

El delincuente en el Código Maúrtua

Maúrtua fué autor exclusivo de la reforma penal. Su ponencia parlamentaria de 1916 tímidamente influida por el anteproyecto suizo de 1915, es una transacción con la escuela clásica. Con mejor propósito reformista su proyecto de 1921, más directamente inspirado en los anteproyectos suizos de 1916 y 1918, incluye instituciones y resortes de política criminal omitidos en el anterior. Y es este segundo proyecto, de ágil y moderna arquitectura, el que después de sufrir ligeras enmiendas por parte de la Comisión Reformadora, que atinadamente había llamado a Maúrtua a su seno, se convierte en 1924 en la vigente ley.

En el trabajo que insertamos a continuación se confrontan algunos preceptos del Código—los más importantes en nuestro concepto—con las nuevas doctrinas penales. El resultado—según se verá—no es favorable. Después de trece años de vigencia, la antes perfecta teoría del Código muestra defectos y vacíos debidos no sólo a una concepción que ahora resulta defectuosa, sino, sobre todo, a una permanente falta de aplicación. Raro destino el de esta ley, que ya su ilustre autor constataba con desencanto: envejecer sin haber sido aplicada.

Para enjuiciar un código penal moderno hay que enfocarlo desde el triple punto de vista de la concepción del *delincuente*, de la latitud y eficacia de la *política criminal* y de la configuración de los *delitos*.

Siguiendo este método estudiaremos, por ahora, la doctrina del código tan sólo en lo que se refiere al *delincuente*.

De filiación netamente clásica, el Código de 1863, cortado en el patrón francés de 1810, concebía el delito como una acción u omisión voluntaria y maliciosa penada por la ley. El delincuen-

te era en él—tal como lo pinta la certera frase de Ferri—nada más que un “maniquí animado sobre cuya espalda el Juez pega el número de un artículo de la ley, el cual llega a ser igualmente un número para la ejecución de la sentencia”. (1)

Enrolándose en la escuela positiva, el Código Maúrtua opone a la concepción del delito la concepción del delincuente. Pero, la prevalencia del delincuente sobre el delito ¿es en él tan absoluta como parece a primera vista?

Aún cuando los arts. 81, 82 y 83 hacen del “agente de infracción” el eje alrededor del cual gira todo el aparato de las pe-lógica-sicológica de la responsabilidad conduce necesariamente a la discriminación de los hechos que integran el delito. Así mismo, la determinación de la medida de la pena obliga a tener presente—“en cuanto la ley no las considere especialmente como constitutivas o modificadoras del delito”—(art. 51), circunstancias de individualización pertinentes, unas, a la naturaleza del hecho delictuoso, y, otras, a la persona del delincuente. Lo que significa que la doctrina del código no mira exclusivamente hacia éste, cosa explicable si se advierte que para la apreciación de “la culpabilidad y el peligro del agente” hay que mirar también hacia el delito, expresión de peligrosidad.

I. — IMPUTABILIDAD Y RESPONSABILIDAD

Según la escuela clásica, el delincuente es responsable por-que dotado de la facultad de escoger entre el acto punible y el acto lícito, se decide por el primero. De acuerdo con este principio, el código del 63 consideraba irresponsable al incapaz de discernimiento, fuese loco o menor de edad.

Apartándose de la posición clásica, pero temeroso al mismo tiempo de adoptar una fórmula radical, el Código Maúrtua conserva el requisito de la intencionalidad o voluntariedad del agente de infracción (arts. 81 y 82), autorizando con criterio defensivo la represión del agente de infracción no intencional ni culpable “en los casos de peligro social” (art. 83). De este modo se combinan el criterio subjetivo de la responsabilidad basada en la libre determinación de la voluntad del agente y el criterio objetivo de la responsabilidad social basada en el estado peligroso.

(1) Ferri.—Sociología Criminal.—T. I.—Introducción, pag. 15.

Causas de inimputabilidad.

Bajo el impropio rubro de "*causas que eliminan o atenúan la represión*", el Código agrupa, sin distinguirlas—lo que produce cierto confusionismo—las causas de inimputabilidad y las de justificación, entregando al arbitrio judicial las que atenúan la responsabilidad.

Las causas de inimputabilidad contenidas en el art. 85 son:

- 1.º—*Enfermedad mental* (inc. 1.º);
- 2.º—*Idiotéz* (inc. 1.º);
- 3.º—*Una grave alteración de la conciencia* (inc. 1.º);
- 4.º—*Fuerza irresistible* (inc. 3.º);
- 5.º—*Miedo insuperable* (inc. 3.º).

Según el inciso 1.º del art. 85 está exento de pena "*el que comete un hecho punible en estado de enfermedad mental, de idiotéz o de una grave alteración de la conciencia y no posee en el momento de obrar la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto o de determinarse según esta apreciación*".

Esta es la fórmula mixta (biológica-sicológica) de la responsabilidad contenida en el art. 12 del anteproyecto suizo de 1916—conservada en el anteproyecto de 1918 y reproducida en el art. 10 del reciente Código Federal—y la misma que Thormann opuso a la fórmula biológica propuesta por Stooss en el art. 14 de su proyecto de 1908. Según ella, para que la irresponsabilidad funcione se requiere, además de un estado patológico de *enfermedad mental* o *idiotéz* (estado permanente) o de *grave alteración de la conciencia* (estado transitorio), *falta de apreciación sicológica del hecho por parte del agente*. No basta, pues,—como advierte Ramos al comentar esta fórmula—que el Juez, por medio de peritos, constate el estado biológico del delincuente, sino que es menester también—para que exista irresponsabilidad—que se evidencie "que el agente, en el momento de obrar, carecía de la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto o la de determinarse de acuerdo con ella". (2)

Un código que mirando al porvenir ha incorporado la notación del "*peligro social*" (arts. 51, 83 y 89), no debía haber adoptado la fórmula sicológica de la responsabilidad, por ser un rezago de vieja escuela susceptible de hacer perdurar embrollados problemas de sicología y de metafísica eliminados ya del área

(2) J. P. Ramos.—Introducción a *La Reforma penal argentina* por José Peco, pag. XXII.

penal. Preferible habría sido adoptar la fórmula biológica de Stooss, que hace depender la irresponsabilidad de una causa de hecho: la enfermedad mental, la idiotez o una grave alteración de la conciencia. Causa que, una vez comprobada por la pericia médica, obliga al Juez a declarar la irresponsabilidad, sin que sea necesario averiguar si el estado permanente o transitorio del autor del delito ha sido o no causa directa de éste, o si el agente pudo o no comprender lo injusto de su acción para determinarse o no a realizarla.

La Psiquiatría demuestra que la gran mayoría de los alienados tienen conciencia de sus actos y que son capaces de premeditación. Pero ello no obliga a pasar por alto su trastorno mental. Si un anormal delinque en un intervalo lúcido, el juez no podrá pensar que es responsable porque obró con discernimiento. La investigación del discernimiento es, pues, además de difícil, inútil y susceptible de inducir a error.

Frente a un enfermo mental, que no es responsable de sus actos, el Juez debe declarar la irresponsabilidad, sin mayor requisito. "Si el perito oficial asevera la enajenación, el Juez no tiene por qué escudriñar la aptitud intelectual, la capacidad psicológica o la valuación moral". (3)

Cuánto más conveniente habría sido que nuestro legislador hubiera adoptado la fórmula de la *responsabilidad legal de todo delincuente*, tal como la concibe el art. 18 del Proyecto Ferri de 1921, que declara que "los autores y copartícipes de un delito son siempre legalmente responsables, salvo los casos de justificación del hecho". El proyecto italiano substituyó así el clásico postulado de la *imputabilidad* por el de la *responsabilidad social* basada en el estado peligroso del agente, estableciendo para los delincuentes enfermos de la mente (arts. 32, 33 y 42) sanciones especiales, de acuerdo con la fórmula de peligrosidad inscrita en sus arts. 20, 21 y 22.

Sería inútil buscar en la regla del art. 83 de nuestro Código—"el agente de infracción no intencional ni culposa será también reprimible en los casos de peligro social, cuando la ley lo prescribe expresamente, substituyendo a la pena la medida de seguridad o educativa más adecuada determinada por la ley"—un precepto semejante al del art. 18 del Proyecto Ferri, porque, mientras éste es norma genérica que no tiene más excepción que

(3) José Peco.—La reforma Penal en el Senado, pag. 329.

las causas de justificación, aquélla es norma restrictiva que funciona sólo "*cuando la ley lo prescribe expresamente*".

El término "*enfermedad mental*" adoptado en el inc. 1.º del art. 85 reemplaza con alguna ventaja los de "*locura*" y "*demenia*" empleados por otros códigos, inclusive por el nuestro del 63. En su gran latitud están comprendidas todas las perturbaciones mentales—las psicosis y las neurosis, la idiocia y la imbecilidad, las paranoias y la epilepsia—, sin olvidar la sordo-mudez expresamente mencionada en el art. 93 y que según la doctrina puede ser causa de inimputabilidad como de atenuación.

Aunque el propio inciso 1.º del art. 85 no cita expresamente la *embriaguez alcohólica*, ésta debe ser tomada en cuenta como causa de irresponsabilidad (art. 41, 2.º apartado) o como simple circunstancia atenuante (art. 90), según se trate de la embriaguez habitual (especialmente de la locura alcohólica) o de la embriaguez accidental, fortuita o semiplena. El Código del 63 consideradaba la embriaguez como circunstancia atenuante, salvo el caso de la preordenada al delito que podía reputarse agravante.

El inciso 1.º del art. 85 tampoco hace mención expresa de las *toxicomanías*, causas de graves alteraciones fisiológicas y, dentro de estos estados, de una anulación del discernimiento y de la voluntad. (4)

En cuanto a la *edad*, causa de inimputabilidad en los viejos códigos, hoy triunfa la tendencia—bien acusada en la ley vi-piatorio, para transportarlos a la del derecho tutelar que por medios educativos y protectores trata de readaptar en momento oportuno a seres cuyos hechos delictuosos son, por lo general, fruto del cruel abandono en que la sociedad deja a la infancia desvalida.

Fuera del art. 85 y ubicada en el art. 95 se encuentra otra causa de impunidad: el *desistimiento espontáneo*, que funciona siempre que los actos practicados no constituyen por sí mismos delito.

