

EL PROYECTO DE CODIGO PENAL

Y SUS

NUEVAS INSTITUCIONES ⁽¹⁾

Se comprende desde luego, la imposibilidad para llevar a efecto, en un limitado número de conferencias, pero ni siquiera en un curso anual, el estudio crítico del proyecto de Código Penal, que comprende la solución de las grandes cuestiones relativas al delito y sus elementos constitutivos; a la imputabilidad, a la responsabilidad y sus grados; a las penas, sus caracteres y condiciones, y además postulados y teorías afines a esas grandes cuestiones de la Ciencia penal.

Por consiguiente, en ningún momento hemos pensado realizar en estas conferencias—destinadas, por otra parte, exclusivamente a ilustrar el criterio de los estudiantes—un análisis particular del articulado del proyecto de código penal; pero ni aún por títulos o materias, porque para ello se necesita una preparación que no tengo y un tiempo de que no dispongo.

Y si al ocuparnos de la aplicación de la ley penal, de su retroactividad, y otros puntos del título primero del proyecto, nos detuvimos en algunas observaciones y detalles, fué simplemente por la especialidad de algunos de sus artículos, como regla de solución

(1) Véase la entrega N° 3, año V, mayo de 1918.

dentro del derecho penal internacional, y de otros, que consagran principios de absoluta excepcionalidad.

Y así pues, desde el primer momento, respondiendo a la invitación que el Señor Decano se dignó dirigirnos para “destinar algunas clases al estudio y crítica del proyecto de reformas al Código Penal presentado a la consideración de la H. Cámara de Diputados de la Nación por el miembro de la misma Dr. Rodolfo Moreno (hijo)” —entendimos que las clases no podían ser materia de otro asunto, que de una exposición *escueta* del proyecto a tratar por el Congreso, con una breve especialización de las nuevas instituciones que él registra, a fin de que los estudiantes, y no profesionales, pudieran adquirir una idea general y en conjunto del proyecto de ley, y por ello nos trazamos desde luego el siguiente plan de exposición:

I Antecedentes históricos del Código Penal en vigencia.

II Antecedentes históricos del proyecto.

III Estudio del título primero del proyecto.

IV Exposición o reseña de todos los demás títulos del primer libro y

V Estudio de las nuevas instituciones de derecho penal contenidos en ese primer libro.

Hemos desarrollado, aunque imperfectamente, los tres primeros enunciados; pasamos a ocuparnos del último en su primera parte.

El proyecto, comprendido sus dos libros, ha sido—como lo recordamos en otra conferencia—motivo de una *encuesta* entre los profesores, magistrados, legisladores, especialistas, juriconsultos y varios abogados de nuestro país, cuyas ilustradas opiniones, y muchas atinadas observaciones, se registran en un volumen de 495 páginas, distribuido profusamente por la comisión especial de legislación penal y carcelaria de la Cámara de Diputados.

En 1911 el distinguido abogado y ex-senador nacional doctor Julio Herrera, publicó su importante libro titulado “La Reforma Penal” en el cual, con criterio científico, mucha erudición, y co-

pios antecedentes, estudia la *parte general* del proyecto de 1906; estudio que es hoy de gran actualidad porque, como se sabe, el proyecto de Moreno, es el mismo de 1906 con las modificaciones que él ha introducido, alguna de las cuales han sido determinadas por la obra de Herrera, según la misma Comisión de la Cámara lo expresa en el despacho respectivo.

A esos estudios hay que agregar la exposición de motivos de la Comisión redactora del proyecto de 1906, y los fundamentos aducidos por el Dr. Moreno, y por la Comisión especial de la Cámara de Diputados para introducir algunas reformas a dicho proyecto, y tendremos así, excepción de algunos artículos de diario, los antecedentes y opiniones más autorizadas y caracterizadas respecto al nuevo Código penal que se proyecta.

Hagamos, siguiendo el plan de exposición una mera relación de su libro primero, que comprende 12 títulos con 78 artículos.

