La libertad deberá ser concedida condicionalmente, cuando transcurrido el tiempo mínimo, se han alcanzado el fin de la medida, pudiendo exigírsele para serle concedida, el aprendizaje de un oficio, la residencia en un lugar determinado, y otras reglas de conducta que se consideren apropiadas.

El menor adolescente, enfermo mental, será sometido al tratamiento apropiado, e internado cuando ~~fuere~~ indispensable en el establecimiento respectivo.

f) Cuando el menor ha cumplido diez y ocho años y es menor de veinte y dos, podrá considerarse la edad, a los efectos de atenuar el tiempo de duración de la pena, ~~xxxxxxx~~ pudiendo aplicarse cuando convenga una pena de duración relativamente indeterminada. En los casos en que el sugeto sea muy pervertido, peligroso, o el delito muy grave, la pena de duración indeterminada tendrá únicamente un límite alto.

El menor de esta categoría podría ser enviado a falta de establecimientos especiales a los establecimientos destinados para los mayores, pero con separación absoluta de los mismos, a fin de evitar un contacto que puede resultarles peligroso.

La libertad condicional es conveniente. La condena condicional, bajo el régimen de libertad vigilada, cuando las circunstancias personales del delincuente y del delito la hagan factible, dará resultados más satisfactorios que una condena de corta duración.

g) Con respecto a los padres, tutores o guardadores del menor que ha cometido un delito, resultan buenas medidas de carácter preventivo, la amonestación, la multa, la pérdida de la patria potestad, tutela o guarda del menor según los casos, etc.

h) Los menores de diez y ocho años deben ser juzgados por una jurisdicción especial, desempeñada por jueces que tengan vasto conocimiento de la infancia, y que pueda constituir un verdadero mecanismo de prevención y no de represión, de la delincuencia juvenil.

Los jueces infantiles, más que jueces rigurosos que se aferran estrictamente a la ley para imponer la pena al infractor, deben ser, una especie de jueces paternos que estudien profundamente la naturaleza del niño, su psicología, su educación, investiguen como buenos padres de familia cuales son las circunstancias del medio ambiente en que el menor vive,

la influencia favorable o desfavorable que puedan ejercer sobre el mismo, y reúnan con verdadero interés todos los elementos necesarios, para así estar en condiciones de imponer con acierto al precoz delincuente aquella medida protectora que lo desviará del mal camino.

El procedimiento ante estos tribunales debe estar desprovisto de todas las solemnidades exigidas para los procesos de los mayores, debiendo ser en lo posible verbal y sumario, asistiendo a las audiencias respectivas ante el Juez, el menor procesado y sus padres o guardadores, pero no así el público, a fin de darle al acto más la característica de una diálogo paternal, que la de un proceso criminal, y a fin de que la presencia de público no deje en el ánimo del menor una efecto desfavorable para su futura moralidad. Debe suprimirse ~~máx~~ en todo caso, la publicidad, y cuando corresponda la prisión preventiva, debe cumplirse en establecimientos destinados a menores.

i) En los establecimientos destinados a menores, deben perseguirse los fines de reforma y educación que hemos indicado anteriormente. El régimen será a base de educación moral, intelectual, profesional y física.

j) En los casos de libertad vigilada, ella debe ser ejercida por el juez especial de menores, por intermedio de delegados o inspectores que se informen periódicamente de la vida y conducta del menor y le den cuenta al respecto. Esto en caso de que el menor caiga bajo su jurisdicción.

Creemos que un derecho penal de los menores que se fundare en estos principios y en otros que se nos escapan, daría verdaderos resultados preventivos de la delincuencia, y por lo tanto, nos hacemos un deber en sostenerlos, sin la pretensión, como es natural, de haber señalado nada nuevo. La mayor ciencia y la experiencia de otros nos han indicado el derrotero. Reconocemos que por el momento, sería de difícil aplicación en la República, ría por mucho tiempo por cuanto se carece del número de establecimientos necesarios, pero todo sería cuestión de que los Gobiernos prestasen más atención al problema. Por lo menos es de esperar que el sistema de legislación penal de menores creado por el nuevo Código Penal, y que no deja de ser excelente, se aplique cumplidamente en todo el país. Con ello, podríamos darnos por satisfechos por ahora.- Ya habrá tiempo para las reformas.

--

Capítulo quinto

Sanciones para los delincuentes ocasionales

-

I - La pena privativa de libertad de corta duración aplicada a los delincuentes ocasionales o del momento, es inconveniente, pues, por lo general, en vez de evitar la reincidencia, la produce.

En realidad, un delincuente de esta naturaleza, que cometió un delito arrastrado por circunstancias desfavorables de un momento de su vida, pero que quizás jamás reincidiría, y cuya peligrosidad puede ser nula en absoluta, se sentirá completamente deshonrado al salir de la cárcel, experimentando sobre sí el estigma vergonzoso con que la sociedad marca a aquellos que han sido condenados a prisión, sin una mano amiga que le ofrezca trabajo digno para ganar su existencia pues ha perdido la confianza de todos, posiblemente orientará su vida en la senda del vicio, y acabará por convertirse en un delincuente.

La pena misma al ejecutarse, le ha puesto en contacto con criminales habituales y profesionales, cuyos consejos y ejemplos corruptores pueden serle perniciosos.

Si esta obra destructora fuese compensada con la obtención de fines útiles, podrían justificarse estas penas, pero es que, es necesario convenir que la prevención que producen es nula, pues si bien podría esperarse un resultado intimidativo con los delincuentes ocasionales, es mucho mayor la depravación que causan en la moralidad de los mismos. Tampoco son correctivas, por su corto tiempo durante el cual no es posible enmendar a nadie. A esto hay que agregar el inconveniente de lo oneroso que es para el Estado el sostenimiento del número de establecimientos que serían necesarios para alojar a tantos delincuentes condenados a penas cortas.

Por estas razones, la pena privativa de la libertad de corta duración, viene siendo combatida desde la segunda mitad del siglo XIX, en la que se originó un movimiento de reacción contra la mismas, y que dió lugar a que se estudiara la forma de sustituirlas con eficacia, siendo discutido profusa y profundamente el punto en obras de autores y Congresos Penitenciarios, y ocupando el problema la atención de la Unión Internacional de Derecho Penal.

Von Liszt⁽¹⁾, nos dice que "lo que caracteriza el movimiento de reforma es la lucha contra las penas cortas de privación de libertad, que

(1) Von Liszt. "Tratado de Derecho Penal". Ob.cit.T.2 pág. 16.

en la forma en que hoy se aplican, ni corrigen, ni intimidan, ni inocu-
zan, pero en cambio arrojan frecuentemente al delincuente primario en el
camino del crimen."

II - Entre las medidas que se han propuesto para sustituir a la pe-
na privativa de libertad de corta duración, se encuentran el arresto do-
miciliario, el trabajo forzoso sin reclusión, la caución, el perdón judi-
cial, la condena condicional y la multa. Nos ocuparemos de estas cuatro úl-
times.

a) El perdón judicial consiste, "en la facultad concedida a los jue-
ces para que, una vez comprobada la culpabilidad del reo, remitan, en vir-
tud de las excepcionales circunstancias concurrentes en el caso particu-
lar, la pena fijada al delito por la ley" (1)

"El perdón judicial se reclama para los delincuentes de peligrosi-
dad nula, o, si se quiere sujetos honrados que cometieron delitos, para
quienes la condena bajo condición, sería una ficción completamente inú-
til." (2)

En efecto, ¿que interés puede tener la sociedad en aplicar una pe-
na a un hombre que no necesita de enmienda, ni de intimidación, y que po-
siblemente no volverá a delinquir?. Si en este caso, se aplica la pena,
no se ha hecho otra cosa que ejecutar un castigo sin finalidad utilita-
ria de ninguna naturaleza, y tendrá en todo caso, funestos resultados pa-
ra la moralidad del individuo sometido a ella.

El perdón judicial, "tiene sus orígenes en la admonición canónica,
y en las leyes y costumbres inglesas; defendido por Beccaría y olvidado
después, quiere restaurarse en Francia a fines del siglo XIX y principios
del actual," (3) donde se suceden algunos proyectos a contar desde el de
12 de Mayo de 1885.

Los modernos proyectos alemanes facultan al Juez "en casos especial-
mente leves", para atenuar la pena cuando esté autorizado para ello, has-
ta prescindir de todo castigo; los proyectos austriacos establecen el per-
dón únicamente para los menores que delincan por primera vez, y siempre
que el acto fuere insignificante y no estuviera penado con una pena pri-
vativa de la libertad no superior a seis meses, o con una multa que no e-

(1) J.A. Ortega. "El perdón judicial". Madrid 1922, pag. 6.

(2) J.A. Ortega. Ob. cit. pag. 9

(3) Jiménez de Asúa. "La Política Criminal", Ob. cit. pag. 78.

xceda de mil coronas; el proyecto suizo también establece el perdón, pero sólo para los niños no moralmente abandonados, ~~xni moralmente~~ ^{ni moralmente} pervertidos, cuando hubiere transcurrido seis meses desde que el acto fué cometido, y para el reo de falso testimonio que espontáneamente se rectificase antes de que haya ocasionado perjuicio a otro.

El proyecto italiano de 1921, (artº82), establece que puede acordarse el perdón, sin perjuicio de aplicar las disposiciones relativas al resarcimiento del daño, "a aquel que sea declarado responsable de un sólo delito y no haya estado condenado antes a segregación simple o rigurosa, aunque hubiera sido amnistiado o rehabilitado, cuando concurren en su abono excepcionales circunstancias de menor peligrosidad, o cuando el delito fuera muy leve y sometido a sanción inferior a segregación simple, a ~~segregación~~ ^{detención} rigurosa, o a la casa de trabajo o colonia agrícola para menores".

El perdón judicial nunca debe ser acordado, sinó a las personas sin pasado judicial, de buenos antecedentes personales, que hubieren delinquido por móviles excusables, que no sean temibles, y cuyo delito sea muy leve. Todo ello, sin perjuicio de la reparación de los daños y perjuicios a la víctima del delito o sus herederos.

b) La reprensión judicial consiste en la amonestación que hace el Juez al condenado, con las solemnidades del caso.

Esta pena tiene sus precedentes "en el Derecho Romano, que prescribía la severa interlocutio, en sustitución de la pena de azotes para los autores del delito de incendio por imprudencia." ⁽¹⁾ Ha tenido escaso desarrollo.

El Código Español comprende entre sus penas correccionales a la reprensión pública, que se señala para los delitos menos graves, y entre las penas leves, a la represión privada, aplicable en caso de falta. El sentenciado a reprensión pública debe recibirla personalmente en audiencia del tribunal a puerta abierta; y el sentenciado a reprensión privada, la recibirá personalmente en audiencia del Tribunal o Juzgado, a presencia del Secretario, y a puerta cerrada.

El Código Portugués de 1886 acuerda a los Tribunales la facultad de emplear la represión en reemplazo de las penas ordinarias, cuando e-

(1) Cuello Calón. ~~Nota~~ a la Ob. cit. de Pessina. Pág. 772.

xistan circunstancias atenuantes excepcionales y una conducta irreprochable de parte del individuo.

"En Italia se conoció desde muy antiguo con el nombre de admonición." El Código Penal de 1889 la reglamenta con toda amplitud, haciendo de ella una pena sustitutiva, en el artº 26. Por tanto, el Juez puede aplicar la reprensión cuando la pena no exceda de un mes de detención y de arresto, de tres meses de confinamiento o de 300 liras de multa." Consiste, según el artº citado - en una admonición adecuada a las particulares condiciones de la persona, y a las circunstancias del hecho, que, con referencia a la ley violada y a las consecuencias del delito cometido, pronuncia el Juez en audiencia pública". "Si el delincuente sin motivo justificado deja de presentarse en la audiencia fijada para la reprensión, o si no la acoge con respeto, se aplicará la pena establecida en la sentencia condenatoria". "El artº 27 enumera una serie de garantías, que se exigen o pueden exigirse para que se verifique la sustitución de la pena por la reprensión. Estas disposiciones del Cód. Italiano consagran una forma de tránsito entre nuestra pena repressiva y la moderna condena condicional".⁽¹⁾

El Código Alemán también admite la reprensión para los menores de 18 años, pero en los proyectos se le generaliza para todos los delincuentes. Los proyectos suizo y austriaco la aplican a determinados casos de delincuentes menores.

Observa Ferri⁽²⁾, que la reprensión judicial no tiene nada de serio. "O el condenado - dice - es verdaderamente un delincuente de ocasión sensible al honor, y entonces el juicio penal por sí sólo le servirá de lección, sin que el Juez tenga necesidad de dirigirle un discurso moral o un sermón; o esta sensibilidad falta al condenado, y en semejante caso la reprimenda constituirá un conjunto de palabras perdidas; no podrá surtir efecto alguno útil, ni sobre el culpable, ni sobre el público."

Si bien no dejamos de reconocer los buenos argumentos de tan ilustre criminalista para demostrar la inutilidad de la reprensión, creemos que en los casos de perdón, podría facultársele al Juez o Tribunal, cuando lo creyera indispensable, para dirigir una reprimenda al delincuente, dado que la realización de esta medida es fácil y puede producir el efecto deseado.

(1) Jiménez de Asúa. "La Política Criminal". Ob. cit. pág. 83.

(2) Ferri. "Sociología Criminal". Ob. cit. T. 2, pág. 324.

c) 1°.-La condena condicional, es, puede decirse, la medida preventiva más acertada a los delincuentes primarios ocasionales, autores de delitos leves.

Con sobrada razón dice el Dr. Julio Herrera⁽¹⁾, "que el día en que se introdujo en la legislación penal de los pueblos, fué el día de la consagración en la práctica de las nuevas ideas, abandonándose de golpe la vieja doctrina clásica para orientar el derecho represivo en el sentido de la política criminal, perdonando cuando el perdón es útil a la sociedad y al individuo".

Es una ~~XXXX~~ medida de carácter profiláctico, con la cual se trata de evitar la influencia perniciosa que puede tener la cárcel, sobre los delincuentes de ocasión, aún cuando hoy en día, se concede, no sólo para las penas privativas de libertad, sino para otras de distinta naturaleza, como ser las pecuniarias.

La condena condicional consiste, en términos generales, en la suspensión del fallo, o de la ejecución de la pena, por un tiempo determinado, durante el cual, el procesado o condenado, deberá observar buena conducta. Si transcurre ese tiempo, y el delincuente ha observado buena conducta, la condena no se dicta, quedando prescripto el juicio, o se tiene por no pronunciada. En el caso contrario, la pena se impone cuando no ha sido dictada, o se ejecuta la ya dictada, adicionada con aquella en que se ha incurrido por el nuevo delito cometido.

2°.-Es una institución de origen inglés, donde el magistrado Sir Mathew Davenport Hill, desde 1842; y en uso de las facultades amplias que las costumbres le habían acordado, suspendía las condenas a los delincuentes jóvenes que no eran reincidentes, poniéndolos bajo la autoridad de una persona que él elegía, durante un término dentro del cual si el delincuente cometía otro delito, la condena se dictaba.⁽²⁾

Es en Estados Unidos de N. América, donde la condena condicional se instituye legalmente. El Estado de Massachusetts en 1869 la estableció para los delincuentes menores, con la novedad de la creación de un funcionario "state agent" que debía ejercer vigilancia sobre el condenado. El plazo de prueba era de dos años. Pocos años después la condena condi-

(1) "J. Herrera. "La Reforma Penal". Bs. Aires, 1911. pág. 153.

(2) Este es el origen que le da M. Berenguer, autor de la ley francesa de 1891. (V. citas en nota de Dorado. Ob. cit. T. 2° pág. 155). Otros autores hacen remontar más atrás el origen de esta institución. Prins (citado por Cuello Galón - Obra de Pessina pág. 773), encuentra su precedente más remoto en la Frank-pledge del derecho anglo-sajón, la obligación mútua de mantener el orden y la seguridad. Loeffler (cit. por Quirós, Ob. Base a la vuelta

cit.pág. 144) asegura que los jurisconsultos del siglo XIV la conocieron y que la Iglesia la practicaba según se desprende de los Comentarios de Bartolo y algún texto de Aretino. Majetti (cit.por Dorado. Ob. cit.nota. pág.155 T.2º) hace remontar hasta Artajerjes, rey de los persas, las primeras manifestaciones de la condena condicional.

cional aparece en Boston, donde se le comienza a aplicar a delincuentes adultos.

En el año 1879, Inglaterra adoptó la institución por el "summary jurisdiction", completado en 1887 por el "provision of first offenders act", pero sin vigilancia entonces la cual es reemplazada por la promesa de buena conducta.

Sucesivamente la condena condicional se va estableciendo en países del continente europeo, aún cuando de sistema distinto como luego veremos al Anglo-americano: Bélgica la adopta por ley de 31 de Mayo de 1888, Francia por la ley Berenger de 26 de Marzo de 1891; el cantón de Nauchatel por el artº 339 del Cód. Penal de 29 de Mayo de 1891⁽¹⁾; Luxemburgo, por la ley de 10 de Mayo de 1892; el Cantón de Ginebra, por la ley de 29 de Octubre de 1892; Portugal por ley del 6 de Julio de 1893; Noruega por ley de 2 de Mayo de 1894; Sajonia, por orden del Ministerio de Justicia de 25 de Marzo de 1895; Prusia, por el rescripto real ~~de~~ al Ministro de Justicia de 23 de Octubre de 1895; Wurtemberg, por rescripto real al Ministro de 24 de Febrero de 1896; Baviera, por orden ministerial de 24 de Marzo de 1896; Hamburgo por circular del Presidente de los Asuntos de Justicia de 30 de Abril de 1896; el Cantón de Vaud, por ley de 13 de Mayo de 1897; el Cantón de Valais por ley de 13 de Mayo de 1899; el Cantón del Tesino, por decreto legislativo de 14 de Noviembre de 1900; el Cantón de Friburgo, por ley de 9 de Mayo de 1903; el Ducado de Brunswick por orden de 22 de Marzo de 1903; el Gran Ducado de Hesse por ley de 3 de Diciembre de 1903; Bulgaria por ley de 5 de Enero de 1904; Italia, por ley de 26 de Junio de 1904; Dinamarca, por ley de 1º de Abril de 1905; Holanda, aún cuando sólo con respecto a los menores, por sus leyes de protección a la infancia que comenzaron a regir el 1º de Diciembre de 1905; el Cantón de Basilea, Ciudad, por ley de 11 de Enero de 1906; España, por ley de 17 de Marzo de 1908; etc.⁽²⁾

Los proyectos alemán, suizo, austriaco, ~~servio~~ servio, griego, sueco, polaco (1921) y checoeslovaco (1921), e italiano, también establecen la condena condicional.

Aparte de Europa, esta institución se encuentra difundida en las legislaciones locales de los Estados Unidos de N. América, se ha proyectado para el Japón, ha sido establecida en Australia,⁽³⁾ Nueva Zelandia,⁽⁴⁾ Egipto

(1) Sistema anglo-americano.

(2) Sobre estos datos, ver: Quirós, Ob. cit. pág. 146 y 147; Dorado, Ob. cit. T. 2, págs. 153 y sigs.; Rivarola, Ob. cit. pág. 562; Guello Calón, "Penología", Ob. cit. pág. 227 y 228; etc., etc.-

(3) y (4) Tipo americano.

to.

En nuestro país, la condena condicional fué comprendida en el proyecto del año 1906, (arts. 32 a 34) e instituida por el nuevo Código Penal que hoy nos rige, (arts. 26 a 28), el cual ha adoptado el tipo continental europeo, del que nos ocuparemos.

Como se vé, la moderna medida penal, ha sido universalmente aceptada, circunstancia que hace que Quirós⁽¹⁾, la considere hoy como una institución del derecho de gentes.

3º- Diversos Congresos científicos la han proclamado. En la exposición de motivos con que se fundó el proyecto del Código Penal, hoy en vigor, por la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la H. Cámara de Diputados, se hacen al respecto, las siguientes referencias: El Congreso Penitenciario reunido en París en el año mencionado (1895), votó la siguiente declaración: "Las legislaciones que reconocen a los Tribunales la facultad de acordar la suspensión de la ejecución de la pena a los delincuentes condenados a breves penas, contiene las mejores disposiciones conocidas".

"El Congreso de Budapest declaró: 1º Cuando en los delitos leves concurren circunstancias que merecen especial consideración y el imputado no haya sido precedentemente condenado a penas restrictivas de la libertad personal, el juez puede pronunciar la remisión condicional de la pena; 2º en caso que el condenado durante el término de dos a cinco años del día en que la condena se ha vuelto irrevocable no haya cometido un delito sugeto a una pena restrictiva de la libertad personal, la pena, le será perdonada; 3º la remisión condicional de la pena puede ser concedida con caución, cuando las condiciones del imputado no rinden posible el pago".

"Por su parte la Unión Internacional de Derecho Penal reunida en Bruselas, en 1899, recomendó el sistema, votándose por el Congreso la siguiente declaración: "La Unión recomienda a los legisladores de todos los países, la adopción del principio de la condena condicional, pero al mismo tiempo recuerda la necesidad de reglamentarla según las condiciones especiales de los diversos lugares, el sentimiento y grado de cultura de cada pueblo."

Dorado⁽²⁾, cita declaraciones hechas en pro de la condena condicio-

(1) Quirós, Ob. cit., pág. 147

(2) Dorado. Ob. cit. pág. 159, t.2.

nal, por el Congreso Internacional de Patronato celebrado en París en Julio de 1900; por el Congreso celebrado por la Unión de los criminalistas de Dinamarca, el 25 de Septiembre de 1900 en Copenhague; y por el XXII Congreso celebrado en Octubre de 1901 por la Sociedad Suiza de Prisiones, y la Unión Internacional de Sociedades de Patronato.