(4) Algunos autores consideran, además, que ciertas infecciones y tox infecciones (encefalitis epidémica, tuberculosis, sífilis); otras enfermedades no mentales (fiebre tifoidea, fiebres intermitentes, gripe); y ciertos acontecimientos fisiológicos propios de la vida de la mujer (menstruación, embarazo, parto, puerperio, menopausia) pueden originar desórdenes en la vida psíquica capaces de determinar la irresponsabilidad o la responsabilidad atenuada según los casos.

Causas de justificación.

Las causas de justificación comprendidas en el art. 85 son:

- 1.º—*Legítima defensa* (inc. 2.º);
- 2.º—*Estado de necesidad* (inc. 3.º);
- 3.º—*Ejercicio de un derecho* (inc. 4.º);
- 4.º—*Cumplimiento de deberes de función o de profesión* (inc. 4.º);
- 5.º—*Ejecución de una ley* (inc. 5.º)
- 6.º—*Obediencia jerárquica* (inc. 5.º).

En su parte especial el Código contiene estas otras causas de justificación:

- 1.º—*Móvil no egoísta* (homicidio-suicidio, art. 157).
- 2.º—*Causar un mal para evitar otro mayor* (aborto terapéutico, art. 163).
- 3.º—*Omisión por causa legítima* (omisión de auxilio por razón de riesgo personal, art. 183).
- 4.º—*Evitar un mal grave a sí propio o a otro* (allanamiento justificado de domicilio, art. 231).

Causas atenuantes.

El sistema de nuestro Código es el de las llamadas “*atenuantes específicas*” y comprende:

- 1.º—*Eximentes incompletas*, o sean todas las del art. 85;
- 2.º—*Error de hecho y de derecho* (art. 87);
- 3.º—*Ignorancia de la ley penal* (art. 87);
- 4.º—*Arrepentimiento activo* (arts. 96 y 334, 5º apartado);
- 5.º—*Delito imposible* (art. 99);
- 6.º—*Emoción violenta* (arts. 153 y 154);
- 7.º—*Edad juvenil* (art. 148);
- 8.º—*Preterintencionalidad* (lesiones, art. 167);
- 9.º—*Vindicación de ofensa grave* (duelo, art. 178, inc. 2º).

Por incomprensible pasadismo, el Código Maúrtua transforma todas las eximentes en atenuantes, siguiendo un absurdo sistema que recuerda el del Código español de 1870 y el de nuestro Código de 1863.

Decía este último en su art. 9, inc. 1.º: “son circunstancias atenuantes las comprendidas en el título anterior (que incluye las eximentes) cuando no concurren en ellas todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad, o no sean plenamente

probadas".—Y dice el vigente código en su art. 90: "en los casos del art. 85 (que contiene las eximentes) cuando no concurren los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el Juez podrá disminuir la pena prudencialmente hasta límites inferiores al mínimun legal". Los *casos del art. 85* son las causas de inimputabilidad y de justificación ya enumeradas.

Como se vé, las disposiciones son semejantes, y sólo se diferencian en el mayor arbitrio judicial concedido por la segunda.

No todas las causas de exención son susceptibles de convertirse en atenuantes. Siguiendo la doctrina Silvela—y adaptándola al sistema de nuestro código—podemos clasificar las eximentes de la siguiente manera:

1.º—Eximentes fundadas en un hecho indivisible y que no admiten fraccionamiento, porque existen o no existen, siendo inconcebible su existencia a medias y, por lo mismo, que funcionan como atenuantes. Tales son: la enfermedad mental; la idiotez; una grave alteración de la conciencia; la fuerza irresistible; el cumplimiento del deber; el ejercicio de un derecho, oficio o cargo y la ejecución de una ley.

2.º—Eximentes que no nacen de un hecho indivisible y que, aún cuando la ley no haya diferenciado los elementos que las integran, pueden fraccionarse y convertirse en otras tantas atenuantes, a condición de que los jueces, haciendo una recta apreciación de los hechos, determinen en cada caso los requisitos exigibles. Tales son: el miedo, cuando no sea insuperable; el estado de necesidad, la obediencia jerárquica y la embriaguez.

3.º—Eximentes cuyos requisitos han sido debidamente diferenciados por la ley, de modo que si falta alguno la eximente se vuelve atenuante. Tal es el caso de la legítima defensa.

De acuerdo con esta clasificación debemos concluir que sólo las eximentes del segundo y tercer grupos pueden convertirse en atenuantes, más nunca las del primero. Esta enmienda a la imperfecta regla del art. 90 la dicta la cordura y la apoya la buena doctrina que no acepta, como causas de atenuación, ni la *semi-locura* ni la *semi-imbecilidad*.

No debe olvidarse, además, que las diversas circunstancias "*constitutivas o modificadoras del delito*", que el art. 51 recomienda para la debida individualización penal y que radican unas en el hecho delictuoso y otras en la personalidad del agente, pue-

den producir el efecto tanto de *atenuar* como de *agrarar* la pena.

II. — CLASIFICACION DE LOS DELINCUENTES.

Una clasificación de los delincuentes es de absoluta necesidad en un código moderno, ya que élla “sirve de cartabón para la norma penal, para la sentencia judicial y para el cumplimiento de la sanción”. (5) “Vano es centrar toda la defensa social en torno al criminal, si la parte general no proporciona normas prácticas sobre las categorías de delincuentes, que huyan de las clasificaciones teóricas complicadas, más propias para la discusión de la cátedra o el libro que para guiar al legislador o al juez”. (6)

En fórmulas dispersas y no exentas de imperfección técnica, nuestro código ofrece la siguiente clasificación de los delincuentes:

- 1.º—Enfermos mentales (art. 85, inc. 1.º).
- 2.º—Delincuentes de responsabilidad restringida (arts. 90 y 91).
- 3.º—Alcoholistas habituales (art. 41).
- 4.º—Ambientales (ociosos, malvivientes) (art. 42).
- 5.º—Reincidentes (arts. 112 y 113).
- 6.º—Habituales (art. 116).
- 7.º—Ocasionales (art. 53).
- 8.º—Político-sociales (art. 18).
- 9.º—Menores delincuentes (arts. 137 a 149).
- 10.º—Salvajes (art. 44).
- 11.º—Indígenas semi-civilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo (art. 45).

Enfermos mentales.

El código menciona a los delincuentes enfermos de la mente dentro de la fórmula del inc. 1.º del art. 85: “*el que comete el hecho punible en estado de enfermedad mental.....*”.

El concepto “*enfermedad mental*” es muy vasto. En su amplitud abarca desde las formas complejas de alienación hasta las

(5) José Peco.—La reforma penal en el Senado, pag. 315.

(6) Ibidem.

formas simples de anormalidad. Por lo mismo, llama la atención que la fórmula del inc. 1.º del art. 85 incluya, en segundo término, a los *idiotas* (7) y, en tercero, a los que delinquen en *estado de grave alteración de la conciencia*, terminología que responde a una nomenclatura psiquiátrica ya sobrepasada. En rigor técnico, el primer término es eliminatorio de los otros dos. Mejor empleado estaría el término *alienación mental* que, siendo más expresivo, tiene una limitación que los psiquiatras conocen, muy conveniente a los fines de la individualización penal. (8)

Las reglas codificadas por los arts. 85 (inc. 1.º), 89 y 94 pertinentes a los enfermos mentales pueden reducirse a tres:

1.º—En principio, todos los enfermos mentales son inimputables, y, por consiguiente, irresponsables. Sin embargo, “*en los casos del art. 85, cuando no concurren los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad*” (art. 90), el enfermo mental puede ser imputable y responsable con responsabilidad restringida.

2.º—Si un enfermo mental ofrece “*peligro para la seguridad o el orden públicos y se hace necesario internarlo en un hospital o en un hospicio, el juez ordenará este internamiento*” (art. 89).

3.º—La medida de seguridad es absolutamente indeterminada. El Juez la hará cesar sólo “*cuando la causa haya desaparecido*”, con audiencia del Ministerio Público y previo dictamen de peritos (art. 94).

La indeterminación con que comienza la regla del art. 89, hace suponer que a cualquiera de los eximidos de pena del art. 85 se le puede aplicar la etiqueta de *peligroso* y la correspondiente medida de seguridad. Esto es tan absurdo como equiparar al loco homicida con el que mata en legítima defensa. Dada su especial naturaleza, la medida de seguridad prevista no puede ser aplicable sino a los enfermos mentales, y de éstos hace mención solamente el inc. 1.º del art. 85, al cual debería referirse taxativamente el art. 89.

La medida de seguridad no es absolutamente obligatoria. El art. 89 la impone previas dos condiciones: 1.º, que el irrespon-

(7) El art. 10 del anteproyecto suizo de 1918 dice “*imbecilidad*” en vez de “*idiotez*”.

(8) La reciente reforma penal en el Senado argentino ha adoptado la siguiente regla, que incluye la fórmula biológica de la responsabilidad: “*El que haya cometido el hecho en estado de enajenación mental o de inconsciencia completa*”.

sable ofrezca peligro para la seguridad o el orden públicos; y 2.º, que el internamiento sea necesario.

Según el principio de la peligrosidad del delincuente, el delito cometido por un enfermo mental es signo tan inequívoco de su "*estado peligroso*", que no se precisa de la reincidencia para aplicarle la adecuada medida de seguridad. Tratándose de este tipo de delincuentes, la segregación es *urgente y necesaria*.

La restricción en la aplicación de la medida de seguridad, que parece derivarse de la mal concebida regla del art. 89, se debe a que éste se refiere a "*un delincuente eximido de pena*", término en cuya indeterminación se hallan comprendidos delincuentes que ofrecen peligro y delincuentes sin ninguna peligrosidad.

El código debería haber establecido imperativa y taxativamente, que la internación de que habla el art. 89 se aplicará a los *irresponsables alienados*, por ser éstos indubitavelmente peligrosos.

Los términos "peligro para la seguridad o el orden públicos" no son los que mejor expresan el "estado peligroso". Con mayor propiedad, el art. 83 emplea los términos "*peligro social*" para justificar la imposición de la medida defensiva al agente de infracción no intencional ni culposa. Bastaría, pues, con referirse al peligro que el alienado ofrece para "*la seguridad social*", para que se entienda justificada aquélla.