Su segundo y tercer título, (del primero me ocupé en la conferencia anterior) legislan *las penas*, materia importantísima en derecho penal.

En su artículo 5º. establece cuatro penas, que son las de reclusión, prisión, multa e inhabilitación. Las dos primeras son perpetuas o temporales, con trabajo obligatorio en establecimientos destinados al efecto, pudiendo los reclusos ser empleados en obras públicas de cualquier clase, con tal que no sean contratadas por particulares.

Los hombres débiles, o enfermos, y los mayores de 60 años, que merezcan reclusión, sufrirán la condena en prisión, y las mujeres y menores, en establecimientos especiales. Las mujeres honestas y las personas mayores de 60 años o veletudinarias podrán cumplir la pena de prisión en sus propias casas, cuando ésta no pase de seis meses.

El producto del trabajo del condenado a reclusión o prisión se distribuye así:

a) a indemnizar los daños y perjuicios causados por el delito, cuando el penado no los satisficiera con otros recursos;

- b) a la prestación de alimentos, según el Código Civil;
- c) a costear los gastos que causare en el establecimiento;
- d) a formarle un fondo propio que se le entregará a su salida (Art. 11).

La reclusión y prisión por más de tres años importan la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena y de uno a tres años más a juicio de tribunal—importa también la privación de los derechos civiles con excepción del de testar, reconocimiento de hijos y matrimonio *in extremis*. Cuando el delito haya sido contra los hijos se priva además al penado de la patria potestad, y por fin todo condenado por más del tiempo expresado queda sujeto a la curatela para los incapaces, que legisla el Código Civil.

Entra después el proyecto a reglamentar, como una nueva institución según se expresa, la *libertad condicional*, en la siguiente forma:

“El condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido veinte años de condena, y el condenado a reclusión temporal o prisión por más de tres años, que hubiere cumplido dos tercios de su condena, observando con regularidad los reglamentos carcelarios, obtendrá la libertad por resolución judicial”. (Art. 13).

La libertad condicional no se concederá a los reincidentes, y el liberado deberá residir en el lugar que le determine el auto de libertad; observar las reglas de inspección que se le fijen; adoptar, sino tiene medios propios de subsistencia, oficio, arte o profesión, dentro del plazo que se le fije, y por fin no cometer nuevos delitos. (2ª. parte del Art. 13 y Art. 14).

La libertad condicional queda sin efecto cuando se viola cualquiera de las condiciones *ut supra* y el penado no podrá obtenerla nuevamente. (Art. 15).

Transcurrido el término de la condena, sin que la libertad condicional haya sido revocada, la pena queda extinguida. (Art. 16).

Continuando en el orden de la escala de penas establece que la “inhabilitación absoluta” importa:

1º. Privación del empleo o cargo público que ejerza el penado, aunque provenga de elección popular;

2º. Privación del derecho electoral;

3º. Pérdida de toda jubilación, pensión, o goce de monte pío. Si el penado tiene padre anciano o desvalido, hijos menores de cualquier clase, o esposa, corresponderá a estas personas, la jubilación, pensión o monte pío. (Art. 19).

La “inhabilitación especial” producirá la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere, y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena. La inhabilitación especial para derechos políticos producirá la incapacidad de ejercer durante la condena, aquellos sobre que recayere. (Art. 20).

Pasa el proyecto a establecer y reglamentar la “condena condicional” en su título III, en estos términos:

“En los casos de primera condena por delito al que corresponda pena de reclusión o prisión que no exceda de dos años, o de multa, los tribunales podrán ordenar, en el mismo pronunciamiento, que se deje en suspenso el cumplimiento de la condena. Esta decisión se fundará en la personalidad moral del condenado, la naturaleza del delito y las circunstancias que lo han rodeado en cuanto puedan servir para apreciar esa personalidad. El tribunal requerirá las informaciones que crea pertinentes para formar criterio”. (Art. 26).

La condena se tiene por no pronunciada cuando dentro del término en que se prescribe la pena, no se comete un nuevo delito. Si lo cometiere, sufrirá la pena impuesta en la primera condena y la que corresponda al segundo delito, conforme a las reglas sobre acumulación de penas. (Art. 27).