4° - De la institución de que tratamos, existen dos tipos completamente diferentes que se encuentran frente a frente, el anglo-americano, y el continental europeo (1).

El ~~segundo~~ ^{primero} se caracteriza en que lo que se suspende, no es la ejecución de la pena que pudiera ser impuesta por la sentencia, sino el pronunciamiento mismo de dicha sentencia. Por el segundo, en cambio, se suspende la ejecución de la pena, después de pronunciada la condenación.

Desde luego, cabe advertir, que en ello, es superior el segundo, pues por el primero no se soluciona la situación del procesado, que puede ser inocente, y sin embargo queda en igualdad de condiciones que el culpable, sindicado como autor de un delito. Esta circunstancia ha sido considerada de capital interés para adoptarse en nuestro país el tipo europeo. (2)

Fuera de esta característica fundamental de ambos sistemas, tienen también otras particularidades propias. El anglo-americano se complementa con la institución de los probations-officers.

En Estados Unidos de N. América, en un principio, al suspenderse la condena, se nombraba un funcionario especial, el State Agent, que tenía por misión vigilar el cumplimiento de las medidas protectoras adoptadas con respecto al delincuente joven, y procurar la reforma de éste. De aquí nació la institución de los Probations-officers, que consiste hoy, en funcionarios especiales encargados de ejercer sobre el individuo sometido al período de prueba, una estrecha vigilancia sobre su conducta, su trabajo, sus relaciones, etc., y con facultades amplias, pudiendo hasta detenerlo, para lo cual, la Policía tiene la obligación de ayudarlo. (3)

Si dentro del plazo de prueba, el sugeto guarda mala conducta, por ejemplo, frecuenta malas compañías, demuestra tendencias reprobables, se

(2) Ver Exposición de Motivos del C. Penal, de la Comisión de la H.C. de Diputados.

(1) El origen de este sistema, se encuentra en el proyecto del Senador Bérenger, presentado en el Senado de Francia en 1884, aún cuando, Bélgica fuera el primer país que lo adoptó oficialmente, por la ley de 31 de Mayo de 1888, inspirándose en el proyecto francés. Francia, como hemos visto, recién lo adoptó en 1891.

(3) Quirós. Ob. cit. pag. 148.

niega a cumplir los deberes y órdenes que se le impone, etc., entonces, antes de que reincida, el probations officers obtiene la aplicación de la pena.

En Inglaterra que en un comienzo no existía ~~vigilancia~~ de los individuos a quienes se había concedido la suspensión de la condena, adoptó la institución americana de los probations officers, mediante su ley del 21 de Agosto de 1907, que empezó a regir, el 1° de Enero de 1908, titulada An act to permit the release on probations of offenders in certain cases, and for other matters incidental thereto, y que significa un éxito de la "Howard Association" que venía trabajando incesantemente con la ayuda de alguna otra sociedad análoga, como ~~era~~ la "Church Army", por la implantación del sistema de los probations officers en Inglaterra. (1)

Pueden ser elegidas para desempeñar estas funciones, personas de ambos sexos, cuya misión según la ley, consiste en visitar e recibir informes relativos a las personas a quienes están encargadas de vigilar con la frecuencia conveniente, ya sea esa frecuencia determinada, o ya no, en la providencia del tribunal; enterarse de si estas personas cumplen las condiciones bajo las cuales se les ha concedido la libertad; dar cuenta al tribunal de la conducta que observen, amonestarlas, ayudarlas, tratarlas amigablemente, y en caso necesario, esforzarse por encontrar para ellas una ocupación honrada. (2)

En el tipo europeo continental, no existe vigilancia alguna del condenado condicionalmente, y el beneficio de la suspensión no se extingue por mala conducta, sino por reincidencia.

A nuestro criterio, el sistema de los probations officers, debe dar resultados más eficaces para prevenir la reincidencia, que el sistema continental europeo, también adoptado por la R. Argentina, aunque debemos reconocer, que su implantación tendría dificultades prácticas difíciles de salvar en este país, por el inconveniente de la escasez de recursos para sostener dicha institución, y quizás de personas competentes que quisieran dedicarse a ese oficio.

El sistema basado en el americano de los probations officers, y que se conciliase con el sistema continental europeo de suspensión de la ejecu-

(1) Dorado. Ob. cit. T. 2, pág. 205.

(2) Dorado. Ob. cit. T. 2, pág. 220.

ción de la pena ya pronunciada, que como hemos visto no tiene el inconveniente que presenta el de la suspensión del pronunciamiento de la condena, sería el tipo ideal de la institución.

La condena condicional^{en} esta forma, al mismo tiempo que ejercería efectos intimidativos, que deben constituir su finalidad principal, sobre el condenado, por el temor a la aplicación de la pena, tendría fines evidentes de reforma y protección del mismo.

El condenado condicionalmente no queda así abandonado a sus propios esfuerzos, sin una mano que le ayude a lograr su regeneración.

La ley del Estado de Massachussets del año 1900 representa la combinación de ambos sistemas.

5º- Se han formulado algunas objeciones a la condena condicional.

Algunos⁽¹⁾ alegan que viola el principio de la justicia absoluta. Esta observación no es equivocada, pues evidentemente, ~~xxxxx~~ la condena condicional no puede coexistir con los principios de la expiación y retribución, pero cabe advertir, que ellos deben ser sacrificados al de la utilidad; y hoy, que el derecho penal, se torna de represivo a preventivo, carece de interés tal objeción.

Se anota que la condena condicional, va contra los fines de la prevención colectiva, pero como hemos dicho antes, es el caso de sacrificarlos, a los fines de la prevención individual, cuando como aquí, puede producir una disminución mayor de la criminalidad. A este respecto, Cuche, dice que la "estadística demuestra que si algunos individuos han tenido presente antes de delinquir la primera vez la posibilidad de obtener la suspensión de la condena, su número es, sin embargo, muy inferior al de los delincuentes primarios, condenados condicionalmente que no han reincidido, y que probablemente hubieran recaído en el delito si con la permanencia corruptora en la prisión se les hubiese impuesto a su salida el estigma de los licenciados del presidio."⁽²⁾

Se observa también que el arbitrio que se otorga a los jueces para conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena, puede dar lugar a abusos de parte de los mismos. Desde este punto de vista, todo el

(1) Ferri. Ob. cit., T. 2º pág. 328, cita a Kirchenheim y de Wach entre ellos.

(2) Cit. por Cuello Calón. "Penología!" Ob. cit. pág. 228.-

derecho penal moderno, que acuerda amplias facultades a los jueces para individualizar la pena, fallaría por su base, pero es que, debe contarse con que éstos harán un prudente uso de su arbitrio, como lo han hecho hasta ahora.

Se objeta que la condena condicional, especialmente en el tipo continental europeo, "se funda en un enorme error: la determinación a priori de la carencia de peligro de ciertos criminales". "El acto insignificante de un delincuente primario - se dice - puede ser un paréntesis aislado en su vida, pero también puede ser el síntoma primero de su estado peligroso de naturaleza continua. Esto a priori no puede decidirse. Renunciar, en tal caso, a la medida correctiva, educadora y de defensa que la pena representa, es aumentar la criminalidad en lugar de restringirla".⁽¹⁾

A esto, podemos contestar con el Dr. González Roura,⁽²⁾ "que prácticamente esta objeción es excesiva". "Primero, porque el delincuente primario en delitos leves será peligroso por excepción, y segundo, porque sometido a la prueba vigilada, el peligro de reincidencia disminuye".

Otra objeción que se hace a la condena condicional es la de que olvida a las víctimas del delito. Dice Ferri⁽³⁾, que "desde este punto de vista la condena condicional es la antítesis de un progreso en el estado actual; porque la parte ofendida no tendrá siquiera, en los casos de lesiones, robos, etc., la satisfacción de ver sufrir la pena al ofensor. Y no se diga con Flayer, que la pena aunque condicional, es siempre una pena, que implica la desaprobación de la autoridad pública, que lleva tras de sí la reincidencia, y que, en todo caso, permanece suspendida sobre la cabeza del condenado hasta la expiración de un término fijo. Estas son cosas bellas; salvo la reincidencia, que supone una repetición poco consoladora del delito de parte de aquel que ha sido condenado condicionalmente, lo cual no puede dar más que una satisfacción mediocre a las víctimas del primer delito; pero a la par estas cosas están en el aire y son meras teorías: lo que hay de positivo y real para la parte ofendida es que el autor del daño queda impune. Los delincuentes de ocasión merecen consideraciones, atendiendo a una prevención especial; pero las gentes honradas que han sufrido por su culpa, merecen más consideraciones todavía." Con arreglo a esto, sostiene Ferri, no lo propuesto por Garófalo "que la condena condicional

(1) Jiménez de Asúa. "La Política Criminal". Ob. cit. pág. 86.

(2) González Roura. Ob. cit. T. 2, pág. 215.

(3) Ferri. Ob. cit. T. 2 pág. 331.

deba ser sometida al consentimiento de la parte lesionada, sino que no debe concederse más que cuando ha sido cumplida o asegurada por parte del delincuente, la reparación de los daños, hecha por él, sea directamente al ofendido, sea al Estado que habrá ya indemnizado a éste."

DA esta objeción podría contestarse que "en los países civilizados, la penalidad no puede inspirarse en la satisfacción del sentimiento de venganza experimentado por la víctima del delito".⁽¹⁾ En todo caso, los beneficios de la suspensión no deben comprender al resarcimiento del daño, como lo resuelve nuestro Código, quedando pues a salvo los derechos del lesionado sobre ello. Gautier⁽²⁾ propone que se conceda la condena condicional aunque la reparación no se haya hecho efectiva, pero amenazando con revocarla en el caso en que el delincuente no hiciera todo lo posible para indemnizar en un término dado, al que sufrió las consecuencias del delito. Esta es una forma de solucionar también la cuestión, conciliando los intereses sociales, y los de la víctima del delito.

6°- En general, se acepta que la condena condicional sea acordada únicamente a los delincuentes primarios. Desde luego, si alguna ley como la de Massachusets de 1900 la hace extensiva a toda clase de delincuentes, en la práctica, los jueces usan de su facultad solamente cuando se trata de delincuentes primarios autores de pequeños delitos y contravenciones.⁽³⁾

Por lo demás, este beneficio, como se le ha propuesto,⁽⁴⁾ debe ser concedido a los delincuentes ocasionales, y no a aquellos que demuestran una tendencia al crimen, aún cuando no sea avanzada. Al Juez corresponderá apreciar las circunstancias del caso que permitan determinar la personalidad moral del delincuente, y su grado de peligrosidad, a fin de concederle o no la suspensión, debiendo ser en todo caso facultativo del Juez.

7°- En cuanto a las penas cuya ejecución se suspende, debe anotarse en primer término la privativa de la libertad de corta duración, ya que precisamente, la condena condicional, tiende a evitar los perniciosos efectos de dicha pena sobre los delincuentes primarios. El tipo europeo de la primera hora, redujo a esta pena el beneficio de la condena condicional. Según la tendencia que existe hoy en las legislaciones, la condena condicional, también podrá ser concedida en caso de pena de multa. Francia, Italia,

(1) Cuello Galón. "Penología"/Ob. cit. pág. 230.

(2) Gautier "La Reunion de la société suisse, etc. en S.Z. für Strafrecht, T. XIV. 1901, pág. 413. Cit. por Jiménez de Asúa. "La Unificación del Derecho Penal en Suiza. Ob. cit. pág. 340.-"

(3) T. Perrin. Cit. por Jiménez de Asúa. "La Política Criminal". Ob. cit. p. 235

(4) Von Liszt. Ob. cit. T. 2, pág. 17.- Prins. "Criminalidad y Represión" Ob. cit. pág. 57.- Ferri. Ob. cit. T. 2, pág. 325.- Ingenieros. Ob. cit. pág. 234., etc.

Noruega, etc, así lo han establecido, y entre los proyectos modernos que siguen esta tendencia, puede contarse el austriaco; el servio, el sueco, indirectamente, al comprender la prisión impuesta subsidiariamente por multa no satisfecha.

Nuestro Código Penal en vigencia ha adoptado este criterio, lo que encontramos acertado, pues, no existe motivo serio para reducir la suspensión a las penas privativas de la libertad y no a las penas de multa. Bien se expresa a este respecto la Exposición de Motivos de la Comisión Penal y Carcelaria de la H. Cámara de Diputados: "Esa divergencia puede dar lugar a notorias injusticias que deben evitarse. Así, una persona condenada a un año de prisión, puede liberarse sin encierro alguno, pues corresponde suspensión de la pena, si el tribunal lo encuentra oportuno. En cambio, otra, condenada a multa, que supone la existencia de un delito menos grave, ya que las penas privativas de la libertad se dirigen siempre a los delitos de mayor importancia, debe ser encerrada sinó paga. Para la primera es posible la exención, para la segunda no, y sin embargo, la segunda ha cometido un delito de importancia menor".

8°- El período de prueba debe ser fijado en un tiempo que permita apreciar debidamente si el condenado es acreedor en realidad a los beneficios de la suspensión que le han sido acordados.

Los proyectos suizo y alemán fijan tres a cinco años; el austriaco, dos a cinco años; el servio, uno a cinco años en caso de crimen, y uno a dos años en caso de delito; el danés, cinco años; el sueco, tres años en caso de pena privativa de libertad, y un año en caso de prisión impuesta subsidiariamente por multa no satisfecha; el proyecto italiano, de cinco a diez años. Nuestro Código determina a este respecto un tiempo igual al término para la prescripción de la pena.

9°- Creemos que la condena condicional, para que pudiera surtir los efectos deseados, tendría que estar complementada con la vigilancia del condenado por funcionarios especiales, es decir, que debiera establecerse una institución basada en la de los probations officers.

Los funcionarios mencionados, no sólo habrían de limitarse a vigilar a los individuos sometidos a prueba, sinó también a tutelarlos en cuanto fuera necesario. De esta manera, podría abrigarse mayores esperanzas de que el sujeto no sería un reincidente. En casos especiales, en los que los jueces considerasen inútil o inoportuna la vigilancia, podría el condenado condicionalmente, quedar sometido a sí mismo.

Los beneficios de la suspensión quedarían sin efecto, no sólo por reincidencia, sino cuando la conducta del individuo hiciera presumir que incurriría en nuevo delito si continuara en libertad.

III - La pena de multa para los delincuentes momentáneos, es, en ciertos casos, más conveniente que la privación de libertad, pues ejerce un efecto intimidativo que bastará para prevenir la reincidencia. Los portavoces de la nueva escuela de Política Criminal la recomiendan. Von Liszt, sostiene que un empleo más grande de la multa, promete un buen resultado, cuando se adapte a la situación de fortuna del condenado, y cuando se excluya en lo posible, su transformación en pena de privación de la libertad.⁽¹⁾

Prins, determina entre las penas apropiadas para los delincuentes ocasionales, multa, que será según el grado de solvencia del delincuente.⁽²⁾

Entre los representantes de la Escuela Positiva Italiana, Lombroso⁽³⁾ señala la multa para los delincuentes ocasionales, en caso de reincidencias repetidas, debiendo ir añadida a la reparación del daño.

La pena de multa es recomendable, por cuanto se evita en casos especiales, la prisión, con la ventaja de que, dicha pena no estigmatiza al que ha sido condenado a la misma, como ocurre con la privativa de la libertad.

Pero es necesario que se adapte a la condición pecuniaria del penado, y se evite en cuanto sea posible, su transformación en pena de prisión.

Para solucionar lo primero, se ha propuesto entre otras formas, tomar como base la cuota de contribución que paga el individuo. Y con respecto a la insolvencia en que pudieran encontrarse los delincuentes, es conveniente, antes de decretar la prisión, facilitar al reo, el pago de la multa, concediéndole para ello, plazo amplio, y autorizándolo para abonar por cuotas, según su estado económico. También en casos de gran insolvencia, que fueran inútiles las anteriores facilidades, puede autorizarse al penado a pagar la multa mediante la prestación de un trabajo.

Nuestro Código vigente legisla la multa de acuerdo con los principios más adelantados. Dispone que el importe se fije de acuerdo con la situación económica del penado y que antes de transformar la multa en prisión, el tribunal debe procurar la satisfacción de la primera en esta forma: 1° Haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos, u otras entra-

(1) Von Liszt. "Tratado de Derecho Penal." Ob. cit. T. 2, pág. 19.

(2) Prins. "Criminalidad y Represión". Ob. cit. pág. 57.

(3) Lombroso. Ob. cit. pág. 561.

das del condenado. 2º Autorizando al condenado a amortizar la pena pecuniaria mediante el trabajo libre, siempre que se presente ocasión para ello. 3º Autorizando al condenado a pagar la multa por cuotas, debiendo fijarse el monto y las fechas de los pagos, según la condición económica de aquel.

IV. En los casos en que deba ser aplicada al delincuente ocasional una pena privativa de libertad de corta duración, nunca debe ser puesto en la cárcel, en contacto con delincuentes habituales o profesionales, pues ello podría serle pernicioso. El régimen de la pena debe ser distinto, al que se adopta con éstos, teniendo en cuenta que estas penas deben tener una finalidad más intimidativa que correctiva. El aislamiento celular es conveniente a este respecto, pues, aparte de que lo aísla de otros delincuentes, es posible obtener con él, un efecto de intimidación.

En caso de que por la gravedad del delito no pudiese ser concedida la condena condicional, dado que no le correspondiera una pena de corta duración, opinamos que sería conveniente la sentencia relativamente indeterminada. (1) El ocasional estaría también separado de los otros delincuentes de distinta naturaleza, ya que el régimen para con ellos no tendría que ser tan severo. La colonia agrícola o el taller industrial son adecuados para el cumplimiento de las penas por estos delincuentes.-

--

-

Capítulo sexto

Reincidentes, profesionales y habituales

-

I - La reincidencia es uno de los problemas más importantes cuya solución preocupa a los penalistas. Es que, constantemente aumenta el número de reincidentes, como lo demuestran las estadísticas (2) de algunos países, pudiendo quizás decirse, que tal circunstancia constituye un fenómeno universal. (3)

La gravedad del problema, se pone de manifiesto, si se tiene en cuenta, que los Gobiernos han llevado a la práctica, medios como la deportación, utilizada en grande escala en algunos países europeos, con los cuales se ha procurado detener el avance de la reincidencia sin que ellos dieran el resultado apetecido.

 Nuestro país desgraciadamente, no se encuentra fuera del círculo

(1) La sentencia indeterminada la tratamos en el capítulo 6º

(2) Cuello Galón. "Penología". Ob. cit. pág. 342. Brins. "Criminalidad y Repre-

si3n"/Ob. cit.p3g. 5. Jim3nez de As3a."La sentencia indeterminada", Ob. cit. p3g. 2.

(3) Herrera.Ob. cit.p3g. 339.

viciado. Los autores hacen notar que aquí también crece la reincidencia, a pesar de que no pueda hacerse una perfecta constatación por la falta de elementos estadísticos exactos y suficientes que nos den las cifras respectivas con relación a todo el territorio del país. La carencia de una oficina central de identificación, tan indispensable, hace que no pueda saberse si un procesado, juzgado en la Capital Federal por ejemplo, tiene antecedentes judiciales en otro punto del país. En el mes de Agosto del corriente año 1924, el diputado nacional Doctor Leopoldo Bard, ha presentado al cuerpo de que forma parte, un interesante proyecto sobre creación del Registro Nacional de Identificación General y Estadística Criminal.-

Se han realizado estudios del problema, que se manifiestan en numerosas obras científicas, y en Congresos Penitenciarios que se vienen sucediendo desde la segunda mitad del siglo XIX, entre ellos los celebrados por la "Unión Internacional de Derecho Penal" en Bruselas (1889), Berna (1890), Cristianía (1891), París (1893), Amberes (1894), Hamburgo (1905), Bruselas (1910) y Copenhague (1913). (1)

Los modernos proyectos de Códigos penales de algunas naciones del viejo continente adoptan en general contra los reincidentes, las medidas que constituyen el fruto de ese movimiento reformador, y es posible que en futuro próximo puedan constatarse si ellas han sido acertadas.-

II -Son diversas las causas que influyen en la repetición de los delitos por un mismo delincuente.-

Unas radican en la propia individualidad del agente, otras en cambio, particularmente las sociales, están fuera de él, pero obran ^{sobre} su temperamento conduciéndolo hacia el delito.-

No es nuestro propósito realizar un estudio de los numerosos factores que causan la reincidencia, y que hacen necesario un amplio desarrollo de medidas de carácter profiláctico que vayan a atacar la producción del delito en su propia raíz. Los gobiernos tienen en ello un formidable campo de acción, pudiendo desenvolver todo un programa preventivo del delito.-

Dentro de este cúmulo de factores que influyen en la reincidencia, tienen su importancia capital, los sistemas de penalidad y los regímenes carcelarios malos, que no oponen un serio obstáculo a la inclinación criminal de los penados, por estar contruidos sobre erróneos principios científicos. De esta manera, en vez de realizar una misión constructiva sobre

(1) Gu. ello Galón. "Penología". Ob. cit. pag. 342

la moralidad del delincuente, arriman otro haz a la hoguera de corrupción.

El abuso de las penas de cárcel de corto tiempo tiene una culpa prominente en el mal de la reincidencia. Muchos autores se han pronunciado por ello en contra de la aplicación de tales penas, las cuales ni sirven para corregir al delincuente, ni ofrecen a la sociedad suficiente garantía de defensa.

En efecto, ¿qué influencia bienhechora pueden ejercer los repetidos y cortos encarcelamientos sobre un individuo con tendencias al delito? Acaso, después de cumplida la pena, ¿no vuelve a actuar en el mismo ambiente, que quizás lo llevó a infringir la ley penal, a cultivar sus anteriores relaciones, aumentadas ahora con aquellas que conquistó en la cárcel? La amenaza de una nueva reincidencia penderá sobre el orden social, y fatalmente habrá de consumarse.