La medida de seguridad consiste en *internamiento* en hospital u hospicio. "Si, por otros motivos—agrega el art. 89—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". La ley no expresa el por qué de esta dualidad de medidas. La frase "*si, por otros motivos*", indicativa de la aplicación de la segunda medida, nada significa, ya que la ley no dice cuáles son esos otros motivos. Esta regla ha sido tomada del art. 14 del anteproyecto suizo de 1918 que dice: "si el estado de un irresponsable exigiere tratamiento u hospitalización en un hospital u hospicio, corresponderá al juez ordenar que se proceda a dicho tratamiento u hospitalización". Parece desprenderse de aquí, que la *internación* es para los incurables y la *colocación o tratamiento* para los susceptibles de cura o para los que por su especial estado del momento requieran atención inmediata.

Es de advertir que un *hospital* o un *hospicio* no son lugares apropiados para la internación, colocación o tratamiento de delincuentes alienados, salvo que por *hospital* se entienda *manicomio*. Preferible habría sido emplear este último término que designa con claridad el tipo de establecimiento que la doctrina y los textos de muchos códigos recomiendan para estos fines.

Además, si la ley ha creado "una casa de tratamiento para alcohólicos anexa al Asilo de la Magdalena" (art. 408, inc. 7.º), ha debido cuidar asimismo de autorizar la apertura en el propio establecimiento de una sección para *criminales alienados*.

El art. 93 no ha puesto en manos de *peritos oficiales* el examen de los delincuentes alienados. "El Juez o el Tribunal—dice simplemente este artículo—ordenará el examen por peritos de los inculcados cuyo estado mental se preste a dudas y, en todo caso, de los epilépticos o sordo-mudos". Son, pues, peritos *no oficiales* los que deben informar "sobre el estado mental" del delincuente y expresar "si procede el internamiento en un hospital o en un hospicio o si hay peligro para la seguridad o el orden públicos". La reforma penal propuesta por el Senado argentino hace intervenir en estos casos a "peritos oficiales", (9), lo que garantiza el acierto del juez en la aplicación de la medida.

El art. 94 encomienda a "la autoridad administrativa"—¿qué autoridad es ésta?—la ejecución de las medidas de seguridad, y faculta al juez para hacerlas cesar "cuando la causa haya desaparecido", oyendo antes al Ministerio Público y previo dictamen de peritos. De modo que si la causa no desaparece ¿el internamiento, tratamiento o colocación serán absolutamente indefinidos?. Aún cuando nuestro código carece de una fórmula cabal del *estado peligroso*, hay que suponer que sí. A este respecto merece elogio la fórmula adoptada por la Comisión Reformadora del Senado Argentino, que establece que, "en caso de absolución por enajenación mental, el tribunal ordenará que se interne al agente en un manicomio, del que no podrá salir sino por resolución judicial, con audiencia del Ministerio Público, y previo dictamen de peritos oficiales que declaren haber desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás".

(9) El Decreto Supremo No. 252 de 11 de agosto de 1936, que limita y reglamenta el ejercicio de la función de perito psiquiatra en el Distrito Judicial de Lima, no innova sobre el particular, pues no crea la institución de los *peritos oficiales*.

Delinquentes de responsabilidad restringida.

Este es un término de significación clásica que conspira contra la técnica penal. La nomenclatura moderna lo rechaza, y nosotros lo incluimos aquí sólo porque, conforme a la sistemática de nuestra ley, él involucra un grupo de delinquentes imputables y peligrosos distinto del primero: los *semialienados*.

El código no otorga categoría individual a los semialienados, a quienes ni siquiera nombra. Pero es indudable que los enrola entre los delinquentes "de responsabilidad restringida", término inadecuado y contradictorio, fatal secuela de la fórmula de la responsabilidad psicológica, que suscita de inmediato los reparos de la crítica.

Según el art. 90, todos los eximidos de pena del art. 85 se convierten en delinquentes de responsabilidad restringida, "*cuan- do no concurren los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad.*" (10)

Desde el punto de vista de la individualización penal, y conforme a la doctrina del código, estos delinquentes se clasifican en dos grupos:

1.º—Delinquentes de responsabilidad restringida que no ofrecen peligro para la seguridad y el orden públicos y a quienes "el juez podrá disminuir la pena prudencialmente hasta límites inferiores al *mínimum legal*" (art. 90), grupo en el cual se hallan incluidos equivocadamente todos los casos del art. 85; y

2.º—Delinquentes de responsabilidad restringida, que ofrecen peligro para la seguridad y orden públicos y a quienes el Juez suspenderá la ejecución de la pena, ordenando, según los casos, internamiento, tratamiento o colocación en hospital u hospicio (art. 91), grupo en el cual la ley comprende limitativamente sólo los casos del inciso 1.º, del art. 85.

Como se vé, la ley concibe, primero, la responsabilidad restringida a base de la ausencia de los requisitos que son nece-

(10) El antecedente de esta manera de concebir la llamada responsabilidad restringida lo encontramos en el art. 11.º del anteproyecto suizo de 1918, que a la letra dice: "El Juez atenuará libremente la pena, cuando por consecuencia de una perturbación de la salud mental o de la conciencia, o por efecto de un desarrollo mental incompleto, el delincuente no poseyere en el momento de obrar la plena facultad de apreciar el carácter ilícito de su acción o de determinar sus actos con arreglo a dicha apreciación".

El texto suizo presupone un menor grado en la perturbación mental del agente, causa de discernimiento incompleto, y por uno y otro dato concluye la noción de la responsabilidad restringida.

sarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, aplicando a este tipo de responsables una pena atenuada. Y luego, cuando uno de los irresponsables del inc. 1.º del art. 85, convertido en delincuente de responsabilidad restringida por virtud del anterior sistema, resulta peligroso, desplaza el principio de atenuación por el criterio defensivo, suspendiendo la ejecución de la pena y sustituyendo ésta por la medida de seguridad.

La ley emplea terminología impropia y contradictoria al llamar *delincuente de responsabilidad restringida* al sujeto a quien, por su peligrosidad, hace objeto de una medida de seguridad de duración indeterminada, que puede ser todavía complementada por la ejecución de la pena, una vez desaparecida la causa que determinó su suspensión (art. 98).

Los delincuentes del segundo grupo no deben ser llamados delincuentes de responsabilidad restringida. Son delincuentes peligrosos y nada más. La referencia al inc. 1.º del art. 85 que los señala en forma equívoca e indiferenciada, obliga a una clasificación tan arbitraria como ésta:

1.º—Enfermos mentales con perturbaciones no muy graves y discernimiento limitado (¿alienación incompleta?).

2.º—Idiotas con perturbaciones no muy graves y discernimiento limitado.

3.º—Sujetos que delincan en estado de alteración de la conciencia que no sea grave y de discernimiento incompleto.

Es inútil redundancia tomar de nuevo en cuenta a los alienados para hacer de ellos semiresponsables o, como quiere el Código, delincuentes de responsabilidad restringida. La alienación específica, es un hecho nosológico indivisible que, penalmente, no admite gradación diminutiva. El alienado propiamente tal, es siempre un inimputable. Sería grave error convertir al alienado en semialienado por el sistema de reducción del art. 90, pues uno y otro integran categorías clínicas distintas.

Y en cuanto a los que delinquen en estado de grave alteración de la conciencia, resulta más difícil todavía establecer diferencia entre los *inimputables* y *peligrosos* susceptibles de una medida de seguridad como la del art. 89 (estado grave) y los *imputables* y *peligrosos* susceptibles de un régimen mixto como el de los arts. 91 y 92 (estado menos grave).

La Psiquiatría ha comprobado que, entre el individuo normal y el alienado, hay un grupo heterogéneo y vasto de sujetos patológicos. O, mejor dicho, que, entre la alienación y la salud,

se interpone la *semi-alienación*, realidad clínica indiscutible que, sin ser tipo nosológico definido, incluye una categoría de estados anormales, diferentes entre sí. Los técnicos reúnen en este grupo a los epilépticos sin sicosis, histéricos, psicasténicos, neurasténicos graves, débiles de espíritu, desequilibrados de franca constitución psicopática, degenerados con perversiones instintivas, etc. A estos semi-alienados hay que agregar, por razón del peligro que ofrecen, el doliente grupo de los morfinómanos, cocainómanos, eterómanos y alcoholistas crónicos impulsivos. (11)

De ninguno de estos semi-alienados hace mención expresa la ley. Pero en cuanto el Juez logre identificarlos con ayuda de la pericia médica, deberá aplicarles, no por cierto la regla del art. 90, sino la del art. 91, excluyendo tan sólo al alcoholista habitual, para quien está reservado el régimen del art. 41.

Dando por aceptado que los arts. 91 y 92 son pertinentes a los semi-alienados, resta ver qué régimen punitivo les señala el Código y cómo concibe su peligrosidad.

Tal como en el caso de los irresponsables alienados, el art. 91 supone que los delincuentes de responsabilidad restringida, del inc. 1.º del art. 85, pueden ser y no ser peligrosos. He aquí una concepción errónea. Los delincuentes semi-alienados son siempre peligrosos, casi tanto como los alienados, y su tratamiento especial es imperativamente necesario. Este es un postulado que hay que defender enérgicamente, a fin de que el criterio de los jueces no se deje influenciar por el falaz concepto de la responsabilidad restringida.

Es igualmente válida aquí la objeción que hemos formulado respecto del uso de los términos "peligro para la seguridad o el orden públicos" empleados por el art. 91. El semi-alienado, como el alienado, ofrecen "*peligro social*", y ésto es lo que la ley debe decir.

El régimen punitivo concebido por el art. 91 para los semi-alienados, es mixto y se compone de penas y medidas de seguridad. Acreditada la peligrosidad del agente, el Juez suspenderá la ejecución de la pena e impondrá la medida de seguridad, consistente en internamiento en hospital u hospicio. De todos modos,

(11) En el décimo Congreso de la Unión Internacional de Derecho Penal, celebrado en Hamburgo, en 1905, Liszt propuso los siguientes cinco grupos: 1º, débiles de espíritu; 2º, neurasténicos, epilépticos, histéricos, eleptómanos; 3º, intoxicados por el alcohol, éter, morfina, opio; 4º, degenerados seniles; 5º, pervertidos sexuales.

el delincuente deberá pasar primero por el hospital u hospicio y después por el penal.

La ley no fija término a la medida de seguridad. Según el art. 92 su duración está condicionada por la desaparición de la causa que hizo suspender la ejecución de la pena. Si dicha causa desaparece "El Juez decidirá si la pena debe ser aún ejecutada y en qué medida, previo dictamen de peritos".