La condena condicional no comprende la obligación de reparar el daño causado por el delito y pago de gastos judiciales, como tampoco las incapacidades anexas a la condenación impuestos accesoriamente.

Sin embargo, estas incapacidades cesarán el mismo día en que

por haber transcurrido el término para la prescripción de la pena, se tuviera la condenación como no pronunciada en el plazo fijado por la sentencia. (Art. 28).

Tal es la forma en que el proyecto incorpora a la legislación del país la institución de la condena condicional, llamada también *pena suspensiva*, a la cual consagraré oportunamente algunas consideraciones.

En el título relativo a la reparación de perjuicios, el proyecto establece que toda sentencia condenatoria deberá ordenar la indemnización del daño material y *moral* causado a la víctima o a su familia o a un tercero; indemnización que fijará prudencialmente el juez a falta de plena prueba sobre su monto. (Art. 29 inc. 1°).

La restitución a su dueño de la cosa obtenida por el delito y si esto no fuese posible, el reo abonará su valor corriente, más el valor de *estimación*. (id. 2°).

La obligación de reparar el daño es solidaria, tiene preferencia a todos los demás contraídos después de cometer el delito, y se hace efectiva, con el producto del trabajo del condenado, cuando la pena es de reclusión o prisión, y tratándose de otras penas, el Juez determina de qué peculio del penado se abonarán. (Arts. 30 al 33).

Llegamos, en esta relación sucinta del proyecto, a su título V, que legisla otro punto de la más alta importancia y trascendencia en la ciencia penal, el relativo a la *responsabilidad* de las acciones delictuosas. Ese título se le denomina *imputabilidad*, y en él se dispone, que no son punibles:

“1°. el que no haya podido, en el momento del hecho, dirigir sus propias acciones, o comprender la naturaleza o el sentido de lo que hacía; ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas, o por estado de inconsciencia”.

La ley actual, relativa a esta disposición del proyecto, exime de responsabilidad en los siguientes términos:

“Al que ha cometido el hecho en estado de locura, sonambulismo, imbecilidad absoluta o beodez completa e involuntaria; y

generalmente, siempre que el acto haya sido resuelto y consumado en una perturbación cualquiera de los sentidos o de la inteligencia, no imputable al agente, y durante el cual este no haya tenido conciencia de dicho acto o de su criminalidad”.

2º. El menor de 14 años. Por la legislación en vigencia la irresponsabilidad es hasta los diez años. El proyecto como se ve, la amplía hasta los catorce.

Todos los demás casos de no *imputabilidad* se legislan como en la ley vigente, esto es, se excluye la responsabilidad al que obra violentado por una fuerza física irresistible; al que causa un mal para evitar otro mayor; al que obra en cumplimiento de un deber; al que obra en virtud de obediencia; en defensa propia o de terceros, etc. (Art. 34).

En el caso de enajenación, se dispone por el proyecto que, el tribunal ordenará la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino 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. (Art. 34, 2ª. parte).

En todos los demás casos en que se absuelve por inconsciencia, se ordenará la reclusión del individuo en un establecimiento adecuado hasta que se compruebe la desaparición de las condiciones que lo hacían peligroso. (Art. 34, 3ª. parte).

Con respecto a menores se establece, como queda expresado, que no tienen responsabilidad los que no han cumplido 14 años, y agrega: “si de las circunstancias de la causa y condiciones personales del agente, o de sus padres, tutores o guardadores resultase peligroso dejarlo a cargo de estos, el tribunal ordenará su colocación en un establecimiento destinado a corrección de menores hasta que cumpla 18 años. La entrega podrá anticiparse mediante resolución judicial, previa justificación de la buena conducta y de sus padres o guardadores”. (Art. 36).

“Si la conducta del menor en el establecimiento ofreciera motivos para creer que se trata de un perverso o peligroso, el tri-

bunal podrá después de las comprobaciones necesarias, prolongar su estada hasta que tenga 21 años". (del mismo 36).