Ya en el Congreso de Stokolmo de 1878 se declaraba la conveniencia de emplear menos frecuentemente las penas de corta duración contra los habituales⁽¹⁾. El ponente canadiense había dicho en su dictámen: "las penas de corta duración, repitiéndose, aumentan el número de delitos. Después de una primera condena, una buena parte de los prisioneros de esta categoría, llegan a ser delincuentes de profesión".⁽²⁾

Es absurdo creer que una pena de corto tiempo pueda intimidar a un delincuente no accidental.

El reincidente, por el solo hecho de delinquir otra vez, ya pone de manifiesto, generalmente cierto grado de inclinación criminosa, que quizás no existe en un delincuente de ocasión, demostrando así, el poco efecto que le ha causado la primer condena cumplida. El reincidente termina por acostumbrarse a la cárcel, y muchas veces hasta procura ingresar a ella por encontrar allí la solución de un momento difícil de su vida.

Más absurdo todavía es creer en la eficacia reformadora de estas penas. Si ha de procurarse la corrección del delincuente, es imposible pensar que ese resultado podrá obtenerse con una pasajera estancia en la cárcel. Entre los principios fundamentales de los métodos modernos fijados por el Congreso de Washington de 1910, figura el que se consigna en su cuarta proposición, en la que se expresa que "el sistema reformativo es

(1) Jiménez de Asúa. "Sentencia Indeterminada". Ob. cit. pág. 31.

(2) Ferri. "Sociología Criminal". Ob. cit. T. 2º, pág. 313.

incompatible con la aplicación de penas de corta duración; un período relativamente largo de tratamiento reformativo es mucho más benéfico que las repetidas condenas a breve término, aún bajo más severas condiciones⁽¹⁾.

Y si no es posible intimidar, ni corregir a un delincuente de esta naturaleza con tales penas, ¿se defiende la sociedad con la repetida aplicación de las mismas? ¿Evita acaso nuevos delitos? Si se creyera, diríamos, utilizando la significativa expresión de Prins⁽²⁾ que ello sería cándido.

Un defectuoso régimen carcelario es causa también de la reincidencia, razón por la cual, los Gobiernos deben preocuparse de darle una organización acertada.

III - Un delincuente primario, puede no ser un sugeto peligroso. Por eso es que la Sociedad, apartándose de todo principio de expiación y retribución no le aplica, a veces, la pena, por no encontrar razón útil en hacerlo, pues ~~si~~ no hay reo que corregir, intimidar, o eliminar, y por ende, es innecesario defenderse por la pena contra el mismo. La Sociedad halla en el perdón, o en la condena condicional, o en otras medidas semejantes, mayor utilidad que la que le reportaría la ejecución de una pena privativa de libertad.

Pero, cuando se trata de un reincidente, las cosas cambian. El sólo hecho de delinquir por segunda vez puede ya revelar en su autor, una inclinación hacia el delito, que lo hace en cierta manera peligroso. La primer condena no le ha producido el efecto moralizador buscado, evidenciando con ello sus malas tendencias, que persisten no obstante la advertencia antes hecha, o la pena sufrida.

No es el caso de que la Sociedad recurra a las mismas armas cuya ineficacia ha sido puesta de manifiesto para contrarrestar los nuevos ataques de ese delincuente. Por lo menos, la medida de la defensa deberá ser mayor.

Si se descuida la aplicación de la penalidad adecuada, no sería extraño que el sugeto ya reincidente incurra en nuevas recaídas, y llegue por virtud de las mismas y de su género de vida a ser un profesional del delito, o un delincuente por hábito adquirido, entrando así en la clase

(1) Cit. por Ingenieros . Ob. cit. pág. 264.

(2) Prins. "Defensa Social". Ob. cit. pág. 107.

criminal realmente peligrosa. La probabilidad de la corrección mediante una pena reformadora se habría alejado o extinguido, La incorregibilidad de algunos de estos delincuentes reclamaría medidas particulares de mayor seriedad y eficacia para asegurar la defensa de la Sociedad.-

Debemos hacer notar aquí, ya que es el caso, de que el reincidente puede no ser un delincuente habitual o profesional. El delincuente por hábito tiene una persistente tendencia al delito⁽¹⁾. El profesional es aquel que adopta el delito como modus vivendi⁽²⁾.-

En general, es preciso tener presente que el reincidente es un sujeto cuya peligrosidad en mayor o menor grado se encuentra demostrada. Desde luego, la clase más peligrosa, es la de los profesionales, la de los incorregibles, los empedernidos, esa que ha sido calificada como "la gran tribu rebelde"⁽³⁾.-

IV - Es menester combatir la reincidencia con todas las medidas apropiadas. Creemos que la aplicación de la condena condicional a los delincuentes primarios cuando corresponda puede contribuir a evitar con verdadera eficacia la reincidencia. Una asertada legislación con respecto a la delincuencia juvenil produciría también consecuencias saludables en este sentido.-

V - La reincidencia ha sido considerada por las modernas leyes penales como una circunstancia agravante que demande la aplicación de una pena más severa. Algunos autores consideran que ello no es compatible con el principio expiacionista, pues si la pena del delito anterior ya ha sido purgada, si el reo ha pagado la deuda que contrajo al cometer la primer infracción, no es posible hacérsela expiar nuevamente.-

Estos argumentos se derrumban, cuando se contempla la cuestión desde el punto de vista de la defensa y utilidad social, que considera a la persistencia en el delito como una demostración de la temibilidad del delincuente contra el cual es necesario armarse. La sociedad, no lo penará para castigarle sino para defenderse, y no es posible garantizar esa defensa, proporcionando la pena al nuevo delito cometido, sin tener en cuenta los antecedentes del reo que exigen una pena más enérgica.-

Uno de los criterios básicos para crear el sistema de penalidad de los reincidentes es entonces, aquel que reclama una pena no proporcio-

(1) Gonzalez Roura. Ob. cit. T.2 pag 104

(2) Gonzalez Roura. " " " 2 " 104

(3) Prins. "Criminalidad y represión" pag.11 Ob.cit.

nada al delito cometido, sino al estado peligroso del agente. Bajo este aspecto, es fácil concebir que las reincidencias puedan ser consideradas como una circunstancia agravante que influya en la elevación del tiempo de la pena, y hasta en la aplicación de una pena de distinta calidad, e naturaleza.-

Y aquí debemos hacer constar que no solo la reincidencia específica, sino también la genérica, puede constituir una circunstancia que al revelar una mayor peligrosidad en el sujeto, exija la aplicación de una pena más severa, pues, si bien es cierto que la repetición de un delito de la misma especie implica en su autor cierta tendencia a la profesionalidad; el autor de delitos distintos, cometidos con escaso intervalo de tiempo, demuestra poseer mayor inteligencia e inclinación al delito, "no teniendo un solo impulso sino varios" (1), siendo en consecuencia tan peligroso como aquel. Es por eso que consideramos que para nuestra legislación penal, reportó un progreso el art.15 de la ley de Reformas de 1903, al introducir como agravante la reincidencia general, modificando así el inc.20 del art. 84 del Cod. entonces en vigencia que solo consideraba la reincidencia específica. El art. 50 del Código en vigor ha asegurado el concepto de la reincidencia en ese sentido.-

La reincidencia pues, sea genérica o específica, representa un valor para la individualización de la pena, que es uno de los objetivos de una buena política criminal.-

VI - Los reincidentes deben ser considerados según ofrezcan probabilidades de corrección, o sean incorregibles. Generalmente es necesario suponer adaptable a la vida social, a todo aquel que incurre por primera o segunda vez en reincidencia, a no ser que se trate de un criminal de aquellos que Von Liszt⁽²⁾ llama "criminales por naturaleza con arraigada inclinación al crimen", a los cuales hay que tratarlos como incorregibles con la sola co-misión del primer delito cuando éste, dada su gravedad, constituye el síntoma revelador de ese profundo sentimiento delictuoso.-

Cuando un delincuente persiste en frecuentes y repetidas reincidencias, demostrando que las anteriores penas sufridas no han bastado para apartarle de la senda del crimen, entonces es necesario suponer que las probabilidades de corrección son ínfimas o han desaparecido por comple-

(1) Lombroso "Tróppo presto". pag. 18 Cit. por R.Rivarola ob.cit. pag 506

(2) Von Liszt. Tratado de Der. Penal. Ob. cit. T.2º pag.19

to. O es un verdadero profesional del delito para el que ya es inútil toda tentativa de mejora, o es un habitual incorregible, con el que nada se conseguirá con insistir aplicándole la teoría de la enmienda.-

Debe dividirse pues a los reincidentes, y delincuentes por estado, en dos grupos: los corregibles y los incorregibles, y tratárseles de acuerdo con ello.-

No todos los penalistas admiten la teoría de la incorregibilidad. El Congreso Penitenciario Internacional de San Petersburgo de 1890, rechazó la idea de que existan delincuentes incorregibles; opinión que fué sustentada también por el Congreso Penitenciario de Washington de 1910. El profesor Jiménez de Asúa, entre otros, proclama insistentemente en su obra "La sentencia indeterminada" que todos los delincuentes son susceptibles de enmienda. Para afirmar lo contrario sería indispensable según este autor que los medios que para enmendarles se emplearan fueran verdaderos medios correctivos y educadores(1).-

No participamos de una tesis tan idealista como autorizada, pues creemos que existen delincuentes a quienes es imposible extirparles sus tendencias al crimen, por hallarse en ellos profundamente arraigadas. Puede admitirse en general, que será más probable la corrección cuando han obrado sobre la formación del sentimiento criminal del sujeto, los factores sociales, pues en tal caso la cárcel misma representa un cambio de medio. Pero, cuando la criminalidad del individuo se debe más que todo a factores individuales, cuando ella es congénita, idealismo puro es en la mayoría de los casos hablar de probabilidades de corrección.-

No negamos que gran parte del mundo criminal es corregible, por eso es que proponemos penas reformadoras para los primarios que lo requieran y para los reincidentes en general, pero no para aquellos que la intensidad de su primer delito, puede revelarlos ya grandes criminales incorregibles, o para los repetidamente reincidentes que demuestran así que la pena reformadora no les ha surtido efecto alguno.-

Sin duda, el ideal sería que todos los delincuentes fueran factibles de corrección por la pena, sinó es con la primera, con la segunda o con las subsiguientes. En teoría, es seductora una opinión tan llena de optimismo, pero en la práctica -¿será posible ensayar con el delincuente a quién no corrigiera, varias penas ya sufridas, otras y otras penas, de distinto régimen y modalidad, hasta dar con aquella que pueda producirle el ansiado efecto reformador?. Un sistema de penalidad que rechace en

(1) Ob.cit.pag 4.

absoluto la existencia de criminales incorregibles tendría que individualizar su régimen penitenciario en tal forma que en muchos casos habría que recurrir a uno especialísimo para cada penado, y que no obstante los esfuerzos y sacrificios que ello exigiría, siempre ofrecería el probable riesgo de un fracaso. No es difícil entrever las graves dificultades prácticas que presentaría la organización de semejante sistema.-

La incorregibilidad de un delincuente debe suponerse según sea su naturaleza, sus antecedentes, la mayor o menor gravedad del hecho criminal, las circunstancias que lo han rodeado, y en fin, según los distintos factores que puedan contribuir a determinar el grado de peligro que represente para la sociedad. De esta manera variará en cada caso el número de reincidencias que deban tenerse en cuenta para deducir de ello el carácter de refractario a la pena de un delincuente. Es así, como un criminal de profunda inclinación al crimen, autor de un delito grave que revele su íntima naturaleza, pueda ser considerado como incorregible aunque fuera esa su primer infracción penal. En cambio cuando se trata de delitos de menor importancia, se requerirá cierto número de reincidencias para suponer la incorregibilidad. Según nuestro código en vigencia serían corregibles a más de los reincidentes comunes, los comprendidos en el art. 51, e incorregibles los reincidentes habituales a que se refiere el art. 52, en el que se hace variar el número de reincidencias según la importancia de las condenas anteriores. Para el código serían además delincuentes incorregibles, aunque se tratara del primer delito aquellos que incurrieren en la sanción del art. 80.-

VII.- Ya hemos dicho que cuando se trata de un delincuente susceptible de reforma la función de prevención especial de la pena, debe realizarse corrigiéndolo, haciéndolo apto para la vida social, transformándolo en un ser útil así mismo y a sus semejantes.-

Bajo este criterio sostenemos que las penas que le sean aplicables deben estar organizadas en forma de que hagan factible llegar a ese fin reformador que se persiguen. La sociedad someterá a la pena a estos delincuentes no solo para defenderse en el primer momento, ya que quedaría comprometido su orden si continuasen en libertad, sino también para asegurar esa defensa en el futuro corrigiéndolo y sacando así un miembro activo del mundo criminal para incorporarlo al mundo de los honrados.-

Cuando se trata de un delincuente incorregible la finalidad de la pena debe ser la de excluirlo de la sociedad, hacerlo inocuo. Nada se conseguirá con imponerle una pena reformadora. Deben ser pasibles de una pena

de eliminación, ~~xxxxxx~~ que se le imponga desde el primer momento, y no de una medida más o menos duradera de seguridad complementaria de la pena cumplida, como quieren algunos penalistas, ⁽¹⁾ y se consigna en algunas leyes y proyectos. ⁽²⁾

En realidad, ¿qué interés puede tener la Sociedad en hacer cumplir previamente la pena que sólo transparenta en tal caso la idea de retribución para después continuar asegurando al reo liberado mediante una medida de régimen semejante al de la pena? ¿Porqué no imponer desde el primer instante una pena eliminadora única? ¿Acaso no se satisfacen ~~xxx~~ igualmente los fines de prevención especial, y se aseguran también los de la prevención general?

VIII - Las penas privativas de la libertad ocupan el primer término a nuestro juicio, entre las que se indican para el reincidente, pues si ellas han de procurar reformar al corregible, e inocuizar al incorregible, aparece como una necesidad privarles de ese primordial derecho humano, en mayor o menor grado.

Es así, como pueden tener un predominante papel reformador las penas de cárcel bien reglamentadas, en las cuales se trate de ~~xxxxxx~~ educar, instruir y habituar al trabajo al delincuente.

Entre las penas de eliminación figura en primer término la de muerte, en razón de su absolutismo, la que Garófalo ⁽³⁾ aconseja para los asesinos. La cárcel a perpetuidad es otra pena de eliminación absoluta, aún cuando no puede representar la misma seguridad de llenar su fin como la de muerte, pues el reo sometido a ella puede fugarse, o ser puesto en libertad después de cumplido cierto tiempo, de lo que nos da un ejemplo el artº 13 del Cód. Penal Argentino, que autoriza la libertad condicional después de veinte años, cuando no se trate de un reincidente.

Otra pena de eliminación, pero de caracter relativo, es la deportación, que es una variedad de las penas privativas de la libertad.

No somos partidarios de la pena de muerte, de manera que la rechazamos en absoluto. La pena de cárcel perpetua puede ser aplicable a los incorregibles de mayor temibilidad, a aquellos cuyo delito ha sido de tan intensa gravedad, que revele un sumo estado de peligro en su autor. Para los demás incorregibles, reservamos la pena de duración indeterminada.

(1) Entre otros Von Liszt y su escuela. Ob.cit.T.2º pág.19.

(2) Cód. Penal Noruego, artº 65.-Ley Inglesa de 21 de Dobre.1908, sección 2a. Proyecto austriaco (artº 39).-Anteproyecto servio (artº 40).

(3) Garófalo. "Criminología". Ob. cit. pág.498.-

da como medida de seguridad que lo excluya del seno social haciéndolo inocuo.

En cuanto a la deportación, tal como debe ser, no es conveniente en el país.

En general, creemos que el gran recurso de la política criminal para el tratamiento de los delincuentes corregibles y de la gran masa de incorregibles, lo constituye la sentencia indeterminada, de la cual pasamos a ocuparnos.

IX - a). Si la finalidad de la pena es en ciertos casos la corrección del delincuente y su readaptación a la vida social, y en otros la eliminación del mismo mientras subsista su temibilidad, es fácil advertir que no es posible establecer ciencia cierta de antemano, cuánto tiempo deberá durar aquella para que su objeto sea cumplido. No se puede fijar exactamente la medida de tiempo que necesitará un delincuente para corregirse. Si se determina, se corre indudablemente el riesgo de que llegue el día de la liberación sin que se haya enmendado, en cuyo caso se devolvería a la vida social a un ser peligroso. Puede también ocurrir, que antes de fenecido el plazo de la pena el reo se haya corregido, y sin embargo tenga que continuar encarcelado sin objeto útil alguno.

La sentencia indeterminada, que mejor debiera llamarse "condena de duración indeterminada"⁽¹⁾, porque en general es el tiempo de la pena el que no se fija en la sentencia, viene a solucionar tales absurdas situaciones, pues por ella se somete al régimen penal al autor de un delito, hasta que se haya dejado de ser peligroso para la Sociedad, y pueda por lo tanto, ser reintegrado a la misma.

Bien se vé, que, si se persigue el fin de la corrección, se impone la sentencia indeterminada, que ha sido exactamente definida por Eugene Smith como una institución en cuya virtud "la persona responsable de un delito es condenada a encarcelamiento sin término especificado, permaneciendo en prisión y sometido a un tratamiento reformador hasta que parezca estar preparada para recibir la libertad"⁽²⁾

Extendemos aún el concepto de la sentencia indeterminada, a fin de que ella no solo pueda tener su cauce dentro de las penas reformado-

(1) González Roura. Ob. cit. T.2, pág.248.

(2) Smith. "Criminal law in the United States, Correction and Prevention", Vol.I, T.2, pág.67, cit. por Exposición de Motivos de la Comisión del Senado que revisó el proyecto de Cód. Penal.

ras, sino también en las medidas de inocuización que corresponda a delincuentes peligrosos incorregibles, los que pueden ser puestos en libertad cuando se aprecie que han dejado de ser temibles. La tendencia europea al prescribir el internamiento indeterminado para los delincuentes habituales no persigue fines reformadores sino de inocuización.

Pero donde tiene esta medida su más lógico lugar, es en las penas reformativas. Por eso es que puede decirse que en la doctrina correccional, es donde la sentencia indeterminada tiene su filiación.⁽¹⁾ Ya hemos visto en el segundo capítulo⁽²⁾, que las penas, según la doctrina rööderiana no debían determinarse de antemano con rígida invariabilidad, sino que podían ser modificadas posteriormente mediante un nuevo juicio.

Con la aplicación de la sentencia indeterminada se puede asegurar definitivamente la individualización de la pena, pues ella permite "establecer clínicamente la posibilidad de reintegrar el individuo a la vida social o la necesidad de prolongar indefinidamente su secuestación".⁽³⁾

Con la doctrina de la peligrosidad del delincuente, la sentencia indeterminada se adapta en forma perfecta, más aún, si la pena no debe ser fijada en proporción ~~del~~ del delito cometido, sino ^{con} arreglo al estado peligroso de su autor, la sentencia indeterminada aparece hasta como un complemento necesario porque señala el límite indispensable de duración cuando ha cesado la peligrosidad.

La sentencia indeterminada asegura la defensa social manteniendo al hombre temible sugeto a la penalidad mientras no se haya convertido en un ser capaz de vivir entre sus semejantes y respetar sus derechos.

La sentencia indeterminada se complementa con la libertad condicional de la que luego hablaremos.

b) Los orígenes de la sentencia indeterminada se encuentran con claridad en el derecho penal eclesiástico que permitía la libertad del delincuente por la gracia del Superior, cuando se hubiere enmendado.⁽⁴⁾

(1) Quirós. Ob. cit. pág. 161.

(2) Véase página 17.

(3) Ingenieros. Ob. cit. pág. 239.

(4) J. de Asúa. "La sentencia indeterminada". Ob. cit. pág. 19.

un máximo, se hizo la salvedad de que ello sólo convendría "durante un cierto período de tiempo, hasta familiarizarse con la novedosa institución y adquirir experiencia a su respecto".

La sentencia indeterminada en su forma absoluta no ha sido admitida por las legislaciones, con la excepción ^{de la ley} N° 38 de Transvaal de 21 de Julio de 1909 que admite la indeterminación sin límite alguno para el delincuente habitual autor de delitos graves, el cual "será condenado a reclusión que se cumplirá con trabajos forzados por el tiempo que el Gobernador juzgue oportuno; no será liberado hasta que la comisión de vigilancia haya presentado al Gobernador un informe exponiendo que se puede razonablemente suponer que el delincuente habitual no cometerá más delito y que llevará una existencia útil o laboriosa, o que no está ya en estado de cometer más crímenes, o que es conveniente que sea puesto en libertad por una u otra razón". La liberación puede ser simple o condicional, a juicio del Gobernador.

Es cierto que la forma más pura de la sentencia indeterminada es la absoluta. Si en la práctica respondiese a sus fines, sería posible transformar en realidad los principios que decretan la exclusión del delincuente de la Sociedad mientras sea peligroso y hasta que deje de serlo, ya sea por su corrección lograda por el tratamiento reformativo o por razones de otra índole. Por eso es que, en principio, somos partidarios de esta forma de indeterminación, pues encontramos en ella el eje de la verdadera individualización penal. Pero en la práctica su aplicación en determinado momento o lugar presentaría serias dificultades por la resistencia que se le pudiera oponer en vista de la poca relación que guarda con el concepto retributivo de la pena, que aún se conserva en el sentido común de las sociedades, y que la haría aparecer como una institución verdaderamente revolucionaria.