Es plausible la absoluta indeterminación de la medida de seguridad, por ser conforme a su naturaleza (12). Pero una vez cumplido su fin curativo, es inaceptable que, en seguida, se ejecute la pena, así sea breve su medida, sobre todo si se ha de ser en una cárcel común. El régimen mixto—según dice Jiménez de Asúa—equivale "a una penalidad por partida doble y a olvidar por completo el principio *pro-reo*" (13). Además, nuestra ley no se cuida de establecer expresamente—como lo hace el anteproyecto suizo de 1915—que la duración del internamiento, tratamiento o colocación deberá ser computada para la extinción de la pena, sino que deja al arbitrio judicial la medida de ésta. Lo que expone al Juez a incurrir en arbitrariedad.

De las medidas defensistas propuestas contra los delincuentes semi-alienados, las represivas, con atenuación de la pena, han sido rechazadas. El igual rechazo ha merecido el internamiento en asilos especiales, con aplicación de la pena antes o después de la medida de seguridad. No obstante haber censurado este sistema mixto, Stooss consintió, para calmar las críticas, en aplicar la pena después del tratamiento, computando el tiempo de duración de éste como parte de la pena, fórmula que prevalece en el anteproyecto suizo de 1915.

El sistema mixto ideado por Le Poittevin—reclusión en establecimientos especiales, con un régimen a la vez de pena y tratamiento—pretende obrar preventiva y represivamente, curar e intimidar a un tiempo.

Pero si el fundamento de la imputabilidad de los semi-alie-

(12) El proyecto Ferri y el proyecto del Senado argentino señalan término o una indeterminación relativa. El primero, un tiempo igual al de la segregación simple o rigurosa establecida para el delito, no inferior a tres meses y no superior a 15 años, en el primer caso, y no inferior a 3 años y no superior a 20 años o también a tiempo indeterminado absolutamente con minimum de 10 años, en el segundo caso. Y el segundo, tiempo indeterminado no menor de la mitad del máximo de pena establecida para el delito, o 20 años en caso de prisión o reclusión perpétuas.

(13) Luis Jiménez de Asúa y José Anton Oneca.—Derecho Penal.—Tomo I, pág. 355.

nados es su estado peligroso, el único régimen conveniente para ellos es la internación o colocación en establecimientos especiales, exentos de todo aparato expiatorio. Es erróneo sostener con Grasset, que, porque el semi-loco es, al mismo tiempo, un culpable al que hay que castigar y un enfermo al que hay que curar, le conviene tanto la prisión como el asilo.

En conclusión, censuramos la doctrina de nuestro código, porque el aplicar penas comunes como contera de una medida de seguridad que ya ha evidenciado su eficacia curativa, es régimen expuesto a fracasos y a peligrosas recidivas.

Y le censuramos, igualmente, el que no haga franca mención de los semi-alienados y que los incluya en forma dudosa entre los mal llamados delincuentes de responsabilidad restringida. (14)

Alcoholistas habituales.

“Tratándose de delitos reprimidos con prisión perpetrados por un ébrio habitual (15), que al delinquir se hubiera hallado, o nó, en estado de embriaguez, el juez podrá ordenar, previo dictamen de peritos médicos, que después de la ejecución de la pena se coloque al condenado en una casa de tratamiento y de trabajo.

“El Juez podrá asimismo colocar en una casa de tratamiento y de trabajo, conforme al Título X, por todo el tiempo necesario para su curación, al ébrio habitual que hubiera sido declarado irresponsable”. (art. 41.).

En esta regla el Código no hace mención de la embriaguez accidental o fortuita, sino de la *habitualidad* en el uso de bebidas alcohólicas, dejando como es de suponer librado al arbitrio judi-

(14) Sin reputarla perfecta, recomendamos la fórmula adoptada por la Comisión reformadora del Senado argentino: “Al que no siendo enajenado hubiere cometido un delito a causa de grave anormalidad psíquica o de intoxicación crónica producida por el alcohol o el uso de drogas o estupefacientes, se le internará en un establecimiento adecuado, por tiempo indeterminado, no menor de la mitad del máximo de pena establecida para el delito o veinte años en caso de prisión o reclusión perpétuas, salvo que la autoridad judicial en la sentencia o posteriormente, en caso de no ser conveniente o necesaria su permanencia en establecimiento especial, por dictamen de peritos oficiales resuelva internarlo en un penal”.

(15) El art. 42 del Anteproyecto suizo de 1918 dice “bebedor habitual”, término mas correcto que “ébrio habitual”. La embriaguez, que es la causa, dá como resultado—cuando es reiterada—el alcoholismo o estado alcohólico crónico, al cual se refiere el precepto.

cial el precisar, con carácter previo, en cada caso, y en vista de las circunstancias, la existencia del hábito alcohólico. (16)

El art. 41 comprende dos categorías generales de alcoholistas, a saber:

- 1.º—Alcoholista habitual responsable;
- 2.º—Alcoholista habitual irresponsable.

La primera categoría comprende, a su vez, otras dos:

- 1.º—Alcoholista habitual que al tiempo de delinquir se hubiere hallado en estado de embriaguez;
- 2.º—Alcoholista habitual que al tiempo de delinquir no se hubiere hallado embriagado.

La doctrina del Código a este respecto, es que el hábito alcohólico predispone al delito o lo condiciona, razón por la cual resultan equiparados el caso del alcoholista habitual que delinque bajo el influjo de una intoxicación reciente, vale decir en estado de embriaguez, y el del alcoholista crónico que delinque sin estar embriagado, pero cuyo hábito de beber explica causalmente su delito.

Respecto de los alcoholistas habituales responsables, el art. 42 del Anteproyecto suizo de 1918 exige que el delito *guarde relación con el vicio de la bebida*. La exigencia huelga, ya que cualquiera que sea el delito cometido por un alcoholizado habitual, él no será sino el efecto lógico de su doble degeneración, moral y física.

El régimen penal establecido para los alcoholistas responsables comprende:

- 1.º—Pena de prisión;
- 2.º—Medida de seguridad consistente en colocación en casa de tratamiento y de trabajo.

El Juez *puede ordenar*, previo dictamen de peritos idóneos, que después de la ejecución de la pena se coloque al condenado en una casa de tratamiento y de trabajo. Este régimen supone que hay alcoholistas habituales cuya readaptación puede lograrse con sólo la privación de la libertad en cárcel, y alcoholistas habituales a quienes conviene, después de la pena privativa de libertad, la colocación en casa de tratamiento y de trabajo, seguranmen-

(16) La doctrina distingue, además de la embriaguez habitual, la intoxicación alcohólica crónica—asimilable, en cuanto a sus efectos, a la alienación mental—, y la embriaguez patológica, propia de individuos enfermos, especialmente de los epilépticos, en los que el alcohol, aún en pequeñas dosis, produce estados de exaltación y de furor propicios a la comisión de graves delitos.

te por no haberse obtenido totalmente su readaptación. Si el primer supuesto es absurdo, el segundo lo es más.

Los alcoholistas habituales no se curan en las cárceles, pues éstas facilitan, en vez de impedir, la reiteración en el vicio de la bebida. El tratamiento especial está indicado en todo caso desde el primer momento y con carácter exclusivo, ya que hay sobrada presunción de que ningún alcohólico saldrá curado de cárcel alguna, antes bien más degenerado y peligroso. Aplicar primero la pena y después la medida de seguridad—esta última cuando lo indique la pericia médica—, significa pérdida de tiempo y un mayor agravio al condenado, a quien después de cumplida la pena de prisión se vuelve a privar de libertad en una casa de tratamiento y de trabajo, que es por donde debía haberse empezado.

No está, pues, a tono nuestro código con la tendencia, cada vez más difundida en la legislación y en la doctrina, a substituir las penas por el internamiento prolongado, teniendo en cuenta que no se trata de reprimir delincuentes, sino de curar enfermos. Lo correcto en estos casos, opina Vidal, es substituir la prisión por el asilo, ya que la primera en vez de corregir su vicio al alcoholista lo convierte en malhechor. Tal es la opinión de Prins, quien afirma que la penalidad aplicada al bebedor habitual es ilusoria e implica sustraerlo a toda acción curativa, desconociendo su anormalidad.

La equivocada doctrina de nuestro Código tiene su fuente en el art. 42 del Anteproyecto suizo de 1918, que a su vez reproduce el texto del art. 44 del Anteproyecto de 1915. Conviene advertir que esta doctrina difiere de la sentada por Stooss. Efectivamente el proyecto de 1908 establecía en su art. 33 que cuando el condenado a prisión fuera un bebedor habitual que cometiere delito a consecuencia del vicio alcohólico, el Juez *podría optar* entre la pena de prisión y el internamiento en un asilo según *fuera o nó curable* el condenado. Transcurrido un cierto tiempo, dos años como máximo, el Juez debería decidir si el bebedor delincuente *cumpliría*, y *en qué medida*, la pena impuesta. Quiere decir, pues, que en uso de este criterio optativo, el juez podría imponer indistintamente la pena o la medida de seguridad, y aplicar aquélla después de ésta. Resalta la diferencia, si se compara este precepto con el del art. 41 de nuestro código.

El régimen previsto en el primer apartado del art. 41, es aplicable únicamente a los alcoholistas habituales que hayan cometido delitos que la ley reprime con pena de prisión. Semejante

restricción parece indicar que cuando el delito merezca pena de penitenciaría, por ejemplo—lo cual supone una mayor anormalidad y peligrosidad en el delincuente—, entonces será aplicable el régimen que el segundo apartado del artículo prevé para el alcoholista judicialmente declarado irresponsable, régimen que consiste pura y simplemente en colocación en casa de tratamiento y de trabajo.

La duración de la medida de seguridad, en el caso de los alcoholistas responsables a quienes el Juez la impone a continuación de la pena ya cumplida, es relativamente indeterminada. “El Juez ordenará la soltura del condenado—dice el tercer apartado del art. 41—en cuanto quede establecida su curación; pero en ningún caso permanecerá éste en la casa de tratamiento y de trabajo más de dos años”. Idéntica limitación incluída en los códigos italiano—art. 221—y polaco—art. 82—se inspira, sin duda, en el respeto a la personalidad humana, que obliga a no llevar más allá de los dos años la internación del alcoholista que ya ha cumplido pena de prisión por el mismo delito. Pero cabe preguntar ¿hay algún fundamento cierto que permita creer que bastan dos años, como máximo, para readaptar a un alcoholista habitual que, procedente de la cárcel, ingresa a la casa de tratamiento y de trabajo para ser objeto de un régimen curativo especial?. Me inclino a creer que, en el caso de que se trata, dos años no serán siempre plazo suficiente. El tratamiento del alcoholista habitual, cualquiera que fuere el delito cometido, debería ser indeterminado, estando condicionada la soltura tan sólo por la curación definitiva. De lo contrario, una recidiva a breve plazo, tanto en el vicio alcohólico como en el delito, serviría para demostrar la inocuidad de la medida.