Cuando el menor tenga más de 14 años y menos de 18, se observarán las siguientes reglas:

a) "Si el delito cometido tuviera una pena que pueda dar lugar a la condena condicional, el tribunal estará autorizado para disponer la colocación del menor en un establecimiento de corrección, si fuera inconveniente o peligroso dejarlo en poder de los padres o de las personas que hagan sus veces. Esta colocación será hasta que el menor cumpla 21 años, pudiéndose anticipar su libertad, o retardarla hasta el máximo de edad si fuere necesario dadas las condiciones del sujeto—y si el delito fuere castigado con mayor pena, el tribunal podrá reducirlo en la forma determinada para la tentativa". (Art. 37).

El menor que no ha cumplido 18 años no puede ser declarado reincidente (Art. 38).

En todos los casos de delito cometidos por un menor, el tribunal podrá privar a los padres de la patria potestad, y a los tutores de la tutela. (Art. 39).

El proyecto, como se vé, establece nuevas reglas de criterio y nuevos y fundamentales tratamientos con respecto a los delincuentes menores.

Vamos a terminar este título con la reseña de las disposiciones relativas a la responsabilidad, en lo tocante a sus agravaciones o atenuaciones, materia también de la mayor importancia y trascendencia.

La ley vigente, como se recordará, enumera taxativamente las circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad.

El proyecto, por el contrario, es meramente enunciativo, introduciendo así una reforma fundamental al molde de nuestro Código y al de muchos otros.

El Art. 40 del proyecto dice:

"En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circuns-

tancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente:

Art. 41. A los efectos del artículo anterior se tendrá en cuenta:

1º. la naturateza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla, y la extensión del daño y del peligro causados;

2º. la edad, educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto; la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir; la participación que haya tomado en el hecho; las reincidencias en que hubiere incurrido, y los demás antecedentes y condiciones personales que demuestren su mayor o menor perversidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de *visu* del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso”.

Estas disposiciones del proyecto son de altísima importancia. Al analizarlas haremos resaltar su trascendencia.

Los dos títulos siguientes del proyecto contienen disposiciones relativas a la tentativa y a la participación criminal.

El proyecto, no define la tentativa y dice únicamente: el que comienza la ejecución de un delito premeditado de antemano, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad sufrirá las penas determinadas en el Art. 44.

El actual Código la define en los siguientes términos: Hay tentativa, cuando la resolución de cometer un delito ha sido manifestada por actos exteriores que tengan relación directa con el delito.

Encontramos muy superior la legislación actual al proyecto. Por lo demás son iguales.

Con respecto a los agentes del crimen podría anotarse, como especial, la circunstancia de que en ese título no se legisla respecto a los encubridores como el actual código, pues de la ocultación o encubrimiento, el proyecto hace una delincuencia especial y la legisla en el capítulo 13 del libro 2º.

El título 8º. contiene prescripciones sobre la reincidencia.

La define, y establece que la hay, cuando se comete un nuevo

delito después de dictada sentencia firme por cualquier tribunal del país, y aunque hubiere mediado indulto y conmutación.

La reincidencia es también de importancia y legislada especialmente como lo hace el proyecto importa un adelanto, aún cuando a su penalidad pueden hacerse muy serias y fundadas observaciones.

Las reglas generales para la aplicación de las penas las establece el proyecto en el título del "Concurso de Delitos", y con respecto a ellas solo cabe, por ahora, llamar la atención que la segunda parte del artículo 56 habla de la pena de *presidio* temporal y perpetuo, que no existe en el proyecto, esto es, no figura en las penas que el Art. 5º. del mismo establece como únicas.

Los dos penúltimos títulos contienen disposiciones muy atinadas y claras respecto a la extinción de las acciones y de las penas, y al ejercicio de las acciones.