Por estas razones, es conveniente que su implantación en el país se haga paulatinamente conforme a la familiaridad que se adquiere con la institución, y a medida que las ideas respecto de la pena vayan armonizando con ella. Esto permitiría también ir formando experiencia con el funcionamiento de la medida, que por cierto exige una buena organización carcelaria, dotada de empleados competentes.

Deseamos que llegue el día en que las circunstancias permitan que la sentencia indeterminada en su forma absoluta se poseione de

la dinámica penal, porque la defensa de la sociedad encontrará en ella su más lógica expresión.

e) La sentencia relativamente indeterminada es la que cuenta con más numerosos y entusiastas partidarios y la que ha sido acogida en las legislaciones.

La fijación del mínimo responde generalmente a la necesidad de satisfacer la idea de sanción, pues de esta manera se asegura la no liberación del reo antes de que haya cumplido el tiempo que se considere indispensable para que el delito quede purgado.

La determinación del máximo por su parte, tiende a evitar que se vulneren los derechos individuales con detenciones que resulten arbitrarias por su prolongación más allá de lo que sea necesaria y pudiendo de tal manera llegar a ser perpetua.

Estas razones pesan suficientemente para que la forma relativa con mínimo y máximo sea la más acogida por los autores, entre los que figuran Von Liszt y Van Hamel, dos de los fundadores de la "Unión Internacional de Derecho Penal". Es esta la forma que impera en las legislaciones. ~~Es esta~~

El máximo puede ser legal, debiendo el mínimo ser fijado por el Juez, o vice-versa, o ser indeterminado uno y determinarse el otro por la ley o por el Juez.

La ley puede fijar el mínimo y máximo, y el Juez determinar dentro de ellos la duración exacta de la pena, pero esto no es propiamente la sentencia indeterminada, sino un sistema de arbitrariedad judicial.

Ya hemos hecho nuestra salvedad con respecto a la indeterminación absoluta, a la que nos hemos adherido por considerarla la más de acuerdo con los principios científicos y con el concepto que tenemos de la finalidad de la pena, pero razones oportunistas, nos obligan a aconsejar la adopción de la forma relativa, de la siguiente manera:

Tratándose de delincuentes corregibles, la ley determinará un máximo lejano, que tendría por objeto asegurar en cierto momento la liberación de aquellos evitando así el abuso de las detenciones arbitrarias con la consiguiente vulneración a los derechos individuales. De esta manera habrá amplio margen para que la reforma y readaptación social de los condenados pueda efectuarse, conciliándose así el fin de correc-

ción de la pena con la observación que se hace con respecto a los derechos individuales de aquellos. El Juez fijará lo más exactamente posible el mínimo de tiempo que considere indispensable para la corrección del penado, teniendo en cuenta todas las circunstancias que puedan ser demostrativas del grado de su peligrosidad, la mayor o menor gravedad del mismo, los antecedentes de aquel, el número de reincidencias anteriores, etc, etc. Se evitaría así que el reo fuese puesto en libertad en cualquier momento, por razones ajenas a su corrección y al mismo tiempo se asegurarían los fines de prevención general, desde que la fijación de este mínimo, sería sentido como una amenaza por aquellos susceptibles de intimidación.-

Para los incorregibles, el sistema sería distinto: la ley fijaría un mínimo alto, y habría indeterminación en cuanto al máximo. El mínimo en este caso asegurará la eliminación de la sociedad, de los individuos que se consideran peligrosos e inadaptables, por lo menos durante un tiempo que al ser suficientemente largo ofrezca una garantía a la Sociedad de que no será perturbado su orden por nuevos ataques de aquellos. En cuanto a la indeterminación del máximo, no podría ofrecer los mismos reparos que con respecto a los corregibles, por cuanto se trata aquí de delincuentes que se consideran refractarios a la enmienda, y que por lo general, ya han sufrido con anterioridad, penas reformadoras sin resultado eficaz. Puede arriesgarse algún derecho individual de determinados delincuentes, si en general la Sociedad tiene la garantía de que no volverá a su seno un sujeto peligroso, como ocurriría con el cumplimiento de un término máximo si éste se fijare. El incorregible se reincorporará a la Sociedad, si ha dejado de ser temible después de llegado el término mínimo; de otra manera continuará excluido indefinidamente.

f) Se han formulado algunas objeciones a la pena de duración indeterminada, las cuales se refieren sobre todo al sistema absoluto. Una deriva del principio retributivo, alegándose que está en contradicción con él, desde que el reo puede ser liberado sin que la idea de sanción quede satisfecha.

Tarde, entre los partidarios de la retribución dice que: "como la pena es el salario del delito, y como los salarios no tienden a la

indeterminación, tampoco la pena debe ser indeterminada" ⁽¹⁾. La fijación del mínimo zanja estas dificultades.

Otra objeción se hace por los partidarios del fin de prevención general de la pena, pues consideran que no es posible intimidar cuando no es conocida anticipadamente la dosis de aquella. Hemos ya expresado que en todo buen sistema penal, los fines de prevención general deben ceder a los de prevención especial, porque así es posible llevar una lucha eficaz contra la delincuencia, de manera que este argumento carece de consistencia. Por otra parte, aún cuando no se conozca la dosis de la pena, se sabe que la sentencia indeterminada importa una privación de libertad por un tiempo que puede ser largo, lo que será sentido como una amenaza por aquellos delincuentes susceptibles de intimidación.

Se objeta también a la nueva institución, que ataca los derechos de igualdad de los individuos ante la ley, pues por un mismo delito, unos pueden sufrir una detención más duradera que otros. Este argumento se desploma ante la necesidad de la individualización de la pena, que es una de las bases fundamentales del derecho penal en formación. Además la igualdad existirá en cuanto la medida de la pena sea equivalente al grado de peligro que represente el criminal. La sentencia indeterminada surtirá su efecto mientras subsista la temibilidad del delincuente, y este principio a todos los regirá por igual.

Otro reparo que se opone a la sentencia indeterminada consiste en que ataca los derechos de libertad individual, pues ellos quedarían supeditados al arbitrio de los jueces o de las autoridades administrativas. Esta objeción es la más importante ⁽¹⁾ y los que la sostienen forman legión. Algunos como Cathrein ⁽²⁾, llegan a afirmar que de delegación en delegación, la facultad de determinar cuando ha llegado el momento de liberar al reo, va a parar a manos del empleado de la cárcel, lo que hace que el autor se haga la siguiente conjetura: "¡Estas son las "seguridades" con las cuales se quiere garantizar la libertad individual! Yo tengo para mí, que el que defiende en serio tal procedimiento criminal, tiene muy bajo concepto de la dignidad y la libertad

(1) Jiménez de Asúa. "La sentencia indeterminada". Ob. cit. pág. 138.

(2) O. Victor Cathrein. "Principios fundamentales del Derecho Penal". Trad. por el P. José M. S. de Tejada. Barcelona. MCMXI. pág. 230 y 231.

personal".

A esta objeción se puede contestar que ella nace de escrúpulos ~~que~~ " inherentes a las tradiciones de las civilizaciones anticuadas que atañen sólo a la forma, y las cuales no se experimentan en los países jóvenes. Ni en Estados Unidos, ni en Australia, ni en Transvaal, ni en Nueva Zelanda, se protesta contra una legislación que consagra la sentencia indeterminada", en donde "no tienen sin embargo menos respeto para la libertad individual que los demás pueblos". "Sólo que los legisladores de estos países estiman que se pueden garantizar los derechos individuales contra las probabilidades de error"⁽¹⁾ tomando ciertas precauciones.

Refiriéndose al argumento en que se basa la objeción que tratamos, dice Dorado,⁽²⁾ que es uno de esos argumentos que por probar demasiado no prueban nada. "Pues ¿no hay acaso alguna pena - agrega - no ya tan solo de las indeterminadas, sino aún de las más determinadas y circunscriptas, que no implique algún ataque o merma, efectiva o posible de uno de los derechos del hombre, y un peligro, por lo tanto, para las libertades de éste?. Si toda pena supone necesariamente, según oímos o leemos a todas horas, la privación de algún bien que corresponde a quién la sufre, ¿cómo penar, ni con pena determinada ni con una indeterminada, sin hacer daño alguno al sujeto pasivo de ella, y sin ponerlo más o menos sumisa y completamente a merced de la autoridad revestida del poder punitivo?. Pero ya se sabe que el denominado interés social no tropieza en estos reparos; y desde el momento que ese interés anda de por medio, tiene que ceder ante el mismo todo interés o derecho individual, por muy respetable que se le suponga."

El derecho penal fijo de la Revolución Francesa tuvo razón de ser en su época, pues se trataba de poner un freno a los excesivos abusos de los jueces, pero hoy, que los tiempos han cambiado, y que se va enseñoreando de la ley penal el concepto de la individualización, es necesario que el arbitrio judicial sea lo suficientemente amplio para que aquel pueda convertirse en una efectiva realidad.

La fijación del máximo tiende a evitar los escrúpulos que a pesar de todo se mantienen, pero llegará un momento en que por virtud de

(1) Prins. "Defensa Social". Ob. cit. págs. 130 y 131.

(2) Dorado. "Derecho Protector de los criminales". Ob. cit. T. 2, pág. 36.

una favorable evolución de las ideas, aquellos desaparezcan y pueda aplicarse la sentencia indeterminada en toda su integridad.

Se objeta a la nueva medida penal que no podrá llevar en debida forma su fin por cuanto es dificultoso y en muchos casos imposible constatar la corrección de los penados. A esto puede responderse que los inconvenientes se subsanan con una buena organización carcelaria, dotada de un personal competente en la materia y mediante una continua observación de los reos. Como en cualquier paso de la vida las probabilidades de corrección las darían los signos exteriores, las revelaciones diarias, los tanteos y las experiencias repetidas. (1)

g) Son divergentes las opiniones acerca de qué delincuentes serán objetos de la aplicación de la sentencia indeterminada.

Unos entienden que solo los necesitados y susceptibles de reforma, pues si el fundamento de la sentencia indeterminada radica en la enmienda del culpable, sería inútil aplicarla a los incorregibles. Otros, en cambio, opinan que sólo los sujetos más peligrosos pueden ser pasibles de ella, en cuyo caso le asignan un carácter de medida de seguridad. Hay quienes la sostienen para los menores, para los ocasionales a los que no basta una pena de advertencia, para los locos, para los vagos y mendigos, etc.

El Congreso de Washington de 1910 que trató expresamente el punto, declaró que debería ser aplicada a las personas moral y mentalmente defectuosas, y como parte importante de un sistema educativo, a los delincuentes - sobre todo jóvenes - que requieren tratamiento educacional y cuyos crímenes se deben, principalmente a circunstancias individuales.

Algunos autores, más decididos partidarios de la institución, pretenden que deba ser aplicada a todos los delincuentes. Jiménez de Asúa (2), sólo excluye a los reos políticos.

En cuanto interesa a este capítulo ya hemos expuesto nuestra opinión, sosteniendo la bondad de la sentencia indeterminada para los delincuentes susceptibles y necesitados de reforma, y para los peligrosos incorregibles a quienes no corresponda la perpetuidad en la perpetuidad en la pena respectiva; y a los cuales se les someterá a la pena de duración indefinida como medida de seguridad hasta tanto desapa-

(1) Quirós. Ob. cit. pág. 166.

(2) "La sentencia indeterminada". Ob. cit. pág. 130.

rezca el estado peligroso de los mismos.

h) En Estados Unidos de N. América la sentencia indeterminada se ha abierto ancho campo, teniendo en los diversos Estados que la han acogido una finalidad predominantemente reformadora. La duración de la pena tiene en todos ellos un límite máximo, y en algunos también un mínimo.

En Europa, la sentencia indeterminada adopta un carácter de medida de seguridad, no teniendo finalidad reformadora sino cuando se trata de vagos y menores. Tiende a inocular a los delincuentes habituales mediante un internado de seguridad, y a curar a los patológicos o bebedores.

Tratándose de delincuentes habituales o profesionales, la sentencia indeterminada es impuesta, o como complemento de la pena una vez cumplida ésta (Cód. Penal Noruego; Ley Inglesa de 21 de Diciembre de 1908; Proyecto Austriaco; Anteproyecto Servio); o en lugar de la pena, (Anteproyectos Suizo y Sueco). Éste último es el más acertado.

X - a) Otro de los medios ~~que~~ a que se ha recurrido para combatir la reincidencia es la deportación, la que aún cuando, de difícil definición, por las variedades que presenta, puede decirse que consiste en el envío de ciertos delincuentes a territorios lejanos, por lo general ultramarinos, con restricciones sobre su libertad y derechos civiles y con obligación de trabajar. De esta manera se realiza una política de eliminación de los sujetos peligrosos, y al mismo tiempo puede responder a fines colonizadores.

En los tiempos modernos, Inglaterra, Rusia y Francia, han llegado a practicar la deportación en grande escala.

Inglaterra envió en el siglo XVIII sus condenados a la América del Norte hasta la insurrección de su colonia. Luego los transportó a Australia. En 1788 llegó el primer lote de penados a esa tierra, a la sazón abandonada e inculta, y que bien pronto comenzó a prosperar a influjos del aspecto colonizador que Inglaterra imprimió a su deportación.

Australia, tierra salubre y susceptible de florecimiento, fué la atracción más tarde, de muchos hombres libres, los que establecidos allí como colonos, y unidos a los deportados ya en libertad, elevaron sus protestas a la Metrópoli por el envío de penados, consiguiendo al

fín imponerse, a punto de que, la deportación quedó abolida por completo en 1878.

En apoyo de la deportación se hace referencia a la prosperidad que adquirieron las colonias australianas, debido a la colonización penal. Se afirma sin embargo, que tan óptimos resultados atribuidos a la deportación, no se hubieran producido sin la afluencia de emigrantes libres que se establecieron en la Colonia, atraídos por las riquezas que vislumbraban en ella.

No puede negarse a pesar de todo, que la deportación inglesa a Australia contribuyó por lo menos a hacer que regiones incultas se transformasen en tierras florecientes. Y ello quizás fué debido a la calidad de muchos deportados, pues no sólo se trataba de delincuentes incorregibles, a los cuales el transporte a otras regiones no hubiera podido transformar en gente honrada, sino que mezclados a ellos, iban en legión condenados por delitos de poca gravedad, perfectamente corregibles y que "formaron el núcleo de los colonos modelos"⁽¹⁾.

La deportación rusa ha sido practicada a Siberia, desde hace largo tiempo, a veces con distintas variedades, con fines colonizadores, otras con trabajos forzados, etc.

Como hasta los últimos años del siglo XIX la deportación fué un fracaso, se pensó en abolirla o reformarla, dictándose a raíz de ello el Ukase de 1900, y en cuya virtud la transportación penal podía realizarse simplemente para colonizar cuando se tratase de los propagandistas de ideas nocivas, religiosas o políticas, pues éstos delincuentes - según la exposición de motivos de la ley - no debían "ser tolerados en la localidad donde nace y se difunde su propaganda, y la supresión radical de los mismos exige que se les deporte a otra localidad donde dicha propaganda no pueda verificarse"⁽²⁾; o como pena complementaria o modo de agravación de otra, para los vagabundos que rehusasen su identificación. Quedó también subsistente la deportación con trabajos forzados, que era la más grave.

Se considera que la deportación rusa no ha dado buenos resultados a pesar de estas innovaciones, por causas de distinto orden.

Francia, por ley de 30 de Mayo de 1854, estableció la deporta-

(1) Prins. "Criminalidad y Represión". pág. 95. Ob. cit.

(2) Cit. por Dorado. "Derecho Protector de los Criminales". Ob. cit. T. 2 pág. 319. nota.-

nas. Esta ley en la práctica ha sido completamente ineficáz, como lo ha demostrado el Dr. Rivarola ⁽¹⁾, pués tratándose de penas de corta duración, no pudo impedirse con ellas las nuevas reincidencias.

La ley de Reformas N° 4189, tomó del proyecto de 1891 las reglas relativas a la deportación, estableciendo por su art° 11, que consistiría en la relegación por tiempo indeterminado en un parage adecuado que designase el P. Ejecutivo. Los deportados estarían sujetos a la vigilancia de la autoridad; a observar las reglas de inspección que fije la sentencia y a adoptar oficio, arte, industria o profesión. La deportación sería impuesta como accesoria de la última condena a ciertos reincidentes que por sus repetidas violaciones a la ley penal, hubieren demostrado su falta de adaptación a la ley social.

Por el proyecto de 1906 se adoptó la medida prescrita por la ley 3335, (art° 56), y se mantuvo la pena accesoria de deportación para los delincuentes que por el número y clase de sus condenas debían considerarse incorregibles, y a quienes debía aplicárseles por tiempo indeterminado. (arts. 24 y 57).

El artículo 51 del Código en vigencia establece que los reincidentes por segunda vez, condenados a penas privativas de libertad que excediera de dos años, cumplirán su condena con reclusión en un parage de los territorios del sud. Esto no es deportación ni relegación, tan sólo se trata de qué, los reincidentes a que se refiere, cumplan sus condenas con reclusión en una parage de los Territorios del Sud.

Tampoco el Código ha adoptado la deportación, ni la relegación para los considerados incorregibles. La pena de que habla el artículo 52 no es más que reclusión por tiempo indeterminado en una parage de los Territorios del Sud.

Creemos que el Código ha hecho bien en no adoptar la deportación tal cual debe entenderse por ella.

La deportación considerada desde el punto de vista puramente eliminativo tendrá toda la apariencia de una medida de gran eficacia, pero los ejemplos de las naciones que la han practicado, demuestran que en general ha fracasado, no sólo en cuanto a la disminución de la reincidencia, sinó en cuanto a los demás fines propuestos.

La deportación australiana prueba que esa medida no puede ser más

(1). Rivarola. Ob. cit. pág. 511

que transitoria. La colonia libre se opone bien pronto al recibo de penados.

La deportación francesa demuestra que el ~~sk~~ delincuente depravado e incorregible no es el más apto para colonizar.

De donde resulta, que sólo el delincuente susceptible de adaptación a la vida social, podría ser objeto de una deportación con fines colonizadores, lo que a nuestro juicio es incompatible con una buena política criminal, aparte de qué, por las razones dadas, la deportación para colonizar sería tan sólo transitoria en estos casos. Los delincuentes susceptibles de corrección no deben ser objetos de una medida de carácter eliminativo, como es la deportación, sino de una pena reformadora, cuya expresión encontramos en la sentencia indeterminada.

Nuestro país, por otra parte, no cuenta con lugares lejanos y ultramarinos aptos para la colonización penal adonde enviar la hez de los delincuentes; como los tuvo Inglaterra, Francia, Rusia, etc. Por eso, ^{es que} siempre se ha dirigido la mirada a los Territorios del Sud, pero la Isla de los Estados, y aún la Tierra del Fuego, que han parecido las más apropiadas, son en realidad "regiones inhospitalarias, estériles, con un clima glacial, donde no es posible exigir un trabajo serio al deportado, aún supuesto que fuera capaz de él." (1)

XI - No deseamos poner punto final a este capítulo, sin hacer notar la necesidad que existe de que se cree en el país, una Oficina Central de Identificación de reincidentes, organizada adecuadamente, y a base de un sistema científico de identificación, que permita, en cualquier punto de la República en que se procese a una persona, saber cuáles son sus antecedentes judiciales, y conocer de esta manera, si se trata o no de un reincidente.-

--

-

(1) Herrera. Ob. cit., pág. 86.

Capítulo séptimo

Vagos y mendigos, enfermos mentales, y bebedores habituales.

II - a) Si se tiene en cuenta que la vagancia y la mendicidad, ~~están~~ desarrolladas en todas partes, constituyen factores importantes en la producción de la delincuencia, se advertirá fácilmente, que es necesario combatirlas con medios eficaces y adecuados.

Si bien es cierto que la vagancia y mendicidad no pueden considerarse de por sí como verdaderos delitos, es innegable que quienes profesan tales géneros de vida, se encuentran en un estado antisocial (1) que no debe indiferentemente tolerarse, ni esperar para hacer uso de las providencias respectivas a que se haya perpetrado el acto delictuoso.

b) Desde luego, en una política de prevención indirecta de la criminalidad, es menester distinguir a los vagos y mendigos inválidos, enfermos, de aquellos que no lo son. Es indispensable también hacer una diferencia entre los que se han dedicado accidental e involuntariamente al vagabundaje y a la mendicidad, por falta de trabajo; y los profesionales y habituales.

Con respecto a los inválidos y accidentales, la Sociedad debe ver en ellos más que todo a seres desdichados, a quienes es necesario separar del género de vida en que han caído con medidas de socorro, asistencia o protección.

Los profesionales, en cambio, deberán ser tratados de una manera más bien reformadora con el fin de prevenir la delincuencia. Son estos últimos los verdaderamente peligrosos.

Ya en tiempos relativamente lejanos, mientras se imponían crueles penas contra los vagabundos profesionales, se autorizaba o socorría al inválido o accidental. Una ley inglesa del siglo XVI llegó a establecer la pena de muerte para el mendigo válido detenido por tercera vez, al mismo tiempo que aseguraba la vida del pobre deseoso de trabajar, autorizaba al indigente, ^{que} se veía obligado a mendigar y encargaba a las parroquias que le socorrieran (2).

El derecho francés de la revolución comprendió también que era necesario distinguir al pobre del vagabundo de profesión. "Un decreto

(1) Esta tesis fué adoptada por el Ier. Congreso Penitenciario Español, celebrado en Valencia en 1909. Cit. por C. Calón. Ob. cit. pág. 339.