El régimen previsto para el alcoholista habitual no concluye con la liberación del colocado. “El Juez, al hacer cesar la colocación en la casa de tratamiento y de trabajo, someterá al condenado a un patronato, le impondrá reglas de conducta y, si pareciere necesario, le exigirá caución para su cumplimiento. Si el condenado se substraiera al patronato o faltase a la obligación de abstenerse de bebidas alcohólicas, perderá la caución en beneficio de la Caja de indemnizaciones y el Juez podrá disponer que ingrese nuevamente en la casa de tratamiento y de trabajo”. (art. 41).

Está muy bien este régimen de libertad controlada. Y es ajustado a la buena doctrina el declarar tácita, si no expresa-

mente, que es sujeto especialmente peligroso el alcoholista que, después de haber sido objeto de colocación, hasta por el máximo de dos años, reincide en el vicio de la bebida, aunque nó en el delito. Pero ¿nó es verdad que a este reincidente, que ya es un alcoholizado crónico, no podrá tenersele en la casa de tratamiento por un período de sólo dos años como máximo?. El art. 41 no señala plazo al nuevo ingreso; mas es aconsejable, en este caso, una colocación indeterminada.

La casa de *tratamiento y de trabajo* indicada en el art. 41, que parece ser un tipo de establecimiento mixto destinado a servir uno y otro fin, no es la "casa de tratamiento para alcohólicos anexa al Asilo de la Magdalena" a que se refiere el inciso 7.º del art. 408. Teóricamente—ya que ninguno de estos establecimientos ha cobrado realidad, a pesar de los trece años de vigencia del Código—esta última es un sanatorio para alcoholizados crónicos, alienados o cuasi alienados, y aquella es una casa destinada a los alcoholistas habituales sin perturbaciones graves. Es indudable que el régimen de trabajo no podría ser aplicado en ambos tipos de establecimiento, sino en uno sólo.

Al alcoholista habitual autor de delitos muy graves, y eximido de pena, el art. 41 le impone un régimen más eficaz. "El Juez podrá asimismo colocar en una casa de tratamiento y de trabajo, conforme al *Título X, por todo el tiempo necesario para su curación*, al ébrio habitual que hubiera sido declarado irresponsable". (17)

La medida de seguridad, que en este caso tiene carácter exclusivo y no vá acompañada de ninguna pena, es absolutamente indeterminada conforme al art. 94 del *Título X*. El Juez la hará cesar solamente cuando la causa—el vicio alcohólico—haya desaparecido, previo dictamen de peritos y luego de oír al Ministerio Público.

Es lógico que el límite de dos años como máximo de colocación no rija para el alcoholista irresponsable, pues, de lo contrario, habría evidente contradicción entre el segundo apartado del artículo 41 que se remite expresamente a las disposiciones

(17) El art. 42 del anteproyecto suizo de 1918 autoriza, fuera del caso del bebedor habitual, "el ingreso en un asilo para bebedores de todo bebedor que, por efecto de su irresponsabilidad, haya sido absuelto o haya obtenido el beneficio de un sobreseimiento". De esta manera, el texto suizo distingue—cosa que no hace nuestro código—entre el alcoholista habitual y el bebedor ocasional que, por virtud de intoxicación alcohólica, cae en estado de grave anormalidad patológica, durante el cual delinque.

del Título X, y el art. 94 de este título—casi el único pertinente—que dá a la medida de seguridad duración indeterminada.

En cuanto al régimen de libertad controlada, posterior a la soltura, hay que decir que él es conveniente de toda conveniencia al alcoholista irresponsable, por lo mismo que su caso es más grave que el del alcoholista responsable.

Y en lo que respecta al reingreso, por reincidencia en el vicio de la bebida, se justifica aún más que en el caso anterior.

Ambientales.—(Ociosos, malvivientes).

Se llama “*ambientales*” o de “*estado ambiental*” a cierta clase de sujetos, delincuentes o nó, pero en todo caso peligrosos, que viven bajo la constante influencia de un ambiente cuya actividad normal es la inmoralidad de las costumbres. Se trata de tarados morales con anomalías síquicas más o menos graves; viciosos, corrompidos, aptos, en razón de sus débiles inhibiciones, para recibir cualquier estímulo malsano capaz de inducirlos al delito; verdaderos gérmenes patógenos que pululan en el mundo de la mala vida, llenando funciones morbosas de las que se derivan un fomento de la corrupción y un aumento de la delincuencia.

Sin el rufián que induce a la prostitución a tantas mujeres; sin el encubridor profesional que presta eficaz auxilio a ladrones y rateros; sin el tahur que arrastra a otros en la vorágine del juego; sin el proxeneta seductor y corruptor de menores, la sociedad gozaría de mejor salud moral y el número de delincuentes sería infinitamente menor.

El art. 42 de nuestro código se refiere a los *ambientales* en la siguiente forma:

“Tratándose de delitos reprimidos con prisión que fueren consecuencia de desarreglo o de la ociosidad en que hubiere vivido el culpable, puede el juez, después de informarse de la educación y de los antecedentes de éste, si lo cree susceptible de habituarse al trabajo, suspender condicionalmente la ejecución de la pena y colocarlo por el mismo tiempo de la condena en una sección especial de una escuela de artes y oficios o en una casa destinada exclusivamente a la educación por el trabajo”. (18).

(18) Esta disposición hay que concordarla con la Ley de Vagancia que concede al vago de la siguiente imperfecta manera:

“Art. 1.º—Vago es todo individuo que, careciendo de bienes y rentas, no ejer-

Como se vé, este artículo no nombra expresamente al rufián, al tahur, al mendigo, ni al vago. Pero es indudable que todos ellos están en él incluídos, y que la represión prevista es la que corresponde a esta clase de sujetos peligrosos. (19)

El régimen del artículo exige:

ee profesión, arte ni oficio; ni tiene empleo, destino, industria, ocupación lícita ni otro medio legítimo ni conocido de subsistencia; o fingiendo tenerlos, carece de habitación; o, teniendo por suya la perteneciente a distinta persona, vive de la tolerancia, complacencia, sugestión, sujeción, tiranización o explotación de esta última.

Art. 2.º—La carencia de domicilio fijo y propio, es presunción de vagancia, aún cuando no concurren todas o algunas de las circunstancias enunciadas en el artículo anterior.

Art. 3.º—Son también vagos:

1.º—Los condenados que, después de cumplida su condena y habiendo tenido por accesoria la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad, no se presentan ante ésta en los días y plazos que para hacerlo se les determinan;

2.º—Los extranjeros expulsados que vuelvan al territorio sin permiso;

3.º—Los que viajan sin recursos;

4.º—Los que agencian, fomentan y explotan la prostitución profesional;

5.º—Los que mendigan sin sufrir de invalidez; o inducen a otra persona a mendigar para aprovecharse del todo o de alguna parte de los rendimientos de esta industria; o descuidan de prohibir e impedir esta última a individuos que se hallan bajo su patria potestad, tutela, patronato, dependencia y vigilancia;

6.º—Quienes se entregan al juego, a la bebida o al ocio, en forma tal, que ya no les sea posible satisfacer sus propias necesidades, ni menos la de aquellos a cuyo sostenimiento encuéntrase obligados, sin ocurrir a extraña ayuda, fuere privada, religiosa conventual o de beneficencia.

7.º—Las mujeres que, siendo meretrices de profesión, se sustraen de figurar en los padrones del caso, y burlan las prescripciones de los reglamentos de policía, defensivos de la salud, de la higiene y del decoro público; y

8.º—Los que, por pereza y sin alegación de justa causa, rehuyen su participación en los trabajos que las autoridades requieran de ellos conforme a la ley, para bien y utilidad comunes.

Art. 4.º—La vagancia se considerará circunstancia agravante en la punición de los delinquentes, correspondiendo al buen juicio de los magistrados tomar en consideración las circunstancias personales de aquellos, así como la naturaleza y los efectos del delito".

La represión de los vagos, conforme a esta ley, corresponde a la policía, la que puede imponer: trabajo en obras públicas por un máximo de 60 días y un mínimo de 30, con expulsión del territorio una vez cumplida la condena, a los vagos del art. 1.º; y expulsión o un año de trabajo, a elección del condenado, o esta última pena, **indefectiblemente**, al expulsado que volviere, en los casos del art. 3.º. La reincidencia de estos últimos se castiga por el sistema de agravación penal hasta con un máximo de cinco años de trabajo.

De los términos de esta ley se deduce que la vagancia es considerada: 1.º como estado peligroso predelictual; 2.º como delito, en cuyo caso se le asimila equivoocadamente al rufianismo y al proxenetismo; 3.º como circunstancia agravante en la represión de un delito. Asimismo, se reputa vagos a los liberados condicionalmente que incumplen las normas impuestas y a las meretrices que burlan los reglamentos policiales.

(19) La reforma penal del Senado argentino los comprende en esta explícita y perfecto regla: "El autor de un delito que viva en estado de vagancia o mendicidad habitual o en la práctica o beneficio de la prostitución o del juego, será condenado, etc".....

1.º—Que el delito cometido sea consecuencia del desarreglo o de la ociosidad en que hubiere vivido el culpable;

2.º—Que el delito merezca pena de prisión.

La relación de causalidad que plantea el primer requisito, demanda una previa investigación por parte del juez, con el doble objeto de obtener informes sobre la educación y antecedentes del culpable—lo que equivale a establecer su estado peligroso—, y de averiguar su capacidad para el trabajo. El anteproyecto suizo de 1918 establece, además, el reconocimiento previo del estado físico y mental del condenado, del cual no puede en realidad prescindirse tratándose de sujetos sobre los que recae fundada presunción de anormalidad. (20)

No parece posible que una investigación previa a la colocación arroje datos suficientes sobre la *capacidad para el trabajo* de sujetos que quizá no han trabajado nunca. Esta capacidad no podrá ser apreciada sino cuando, una vez colocado el culpable en la escuela de artes y oficios o en la casa de educación para el trabajo, el comportamiento observado acredite o nó dicha capacidad.