El actual código, es a este respecto muy deficiente. Se limita a legislar la extinción del derecho de acusar, y de la pena, por la prescripción únicamente, mientras que el proyecto establece, que la acción se extingue por la muerte del imputado, por la amnistía, por la prescripción y por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada—y las penas solo por prescripción y perdón de la parte ofendida, en ciertos delitos.

El proyecto dispone que toda acción penal debe iniciarse de oficio (Art. 71) con excepción de las acciones privadas, y las que dependieren de instancia privada.

Esta distinción es muy práctica y contiene conceptos muy claros de los efectos de cierta clase de delincuencia.

Dan lugar según el proyecto a acción privada el adulterio, calumnia, injuria, difamación, ultraje, violación de secretos, extorsión y la competencia desleal—y son acciones que *dependen de instancia* privada las que emergen de los delitos de violación, estupro, raptó, y ultrajes al pudor, cuando no resulte la muerte o lesiones de la persona ofendida. (Arts. 72 y 73).

Las *acciones privadas* solo podrán iniciarse, continuarse y re-

nunciarse por el damnificado; (Art. 59 inc. 4°.) mientras que las acciones que *dependan*, para iniciarse, de instancia privada, una vez iniciada la acción, ella no podrá desistirse, transarse ni renunciarse.

Tal es la diferencia sustancial que importa la acertada distinción que el proyecto hace de las acciones en materia penal.

El último título está destinado a fijar legalmente el concepto con que el legislador ha empleado ciertos vocablos o frases en el código; consagra lo que podría decirse una terminología legal.

Hemos terminado la breve reseña o relación del contenido del primer libro o parte general del proyecto de Código.

Comparado el proyecto con el código en vigencia se encuentran las siguientes modificaciones.

I—Se suprimen por el proyecto:

a) Todas las penas reemplazándolas por la de *reclusión, prisión*, inhabilitación y multa. Las dos primeras reemplazan en el concepto legal al presidio y penitenciaria. Las otras dos están en el Código, pero en algo se modifican por el proyecto.

b) La disposición relativa a la presunción de voluntad criminal;

c) Todo el título que legisla la culpa, la que, siguiendo el sistema opuesto del actual, es legislada por disposiciones especiales en cada delincuencia, cuando en ella es posible el delito culposo;

d) Todo el título de los encubridores, pues desaparece esta clase de coparticipación para constituir una delincuencia especial, que se legisla en el 2° libro.

II—Se modifican:

a) La definición de la tentativa;

b) Las prescripciones respecto a los autores y cómplices, simplificándose las definiciones de estos, sin definir aquellos, y se cambia su colocación;

c) Los títulos del código “De las penas en general” y “Clases de penas, su duración, ejecución y efectos”, se reducen en el proyecto a uno solo, que es el titulado “*De las Penas*”, nuevamente simplificado con relación al actual, pues no trae la forma de eje-

cución de ciertas penas, ni otras disposiciones suprimidas como consecuencia de las modificaciones que se introducen;

d) La responsabilidad se legisla en el proyecto con el título de “*Imputabilidad*” en el que se contienen en ocho artículos y sus incisos, los casos en que el agente no es punible (casos que eximen de responsabilidad) y los motivos y causas que disminuyen o agravan la responsabilidad, condensando así en un solo título, y con importantísimas modificaciones, los títulos del código en vigencia que llevan por leyenda —“Causas que eximen de pena”—“De la atenuación de las penas”—“De la agravación de las penas”;

e) Se amplía el título de la extinción de las acciones, que el código solo toma en cuenta por la prescripción, y se establece que ellas se extinguen igualmente por la muerte del imputado, por la amnistía, por la prescripción y por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada;

f) La pena se extingue por indulto, perdón del damnificado, en su caso, y la prescripción. El proyecto ha olvidado que la ley de amnistía puede darse, durante la formación del proceso, como después de fallado, y que en este último caso extingue la pena por el delito político, así como en el primer caso, extingue la acción.