(2) Ley inglesa de 1531, cit. por Prins. "Criminalidad y represión". Ob. cit. Pág. 284

de 15 ventoso del año II, dice: "En cuanto a los mendigos válidos que no pueden ser sinó sospechosos, los agentes nacionales tomarán medidas severas para hacerles concluir con su infame oficio". "Y la ley de 24 vendimiaro ordenaba la deportación de los vagabundos profesionales" ⁽¹⁾ .-

Entre las legislaciones modernas sobre vagancia y mendicidad, de las que son un ejemplo la ley Belga de 27 de Noviembre de 1891 y la ley Noruega de 31 de Mayo de 1900, esa distinción aparece tenida en cuenta debidamente. Tales leyes, por regla general tienden con acierto a asistir a los inválidos y accidentales, y a internar a los profesionales, por largo tiempo en casas de trabajo.-

c) -Los vagos y mendigos profesionales no inválidos constituyen el grupo realmente temible, y a quienes comprende perfectamente la moderna fórmula del estado peligroso. Entre las varias clasificaciones de individuos peligrosos que han sido propuestas, figuran ocupando un lugar los vagos y mendigos. Para no extendernos demasiado, citaremos únicamente la de la "Unión Internacional de Derecho Penal" que estableció tres categorías de delincuentes peligrosos: los reincidentes; los alcohólicos y defectuosos de todas clases; y los mendigos y vagabundos ⁽²⁾ .-

d) -Dentro de una legislación penal preventiva que atienda más al delincuente que al delito, adquiere un valor preponderante la personalidad del vago y del mendigo. Si se fuera a penar con arreglo al hecho delictuoso cometido y que se haya derivado del género de vida de estos individuos, habría que imponer en grande escala penas cortas de privación de libertad, pues por lo general incurren en infracción ^{ligeras} .-

Y es de advertir a este respecto que los encarelamientos pasajeros no ofrecen utilidad de ninguna naturaleza. El vago o mendigo, retornará con entera seguridad a su vida de holgazanería después de cumplida la pena, y no sería extraño, que al poco tiempo reingresase a la cárcel por un nuevo delito.-

Esta inutilidad de las penas de corto tiempo ha sido feliz y ampliamente reconocida, y es por eso que la moderna tendencia prescribe en su reemplazo un internamiento de larga duración en instituciones especiales de trabajo donde se les someterá a un régimen reformador, combatiendo sus tendencias a la holgazanería y a la pereza y habituándoles al trabajo.-

(1) Cit. por Prins. "Criminalidad y represión" Ob.cit. pag. 28

(2) Cit. por Jiménez de Asúa. "El estado peligroso". Ob.cit. pag. 80

e) Bajo este criterio, el sistema de indeterminación, adquiere a nuestro juicio gran importancia. Si el internamiento del vago y mendigo en establecimientos apropiados ha de hacerse con fines reformadores, resulta evidente que no debe pre fijarse el tiempo de duración del mismo. El internamiento debe cesar cuando la enmienda del individuo o el hábito al trabajo que haya sido adquirido por el mismo, demuestren que es innecesario que aquel continúe. Esto ya ha sido acertadamente propuesto por algunos criminalistas. Por su parte el Congreso Penitenciario Internacional de París de 1895 declaró que la medida más eficaz contra los vagabundos o mendigos profesionales "es el internamiento prolongado, en virtud de una decisión judicial, en colonias especiales de trabajo. Los internados deberán ser puestos en libertad cuando, sea por consecuencia de su enmienda, sea por consecuencia de probabilidades de readaptación, su reclusión no parezca ya necesaria"⁽¹⁾.

La libertad condicional bajo vigilancia sería el complemento del sistema.-

f) En las instituciones o casas de trabajo para mendigos y vagos voluntarios y profesionales, debieran estos estar clasificados según sus buenas o malas aptitudes y conducta, sometidos a un adecuado régimen disciplinario, y a todos los demás medios respectivos, por los cuales pueda conseguirse inculcarles el hábito al trabajo, y su regeneración moral.- Los trabajos a que deben ser dedicados unos y otros según sus tendencias, con fines de aprendizaje, serán sobre todo de índole agrícola o industrial, ya que en nuestro país existe amplio campo para que una vez en libertad puedan desarrollar sus conquistadas actividades.-

Para valorar esta opinión, haremos constar que el Congreso Penitenciario Internacional de Washington de 1910 formuló la siguiente declaración: "Como medio necesario para facilitar la supresión del vagabundaje y de la mendicidad, voluntarios y profesionales, deberán crearse casas de trabajos para los mendigos y vagos de profesión. En estos establecimientos se practicarán una clasificación completa de los detenidos, separando los que deban ser sometidos a una disciplina especial y creando una o varias clases para los más celosos y industriosos, así como para los de mejor conducta, y creando todos los medios propios para obtener la reforma de los detenidos y su progreso en el camino de

(1) Jiménez de Asúa. Sentencia indeterminada. Ob.cit. pag.123

la regeneración. En las casas de trabajo se concederá una importancia especial a l aprendizaje agrícola e industrial y el período de detención será suficientemente largo para asegurar un aprendizaje completo y para producir al mismo tiempo un efecto intimidativo..."(1).-

g) -La moderna tendencia del tratamiento de los vagos y mendigos apunta en la legislación penal positiva de algunas naciones.-

En efecto, el Código Penal Alemán prescribe que después de cumplida la pena impuesta, el vagabundo o mendigo pueden ser sometidos a una casa de trabajo;°empleársele en una ocupación de utilidad pública. También dispone el Código que si se trata de un extranjero puede ser expulsado del territorio, después de la estancia en la casa de trabajo o sín haber sido recluido en ella.-(2)

El Código Noruego, establece que el condenado a quién se declare peligroso, puede ser colocado, por el gobierno, en una casa educativa, o en una casa de trabajo(3).-

Los proyectos alemanes, para el caso de que un hecho punible deba atribuirse a disolución u holgazanería, además de la pena, o en su lugar, cuando esta no excediera de cierta duración, autoriza la colocación del condenado, apto para trabajar, en una casa de trabajo, de seis meses a tres años, siempre que esta medida parezca precisa para habituarse a aquel a una vida laboriosa y conforme a la ley(4)

Por su parte, el anteproyecto Suizo de 1915 establece, que cuando un condenado a prisión, por un delito observaba mala conducta o vivía en la holganza y cuando el delito está en relación con ese género de vida, y si aquellos capaz de trabajar y parece podersele acostumbrar al trabajo, podrá suspenderse la ejecución de la pena y ordenar la colocación del delincuente en una casa de trabajo exclusivamente destinada a este fin, donde deberá ~~xxx~~ hacer el aprendizaje de un trabajo conforme a sus aptitudes, que le ponga en disposición de ganar su vida después de liberado. El condenado permanecerá en la casa un año al menos y vencido este plazo podrá liberársele condicionalmente por un año, si se le considera apto y dispuesto a trabajar.(5).- El anteproyecto

(1) Cit. por C. Calón. Ob. cit. pag. 338, nota.

(2) Art. 362, cit. por J. de Asúa. "La unificación del D. P. en Suiza." Ob. cit. pag. 295.

(3) Art. 39, iden a la cita anterior.

(4) Art. 42 del ante-proyecto. El contraproyecto y el proyecto de la comisión siguen sin variaciones fundamentales el sistema. Cit. por J. de Asúa "Política Criminal" Ob. cit. pag 118.-

(5) Cit. por J. de Asúa. La unificación del D. P. en Suiza. Ob. cit. pag 297

de 1918 de Suiza, y el Anteproyecto y Proyecto del Gobierno de Austria, también prescriben la Casa de Trabajo. ⁽¹⁾

Y con lo dicho, pasamos a tratar la cuestión relativa a los locos criminales.

II.- a) - Ante el loco delincuente, a quién ampara la teoría de la inimputabilidad, la Sociedad, la Sociedad no debe deponer sus armas de defensa. Podrá el loco ser inimputable, pero por eso, no dejará siempre de ofrecer peligro para sus semejantes.

Es necesario pues, precaverse contra sus futuros ataques, e imponer las medidas adecuadas a ese fin.

b) Siendo así, menester es, apoderarse de su persona y restringirle la libertad.

La reclusión del loco peligro no importará una medida represiva, un castigo, por el hecho pasado, sino una medida preventiva que sirve para curarlo y para defender a la Sociedad contra sus acometidas. El fin de prevención entonces, se realiza excluyendo al loco peligroso del seno social, mientras dure su peligro.

c) Esta necesaria eliminación del loco peligroso no significa que sea preciso recluirlo en un establecimiento carcelario. Dada la finalidad retributiva que aún se asigna a la pena, ello aparecería como una injusticia, porque no es posible admitir que se reprima a un inimputable, aparte de que es evidente que la cárcel no es el lugar apropiado para internarlo y curarlo. Su presencia en la cárcel constituiría "una ofensa al sentido moral, y a la vez, un peligro para la Sociedad y la disciplina". ⁽²⁾

Se pone así de manifiesto la necesidad de internar al demente en un manicomio.

d) A este respecto existe marcada tendencia a la creación de manicomios especiales, destinados exclusivamente a albergar alienados delincuentes. La escuela Positiva Italiana considera necesaria esta independencia del manicomio ordinario de locos no delincuentes, con el establecimiento destinado a los que lo son. Nos parece ventajosa esta separación de las dos categorías de enagenados, pues existen razones de disciplina y seguridad, como conveniencias sociales y de familia

(1) Cit. por Jiménez de Asúa. "El estado peligroso". Ob. cit. pág. 108.

(2) Lombroso. Ob. cit. pág. 541.

para así conceptuarlo. (1)

El loco delincuente peligroso tendrá que ser ^{cometido} a una disciplina más rigurosa, y a una vigilancia más estrecha que las utilizadas con los locos comunes. La defensa social estaría más garantida con la internación del loco peligroso en un establecimiento, donde sus probabilidades de fuga no existiesen o fuesen ínfimas.

Fuera de ésto, los sentimientos sociales y de familia, se manifiestan ené contra de toda comunidad entre el loco peligroso autor de un crímen con el loco común.

Es cierto que esa separación podría obtenerse creando secciones especiales, de los asilos ordinarios de enagenados, pero es indudable que existiría una mayor perfección en el sistema del manicomio especial para delincuentes, desde que su misma exclusividad permite asegurar más el cumplimiento de un régimen apropiado a la categoría de los locos que habrían de asilarse en él.

e) La idea del manicomio criminal no se ha visto libre de objeciones.

Entre ellas, podemos mencionar, ya que habría de oponérsele sin duda contra la institución de esos establecimientos en nuestro país, la que deriva de razones económicas. Es indudable que la creación de los mismos exige grandes gastos, pero también hay que tener presente, que una economía mal entendida - como dice Ferri - no debe "hacernos desdeñar el daño material y moral, mucho más grave, que proviene de una seguridad menor contra los enagenados peligrosos." (2)

f) Como la internación del enagenado mental tiene fines de defensa social, y constituye al mismo tiempo una medida curativa, es imprescindible que la duración de aquella sea indeterminada. El internamiento cesará cuando el loco sea completamente inofensivo para la Sociedad, cuando se juzgue que el peligro que ofrecía ha desaparecido.

g) En los manicomios criminales, cuya situación nos parece conveniente fuera de las ciudades en donde sea posible el trabajo al aire libre, debe internarse, tanto a los absueltos por locura, como a los enloquecidos en el cumplimiento de la pena, y a los locos de manicomios co-

(1) J. Vidal "Principios fundamentales de la penalidad". Trad. García Giménez del Cerro. Madrid. 1920. pág. 628.

(2) Ferri. Ob. cit. T. 2º pág. 291.

munes que cometieren un delito. Los principios de clasificación y separación por categorías ~~x~~ e individualización del tratamiento en todo lo posible, son dos ~~principios~~ principios esenciales, sobre los que debe reposar la organización de estos establecimientos.

h) Inglaterra y Estados Unidos de N. América tienen manicomios de alienados criminales que se destacan por su perfecta organización y régimen.

En el primero de estos países citaré el Broadmoor Criminal Lunatic Asylum, ubicado en Crowthorne (Berks), que se funda en los siguientes principios, que nos parecen de rigurosa aplicación en todo manicomio de esta naturaleza: "El primero es el self supporting; es decir; la institución debe proveer a sus propios gastos todo lo posible;.... el segundo principio es el trabajo entendido no solamente como elemento regenerador, sino como elemento encaminado a contribuir al sostenimiento del coste de la institución, por ésto trabajan todos los que tienen capacidad para ello; el tercer principio es el de la higiene y la limpieza, comida abundante y sana, dormitorios individuales, baños, parques para recreo; sports, etc; el cuarto principio es el de la separación: los peligrosos están separados de los tranquilos, los corrompidos, los incorregibles y los reincidentes, de los más dóciles y corregibles. Este principio se completa con la individualización del tratamiento a que es sometido cada loco, pues cada uno de ellos es objeto de ~~una~~ una atención personal y continua por parte de su médico, del capellán, de los enfermeros y del superintendente. El último principio es la instrucción elemental o técnica que se realiza cuando aparece útil o necesaria."⁽¹⁾

Los manicomios judiciales en Norte América son numerosos y bien organizados, estando distribuidos en los diversos Estados, destacándose los del Estado de Nueva York y Michigan.

i) - La moderna orientación del internamiento de los locos y personas peligrosas de responsabilidad disminuida como medida de seguridad, en manicomios e instituciones destinados a su tratamiento y corrección, se encuentra consagrada legalmente en el Cód. Noruego (artº 39), y se refleja en los proyectos de distintas naciones.

El Anteproyecto Suizo de 1915 en su artº 13 dispone que: "Si

(1) Extracto de la nota de Cuello Calón. "Penología". Ob. cit. pág. 320

un delincuente irresponsable compromete la seguridad o el orden público, o si se hace necesario internarle en un hospital o en un hospicio, el juez ordenará este internado". "Si por otros motivos, el estado del delincuente irresponsable exige que sea tratado o colocado en un hospital o en un hospicio, el juez ordenará este tratamiento o esta hospitalización"⁽¹⁾. En el artº 15 prescribe que: " Si un delincuente de responsabilidad restringida compromete la seguridad o el orden públicos y si se hace necesario internarle en un hospital o en una hospicio, el juez suspenderá la ejecución de la pena y ordenará el ~~trax~~ internamiento del condenado. Si por otros motivos el estado de un delincuente ~~de~~ responsabilidad restringida, exige que sea tratado o colocado en un hospital o en un hospicio, el juez suspenderá la ejecución de la pena y ordenará el tratamiento u hospitalización del condenado."⁽¹⁾

Los proyectos alemán, austriaco, servio, sueco, etc. proveen con medidas aconsejadas por la nueva tendencia al tratamiento de los locos y semiresponsables peligrosos, cuyas disposiciones omito transcribir en obsequio a la brevedad.

En cuanto al científico proyecto italiano de 1921, cabe hacer notar que prescribe la segregación y curación en un manicomio criminal del demente de peligro máximo; en una casa de custodia, del demente menos peligros. En cuanto al que sin tener una perfecta salud mental no puede decirse con propiedad que esté demente se establece la segregación en colonias especiales de trabajo.(arts.32 y 33.)

En Inglaterra por sus leyes de 1883, 1885 y 1913, se reglamenta todo lo relativo al tratamiento de los enfermos mentales conforme a las nuevas ideas imperantes.

j) Entre nosotros, el proyecto de 1891, acordaba al Juez la facultad de recluir al enfermo mental irresponsable en un establecimiento de alienados criminales, o en un departamento especial de los manicomios comunes, del cual no saldría sinó por resolución judicial. El proyecto de 1906 proponía una medida semejante. (artº41 incº 1º), disponiendo que "en caso de enfermedad mental, el juez ordenará la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sinó por resolución judicial, con audiencia del Ministerio Público y previo dictámen de peritos, que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los

(1) y (1) J.de Asúa."La unificación del D.P. en Suiza".Ob. cit.pág.173

demás".

El Código vigente, por su parte, en su artículo 34 inciso 1.º de acuerdo con un criterio defansista contra la sujetos peligrosos, ha establecido que "en caso de enagenación podrá ordenar el tribunal la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sinó por resolución judicial, con audiencia del Ministerio Público, y previo dictámen de peritos, que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

Con la creación de manicomios criminales ~~en forma~~ ^{como} que la hemos propuesto se solucionaría la cuestión en la forma más perfecta.

III.-a) El alcoholismo tiene grande influencia en la producción del delito. No nos detendremos en cifras estadísticas, ya que ello nos llevaría fuera del programa de esta tesis. Autores, como Lombroso⁽¹⁾, lo han demostrado elocuentemente.

Ese, y otros perniciosos efectos del alcoholismo, como el aumento de la mortalidad, de la demencia, de la degeneración, etc., han hecho ver la necesidad de que se lleve una eficaz campaña contra el mismo. De ahí, la formación de las sociedades de templanza, o ligas antialcohólicas, que representan en ese sentido el esfuerzo privado, y que se han difundido sobre todo en Inglaterra, Irlanda, y Estados Unidos de N. América.

Los poderes públicos de las distintas naciones, han utilizado diversos sistemas para combatir el alcoholismo, como el monopolio del alcohol por el Estado, la elevación de los impuestos sobre el mismo, la limitación de patentes para abrir despachos, y hasta la prohibición de venta de toda bebida alcohólica, etc.

Dentro del marco de la Política Criminal, que es lo que ahora nos interesa, se han arbitrado medios contra los delincuentes bebedores como veremos.

b) La sociedad tiene el derecho de defenderse contra todo individuo peligroso, como lo hemos sostenido insistentemente. Los delincuentes alcohólicos constituyen una de las categorías de individuos peligrosos. La clasificación antes citada de la "Unión Internacional de Derecho Penal", así lo considera, criterio que también sostienen numerosos autores.

Si el alcohólico es peligroso, la sociedad debe defenderse con-

(1) "Lombroso. Causas y remedios del delito". Ob. cit. pág. 123.

tra el, sea o no responsable moralmente del delito cometido.

c) La tendencia moderna, se traduce en la creación de asilos especiales para bebedores como medida de seguridad, donde deben ser sometidos a un tratamiento adecuado, a base de la abstinencia de bebidas alcohólicas y por un tiempo suficientemente largo, de manera que pueda lograrse la curación.

La creación de estos asilos es sin duda conveniente, y el asilado debe permanecer en él, a nuestro juicio, durante todo el tiempo que necesite para su curación, lo que implica decir, que no debe prefijarse de antemano la duración, ni el límite máximo del asilamiento.

Los asilos representarían así un doble papel: la exclusión de la sociedad de los individuos peligros de esta categoría por una parte; y la curación y corrección de los asilados, por otra.

En estos asilos deben ser internados, los bebedores habituales autores de delitos, aún cuando sean absueltos por considerarse que han obrado en estado de inconsciencia debido a la embriaguez.

La libertad sería condicional por un plazo determinado, y una de las reglas que debería exigirse al liberado, sería la abstinencia de bebidas alcohólicas.

d) Inglaterra, con sus leyes de 1879 y 1898, ha reglamentado el internamiento de los ebrios habituales en asilos especiales. Noruega, por ley del año 1900, ha autorizado también la internación de los delincuentes ~~absueltos~~ alcohólicos en asilos o en casas de trabajo. Algunos cantones de Suiza igualmente se han pronunciado en favor de los asilos.

Entre los modernos proyectos que obedecen a la tendencia moderna, el anteproyecto suizo de 1915, contiene las siguientes disposiciones: "Cuando se imponga una condena de prisión por delitos contra un bebedor habitual, el Juez, si el delito está en relación con la inclinación de la bebida, y si el condenado aparece curable, podrá ordenar que después de la ejecución de la pena, el delincuente sea colocado en un asilo para bebedores." "El Juez podrá suspender la ejecución de esta ^{colocación} ~~condena~~ en el asilo, fijando al condenado un plazo de prueba de un año como máximo...". "La duración de la estancia en un asilo para bebedores no podrá exceder de dos años." "El Juez decretará la salida del asilo cuando el condenado esté curado." "Podrá ordenar al liberto abstenerse de bebidas alcohólicas durante un cierto tiempo. Si a pesar de una advertencia formal

de la autoridad competente, el liberado contraviniera esta prohibición, esta autoridad podrá ordenar que sea reintegrado al asilo." "El Juez podrá así mismo decretar la colocación en un asilo para bebedores, de todo bebedor habitual absuelto por causa de irresponsabilidad." "El Juez consultará a los peritos médicos". "Toda colocación no comenzada a ejecutar a los cinco años, no podrá ser ya ejecutada." (1)

Más acertado hubiera sido que la medida de seguridad pudiere ser aplicada directamente por el Juez, sin el previo cumplimiento de la pena.

Los proyectos alemán y danés establecen disposiciones semejantes a las del anteproyecto suizo a que nos hemos referido.

En el proyecto italiano se señala la colonia especial de trabajo para el delincuente que se halle en estado de intoxicación crónica por alcohol u otra sustancia tóxica.-

El Código Argentino autoriza la reclusión del procesado absuelto por hallarse comprendido en las causales de inimputabilidad que establece el inciso 1º artº 34, - con excepción de los casos de enajenación para los cuales se establece el manicomio - en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que lo hicieren peligroso. La creación de asilos especiales para bebedores daría lugar a que esta disposición se cumpliera en mejor forma con respecto al tratamiento de esta categoría de delincuentes.-

--

-

Capítulo octavo

Sistema y régimen carcelarios

-

I - La pena de privación de la libertad desempeña hoy, un rol predominante en el Derecho Penal. Constituye, puede decirse, la pena por excelencia dentro del sistema preventivo del delito.

De su primera faz en que aparece como un castigo no utilitario, la privación de la libertad llega a ser, evolucionando, un medio esencialmente de aislación y reforma del delincuente.

 (1) Texto publicado por Jiménez de Asúa. "La Unificación del D.F. en Suiza"
 Ob. cit. pag. 302 y sigs.