La restricción en la aplicación de la medida de seguridad por razón de la pena correspondiente al delito, no es justificable. Prácticamente, desde el punto de vista de la causalidad del hecho—vagancia, mendicidad, rufianismo, etc.—, no hay diferencia entre el que comete un delito reprimible con prisión y el que comete un delito reprimible con penitenciaría. ¿Por qué hacer sólo al primero objeto de la colocación en casa de trabajo y nó al segundo?. Uno y otro son sujetos peligrosos, y, teniendo la peligrosidad de ambos un común origen, el criterio para aplicar el régimen del art. 42 no debe ser la pena que merezca el delito, sino la causa u origen de éste. El vago puede robar sólo, aisladamente, fuera del círculo de influencia de otros delincuentes, y puede robar en calidad de afiliado a una banda. En el primer caso, cabe imponer la pena de prisión y, por suspensión condicional de ésta, la colocación en casa de trabajo; en el segundo caso, debe imponerse necesariamente pena de penitenciaría, por reputarse al autor “especialmente peligroso” (art. 239). ¿Cuál es la diferencia substancial entre uno y otro caso?. Yo no la alcanzo, ya que la peligrosidad de uno y otro sujeto tiene la misma

(20) El art. 41 de este anteproyecto dice: “El Juez hará reconocer previamente el estado físico y mental del condenado, así como su capacidad de trabajo, y tomará los informes necesarios acerca de su educación y sus antecedentes”.

fuelle; y lo importante es la readaptación de los culpables, y nó su represión *material*.

La fórmula de la reforma argentina: "el autor de *un delito* que viva en estado de vagancia, etc.", es, por tanto, técnicamente superior a la de nuestro Código. *Un delito* equivale a cualquier clase de infracción, grave o leve, contra la vida o contra la propiedad. Lo que presta unidad a los delitos de los ambientales y sirve de base para su represión, es la causa que los explica, y nó la penalidad abstracta que pueda corresponderles. Adoptar este último criterio es olvidar que en nuestro código, como en todos los códigos modernos, el sistema represivo reposa sobre el inapreciable principio de la individualización penal.

¿Se dirá tal vez que de seguirse este criterio serían muchos los delincuentes por graves delitos que pasarían de las penitenciarías a las casas de trabajo, quedando aquéllas con muy escasa clientela?. Esta no puede ser nunca una objeción de fuerza en el Perú. Lo ideal sería, en efecto, que la mayor parte de nuestros establecimientos de represión—caso de existir—fuesen, ante todo, casas de reeducación por el trabajo, por lo mismo que la mayoría de nuestros delincuentes lo son por ineducación, ociosidad o mala vida.

Según el art. 42, el juez puede—una vez practicada la investigación ya referida,—suspender condicionalmente la ejecución de la pena de prisión impuesta al malviviente y colocar a éste, por el mismo tiempo de la condena, en una sección especial de una escuela de artes y oficios (21) o en una casa de educación por el trabajo; como puede también ordenar de hecho, y a consecuencia de la investigación, que la dicha pena de prisión se ejecute. Lo que significa que al juez le es dado elegir entre una pena como la de prisión y una medida de seguridad como la colocación en casa de trabajo.

Este sistema está en pugna con las modernas ideas penales, que teniendo en cuenta que los delitos de los malvivientes se explican por la falta de hábitos de trabajo, aconsejan de modo exclusivo la colocación en casas destinadas a crear dichos hábitos. La prisión, mejor dicho, nuestras prisiones, están organizadas de manera que en ellas el fomento del ocio prevalece sobre el del trabajo. Los malvivientes salen de nuestras cárceles, después de

(21) Conocido el carácter de los ambientales, no es una sección especial de una escuela de artes y oficios lo que más les conviene, sino un establecimiento *ad hoc*.

varios años de segregación, tan poco habituados al trabajo como cuando ingresaron en ellas.

Igual disconformidad entre la doctrina y el art. 42 se nota en lo que respecta al siguiente precepto del propio artículo: "Si después de tres meses queda demostrado que el condenado es incapaz de aprender a trabajar, la autoridad del establecimiento lo manifestará al juez para que ordene la ejecución de la pena pronunciada". Tres meses como período de prueba para un sujeto que tal vez no ha trabajado en toda su vida, es tiempo bien escaso. Además, la ejecución de la pena de prisión en el caso del malviviente que en el espacio de tres meses no ha demostrado aptitud para el trabajo, importa el desconocimiento de la personalidad del delincuente, y la devolución al seno de la sociedad, a plazo más o menos corto, de un sujeto peligroso. La colocación del malviviente en la casa de trabajo debe ser indefinida o, lo que es lo mismo, tener carácter eliminatorio. Esta es la única manera de defender a la sociedad contra delincuentes peligrosos que, por la defectuosa manera como está concebida su represión, figuran entre nosotros con las más altas cifras de reincidencia.

La fórmula argentina establece la medida de seguridad "por tiempo indeterminado no menor de la mitad del máximo de la pena correspondiente al delito cometido". He aquí algo recomendable.

El régimen de la colocación según el art. 42, es como sigue:

"Terminado un año de permanencia en la escuela o en la casa, el juez, previo informe de los funcionarios del establecimiento, podrá liberar condicionalmente al condenado, si lo considera apto y con disposición de trabajar. Lo someterá a un patronato y podrá imponerle ciertas reglas de conducta.

"Si durante el plazo de prueba el liberado se substraer al patronato, el juez podrá disponer su reingreso en la escuela o en la casa u ordenar la ejecución de la pena pronunciada.

"En caso contrario, si el liberado se conduce bien hasta la expiración del plazo de prueba, la pena queda extinguida".

El beneficio de la libertad condicional es aconsejable siempre que no se pierda de vista el hecho de la peligrosidad. Un malviviente de peligrosidad leve, que ha logrado adquirir hábitos de trabajo que pueden reputarse permanentes, deberá ser liberado condicionalmente. Pero un sujeto que no mostrara sino muy débiles signos de readaptación, debería permanecer en la casa de trabajo hasta que ella fuese efectiva. De esta manera,

la medida tendría una elasticidad adecuada al grado de reacción moral favorable observada por los funcionarios del establecimiento, en cuyas manos reposa por entero el éxito de un régimen cuyo mecanismo es de todas veras delicado.

El artículo no señala término a la libertad condicional o más propiamente al período de prueba del liberado (22). A falta de disposición expresa, se entiende que el juez está facultado para fijar, en cada caso, la duración de dicho período, el cual podría extenderse por todo el resto de la pena, hasta su total extinción, conforme a la regla genérica contenida en el art. 58.

Reincidentes.

“Es reincidente el que después de haber sufrido en todo o en parte una condena a pena privativa de la libertad, impuesta en sentencia nacional o extranjera, incurre, antes de pasar cinco años, en otro delito reprimido también con pena privativa de la libertad.

“La remisión de la pena por vía de gracia equivale a la ejecución de élla.

“Cuando se trate de condena extranjera, sólo se tomará ésta en cuenta para los efectos de la reincidencia, si el hecho que la hubiere motivado fuere también punible como delito en la República.

“No se computarán las condenas por faltas, ni por delitos culposos, ni por los exclusivamente militares, ni por los politico-sociales no cometidos con homicidio, incendio o saqueo”. (art. III).

Admite este texto la figura de la reincidencia *genérica* con el concurso de los siguientes elementos:

1.º—Haber *sufrido* el culpable, en todo o en parte, una *condena* a pena privativa de libertad, entendiéndose que la remisión de la pena por vía de gracia equivale a su ejecución.

2.º—Que la condena haya sido impuesta por tribunal nacional o extranjero, y, en este segundo caso, que el hecho materia de la sentencia sea punible en el Perú.

3.º—Que la condena no se refiera a faltas, ni a delitos cul-

(22) El art. 41 del anteproyecto suizo de 1918 señala un año al periodo de prueba.

posos, militares o político-sociales, salvo que estos últimos hubiesen sido cometidos con homicidio, incendio o saqueo.

4.º—Que antes de pasar cinco años el sujeto incurra en otro delito también reprimible con pena privativa de libertad.

No consagra nuestro Código la doctrina más avanzada en materia de reincidencia. Son pocos ya los códigos que exigen el cumplimiento total o parcial de la pena anterior. Y, en cambio, son mayoría los que requieren nada más que la *condena por sentencia*, aún cuando el condenado logre sustraerse a la ejecución de la pena.

La doctrina de nuestro código es la del Anteproyecto suizo de 1915, distinta por cierto de la sostenida por Stooss en su primitivo proyecto. Es la errónea doctrina que se apoya en el apotegma clásico de Carrara: “para ser reincidente no basta haber sido *condenado* en otra ocasión, es necesario haber *expiado enteramente* la pena, porque no puede decirse que es de naturaleza insensible a un sufrimiento el que no ha experimentado tal sufrimiento”. (23) Pero no siendo ya expiatorio el derecho penal, sino eminentemente *defensista*, el fundamento de la reincidencia no debe ser la insuficiencia de la pena, sino el estado peligroso del delincuente puesto de manifiesto por la comisión de un nuevo delito.

Es plausible que el código conceda fuerza a las sentencias condenatorias dictadas por tribunales extranjeros en relación con delitos también reprimibles en el Perú. Un sentimiento de solidaridad internacional y de recíproco interés en la común defensa contra los reincidentes avezados, peligrosos bajo cualquier meridiano, obliga a las naciones a adoptar este principio por encima de toda susceptibilidad de soberanía. Desde luego, para que la sentencia extranjera sea válida y surta sus efectos en cuanto a la calificación de la reincidencia en el Perú, será menester que se cumplan especiales trámites de procedimiento, conforme a las reglas del derecho penal internacional, a fin de que nuestras autoridades judiciales tengan *conocimiento legal* de dicha sentencia.

Es igualmente causa de elogio que se excluya del cómputo, —para el efecto de establecer la reincidencia— delitos que no traducen un verdadero carácter criminal como son los culposos,

(23) F. Carrara.—Programma.—Parág. 742, nota 1.

y, muy especialmente, los militares y político-sociales cuando no atentan contra la vida o la propiedad individual.