III Como nuevas instituciones o nuevas disposiciones con relación a nuestra actual legislación, el proyecto registra las siguientes:

- a) Aplicación de la ley penal;
- b) Penas perpetuas y paralelas;
- c) Libertad condicional;
- d) Condena condicional, o pena suspensiva;
- e) Reparación de perjuicios (especialmente legislada);
- f) Reincidencia (id. id.);
- g) Concurso de delitos (id. id.);
- h) Ejercicio de las acciones;
- i) Disposiciones especiales respecto a la delincuencia de menores y dementes;
- j) La curatela civil para los cumplidos;

k) Significado de conceptos.

Expresemos, ahora, nuestras impresiones con relación a algunas de las más importantes modificaciones que hemos anotado, y también con respecto a determinadas instituciones del derecho penal, que el proyecto incorporará a nuestra legislación.

Me especializaré con las penas, y si acaso hubiera tiempo continuaremos con la responsabilidad, dejando para otro momento lo relativo a los menores, a la reincidencia y a otros puntos.

La más importante materia de una ley penal, es su sistema de penas, porque de él depende la eficacia de la ley, en cuanto a los efectos jurídicos, sociales, e individuales que ella debe producir.

La tendencia actual se caracteriza por los anhelos de *individualización* y *unidad* de las penas.

Ambas tendencias no han conseguido aún llegar a la meta, por más que se haya hecho mucho del camino.

La primera, no obstante el ancho margen que se dá al árbitro judicial por medio de reglas genéricas y meramente enunciativas, para aquilatar los elementos del delito, esto es, sus condiciones o circunstancias objetivas, y sus causas subjetivas, ello no realiza en toda su extensión aquel propósito, porque necesariamente las penas deben ser iguales para los delincuentes. Apesar de todo, las penas paralelas marcan un adelanto de la conquista en tal sentido, que es ya muy apreciable y que tiende a consolidarse.

La tendencia hácia la *unidad* ha conseguido también abrirse camino y su efectividad se encuentra consagrada en casi todas las legislaciones penales concebidas en este siglo.

Esta tendencia a la unidad ha influido para que la mayoría de los códigos o proyectos modernos hayan eliminado una cantidad de castigos, estableciendo un sistema penal más simple y más en armonía con los fines de la penalología.

Orientado hácia aquellos propósitos, el proyecto suprime las penas de muerte, presidio, penitenciaría, arresto, deportación y destierro, reemplazándolas, como se dijo antes, con los de reclusión y prisión, y manteniendo la inhabilitación y la multa.

Reduce pues, a dos, las penas privativas de la libertad; establece la reclusión, que la tienen varios códigos modernos, como son entre otros el Noruego, Suizo y Alemán, y que entre nosotros reemplaza al presidio, y la de prisión, que reemplaza a la penitenciaría, y que también la tienen otros códigos.

Según el proyecto ambas penas son perpetuas, o a tiempo determinado, es decir, temporales.

Para el cambio de nombre de estas penas no vemos más razón que la de copiar lo ajeno.

Si la reclusión en su concepto legal, esto es, en cuanto a sistema y régimen, equivale al presidio ¿a qué principio de criminología, o de ciencia penitenciaria, responde el cambio? A ninguno.

En nuestro idioma, reclusión, expresa el concepto de que una persona está encerrada, confinada en un establecimiento, casa o pieza, y por consiguiente esa palabra es aplicable también a todos los que están en prisión, o en cualquier clase de encierro o detención, y por lo tanto, no expresa, ni significa, una clase o especie de pena, como significa y expresa la palabra presidio.

Lo mismo puede decirse de la pena de prisión, que siendo en su régimen, según el proyecto, igual a la pena de penitenciaría, sustituye sin razón y sin motivo el nombre de esta pena, que es nombre científico, de pila, por decirlo así, pues al fundarse los regímenes y sistemas que le dieron existencia, así se la llamó, y que además ya es clásico porque ha motivado el desarrollo de una rama de la ciencia penal, llamada ciencia penitenciaria. Expresa, pues, un concepto científico más amplio que prisión.

El proyecto no tenía por qué ni para qué innovar.