La pena privativa de la libertad pertenece a los tiempos modernos ⁽¹⁾
 Sin duda en todas las épocas se ha empleado el encierro, pero su fin pre-
 dominante fué anteriormente el de asegurar al reo hasta la ejecución de
 la pena de muerte ó corporal que se le había impuesto, ⁽²⁾ debiendo ha-
 cerse notar sin embargo, que el Derecho Canónico le concedió un lugar
 como medida punitiva contra los clérigos, cumpliéndose en monasterios
 o cárceles.

En el siglo XVI, cuando comienzan a aparecer establecimientos pe-
 nitenciarios con fines educativos. El primero de ellos fué erigido en
 Londres en 1550; pero los que ejercieron influencia en el continente eu-
 ropeo, inspirando la creación de otras similares fueron las prisiones
 fundadas en Amsterdam en 1595 y 1598, para hombres y mujeres respectiva-
 mente. Al principio sirvieron estas Instituciones para alojar vagos,
 mendigos, prostitutas, y niños abandonados, es decir, tenían fines de
 policía, pero después fueron admitiendo delincuentes dondenados por la
 justicia. El régimen de trabajo forzado, perseguía efectos educativos.

Teniendo como modelo los establecimientos de Amsterdam, currieron
 otros en Bremen (1606), Lubeck (1613), Hamburgo (1622), Danzig (1629),
 etc.

En el año 1704 se fundó en Roma, por el Papa Clemente XI el esta-
 blecimiento de San Miguel para menores corrompidos, donde se procuró la
 reforma moral de los mismos mediante un régimen de trabajo, asistencia
 religiosa y severa disciplina. Se implantó además la separación nocturna
 de los detenidos, y el trabajo en común durante el día y en silencio.

La prisión fundada en Gante en 1775, que según Von Liszt ⁽³⁾, puede
 ser considerada como el primer establecimiento penitenciario en el sen-
 tido moderno, adoptó además del régimen de trabajo diurno y en silencio
 y separación nocturna, una clasificación de los reclusos.

Pero no obstante la creación de estos establecimientos, puede de-
 cirse que la verdadera reforma de las prisiones ⁽⁴⁾, arranca sobre todo
 de la campaña emprendida por el inglés John Howard que recorriera prime-
 ramente las prisiones inglesas, y luego la de algunos países del conti-
 nente, comprobando el pésimo estado de las mismas, el hacinamiento de
 los presos, generalmente sin separación alguna, pues en pocas existía

(1) Von Liszt. Ob. cit. T. 3º, pág. 246.

(2) N.H. Kriesmann. "Preceptiva penitenciaria". Trad. R.P. Bances. Madrid 1917

(3) Ob. cit. T. 3º pag. 247.

pág. 8

(4) Cuello Calón. Ob. cit. pág. 168.

separación de sexos, expuestos a graves enfermedades que solían hacer extragos, dominando la corrupción, los malos ejemplos y los vicios.

En su libro "States of Prisons" in England and Wales" publicado en 1776⁽¹⁾, Howard describió el resultado de sus observaciones. El régimen que aconsejó se fundaba sobre los siguientes principios: educación religiosa, trabajo organizado regular y seriamente, régimen higiénico y alimenticio humano, y aislamiento, no del absoluto, para evitar el contagio de la corrupción.⁽²⁾

Casi por el mismo tiempo se producía también en N. América, un movimiento reformador del cual habría de surgir dos sistemas penitenciarios de los que habremos de ocuparnos más adelante.

III - Establecidos los antecedentes y el punto de arranque de la reforma penitenciaria, queremos precisar que, por régimen de la pena de cárcel debe entenderse "la organización práctica de la misma en su cumplimiento en forma que pueda llenar satisfactoriamente su función preventiva mediante la reforma del delincuente en mira de su readaptación social,"⁽³⁾ y que cada modo o método de dicha organización constituye un sistema.⁽⁴⁾

Por el régimen penitenciario debe procurarse el cumplimiento del fin de la pena.

Como nuestro punto de vista es en primer término el de la prevención especial, debemos establecer que el régimen debe permitir ante todo la individualización administrativa de la pena, más necesaria aún en el caso de sentencia indeterminada.

IV- Y antes de pasar al estudio de los diversos sistemas penitenciarios, abriremos un paréntesis para referirnos al estado de las cárceles en nuestro país, que reclama una pronta organización del sistema y régimen, sobre métodos científicos y adecuados.

Eusebio Gómez, en un erudito artículo publicado en la "Revista Penal Argentina"⁽⁵⁾, que revela el profundo conocimiento que su autor tiene de los establecimientos carcelarios del país, enumera algunas referencias sobre los mismos, que transcribiremos por lo interesantes e ilustrativas, afirmando que ellas reflejan, pálidamente, el mayor

(1) Kriesmann. Ob. cit. pág. 42.-

(2) Cuche. Ob. cit. pág. 305. Cit. por Cuello Galón. Ob. cit. pág. 109.

(3) y (4) González Roura. Ob. cit. T. 2, pág. 222.

(5) "Revista Penal Argentina". Nos. 5 y 6 T. 1.º corresp. a Nvbre. y Dbre. 1922.

de los desquicios y el más culpable de los abandonos. "Todo está subvertido en estos establecimientos: en la provincia de Buenos Aires, por ejemplo, el presidio de Sierra Chica, que es el que se encuentra en mejores condiciones, aloja ordinariamente 500 penados, no teniendo capacidad sino para 228. La cárcel de Rosario de Santa Fé, con capacidad para 400 presos, alberga, ordinariamente, de 650 a 700, que están en común, juntamente con los encausados. La penitenciaría de Córdoba puede alojar, en buenas condiciones de seguridad e higiene, 180 individuos, como máximo; y, sin embargo, su población ordinaria es de 300; los condenados a distintas penas están juntos y los menores no están separados de los adultos. La cárcel de San Luis apenas si tiene capacidad para 35 hombres, y a pesar de ello, nunca hay allí menos de 100 detenidos - condenados, encausados y menores - que viven en la más repugnante promiscuidad. En la cárcel pública de la ciudad de Tucumán que cuenta con 51 celdas, la población ordinaria es de 300 presos; el régimen es el común, hallándose juntos los condenados con los encausados. La cárcel de La Rioja apenas puede albergar ~~xx~~ 10 presos y la de Jujuy 50.

Y que decir de los establecimientos carcelarios de los territorios nacionales?. La cárcel de Rawson ocupa un edificio en ruinas. Su director manifiesta que "no reúne las condiciones que son exigidas por un establecimiento de esta índole, además de ser un constante peligro para la salud pública". Consta de tres pabellones con capacidad, en conjunto, para 71 detenidos, como máximo. Dichos pabellones, que se inundan, tienen sus cimientos completamente carcomidos, lo que representa una amenaza permanente. Se han derrumbado paredes en los años 1919 y 1920. Servicios sanitarios, no existen. No hay enfermería. La población excede siempre a la capacidad. El edificio de la cárcel de Formosa es, también, inseguro y malsano. Sus techos, según informe de la dirección, "necesitan una refacción completa por el peligro que pueden ocasionar en la edificación las continuas lluvias que se suceden en estas regiones". Carece de la capacidad necesaria para alojar a su población habitual. La cárcel de Santa Rosa de Toay alberga, ordinariamente, 500 presos, que viven hacinados. "El edificio, dice la dirección, no reúne condiciones de higiene ni de seguridad, sus deficiencias son públicas y notorias y han sido tema de crítica por la prensa en general y por los propios funcionarios que les ha tocado inspeccionarla". En la cárcel de General Acha "las habitaciones destinadas a oficinas de la dirección y cuerpo de guardia, como así los salones donde se alojan los procesados por causa leves, y que ocupan el frente del edificio, se encuentran en un estado deplorable de ruina y son completamente antihigiénicos e inadecuados para asilar a éstos; las paredes son de adobe crudo, sus techos de zinc, sus pisos de tierra, lo que los hace inhabitables, tanto en verano como en invierno". Bien es cierto que esta construcción fué levantada hace cuarenta y cinco años por las primeras tropas del ejército que acamparon en aquellos lugares; no habiendo merecido, desde entonces, una sola reparación, una sola mejora. Y lo mismo ~~xxxxxxx~~ que de la citada puede ser dicho de las llamadas cárceles de los otros territorios nacionales. Todas son simples depósitos de presos sin régimen, sin disciplina, sin higiene. Antros de corrupción física y moral, en ellas no se cumple la pena porqué faltan hasta los más rudimentarios elementos que se requieren para ese fin."

Puede afirmarse que, en general, salvo raras excepciones, las cárceles del país, no se encuentran organizadas en forma que haga posible la readaptación social del delincuente, no hay régimen adecuado, impera el sistema de comunidad con sus gravísimos inconvenientes para la salud física y moral de los reclusos.

La Penitenciaría Nacional, sin embargo, constituye una de las excepciones, pues como lo han juzgado algunos de nuestros más autorizados penalistas, ⁽¹⁾, es un modelo de establecimiento penal. El edificio está construido en forma radial. Los presos trabajan y se instruyen en común, y se hallan aislados en celdas el resto del tiempo no dedicado a esas tareas. Pueden ejercerse distintos oficios, por cuanto el estable

(1) Rivarola. Ob. cit. pág. 355.- González Roura, Ob. cit. T. 2 pág. 230.

Septiembre de 1921⁽¹⁾. También es digno de mención el del diputado Dr. Arancibia Rodríguez⁽²⁾.

En 1922, ya bajo la vigencia del nuevo Código, el diputado Dr. Rodolfo Moreno (h), presentó un proyecto sobre patronato de liberados, construcción de establecimientos penales, régimen de la pena de cárcel, y dirección de establecimientos penales.⁽³⁾

Menester es que el Congreso ~~adapte~~^{aborde} de una vez el estudio de la cuestión en forma decidida, a fin de que quede pronto solucionado el grave problema carcelario del país.

A fin de pronunciarnos sobre el sistema penitenciario que debe ser aplicado en la República, haremos un estudio, aunque somero, para no extendernos demasiado, de los distintos sistemas conocidos.

V - a) El sistema de comunidad, consiste en la vida en común de los delincuentes en las cárceles en que cumplen sus penas, sin separación por categoría o condición. Es evidente que un sistema tal, no puede ser compatible con los objetivos que se asignan a la pena, sus resultados tienen que ser contraproducentes y desastrosos. No hay posibilidades aquí, de obtener la reforma y readaptación de los reclusos, y debe condenársele por ser contrario a los principios en que se apoya la moderna ciencia penitenciaria. Es menester evitar la promiscuidad, que sólo favorece la corrupción, los malos ejemplos, y el acrecentamiento de la misma delincuencia.

b) El sistema de clasificación, consiste en la separación de los reclusos en grupos según determinadas circunstancias y condiciones, y en tratamiento distinto para cada categoría o clase de delincuentes. Un sistema de clasificación podría fundarse en la peligrosidad de los delincuentes, agrupando a aquellos que ofrecieren el mismo o aproximado grado de peligro. Este sistema como es natural, es superior al de comunidad, pero es insuficiente por sí sólo. Sin embargo, como es compatible con otros sistemas más adelantados, oportunamente nos ocuparemos de la forma como debe clasificarse a los delincuentes en el cumplimiento de la pena.

c) El sistema celular, nacido - según Ferri⁽⁴⁾ - de la reacción contra la espantosa putrefacción física y moral de los presos en la promiscuidad de las prisiones y en las galeras, consiste en el ais-

(1) Véase texto en González Roura. Ob. cit. T.4° pág. 158.

(2) Véase texto en la revista "Jurisprudencia Argentina". T.2° año 1918. pág. 58 y sigs. de la sección Legislación.

(3) Véase texto en González Roura. Ob. cit. T.4° pág. 160.

(4) - Ob. cit. T. 2 Pág 314

lamiento de cada penado en celdas individuales. Puede ser un aislamiento absoluto, de día y de noche (Solitary confinement); o en cierto modo moderado con la visita a los detenidos de los empleados de la prisión, sacerdotes, miembros de los patronatos, etc., (Separate confinement).

2º Entre los precedentes de este sistema puede citarse el régimen de la reclusión canónica que consistía a veces en el aislamiento de los reclusos en celdas. En las prisiones de Amsterdam (1595), San Miguel (1704), Gante (1775), etc., también se presentan manifestaciones de la separación de los presos, según hemos visto.

El filántropo Howard, aconsejó el principio de la separación mayor posible, o hasta del aislamiento de los penados de noche y de día.⁽¹⁾

3º Fué en Norte América, donde el sistema celular se desarrolló a impulsos del movimiento reformador de los cuáqueros, naciendo allí el conocido por sistema filadélfico, que se implantó primeramente en la prisión de Walnut-Street (Filadelfia), donde se ejecutaba con tanta severidad el aislamiento, que no se permitía el penado ~~ni~~ salir nunca de su celda, ni nadie entrar a ella.⁽²⁾ El completo arrepentimiento y la enmienda debían ser los efectos que se esperaba, produciría la tranquilidad y aislamiento en las celdas.

Fué en 1817, cuando se mandaron construir dos establecimientos para la aplicación del régimen celular, uno en Cherry Hill y otro en Pittsburg, que se dió, puede decirse, un paso decisivo en la implantación de este sistema. El aislamiento dejaría allí su primitivo absolutismo, para mitigársele bien pronto, con las visitas a los detenidos de los empleados del establecimiento, sacerdotes, etc. La enmienda del penado habría de responder así, más que a los efectos del encierro en celdas, a los buenos consejos, al tratamiento, y a la actuación consciente de estas personas. El trabajo formaba parte del régimen.

La prisión de Cherry Hill (Filadelfia), edificada en forma radial, tuvo gran éxito, habiendo servido de modelo en todo el mundo. La Penintenciaría Nacional, obedece al mismo tipo de construcción, aún cuando el sistema penitenciario que se aplica no es el filadélfico como después veremos.

El sistema celular, que en N. América fué perdiendo terreno, a

(1) Kriesmann, Ob. cit. pág. 43.

(2) Kriesmann, Ob. cit. pág. 46.

punto que esencialmente ha quedado limitado a Pennsylvania ⁽¹⁾ fué acogido en Europa, levántodose en Inglaterra la famosa prisión de Pentonville, donde se implantó el régimen celular como un grado del sistema progresivo, del cual hablaremos más adelante.

Hoy posiblemente, sea Bélgica, la única nación de Europa, en donde se aplica el régimen celular en toda su integridad. ⁽²⁾

La tendencia más marcada es la de aplicar dicho régimen a las penas de duración corta y media, de lo que tenemos un ejemplo en Francia, donde sólo se le prescribe para las penas que no pasen de un año y un día, o como primer período de las de larga duración.

4.º Al sistema celular se le asignan ventajas e inconvenientes, por lo cual es menester hacer un análisis de unas y otros para juzgar de sus respectivos valores, y pronunciarse así sobre la bondad o ineficacia de aquel.

Desde luego, hay que reconocer una ventaja, y es la de que evita los inconvenientes que resultan de la promiscuidad de los detenidos, la corrupción entre los mismos, los malos ejemplos, el cultivo de relaciones entre delincuentes que pueden tener ulterioridades malsanas una vez que fueren puestos en libertad, etc.

Es probable por otra parte que tenga una virtud intimidadora sobre las personas susceptibles de ello, que no son por cierto los verdaderos delincuentes.

Los sostenedores del sistema afirman que el encierro celular despierta el sentido moral y favorece el arrepentimiento, y por ende, facilita su enmienda, ayudada por la influencia bienhechora de las personas que han de visitar a los reclusos.

No pensamos que se deba construir todo un sistema penitenciario, confiados en estos resultados. Quizás, en unos casos, los menos, serán posibles, por la índole natural de determinados delincuentes, pero en la gran mayoría, cuando se trata sobre todo de reincidentes y criminales depravados, es demasiado optimismo creer en tanta eficacia moralizadora del encierro.

Entre las objeciones anotaremos las siguientes:

Se afirma que la celda produce efectos desmoralizantes sobre el reo, que lo lleva a la locura, a la imbecilidad y al suicidio; que fa

(1) Kriesmann. Ob. cit. pág. 48.

(2) Cuello Calón. Ob. cit. pág. 119.

vorece las enfermedades, sobre todo la tuberculosis, que encuentra mar-
co propicio en la escasez de aire que supone el estrecho límite de a-
quella, etc.

El Congreso Penitenciario Internacional de Bruselas de 1900, ^{se} decla-
ró "en contra de esta objeción, sancionando el siguiente voto: "Resul-
ta de la experiencia hecha en Bélgica, que el aprisionamiento celular,
aún prolongado durante diez años y más, mediante la eliminación previa
y sucesiva de ciertos elementos, no tiene, sobre la salud física o men-
tal de los detenidos, efecto más desfavorable que cualquier otro modo
de aprisionamiento." ⁽¹⁾ Sin embargo, nos inclinamos a sostener la rea-
lidad de este inconveniente que se imputa a la celda, fundados en la
opinión de autorizados autores, entre ellos Ferri ⁽²⁾, haciendo una re-
serva sin embargo acerca de las penas de corta duración, en cuyo caso
parece indudable que no habrá tiempo para dar margen a esos resultados.

Una objeción que consideramos incontestable, es la que se funda
en que la celda hace perder los hábitos sociales en los individuos so-
metidos a ella, y por lo tanto obstaculiza la readaptación social de
los mismos. En efecto, "el hombre que ha pasado largos años en una cel-
da, no está armado para la lucha, y carece de las cualidades necesarias
para vencer. Para el trabajo libre está atrofiado, le han reducido al
papel de máquina. Han reglamentado su vida hasta en los menores deta-
lles, se han previsto todos sus movimientos. No ha tenido que ocuparse
de nada. El Estado le ha procurado la facultad de no pensar ni obrar
por sí mismo. Es cierto que se le ha protegido del mal, pero al mismo
tiempo se le ha sustraído a las necesidades de la lucha diaria. Se le
ha hecho olvidar lo que es la vida, y cuanto más largo sea su encarce-
lamiento, mayores serán su inexperiencia y su debilidad cuando se tra-
te de reconquistar un puesto en la vida libre." ⁽³⁾

Lombroso ha dicho que las ventajas de las cárceles celulares, es-
tán neutralizadas sobre todo, "porqué favorece la inercia del detenido,
transformándole en un autómata incapáz de luchar por la vida", ⁽⁴⁾ y Fe-
rri afirma que "la prisión celular es inhumana, porqué elimina o atrofia
el instinto social, ya fuertemente atrofiado en los criminales." ⁽⁵⁾

(1) Cit, por Herrera. Ob. cit. pág. 194.

(2) Ferri. "Sociología Criminal". Ob. cit. T. 2, pág. 317.

(3) Frins. "Criminalidad y represión". Ob. cit. pág. 69.

(4) ~~Ferri. Ob. cit. T. 2, pág. 317.~~

(4) Lombroso. "Causas y Remedios del delito". Ob. cit. pág. 454.

(5) Ferri. Ob. cit. T. 2, pág. 317.

Otro inconveniente que se le encuentra a la celda, y que debe aceptarse a nuestro juicio, es el que dificulta la apreciación de la enmienda del reo, pues, aislado entre las cuatro paredes de una celda, sin oportunidad para elegir entre el bien y el mal, no podrá asegurarse a ciencia cierta en ningún momento que se ha corregido.

Se observa también que el sistema celular es desigual, lo que es admisible, por cuanto es sentido con más o menos dureza ~~por~~ según las distintas razas de los individuos. Además, no consulta sus hábitos profesionales ⁽¹⁾, pues al campesino por ejemplo, acostumbrado a la vida al aire libre, y a los trabajos agrícolas, tendrá que resultarle un régimen duro el encierro en una celda, donde no puede desarrollar sus aptitudes. Por otra parte, es necesario que el trabajo que se proporcione a los penados tenga relación con éstas, a fin de que la eficacia bienhechora de la prisión sea efectiva, y es obvio que en una celda no pueden ejercerse trabajos como los agrícolas, que por su naturaleza demandan la luz y el aire libre.

La organización del trabajo en las prisiones celulares se hace dificultoso, pues habría que dotar a cada celda de los elementos necesarios para realizarlo: instrumentos, maquinarias, etc. La industria moderna exige por lo general el trabajo en talleres de hombres reunidos, lo que constituye un serio inconveniente para el desarrollo del trabajo individual en las celdas.

Se objeta contra la celda, que requiere un numeroso personal penitenciario, que debiera estar en condiciones de preparación suficiente como para poder ejercer su misión educadora e instructiva sobre los reclusos, en forma eficaz. En nuestro país, este inconveniente es digno de tomarse en cuenta, pues si posible sería conseguir el personal penitenciario en la Capital Federal, y Provincias ricas y adelantadas, no habría tanta facilidad para ello en las Provincias más pobres, y en los Territorios Nacionales.

Se sostiene además, que la implantación de un régimen celular en toda su integridad demanda grandes gastos, dado el costo de cada celda que debe permitir el desarrollo en ella del trabajo del recluso, y que la vida de éste pueda sobrellevarse en las condiciones higiénicas in-

(1) Ferri. Ob. cit. T. 2º, pág. 318.

dispensables. Ésto es cierto, se necesitarían muchos establecimientos para la aplicación en todos los casos y cualquiera sea la pena privativa de libertad, del régimen celular.

Después de este exámen de las ventajas e inconvenientes de la celda, encontramos que Ferri, al decir que el "sistema celular es una de las aberraciones del siglo XIX"⁽¹⁾, no ha dejado de tener gran parte de razón.

El régimen celular, puede observarse en las penas de corta duración, pues, ya que estas penas, como se ha proclamado insistentemente, no sirven para corregir al delincuente, hay que procurar por lo menos que le produzcan un efecto intimidativo, que será más factible en el aprisionamiento celular que en el régimen en común. Además, debe evitarse que estos condenados se conozcan unos a otros, teniendo en cuenta, por una parte que si se trata de delincuentes ocasionales, les producirá una vergüenza desmoralizante; y si se trata en cambio de habituales, tendrán campo propicio para hacer sus combinaciones para un futuro próximo.