Pero es censurable que, en pugna con el principio de la defensa social, nuestro legislador haya establecido un requisito como el de la prescripción, que permite redimir el estado de reincidencia por razón del tiempo transcurrido. Supone el art. III que el que comete nuevo delito pasados cinco años de la comisión del primero, no es reincidente. Abraza de este modo el código la tesis de los que sostienen que así como prescriben la acción penal y la pena, también debe prescribir el antecedente del delito, si una vida posterior honrada ha demostrado la enmienda del sujeto. Semejante inconsistente doctrina es la que Crivellari exponía diciendo, de un lado, que la ineficacia de la pena anterior queda eliminada o pierde bastante fuerza cuando se vé que ella bastó a tener por mucho tiempo al sujeto "en la vía de lo justo y lo honesto", y agregando, de otro, que si después de largos años aquél vuelve a delinquir, "el nuevo delito debe atribuirse a causas enteramente nuevas, más que a la obstinación de su naturaleza y a la indiferencia del sufrimiento experimentado".

Lo absurdo de estas ideas resulta de su mero enunciado. No se puede asimilar la prescripción penal a la reincidencia. La una se funda no sólo en el olvido y el perdón que se otorgan por virtud del tiempo transcurrido, sino, sobre todo, en la ineficacia de la represión tardía. La otra se basa, fundamentalmente, en la peligrosidad revelada por la comisión de un nuevo delito. Además, no puede hablarse de corrección respecto de un sujeto que vuelve a delinquir. El ladrón que roba a los seis años de haber cumplido su primera condena está probando con su nuevo hecho que la pena anterior no produjo efecto. Y si se trata de un homicida que reincide en el mismo tiempo de delito, el absurdo resalta más aún. La repetición del acto antisocial revela con meridiana claridad la existencia de un impulso criminal que vuelve a ejercitarse en cuanto se presenta la ocasión. El tiempo transcurrido no debe servir, entonces, para equiparar al que reincide con el delincuente primario, pues, mientras éste puede ser que no vuelva a delinquir más, aquél evidencia un menosprecio de la ley y una falta de temor a la sanción, que obligan a considerarlo peligroso.

Florián está en lo cierto cuando afirma que el tiempo transcurrido no debe tomarse en cuenta porque la reincidencia sirve para conocer el carácter del delincuente, y porque el nuevo deli-

1 tipo

to destruye radicalmente la presunción de enmienda y de rehabilitación que podría nacer del largo tiempo corrido. Esta es la doctrina defendida por la escuela positiva, partidaria del sistema de perpetuidad contrario a la prescripción, y que por boca de Garófalo y Nicéforo sostuvo que la reincidencia *no puede sujetarse a ningún término*, y que la tendencia al delito, si reaparece después de muchos años, demuestra su profundo arraigo.

Para los efectos de la represión el Código separa—según volveremos a verlo luego—los *reincidentes* de los *habituales*. Esta distinción se basa, como es natural, en el índice de peligrosidad puesto de manifiesto en el número y forma de los delitos, y es de todo punto conveniente a los fines de la individualización penal y de la defensa social.

Igual criterio prevalece en la clasificación que el Código hace de los propios reincidentes, no obstante la aparente y objetiva importancia concedida a la *homogeneidad y cantidad* de las *penas* sobre la estimación del *estado peligroso*. Dicha clasificación es como sigue:

1.º—*Reincidencia simple*.—Ofrece dos tipos de reincidentes: a) reincidentes que cometen delito reprimido con *penitenciaría* o con *relegación* después de haber sufrido *otra condena a la misma clase de pena* (art. 113); b) reincidentes que cometen delito reprimido con *prisión* después de haber sufrido otra condena a la *misma clase de pena*.

2.º—*Reincidencia múltiple*.—Ofrece el caso del reincidente que comete delito reprimido con *pena privativa de libertad* después de haber sufrido *dos condenas al mismo género de pena*.

Esta clasificación de los reincidentes puede parecer arbitraria; pero está ajustada a la letra del Código y no riñe con la doctrina. Contra lo opinado por Jiménez de Asúa (24), creo que en el art. 113 de nuestro Código se aloja la figura de la *reincidencia* y no la de la *habitualidad*, la cual está claramente instalada en el art. 116. En forma que no admite duda, y después de definir la reincidencia simple en la regla general del art. 111, nuestro legislador ubicó en el texto del art. 113 una fórmula que comprende el caso de la reincidencia *múltiple* que no configura *habitualidad* y el caso de la reincidencia *simple* que por la peligrosidad del sujeto evidenciada en el delito dá mérito a la imposición de la

(24) Luis Jiménez de Asúa.—El Derecho Penal en la República del Perú.—pág. 52.

medida de seguridad. No cabe, pues, aceptar que el legislador dedicara a los *habituales menos peligrosos* el art. 113 y a los *habituales especialmente peligrosos* el art. 116. Una semejante clasificación de los habituales, posible en la doctrina, parece no estar presente en nuestro Código. En cambio, de acuerdo con el espíritu de éste, es lógica la distinción entre reincidencia simple y reincidencia múltiple, como es lógico que, en caso de reincidencia simple agravada por la naturaleza del nuevo delito, se apele a la medida de seguridad en vez de aumentar cuantitativamente la misma pena.

Sin embargo, habría sido mejor que el legislador, para dar pábulo a su tendencia transaccional, hubiera instalado en una primera regla la figura de la reincidencia simple, y en una segunda la de la habitualidad.

El régimen de los reincidentes de acuerdo con la clasificación anterior, es como sigue:

En el primer caso de reincidencia simple, atendiendo a la homogeneidad y gravedad de las penas—consideración que no excluye sino que fundamenta la del estado peligroso—, se aplica al reincidente relegación en Colonia penal “por tiempo relativamente indeterminado no menor que el máximo correspondiente al delito, ni mayor que la mitad sobre éste. Cuando el tiempo correspondiente al delito sea menor de dos años, el relegado permanecerá en la colonia por lo menos este tiempo” (art. 113). La elasticidad de la medida permite adaptarla, en cada caso, al grado de peligrosidad del reincidente.

Conviene subrayar aquí, que apartándose del clásico principio de la agravación penal de la reincidencia fundada en la supuesta necesidad de aumentar la intimidación por un aumento cuantitativo en la corrección, el legislador ha adoptado el criterio defensista, aplicando al reincidente simple, no la misma pena del delito, aumentada, sino una forma de segregación especial que lo aparta del seno de la comunidad, en razón del peligro que ofrece.

En el segundo caso de reincidencia simple, caso que se infiere por exclusión de la letra del art. 113, procede aplicar, conforme a la regla del art. 111, la pena correspondiente al delito cuantitativamente aumentada. Esta vuelta al criterio clásico responde, seguramente, al pensamiento que el legislador tuvo de que esta clase de reincidentes carece de un grado de peligrosidad tal que haga justificable la segregación en colonia penal.

En el caso de reincidencia múltiple inscrito en la primera parte del art. 113, se aplica, atendiendo a la peligrosidad del sujeto, la relegación en colonia penal estatuida para el primer caso de reincidencia simple. A primera vista no se explica por qué la ley califica como *reincidente* y no como *habitual*, al sujeto capaz de atraer sobre sí *tres penas privativas de libertad* (25). Más si se advierte, de un lado, que la reincidencia puede ofrecer diversos grados intermedios de peligrosidad, antes de llegar a la habitualidad, y, de otro, que pueden darse casos de reincidencia múltiple que no constituyan hábito de delito, como ocurre en ciertos delitos leves en los que la reiteración de la conducta delictuosa es ocasionada por la persistencia de ciertas condiciones externas, más bien que por una tendencia obstinada a la criminalidad, que es lo que determina el *hábito de delinquir*, se cae en cuenta que la ley ha hecho bien en distinguir el caso de reincidencia múltiple incluido en el art. 113, del caso de la habitualidad configurado en el art. 116, estableciendo, como quería Ferri, "medidas de defensa social apropiadas a su diferente estado peligroso, estado naturalmente más grave en los criminales habituales". (26).

Para la debida constatación de la reincidencia se requiere, como cosa previa e indispensable, de medios ciertos y seguros que acrediten la *anterior delincuencia*. Estos medios se reducen en nuestra ley al Registro Judicial organizado conforme a las disposiciones de los arts. 398 a 401, pudiendo tomarse en cuenta con carácter complementario, y para los efectos de la más rápida identificación, los archivos policiales.

El régimen de los reincidentes relegados en colonia penal, es: trabajo en los cultivos de la colonia o al servicio de cualquier obra pública bajo la vigilancia de las autoridades respectivas (art. 114).

"Vencido el tiempo máximo que corresponde al delito, sin el aumento de la mitad, los relegados pueden ser autorizados:

"1.º—A cultivar por su cuenta un lote de terrenos de montaña conforme a los reglamentos del Poder Ejecutivo;

(25) No cabe suponer que el artículo incluya el caso de ser las tres penas de relegación o de penitenciaria, porque entonces se perfilaría el índice numérico de la habitualidad, conforme a la regla del art. 116, en vez de la figura de reincidencia múltiple, salvo que el legislador haya supuesto que un reincidente puede merecer por tercera vez penitenciaría o relegación sin ser habitual.

(26) Ferri.—Relazione, pág. 63.

2.º—A adquirir la propiedad de los terrenos que cultiven, por el precio y en el tiempo y forma que prescriben los reglamentos del Poder Ejecutivo.

“La concesión definitiva de los terrenos comprenderá la de una casa construída en ellos.

“La superficie de cada concesión dependerá de la calidad de los terrenos y del número de personas que compongan la familia del relegado.

“3.º—A gozar de libertad condicional dentro o fuera de la colonia, siempre que hubieren observado conducta irreprochable, reparado en lo posible el daño y demostrado constante inclinación al trabajo”. (art. 115).

El régimen no puede ser más perfecto. Pero está esperando todavía que los jueces comiencen a aplicarlo. Mientras tanto, las cárceles comunes están pobladas por una numerosa clientela de reincidentes que agravan en cada ingreso su peligrosidad, debido a que el sistema de penas con que los jueces reemplazan la relegación en colonia penal, es el más propicio al fomento de la reincidencia.

Habituales.

Con marcado acento la doctrina tiende cada vez más a reemplazar el concepto de *reincidencia*, considerado como arcaico, por el de *habitualidad*. “Ya no interesa tanto la repetición de un delito, y vale más el índice material de peligrosidad, la tendencia arraigada al crimen, que acaso un primer acto delictivo es capaz de revelar”. (27).