Debió conservar la nomenclatura de *presidio* y *penitenciaría* que además de ser nombres técnicos, están vulgarizados, tanto más, cuanto que ninguna diferencia ha introducido en dichas penas. Estas son las mismas en su esencia y se les cambia de nombre por razones que no son tales, ni en el terreno filosófico ni en el de la ciencia penal.

Para el cambio de nominación de las penas no merece tanto

nuestra crítica, como la *perpetuidad* asignada a la reclusión, y a la prisión.

Es cierto que esta cuestión ha sido ampliamente debatida, y que aparece como si el triunfo hubiera correspondido a los partidarios de las penas perpetuas.

La victoria, no deben sin embargo sentirla definitiva y firme, porque los mismos que la obtienen se apresuran a fortificarse nuevamente, y a las nuevas objeciones con que se insiste en el ataque contra esa institución, contestan con que la libertad condicional pone término a la pena; luego no es perpetua.

La muralla China, inexpugnable, que levantan los defensores de la perpetuidad de la pena, es la liberación condicional, y es precisamente esta defensa la que nos dá la razón.

Pero no abramos de nuevo el debate. Limitémosnos a consignar sencilla y someramente los principios de la Ciencia que nos determinan a pensar en contra las penas perpetuas.

El viejo, como el moderno concepto de la pena, ha sido, y es, que ella importa un mal infringido al criminal.

Venganza, expiación, retribución, intimidación, amenaza, eliminación; todas son palabras relativas al concepto de dolor, sufrimiento, mal.

Los progresos modernos en este orden de ideas, y más en armonía con ese bloc de tendencias, creencias y opiniones que llamamos "sentimiento público" tienden, no a suprimir el sufrimiento, pero sí a utilizarlo en el interés común del delincuente y de la sociedad, que son dos extremos, únicos, del problema a conservar el sufrimiento como *un medio* o no como *un fin*. (Cuch cap. I, párrafo 1°.).

La evolución que ha experimentado la pena en el último medio siglo, ha sido caracterizada por la gran importancia atribuida a la idea de que la pena debe, en tanto que sea posible, organizarse en mira de corregir al delincuente.

La idea, no es nueva, dice Cuche, pero su consagración legis-

lativa es reciente, y más reciente aún, el pensamiento de utilizar la pena para la reparación del daño causado a la víctima.

Si la privación de la libertad es un mal que ha de utilizarse como *medio* en beneficio del penado, procurando su reforma, y en el de la sociedad para el restablecimiento del orden jurídico; y si estos principios no aceptan el mal o sufrimiento de la pena como *fin*, ¿cómo puede concebirse el encierro perpetuo?

Si por la pena se ha de procurar ante todo la reforma moral del culpable, por medio de la educación e instrucción que realiza el régimen del trabajo, la obra resulta sin objeto ¿a qué aplicarse, desde que el sujeto no ha de ser restituido a la vida en común?

En esta materia es muy necesario distinguir entre la Ciencia penal, que se propone el estudio del delito y sus causas; de las ciencias aplicadas cuyo objeto es realizar en el terreno de la práctica una organización racional y eficaz de la lucha o resistencia contra el crimen, esto es, de la penología o ciencia penitenciaria, “que tiene por objeto estudiar las funciones que la pena está llamada a llenar en las sociedades modernas, y a organizar prácticamente la adaptación de la pena a esas funciones”.

Y esta ciencia enseña que la pena tiene por objeto funciones sociales e individuales, que no pueden llenarse haciéndola perpetua.

Pero la “libertad condicional”, se dice, levanta todas las esperanzas y desvanece toda razón contraria a la perpetuidad.

La liberación condicional es un corolario de la concepción de las penas reformadoras, y la reforma y la perpetuidad son términos que se excluyen, y por eso se introduce la libertad condicional, para poner término a la pena, es decir, para hacer temporal lo que se establece como perpetuo.

Sin duda que esa institución es un procedimiento ingenioso de la política criminal, porque tiene la virtud de poner en manos del mismo penado la llave con que ha de abrir las puertas de su prisión; más esto es aplicable solo en el sistema de penas temporales, o indeterminadas, porque en ellas la reforma es una solución: o sea, es *un fin*, conseguido por *el medio* pena.