Si la pena de corta duración se aplicase escasamente, como lo hemos aconsejado, reemplazándosele en lo posible, por el perdón, la re-prensión, la multa, la condena condicional, la sentencia indeterminada, etc. no se dará muy frecuentemente el caso de que haya que recurrir a estas penas pasajeras, cuyos resultados perniciosos son mayores que las utilidades que producen.

En cuanto a las penas de larga duración, y a la sentencia de duración indeterminada, el régimen celular, conviene aplicarlo en un primer período, a semejanza de lo que ocurre en los sistemas inglés e irlandés, a fin de que se vaya preparando la reforma del penado, facilitando su reflexión y arrepentimiento, se estudie su naturaleza y aptitudes, sirva en lo posible de intimidación, y constituya un período de prueba del cual pasará a-quel a otros períodos escalonados que le concedan paulatinamente mayores liberalidades, y que al mismo tiempo lo vayan readaptando a la vida social. De esta manera el penado tendrá también un estímulo para su mejor comportamiento y pondrá de su parte, para someterse a las influencias reformadoras.

b) 1° El sistema de Auburn, denominado así, porque se aplicó en la

 (1). Ferri. Ob. cit. pág. 317.-

prisión de Auburn construida en 1816, consiste en el aislamiento de los penados en celdas individuales durante la noche, y en el trabajo en común diurno, pero con la consigna del más absoluto silencio, que se hace respetar con rigurosas medidas disciplinarias.

La mayor parte de las prisiones de Estados Unidos de N. América, han seguido este sistema que encontró mejor acogida que el sistema filadélfico.

En la Penitenciaría Nacional se usó en régimen semejante.

El artº 14 del proyecto de 1906, señalaba para el cumplimiento de la pena de prisión, la reclusión celular en las horas no destinadas al trabajo o a la instrucción.

2º. Es indudable que el sistema de Auburn, ofrece la ventaja sobre el celular de facilitar la organización del trabajo de los reclusos, que como hemos visto es dificultosa cuando debe efectuarse individualmente en las celdas; facilitando también la instrucción, desde que las clases podrán ser frecuentes y regulares, ya que el instructor podrá dirigirse a varios o a muchos penados al mismo tiempo.

Sin embargo tiene un serio inconveniente, que hacen notar algunos autores, y que compromete la bondad que puede ofrecer el sistema. Tal es, la regla del silencio absoluto, que se impone a los detenidos durante el trabajo en común, y que dá lugar a brutales castigos disciplinarios para lograr mantenerlo, -en Auburn se facultó a los empleados inferiores para castigar con el látigo toda infracción al mandamiento de silencio⁽¹⁾ - y así y todo, no es posible evitar las continuas transgresiones. "El señor Ballvé, ex director de la Penitenciaría Nacional, hacía notar que el silencio, a pesar de establecerlo el reglamento, no ha sido establecido jamás, porque va' contra las propias leyes de la naturaleza"⁽²⁾.

3º. El sistema de vida en común durante el día y aislamiento nocturno, debe ser una parte del régimen progresivo. Después de la preparación celular, conviene establecer un período de reforma, en que el trabajo, la instrucción y educación en común, prepare al delincuente para la vida en relación. En cuanto al silencio absoluto como condi-

(1) Kriesmann. Ob. cit. pág. 50.

(2) T. Jofré. "El Código Penal de 1922". B. Aires. 1922. Pág. 47.-

período
ción del ~~sistema~~, es inconveniente, pues como se ha dicho es imposible mantenerlo a pesar de la aplicación de castigos rigurosos. Basta con que se le imponga en cuanto sea indispensable para que el orden y el respeto sean observados, debiendo ser tenido en cuenta a este respecto, el silencio como un buen comportamiento, a los efectos de las recompensas y mejora en la situación de los penados.

c) 1º El sistema progresivo, consiste en el paso gradual del condenado, desde el aislamiento celular, a la prisión en común y a la libertad condicional, con el criterio de que la conducta de aquel es lo que determina esa mejora progresiva de su situación .

Mientras los sistemas Filadélfico y de Auburn, luchaban por su predominio en N. América, en Inglaterra se adoptaba el sistema progresivo, como producto de la evolución que venía sufriendo su régimen penitenciario, a medida que se iba aboliendo gradualmente la deportación a las colonias.

2º El sistema inglés o Penal servitude, consta de tres períodos, a saber: prisión celular, prisión en común, y libertad condicional.

El primer período, el filadélfico, es de prueba, debe efectuarse en aislamiento celular de día y de noche, dura nueve meses, y en él, el penado puede ser sometido a trabajo obligatorio. En los establecimientos de Pentonville y Milbank, etc. se ~~hacía~~ hacía cumplir la reclusión celular.

El segundo período, en el que se aplica el régimen auburniano sin silencio, o sea, el trabajo en común durante el día, y el aislamiento celular durante la noche, se cumple en los establecimientos denominados public workhouses. Este período se subdivide en cuatro grados o clases, a saber: clase de prueba, clase tercera, clase segunda y clase primera, existiendo en esta última una clase especial, para los penados que carecen de antecedentes penales. Los detenidos tienen que pasar a través de las cuatro clases, antes de que pueda serles concedida la libertad condicional. El paso de una clase a otra debe obtenerse mediante cierto número de vales o marcas, que tendrá que ganar diariamente el penado, según su trabajo y aplicación, no pudiendo ganarse por día más de ocho. A medida que el penado avanza de una clase a otra, su situación mejora, su trabajo en la clase de prueba no es retribuido, en la tercera gana cier-

ta suma, que aumenta respectivamente en la segunda y en la primera. La alimentación y otras comodidades van mejorando también de una clase a otra. Para pasar de la clase de prueba que dura alrededor de un año comprendiendo los nueve meses del aislamiento celular, a la tercera, se precisan 720 marcas; para pasar de la tercera a la segunda, se necesitan 2900 marcas; y para pasar de la segunda a la primera, son indispensables igualmente 2900 marcas. El resto de la pena se cumple en el primer grado o en la clase especial.

El tercer período lo constituye la libertad condicional, (ticket of leave), bajo vigilancia.

Una de las características más peculiares del sistema inglés, consiste en las marcas ó vales que el penado debe ganar para pasar a una clase superior. El capitán Maconochie, había aplicado este sistema de marcas a los deportados en la isla de Norfolk. La duración de la pena según el sistema de Maconochie, debería medirse por cierto número de marcas proporcionado a la gravedad del delito, que tendría que ganar el penado con su trabajo y buena conducta. "Día a día, según el trabajo hecho, se le acreditaría una o varias de estas marcas, aparte del suplemento de alimentación y otros favores que le serían inmediatamente acordados; en caso de mala conducta se le impondría una multa moderada. Hechas las deducciones correspondientes, el excedente de las marcas se contaría para la liberación. De esta manera, decía Maconochie, se colocaba la suerte del condenado en sus propias manos, imponiéndole como una serie de multas a pagar por su crimen y preparándolo durante el cumplimiento de su pena, a hábitos de economía y de previsión, que lo preservarían de una recaída a su liberación."⁽¹⁾

3º El sistema irlandés o droftoniano, es un perfeccionamiento del sistema progresivo inglés, consistiendo su principal diferencia en que, entre la prisión en común del segundo período y la libertad condicional, existe otro período de prisión intermedia, de seis meses por los menos, en el que los penados trabajan durante el día fuera del establecimiento como obreros libres, y duermen en la prisión. Este período tiene por objeto ir habituando al reo a la vida en sociedad, y al mismo tiempo importa un ensayo que revelará si éste se encuentra en condiciones de recibir la libertad condicional. La prisión celular de Mountjoy fué destinada pa

(1) Howard Wines. "Punishment and reformation". págs 186 y 187, cit. por Herrera. pág. 200 de Ob. cit.

ra el cumplimiento del primer período, la de Spike Island para el segundo,³ y las de Smithfield y Luckcomon para el tercero.

Se afirma que los resultados del sistema, obtenidos en Irlanda, al menos aparentemente, fueron satisfactorios, notándose una notable disminución de los delitos desde el año en que se introdujo tal reforma (1) Sin embargo, se asegura que después que faltaron Crofton y sus colaboradores, decayó rápidamente la eficacia del sistema, en forma que "quizás en ninguna parte como aquí, se manifestó hasta qué punto es superior la personalidad al sistema". (2)

4º Es indudable que el sistema progresivo es superior a los que con anterioridad hemos examinado.

Tiene la gran ventaja de hacer más factible que ningún otro la readaptación social del penado, pues progresiva y gradualmente lo va acercando a la libertad a medida que sus condiciones para la vida en relación se acentúan.

En cuanto a la realización del trabajo tiene las ventajas que el régimen auburniano presenta sobre el celular, debiendo hacerse notar además, que el sistema de marcas aumenta grandemente la laboriosidad del reo, estimulado por la esperanza de elevarse de clase, con todas sus beneficios, y con ello acercarse a la libertad.

El sistema ofrece también facilidades para que el trabajo sea aprovechado en obras de utilidad pública, o en cultivo de campos.

Según Prins⁽¹⁾, el régimen progresivo tiene a su favor sobre el celular, la ventaja de exigir un personal de vigilancia menor, porque "se necesitan menos hombres para dirigir talleres comunes, en donde cada preso tiene su suerte entre las manos, que para hacer marchar los rodajes delicados del régimen celular, en que cada detenido, por el contrario, tiene que ser conducido como una máquina. Se puede, por tanto, retribuir mejor y reclutar más convenientemente a los agentes subalternos".

Para las penas largas, no hay sistema más apropiado que el progresivo, pues, su graduación, facilita perfectamente un régimen reformador, a base de trabajo, instrucción y educación. Las penas de duración indeterminada, encuentran en este sistema su marco propicio, como lo hace constar Jiménez de Asúa. (2)

(1) "Criminalidad y represión". Ob. cit. pág. 83

(2) "La sentencia indeterminada". Ob. cit. pág. 93 y 102.

El sistema progresivo como los demás, ha sido objeto de algunas críticas, que a nuestro juicio no alcanzan a empañar su bondad indiscutible que hace que deba considerársele el mejor de los sistemas, como lo reconocen la mayoría de los autores.

5º En algunos países europeos, como Dinamarca, Noruega, Austria, Italia, Hungría, etc. ⁽¹⁾ se tienen ejemplos de régimen penitenciario progresivo.

En Dinamarca la pena de trabajo forzado se cumple en varios períodos: el primero o preparatorio, es de prisión celular o común y dura tres meses, el segundo o "estado forzoso" se subdivide en cinco clases; el tercero lo constituye el "estadio de tránsito", y luego viene la libertad condicional. Se pasa de categoría a base del sistema de puntos según el procedimiento irlandés.

En Noruega la prisión en común se cumple en una serie de grados progresivos, previo un período de aislamiento en las penas de alguna duración. La libertad es concedida condicionalmente, después de cumplidas las dos terceras partes de la pena, y al menos seis meses.

En Austria, las penas de cierta duración deben cumplirse según se ha prescrito, en un primer período de aislamiento, que varía de ocho meses a tres años, y otro de prisión en común dividido en tres partes.

En Italia, la reclusión tiene un período de aislamiento, que varía de seis meses a tres años; un período de prisión en común dividido en tres grados; y la libertad condicional. Existe un período intermedio entre la prisión en común y la libertad condicional para los condenados a tres años por lo menos de pena, a cumplirse en establecimientos agrícolas o industriales.

En Hungría, el sistema progresivo se divide en aislamiento celular, prisión en común en establecimientos cerrados, prisión intermedia en establecimientos agrícolas y libertad condicional.

Entre los modernos proyectos de Códigos Penales que han fijado normas para el régimen penitenciario, citaremos el anteproyecto suizo de 1915 que establece el sistema progresivo para el cumplimiento de las penas de prisión y reclusión, dividido en tres períodos, a saber: primero aislamiento celular durante los tres primeros meses, que puede abreviar-

(1) Los datos que seguirán referentes a estas naciones, los hemos tomado de Kraesmann. Ob. cit. pág. 384.-

En escuelas profesionales se enseña a los penados un oficio. También existe una organización militar de los reclusos con el objeto de habituarlos a la obediencia y a la disciplina. En cuanto a la religión se tiene en cuenta la que profesa cada penado, a fin de someterlo a la educación respectiva.

Se publica en el Reformatorio un periódico desde el año 1884, impreso por los penados en el que no se incluyen noticias inadecuadas, como son las de sucesos criminales, periódico que ha merecido un elogioso juicio de Lombroso. (1)

Brockway, que fuera Superintendente del Reformatorio de Elmira, enumera los siguientes medios que se utilizan en la Institución para alcanzar la reforma de los reclusos: 1º El deseo de libertad, utilizado para la mejora del individuo, mediante la sentencia indeterminada y el sistema de vales pecuniarios. 2º El estímulo proveniente de la división de los prisioneros en grados, por el aumento de comodidades y privilegios a medida que pasan del grado más bajo al más alto y por el diferente salario que ganan, según el grado a que pertenezcan. 3º Los beneficios que resultan de un completo sistema de educación intelectual que comprende a todos los reclusos, desde los iletrados hasta los pertenecientes a la clase académica superior, y que se sirve de métodos muy progresivos. 4º La beneficiosa influencia de la organización y de los ejercicios militares, seguidos de un modo persistente y que dan por resultado sustancialmente la misma educación militar que puede dar la academia militar mejor regida. 5º La educación técnica e industrial que se proporciona a todos y cada uno de los reclusos, que persigue la mejor preparación práctica de éstos para que puedan vivir en la vida libre ejerciendo una profesión y un oficio lícito, y cuyo especial objetivo es hacerles aptos para ganarse la subsistencia con su propio esfuerzo, como trabajadores en obras legítimas. 6º La educación física dada científicamente en un gimnasio bien montado, por un instructor de gran competencia y bajo la dirección del médico del establecimiento. 7º La educación manual ~~que~~ a que se somete a los individuos afectados de perversidad especial, de falta de desarrollo o de desórdenes en las facultades mentales. 8º Un empleo de vez en vez mejor de los más adecuados elementos nutritivos, con el objeto de regenerar los tejidos de los reclusos y producir o favorecer su buena salud, la firmeza y tonicidad de su sistema nervioso y la adquisición de hábitos y aptitudes para el ejercicio de un trabajo regular y continuo. 9º Juntamente con los anteriores elementos, se hace uso de las influencias morales y religiosas, para aumentar y fortalecer el poder ético de los reclusos. (2)

Es indudable que el sistema de los Reformatorios Americanos, que descansa sobre los principios del sistema progresivo y de la sentencia indeterminada, tiene que dar buenos resultados con respecto a la regeneración de los reclusos en ellos. El tratamiento reformador a que ellos son sometidos es excelente.

V - Después de la revista que hemos pasado a los distintos sistemas penitenciarios, creemos que el más conveniente en nuestro país, es el progresivo, siempre que no se trate de una pena de escasa duración, en

(1) "Causas y Remedios del Delito". Ob. cit. pág. 536.

(2) Quiros. Ob. cit. pág. 172.

cuyo caso, por las razones que hemos expuesto oportunamente, damos la preferencia al aislamiento celular. En las demás penas privativas de libertad, y sobre todo, si se adoptase la de duración indeterminada como la hemos propuesto, el sistema progresivo, constituye su forma eficaz de cumplimiento.

Este sistema comprendería: 1º, Un período de preparación que debe cumplirse en aislamiento celular, el que puede durar de tres a seis meses, en el que se determine las aptitudes y naturaleza del penado, y al mismo tiempo sirva para inducir a éste a la reflexión y al arrepentimiento. En este período, los penados serían dedicados a los trabajos apropiados a sus aptitudes, y que fuesen posibles en el establecimiento. 2º Un segundo período de trabajo, instrucción, etc., en común, y separación nocturna en el cual los penados estuviesen divididos en clases o grados como en el régimen inglés, debiendo existir el sistema de las marcas como hemos visto. El paso del penado a una clase superior debe reportarle mayores beneficios en la gratificación del trabajo, en las comodidades del lecho, en el derecho de recibir visitas, en la alimentación, etc. El trabajo puede ser, según los casos, dentro o fuera del establecimiento. Este período, tratándose de la pena de tiempo indeterminado, como hemos propuesto, debe durar por lo menos, hasta el cumplimiento del mínimo fijado, o si se ~~trata~~ trata de una pena determinada de antemano, como mínimo hasta el momento en que sea procedente la libertad condicional cuando ésta pueda ser acordada. (1) 3º Una tercer período constituido por la libertad condicional a la que nos referiremos oportunamente.

Es indudable, que un período intermedio entre la prisión en común y la libertad condicional, como quiera Herrera (2), a semejanza de los establecido en el régimen croftoniano, sería conveniente, pues facilitaría la readaptación social del penado, pero ello habría de complicar más el sistema, obstaculizando su implantación en nuestro país.

El sistema que proponemos puede conciliarse perfectamente con las penas de reclusión y prisión que establece nuestro Código.

VI - El régimen carcelario para desenvolverse con eficacia, y so-

(1) Por ej. artº 13 Cód. Penal Argentino.

(2) Ob. cit. pág. 203.

sobre una base individualizadora exige que los penados sean clasificados en grupos, teniendo en cuenta para ello, circunstancias de distinta índole. El tratamiento de cada clase de penados será diferente, pues deberá adecuarse a las condiciones y naturalezas respectivas.

En primer término se impone la separación de los delincuentes ocasionales, aquellos que han delinquido por accidente, de los habituales y profesionales. Con ello se evita por una parte, la funesta influencia depravadora que pueden ejercer los últimos sobre los primeros, y se facilita el tratamiento penitenciario que forzosamente debe ser distinto si se trata de un delincuente ocasional, cuya reforma es fácil conseguirla o de un delincuente habitual o profesional, con quienes es menester obrar de manera más rigurosa, si se pretende tener éxito.

Ya hemos dicho que a los delincuentes ocasionales, para los únicos que se justifican la existencia de penas cortas con carácter intimidador, ya que se hace difícil reemplazarlas por completo contra otras medidas mejores, el aislamiento celular es provechoso. En caso de penas de larga duración, el régimen progresivo es el que debe adoptarse, a base de un tratamiento reformador, que aún cuando en determinados casos no tendrá razón de ser, porque no se necesite, habrá de cumplirse en beneficio de la menor complejidad del régimen.

En cuanto a los profesionales y habituales, habrá que distinguir los corregibles de los que no lo son. A los primeros, corresponde aplicar el régimen progresivo con fines de corrección, debiendo intensificarse más que cuando se trata de los ocasionales. Y en cuanto a los incorregibles, el método también podrá ser el progresivo, pero no con fines de enmienda que no se lograrían, sino a base de un régimen de trabajo productivo.

La separación de sexos es otra necesidad en el régimen penitenciario, para evitar la corrupción e inmoralidad, y para aplicar por otra parte, el tratamiento respectivo. Nuestro Código Penal en su artículo 8 prescribe en este sentido que la mujeres sufran sus condenas en establecimientos especiales. Para citar algunos proyectos modernos a este respecto, haremos mención del Anteproyecto Suizo de 1915, que establece en su artículo 45, que en todos los establecimientos, los sexos estarán enteramente separados; y el Proyecto Sueco de 1916, que

dispone en su artículo 16^o, capítulo 2^o, que los penados serán instalados separadamente según su sexo, en establecimientos penales diferentes, o en departamentos distintos del establecimiento. En N. América existen establecimientos reformativos exclusivos para mujeres.

Otra separación que debe hacerse indispensable, es la de mayores menores, que ya consagra el art^o 8 del Código Penal, al ordenar que los menores cumplan sus condenas en establecimientos especiales. El Proyecto Italiano de 1921, para no mencionar a este respecto sino uno de los más adelantados, prescribe también la separación a que nos referimos.

La separación entre reincidentes y primarios es también necesaria. Y puede hacerse otra a base de la índole de los delitos y motivos determinantes.

Convendría distinguir a los delincuentes campesinos de los urbanos, como lo quiere Tarde⁽¹⁾, a fin de que los primeros no sean reclusos en una prisión urbana, donde se pretenda enseñarles un oficio de naturaleza completamente extraña a sus aptitudes, y que por lo tanto haga difícil su aprendizaje. El campesino debe ser dedicado en lo posible a los trabajos agrícolas, y por lo tanto ser enviado a establecimientos rurales.

VII - En general, las bases principales del régimen carcelario deben ser: el trabajo, la instrucción y la educación de las cuales nos ocuparemos por separado.

a) 1^o El trabajo constituye parte esencial en el régimen de la pena de cárcel, porque es, uno de los medios más eficaces de reforma, desde que habitúa al recluso a una vida disciplinada, y extraña a la holgazanería, que lo capacitará para el ejercicio de una profesión u oficio, y porque permite también el cumplimiento de ciertas obligaciones por parte del reo.

El trabajo por tanto, debe ser obligatorio, y así lo establecen acertadamente los arts. 6^o y 9^o de nuestro Código Penal, con respecto a las penas de reclusión y prisión.

El trabajo penitenciario debe estar organizado en forma que

(1) "Filosofía Penal". Ob. cit. T.2, pág. 307.-

resulte útil y productivo, por cuanto "la alegría del trabajo está unida a sus resultados; el asignar a los presos trabajos sin sentido, como lo hacía, por ejemplo el régimen penitenciario inglés, no sólo significa una dilapidación de potencia de trabajo valiosa, sino una crueldad inútil; el trabajo se convierte en un tormento físico."⁽¹⁾

Deberá ser también instructivo, con el objeto de que el penado al salir en libertad, haya aprendido un oficio con que ganarse la vida honestamente. Pero, para que esta instrucción profesional resulte eficaz, es necesario que el trabajo se encuentre en lo posible en relación con las aptitudes originarias del condenado, pues, será más fácil desarrollárselas, que improvisarlo en una labor nueva. El Anteproyecto Suizo de 1915, tan adelantado por muchos conceptos, prescribe en este sentido en su artículo 38, que, "en tanto que sea posible, el trabajo impuesto a cada detenido deberá estar conforme con sus aptitudes". El no menos adelantado Proyecto Italiano de 1921, en su artículo 70, dispone que se tengan en cuenta las aptitudes del condenado, para el trabajo.