Sin embargo, son muchos todavía los códigos modernos que adoptan el sistema—al parecer transitorio—de instalar el viejo concepto de reincidencia junto al de habitualidad. La razón que tienen para hacerlo—y este es sin duda el criterio seguido por nuestro legislador—es que hay reincidentes de los cuales no puede decirse que hayan dejado de ser sujetos sin personalidad de Derecho Penal, o sea que respecto de ellos cabe el supuesto optimista de que la pena aún no ha fracasado; y hay reincidentes cuyas acciones criminales constituyen “la trama casi coti-

(27) Luis Jiménez de Asúa y José Antón Oneca.—Derecho Penal.—T. I.—Pág. 414.

'diana de su existencia" (28) y son la expresión de un estado personal: la *habitualidad*, sobre el cual la pena, aún agravada, no tiene ningún poder intimidatorio, siendo de necesaria aplicación la medida de seguridad.

La doctrina distingue la *habitualidad* no solamente de la *reincidencia*, sino también de la *profesionalidad*, de la *predisposición a delinquir* y de la *incorregibilidad*, conceptos que nuestro texto legal no alcanza a discriminar.

El hábito criminal implica la *costumbre de delinquir* objetivada tanto por la repetición de las infracciones como por la facilidad para cometerlas, derivada de la práctica adquirida. Difiere de la *reincidencia*, porque, además de la pluralidad de delitos, se requiere que la insistencia en delinquir se convierta en costumbre y se incorpore al modo de ser y de obrar del sujeto; y porque no es exigible que el autor haya cumplido en todo o en parte una condena anterior: basta que haya cometido un cierto número de delitos, juzgados o nó, constitutivos de *habitualidad*.

El profesionalismo, especie de la *habitualidad*, se caracteriza por el lucro y constituye un modo regular de vida, un oficio que se ejerce como cualquier otro, previo aprendizaje, y "cuya organización posee los detalles y reglas propias del trabajo honrado, individual o asociado" (29). Tal el caso del timador, del chantagista, del falsificador, del carterista, etc.

En el concepto de *predisposición a delinquir* entran el de *habitualidad* y el de *profesionalismo*. El sujeto efectivamente predispuesto, como el delincuente instintivo, puede revelarse en el primer delito, y afirmar su personalidad con la reiteración de los más brutales crímenes. Este es propiamente el *incorregible*, denominación que no conviene aplicar a todos los delincuentes de hábito, por lo mismo que muchos de ellos son readaptables.

Atendiendo al grado de peligrosidad y de incorregibilidad, Ferri distingue los siguientes cuatro tipos de delincuente habitual:

1.º—El delincuente por tendencia a los delitos de sangre o de violencia o contra la propiedad, que antes o después de la condena reitera su acción criminal.

2.º—El delincuente que habitualmente comete delitos no

(28) Ferri.—Relazione.—Pág. 63.

(29) Ibidem.

graves, especialmente contra la propiedad, por ingénita repugnancia al trabajo metódico.

3.º—El delincuente ocasional que condenado a penas carcelarias de corta duración, como el menor moralmente abandonado, empeora progresivamente su personalidad físico-síquica, constituyendo el tipo más característico y frecuente de los delincuentes por hábitos adquiridos.

4.º—El delincuente profesional que organiza solo o más comúnmente en asociación con otros, una verdadera industria criminal, especialmente contra la propiedad, y que es capaz de apelar a la violencia y aún a los delitos de sangre como medio de consumir las otras depredaciones. (30)

La regla que nuestro código consagra a los habituales, dice:

"Art. 116.—Los autores o copartícipes de más de tres delitos reprimidos con penas privativas de la libertad, siendo una al menos penitenciaria o relegación, cometidos en tiempos diversos e independientes unos de otros, o los reincidentes que merecieron por tercera vez penitenciaria o relegación, cuando, además del número de delitos, por la naturaleza y modalidad de éstos, por los móviles y por el género de vida, fuera justificado declararlos especialmente peligrosos, serán relegados, con esta calificación, en una penitenciaria agrícola, por tiempo absolutamente indeterminado no menor que el máximo de la pena correspondiente al delito.

"Si el tiempo de la condena fuere menor de seis años, el relegado permanecerá en la colonia por lo menos este tiempo". (31)

Según este texto, en la calificación de la habitualidad debe tenerse en cuenta el índice legal y el índice psicológico.

El índice legal—objetivo y numérico—está constituido por el hecho de la *reiteración* en más de tres delitos cometidos en tiempos diversos e independientes unos de otros y reprimidos con penas privativas de libertad, de las cuales una por lo menos debe ser penitenciaria o relegación, no habiendo el delincuente cumplido *todavía* ninguna condena; o por el hecho de la *reincidencia* que haga merecer al delincuente, por tercera vez, penitenciaria o

(30) Ferri.—Relazione.—Pág. 67.

(31) El art. 40 del Anteproyecto suizo de 1918 concibe así al habitual: "Cuando un delincuente, que haya sufrido ya numerosas penas de privación de libertad, incurra por razón de un delito en nueva pena de privación de libertad, y cuando manifieste propensión al delito, a la mala conducta o a la vagancia, el juez podrá ordenar su ingreso a una casa de internamiento. El internamiento sustituirá a la pena".

relegación. Esta equiparación del *reiterante* con el *habitual* la justifica Ferri afirmando que "la antropología criminal ha establecido claramente que tanto la peligrosidad genérica como la peligrosidad específica de la habitualidad pueden igualmente constatarse en los delincuentes que han evitado las condenas precedentes". (32).

La determinación precisa del número de *delitos* cometidos por un *reiterante* o del número y clase de *condenas* cumplidas por un *reincidente* supone el regular y eficiente funcionamiento tanto del Registro Judicial como de los archivos policiales.

El índice sicológico, que es subjetivo, se deduce, en el caso del *reiterante* como en el del *reincidente*, de la "naturaleza y modalidad de los delitos", o sea del cálculo y de la preparación con que fueron cometidos; de los "móviles" o motivos determinantes, ya sean el lucro o la satisfacción de apetitos; y del "género de vida" del autor, es decir, de sus condiciones personales, que son justamente las que caracterizan e identifican a los delincuentes habituales, sobre todo, en la vida cotidiana de los centros urbanos.

Del concurso del índice legal y del índice sicológico surge la persistente tendencia al delito y la justificación de la medida de seguridad aplicable a esta clase de delincuentes, los más peligrosos de todos.

En la calificación de la peligrosidad, o sea en la determinación del índice sicológico, y para el efecto de poner al habitual la etiqueta de "*especialmente peligroso*", se requiere "que el Ministerio Público exprese las razones que la hicieren justificada". "El Tribunal deberá pronunciarse sobre ella en un acto especial y sólo podrá hacerlo por voto unánime" (art. 116). Queda sobreentendido que si el Tribunal no declara "*especialmente peligroso*" al delincuente, éste no podrá ser considerado como habitual, sino como reincidente, correspondiéndole entonces el régimen de los arts. 113, 114 y 115.

Igual unanimidad exige el artículo en la imposición de la medida de seguridad—relegación de penitenciaría agrícola por tiempo absolutamente indeterminado no menor que el máximo de la pena correspondiente al delito—, cuya larga duración concuerda con el carácter de los habituales, verdaderos "incapaces de Derecho Penal", cuya libertad constituye un peligro social.

(32) Ferri.—Relazione, pág. 68.

permanente. "Para imponer la relegación indeterminada en los casos de este artículo. . . se requiere, asimismo, unanimidad en la sentencia" (art. 116).

El art. 116 no establece diferencia entre los habituales desde el punto de vista de su mayor o menor peligrosidad, sino que los engloba a todos en una sola categoría a la cual señala una sola medida de segregación. El proyecto Ferri, en sus arts. 28 y 29, distingue los delincuentes habituales que por la naturaleza de los delitos cometidos y, sobre todo, por las condiciones personales y el género de vida llevado, demuestran menos peligrosidad y más susceptibilidad para la readaptación a la vida libre y honesta; y los delincuentes habituales que por estas condiciones y circunstancias se muestran más peligrosos y aún más incorregibles. A los primeros les señala, además de multa, segregación simple por tiempo relativamente indeterminado, por un período no inferior al máximo de la sanción establecida para el delito más grave y en ningún caso inferior a seis años ni superior a veinte. A los segundos les aplica, además de multa, segregación rigurosa por tiempo absolutamente indeterminado por un mínimo no inferior al máximo de la sanción establecida para el delito y en ningún caso por menos de quince años.

Dado el tipo de establecimiento penal en el cual debe cumplirse la relegación, se entiende que la ocupación predominante del relegado debe ser el trabajo agrícola. El art. 116 debería haber previsto, sin embargo, otra clase de trabajo para aquellos sujetos que no puedan por incapacidad dedicarse al cultivo agrícola. Además, se echa de menos en este artículo una reglamentación más prolija sobre las condiciones en que deberá cumplirse la relegación.

Siendo el objeto de la medida de seguridad impuesta a los habituales su readaptación social, y existiendo la posibilidad de que algunos puedan ser devueltos a la libre convivencia, el art. 117 autoriza la libertad condicional:

"Vencido el tiempo mínimo de relegación señalado en el artículo anterior, los delincuentes habituales podrán ser liberados condicionalmente por tres años, si han observado conducta irreprochable, reparado en cuanto ha sido posible el daño y demostrado constante inclinación al trabajo.

"El Juez someterá al liberado a un patronato y podrá imponerle ciertas obligaciones. Si en el transcurso de tres años el liberado comete un nuevo delito, o se substraе obstinadamente al

patronato, o infringe las obligaciones impuestas, el juez podrá ordenar su reingreso en la penitenciaría agrícola”.

De todo lo dicho se desprende que los principios dominantes que rigen la represión de los delincuentes habituales en nuestro código son:

1.º—Calificación previa de la peligrosidad atendiendo a los índices legal y psicológico.

2.º—Medida de seguridad de carácter absolutamente indeterminado, con duración que en ningún caso puede bajar de los seis años.

3.º—Régimen especial de trabajo.

4.º—Liberación facultativa, condicional y sujeta a normas de conducta.

Conviene anotar que el legislador olvidó la teoría de la habitualidad al perfilar en la parte especial las figuras del delito y señalarles su sanción. Así, por ejemplo, al *habitual en el delito de robo*, el art. 238 le aplica pena de penitenciaría no mayor de diez años o *prisión no menor de seis meses*. Esta sanción mínima no es por cierto la que corresponde a una forma de habitualidad demasiado frecuente entre nosotros y desde luego peligrosa. Su aplicación, con olvido de las reglas de la parte general, tiene que facilitar el aumento de esta clase de delincuencia.

(Continuará)

MANUEL G. ABASTOS.