Es necesario procurar también que el trabajo que el penado realice en la cárcel, tenga aplicación en la vida libre. Sinó es así, de nada servirá la enseñanza de un oficio.

Debe evitarse que el trabajo que se proporcione, pueda ilustrar al penado sobre medios que sirvan para facilitarle la comisión de delitos. Por eso, son inconvenientes los trabajos de "cerrajería, fotografía, caligrafía, etc., como lo hace notar Lombroso."⁽²⁾

Por lo demás, en la organización del trabajo deben respetarse las condiciones físicas y psíquicas del penado.

2º Una cuestión importante es la relativa a si el trabajo del penado debe ser remunerado o gratuito.

Creemos de acuerdo con la generalidad de los autores, que si bien el penado no tiene derecho a retribución alguna, desde que el trabajo constituye un elemento de la pena, debe remunerársele, a fin de ello sea un estímulo para aquél, y contribuya por lo tanto a asegurar su reforma y a mantener la disciplina del establecimiento. No siendo pues, esta remuneración, un derecho del detenido, sino una libera-

(1) Kriesmann. Ob. cit. pág. 275.

(2) "Lombroso." "Causas y Remedios del Delito" Ob. cit. pág. 468.

lidad del Estado, puede quitársele o disminuirsele como medida disciplinaria, en concepto de multas, etc.

El importe de la gratificación permitirá además la formación de un peculio del penado, con el que podrá afrontar sus primeras necesidades a la salida de la cárcel, y que en esa oportunidad se le entregará, y por otra parte, servirá para que este cumpla con las obligaciones resultantes del delito, para que ayude al sostén de la familia, indemnice al Estado por los gastos que ocasione por su manutención en el Establecimiento.

3º Existen dos sistemas principales de explotación del trabajo de los penados: el de contrata, y el de administración.

Por el primero, se cede a un tercero, el contratista, la explotación del trabajo de los penados, mediante el pago de una cantidad propocionada al número de presos y a los días de trabajo. Por el segundo es la administración la que explota el trabajo bajo su dirección y vigilancia, adquiriendo las materias primas y elaborando por su cuenta y riesgo.

Es fácil advertir la superioridad del segundo sistema. El contratista tiene solo en cuenta su interés de obtener las mayores utilidades posibles, descuidando por completo la finalidad reformadora que debe presidir la organización del régimen carcelario. La administración en cambio, organizará el trabajo sobre la base de ese pensamiento educativo. Es cierto que el sistema de contrata libra a las autoridades penitenciarias de la tarea que representa la dirección del trabajo, lo que exige mayor personal, y del riesgo de la venta de los productos, pero ante estas ventajas, no debe sacrificarse la regeneración del condenado, que debe interesar mucho más, desde que ello importa la disminución de la delincuencia. Éste y otros inconvenientes, que el sistema por contrata presenta, hace que nos decidamos por el de administración que es el más compatible con una eficaz política penal.

b) La instrucción, de cuya influencia sobre la conducta del penado, se ha dudado por algunos autores, (1), debe ocupar sin embargo, un lugar destacado en el régimen penitenciario, pues será conveniente dotar a los que lo necesiten, de conocimientos útiles, prácticos y morales, para facilitarles una vida honrada al ser puestos en libertad. Desde este punto de vista conviene establecer escuelas penitenciarias,

(1) Entre ellos Prins. "Criminalidad y Represión". Ob. cit. pág. 73 y sigs.

sobre la base de la enseñanza elemental de ciertas materias, como por ejemplo, la lectura, escritura, gramática, aritmética y geometría prácticas, historia y geografía, sobre todo de la República, dibujo, instrucción cívica, ciencias físicas y naturales, botánica, escritura a máquina, etc. Las escuelas penitenciarias constarán de diversos grados, respetándose siempre las distintas clasificaciones de los penados, para mantener la separación de los respectivos grupos. Deberá tenerse en cuenta la aplicación y el aprovechamiento que demuestren los penados, a los efectos del paso de un período a otro del sistema progresivo. De esta manera se suministra el consiguiente estímulo.

Cabe recordar aquí, el concienzudo decreto de fecha 28 de Enero de 1905, redactado por el entonces Ministro de Justicia Dr. Joaquín V. González, por el que se reglamentó la escuela de la Cárcel Penitenciaria de Bs. Aires en forma acertada. ⁽¹⁾

Conviene la creación de Bibliotecas en los establecimientos, a fin de facilitar a los detenidos, la lectura de libros adecuados.

Las escuelas de artes y oficios podrían implantarse a los efectos de reforzar la instrucción industrial y profesional del trabajo.

c) La educación moral de los penados en la cárcel será otra base del régimen penitenciario, desde que ello tendrá gran influencia en su regeneración. La contribución religiosa a este respecto puede dar buenos resultados, pero es necesario respetar los distintos cultos que profesen los penados, los cuales deben ser libres en sus creencias.

VIII - La disciplina de los establecimientos, deberá mantenerse con un sistema de recompensas y castigos. Los castigos crueles, como el látigo, los tormentos, etc. deben desterrarse, y emplearse otras medidas más humanas, aún cuando sea necesario que tengan un carácter intimidativo. El aislamiento celular, el retroceso de un grado a otro, la privación de comunicaciones escritas y del recibo de visitas, la disminución en la alimentación, etc. son medidas más conducentes y que no atentan contra la moral de los penados como ocurre con los castigos duros y crueles.

En cuanto a las recompensas, conviene que ellas constituyan un estímulo al mejoramiento del penado, pudiendo otorgarse premios en ropas de vestir, calzado, prendas de cama, u otros útiles y libros de lectura, suplemento en la alimentación, y llegarse hasta la elevación del

(1) Cit. por Rivarola. Ob. cit. pág. 359.

penado a una clase superior, etc.

IX - La higiene debe ser mantenida estrictamente en los diversos establecimientos, y manifestarse en todos sus aspectos. Es conveniente la organización de la asistencia médica.

X-a) El personal penitenciario deberá reunir las condiciones de idoneidad indispensables, para asegurar así, la finalidad del régimen. Para la preparación de este personal, se ha proyectado la creación de escuelas anexas a ~~xxxx~~ los establecimientos penales, organizadas bajo un adecuado plan de estudios, debiendo recaer los nombramientos en las personas egresadas de las mismas con el título de competencia.

XI a) La libertad condicional es otra de las conquistas modernas del Derecho Penal. Es un colateral de los sistemas penitenciarios, sobre todo del progresivo, y en ella encuentra la sentencia indeterminada su forma práctica de realizarse.

Consiste en la libertad provisional del delincuente, bajo la condición de que durante un cierto lapso de tiempo guardará buena conducta o no cometerá nuevo delito, so pena de ser reintegrado a la cárcel.

En las penas de duración preestablecida, la libertad condicional se concede después de cumplido un tiempo determinado de la misma, si se presume corregido al delincuente. En la sentencia indeterminada, puede ser concedida en cualquier momento en que se considere inútil continuar con la privación de la libertad del condenado, sea porque se aprecie que se ha corregido, o porque no se le considere ya temible para la sociedad. Desde luego, si se ha fijado un límite mínimo a la pena de duración indefinida, la libertad condicional solo podrá otorgarse una vez vencido éste.

Esta institución constituye una medida de carácter preventivo de gran eficacia. Estaría demás, si pudiera tenerse la certeza de que el condenado ha dejado de ser peligroso para la Sociedad, y que su enmienda se ha operado, pero como siempre existe la probabilidad de un error, es conveniente que la libertad concedida por anticipado, sea revocable si resulta que el beneficiado no ha sido merecedor de ella.

b) La libertad condicional tiene su origen en el derecho inglés. En 1847 fué concedida a los deportados en Australia como privilegio, y con posterioridad se otorgó también a los penados de la metrópoli.

Después se ha ido introduciendo en las naciones del continente europeo, existiendo en Alemania, Suiza, Francia, Italia, Suecia, Holanda, Noruega, etc.-

Nuestro país la ha adoptado recién en el nuevo Código, en reemplazo de la gracia, que establecía el Código anterior.

c) En Estados Unidos existe una institución: la liberación "on parole", que guarda grandes semejanzas con la libertad condicional europea. Una y otra medida se diferencian - sin embargo.

"En ambas se concede - dice Cadalso - al penado una libertad más o menos restringida para que viva fuera del establecimiento penitenciario hasta adquirir la definitiva, si observa buena conducta, o hasta su reingreso en él si procede mal. Pero la libertad sobre palabra es una recompensa a la que el penado tiene derecho por su buen comportamiento, en tanto que la libertad condicional es una gracia. Para conceder ésta, se tiene en cuenta el tiempo extinguido de la pena, para otorgar aquella solo se atiende a la conducta del reo. El liberado condicionalmente sigue sometido a la vigilancia de la autoridad gubernativa o judicial, según los países; el liberado bajo palabra (paroled) continúa en relación directa con el reformatorio y bajo la tutela de la autoridad penitenciaria. En la libertad condicional, las autoridades son las encargadas únicamente de investigar el proceder del prisionero liberado; en la sentencia indeterminada al mismo tiempo que las autoridades investigan, se obliga al interesado a dar por sí cuenta exacta de su conducta y de su situación. En el primer caso, aparece más marcada en el individuo la condición de penado; en el segundo, la de obrero."⁽¹⁾

d) En los casos de sentencia indeterminada, es indudable que la libertad condicional constituye la medida complementaria.

Ella sería aplicable a los delincuentes corregibles cuando llegue el momento en que se les considere enmendados, siempre que hubieren cumplido el mínimo fijado. A los delincuentes incorregibles, sometidos a una pena de duración indeterminada, como medida preservadora, con mínimo alto fijado por la ley, cuando ese mínimo se ha cumplido y

(1) Citado por Cuello Calón. "Penología". Ob. cit. pág. 127.

se aprecie que es inútil continuar aplicando la pena, porque el delincuente por una u otra razón ha dejado de ser peligroso.

La libertad condicional no procedería en estos casos como una gracia, sino como un derecho del penado que se ha enmendado y que por lo tanto ha dejado de ser peligroso, y correspondería ser acordada por la autoridad judicial, previo informe de una comisión carcelaria constituida por personas de profundo conocimiento y experiencia en materia criminal, la que podrá expedirse en conjunto, o bien por separado cada uno de sus componentes, exponiendo todos los datos respectivos, para que los jueces pudieran decidir si procede o no la libertad condicional.

En caso de proceder la libertad bajo condición, el liberado debería estar sujeta a la vigilancia y protección de determinados funcionarios semejantes a las de los probations officers, o de instituciones de patronato, a quienes estaría obligado a dar cuenta de su conducta y modo de vivir. Además tendría el liberado que residir en el lugar que se le señale y observar las reglas de conducta respectivas.

Vencido el término de la libertad condicional, sin que haya tenido que revocarse, el liberado quedaría definitivamente libre, pues habría acreditado durante ese período de prueba, que su enmienda era efectiva.

La libertad condicional es así, un puente tendido entre la cárcel y la vida libre que evita las graves consecuencias de un paso radical entre el encierro y la libertad amplia sin restricciones.

Cuando no se trate de sentencias indeterminadas, la libertad condicional, puede concederse en la forma y condiciones que determina el artículo 13 del Código Penal.

XII - El patronato de liberados, es un complemento de todo buen sistema penitenciario. Tiene por objeto velar por la suerte del liberto, procurarle trabajo, ayudarlo y tutelararlo en los primeros pasos de su vida libre, y asegurar su readaptación social.

Esta institución que ha tenido gran desarrollo en países extranjeros⁽¹⁾, puede revestir el carácter de privado, oficial o mixto, y sus funciones de asistencia pueden comenzar durante el régimen carcelario, por visitas a los presos, sobre los que deberá ejercerse la influencia moralizadora de los miembros o delegados del Patronato.

(1). Eusebio Gómez. "Patronato de Excarcelados", en "Archivos Psiquiatría y Criminología". B. Aires 1909. cit. por Ingenieros. Ob. cit. pág. 274.

XIII - La rehabilitación ante el derecho del antiguo penado, que por su vida ordenada durante largo tiempo, se ha hecho acreedor a ello, constituye el broche final de un buen sistema penitenciario.

XIV - Para terminar con este trabajo, haremos notar la conveniencia indiscutible que existe, en que, el régimen carcelario que se adopte se cumpla fiel y uniformemente en todo el país, pues de lo contrario, la finalidad preventiva de la privación de la libertad, correrá el riesgo de malograrse. Por eso, sería de desear que se nacionalizasen todas las cárceles, aunque ello obligue a la reforma de la Constitución

- FIN -

Budapest, Agosto 29 de 1924
Francisco Alcega

INDICE

Capítulo primero

Consideraciones preliminares

I.-Concepto de la Criminología, de la Política Criminal y de la Política Penal.- II.-Origen y evolución de la pena hasta Beccaria.- III.-Beccaria y sus predecesores.- IV.-Doctrinas de Beccaria.- V.-Su influencia en la legislación. La revolución Francesa, John Howard.- VI.-Fracaso de las nuevas ideas en la lucha contra el crimen.- VII.Período científico. Lombroso, Ferri, Garófalo. Escuelas intermedias. Transformación del Derecho Penal.-

--
Capítulo segundo

La finalidad de la pena

I.-La pena y su finalidad preventiva.- II.-Teoría de la justicia absoluta: la retribución. a) la proporción entre la pena y el delito. b) El libre arbitrio del delincuente. c) Imposibilidad de agravar la pena por causa de reincidencia.- III.-Teorías preventivas ~~preventivas~~ a) Teoría de la intimidación. b) Teoría correccionalista. c) Teoría de la Escuela Positiva. d) Teoría de la Terza Scuola. e) Unión Internacional de Derecho Penal. - IV.-Prevención especial y prevención general.- V.-Pena y medida de seguridad.

--
Capítulo tercero

El estado peligroso del delincuente y la individualización de la pena.

I.-La defensa social y el estado peligroso del delincuente.- II.-Libre albedrío.- III.-Determinismo.- IV.-Teorías intermedias. Teorías de Tarde, Von Liszt y Alimena. V. Teoría del estado peligroso del delincuente.- VI Determinación del grado de peligrosidad. VII.-Individualización de la pena.- VIII.-Individualización legal, judicial y administrativa.- IX.-Clasificación de los delincuentes.- a) Clasificación de Ferri.- b) Clasificación de ~~Lombroso~~ Garófalo.- c) Clasificación de Lombroso.- d) Clasificación de Ingenieros.- X.-Clasificaciones de Thyren y Von Liszt. Clasificación práctica.- XI.- a) Clasificación del Anteproyecto Suizo de 1915.- b) Proyecto Italiano de 1921.- c) Código Penal Argentino.-

--
Capítulo cuarto

Menores

I.-Importancia del problema de la delincuencia juvenil.- II.-Factores de dicha delincuencia. Programa de política criminal y política social para combatirlos.- III.-Caracter del nuevo derecho penal de menores.- IV.-Tribunales, procedimiento y establecimientos especiales. Patronato de liberados. V.- Legislación positiva. a) Proyecto Suizo. b) Anteproyecto servio de 1910.- c) Proyectos alemanes. d) Proyecto Italiano de 1921. e) Proyecto Polaco de 1921.- f) Leyes Inglesas.- g) Leyes belga y francesa. h) Tratamiento de los menores delincuentes en E.U. de N. América.- VI.- El asunto en la R. Argentina. a) Código derogado. La cuestión del discernimiento. b) Proyecto de 1891. c) Proyecto de 1906. d) Congreso Penitenciario de 1914.- e) Legislación penal de menores según el Código en vigencia. f) Los tribunales para menores en nuestro país. La ley de Patronato de Menores. VII.-Bases para un Derecho Penal de Menores. a) Caracter y finalidad de la pena o medida. b) El Estado debe hacer lo posible para que sean llenadas cumplidamente las medidas que se adopten.- c) División de los menores por edades.- d) Tratamiento con respecto a los menores de 14 años. e) Menores de 14 a 18 años. f) Menores de 18 a 22. g) Medidas con respecto a los padres, tutores o guardadores del menor autor de un delito. h) Tribunales de menores.- i) Régimen de los establecimientos. j) Casos de libertad vigilada.

Capítulo quinto

Sanciones para los delincuentes ocasionales

I.-La pena de privación de libertad de corto tiempo debe evitarse en lo posible.-II.-Sustitutivos de dicha pena.a)El perdón judicial.b)La reprensión judicial.c)1° La condena condicional.Concepto e importancia. 2° Origen y desarrollo en las legislaciones. 3°Congresos científicos que la han proclamado. 4°Tipos de condena condicional:anglo americano y continental europeo; distintas características. 5°Objeciones a la condena condicional. 6° A qué delincuentes debe ser acordada la condena condicional. 7° Qué penas pueden ser suspendidas.8°Período de prueba.9°Una indicación conveniente.- III.-La pena de multa.-IV. Casos de privación de libertad; régimen.-

--

Capítulo sexto

Reincidentes, profesionales y habituales

I.-El problema de la reincidencia. II.-Causas de la reincidencia.Penas cortas de aprisionamiento; malos regímenes penales.-III.-Peligrosidad del reincidente.Reincidentes, habituales y profesionales.-IV.-Es menester combatir la reincidencia.-V.-La reincidencia como agravante. VI.Delincuentes corregibles e incorregibles.-VII.-Finalidad de las respectivas medidas penales. VIII.La mejor medida penal para ambas categorías de delincuentes, es la sentencia indeterminada, sin perjuicio de la perpetua privación de libertad en ciertos casos.- IX.a)El porqué de la afirmación anterior.- b)Orígenes de la sentencia indeterminada y Congresos Penitenciarios que la aceptaron.-c)Formas de indeterminación:absoluta y relativa.- d)La indeterminación absoluta.-e) La indeterminación relativa.f) Objeciones a la sentencia indeterminada.-g) A qué delincuentes debe aplicarse. h)La sentencia indeterminada en las legislaciones. X.a)La deportación. Inglaterra, Rusia y Francia.- b) La deportación en nuestro país. XI.-Oficina central de identificación de reincidentes.-

--

Capítulo séptimo

Vagos y mendigos, enfermos mentales, y bebedores habituales.

I.-a) La vagancia y mendicidad deben combatirse.b) Vagos y mendigos válidos e inválidos, accidentales y profesionales.c)El criterio del estado peligroso.d)Inutilidad de las penas cortas de cárcel?Indeterminación.Casas de trabajo. Libertad condicional.-f)Casas de trabajo. g)Legislación positiva.- II.-a)El loco delincuente y la defensa social. b) Debe privársele de la libertad mientras dure su peligro. c)La cárcel es inadecuada. d) Manicomios criminales.e) Objeción.f)Internamiento de duración indeterminada. g)Principios básicos del manicomio. h) Manicomios ingleses y norteamericanos. i) Leyes y proyectos modernos.j)La cuestión entre nosotros.- III.-a)El alcoholismo y la lucha contra el mismo.b) La defensa social y la peligrosidad del alcohólico. c)Asilos para bebedores.-d) Leyes y proyectos.

--

Capítulo octavo

Sistema y régimen carcelarios

I.- La pena privativa de la libertad y su importancia.-II.-Reforma penitenciaria.-Howard.-III.-Régimen penitenciario, concepto y fines.-IV.-El problema carcelario en nuestro país.Las cárceles y su estado.El Código Penal y la falta de ley complementaria.Algunos proyectos.- V.-Sistemas penitenciarios. a) Sistema de comunidad. b)Sistema de clasificación. c) Sistema celular.2°Precedentes. 3°Sistema filadélfico. 4°Ventajas e inconvenientes de la celda. Cómo debe aplicarse.-b) 1°Sistema de Auburn.2°Ventajas e inconvenientes.3°Debe constituir un período del sistema progresivo.-c).-1°Sistema progresivo.2°Sistema inglés. 3°Sistema croftoniano.4°Ventajas de este sistema progresivo,es el mejor. 5°Algunas leyes y proyectos que lo siguen.-d) Reformatorios americanos.Elmira.-

VI.-Clasificación de los penados en el régimen carcelario.- VII.Bases del régimen. a) 1° El trabajo y sus condiciones. 2° El trabajo debe retribuirse. 3° Sistemas de explotación del trabajo. b) La instrucción. c) Educación moral y religiosa. VIII Disciplina carcelaria. Castigos y recompensas. IX. Higiene.- X.- Personal penitenciario. XI a) La libertad condicional, b) Origen y desarrollo. c) La libertad condicional y la liberación "on parole". d) Uándo y cómo procedería la libertad condicional.- XII. Patronato de liberados.- XIII Rehabilitación de los penados.- XIV. Necesidad de que el régimen carcelario se aplique uniformemente en el país

Proposiciones accesorias

- 1a. - El artículo 54 inciso 5° del Código Civil, sólo puede referirse a los ausentes con presunción de fallecimiento.
- 2a. - Los hermanos naturales se heredan entre sí.
- 3a. - Es conveniente la reforma del artículo 46 de la Constitución Nacional, en el sentido de que los Senadores sean elegidos directamente por el pueblo.
- 4a. - Debe modificarse el artículo 198 del Código de Proc.^s Civil y Comercial de la Pcia. de Buenos Aires, incluyendo entre las personas que no pueden ser presentadas como testigos contra una de las partes, a los hermanos.-

Américo Pellegrini