Pasemos a analizar la libertad condicional, que ya hemos dicho en que consiste, y veamos si se establece *en lugar* de la gracia que actualmente tenemos, o si es su *equivalente*.

En Francia se ha distinguido una de la otra. La gracia consistía en la *remisión* parcial o total de la pena sin ulterioridades ni consecuencias.

La liberación hacía cesar la pena cuando el detenido parecía estar corregido.

Así, la liberación es como su nombre lo indica, “condicional”, cuando no se está bien seguro de la enmienda del sujeto; mientras que la gracia es definitiva, cuando la necesidad de la ejemplarización está reconocidamente satisfecha, y no hay lugar a ninguna duda al márgen de esta constatación.

Entre nosotros también la libertad por “gracia” es definitiva. El proyecto elimina la gracia o remisión definitiva de una parte de la pena que autoriza el actual código en sus arts. 73 y 74, para introducir la libertad a condición de residir en un lugar, observar reglas de inspección, adoptar industria, arte oficio o profesión y no caer nuevamente—no volver a delinquir.

El condenado volverá a su prisión, si comete nuevo delito o viola la obligación de residencia.

El proyecto no es científico, ni liberal, ni lógico.

No es lo primero, porque su disposición no parte de un hecho cierto, o presuntivo, cual es la enmienda o la reforma del penado, para otorgarle su libertad, pues la llave que le abrirá la puerta es sencillamente la de *haber observado con regularidad los reglamentos carcelarios*. No exige como las disposiciones de la actual “gracia”, que el penado haya *dado pruebas de una reforma positiva*, lo que es de la mayor importancia en la ciencia penitenciaria y en la sociología criminal. Un simulador que observe con regularidad los reglamentos deberá ser libertado, aunque no demuestre ni arrepentimiento ni reforma moral.

En esto, que es tan fundamental, el proyecto aparece como

desorientado, mientras que en lo relativo al tiempo para obtener la libertad, cuando la pena es perpetua, es un tanto exigente.

Cuando las penas de reclusión o de prisión pasen de tres años, la libertad condicional procede una vez cumplida las dos terceras partes: Un condenado a cuatro años podría ser libertado cuando haya cumplido dos años y ocho meses de condena; y un condenado a veinte y cinco años, que es el máximo temporal de ambas penas, lo será a los diez y seis años y ocho meses. El que sufre pena perpetua, obtiene su libertad cuando hubiere cumplido veinte años de condena.

He dicho que el proyecto es ilógico porque dispone que las condiciones a que debe sujetarse el liberado, “regirán hasta el vencimiento del término de la pena”.

De manera que en una pena de quince años, por ejemplo, se obtiene la libertad a los diez, y el liberado queda sujeto a residir en un lugar, observando reglas de inspección por quince años, que era el término de su condena. La ley gravita así por veinticinco años sobre la persona del delincuente—diez años de encierro, y quince de sujeción a la autoridad.

Esta incongruencia resulta mayor cuando se trata de penas perpetuas, pues, que entonces la pena no tiene máximo alguno. El penado que salga a los veinte años deberá quedar sujeto a las condiciones de ley por *el tiempo de la pena*, según lo dispone el proyecto, o sea perpetuamente, por toda la vida.

Las disposiciones que el actual código contiene con el nombre de “derecho de gracia” importan una verdadera liberación condicional más lógica, menos artificial y más científica que la del proyecto, porque se parte de un resultado y hecho cierto, cual es, el de que el penado se encuentra reformado, pues para obtener la libertad es condición de que haya *dado pruebas de positiva reforma*. No se procede a base de una simple presunción, la ley exige pruebas, esto es, la constatación de la verdad, o sea del hecho de la reforma.

De manera que la institución de la liberación condicional la tenemos en nuestra legislación y en mejores condiciones: 1º. por

que ella impone la condición de reforma *antes* de otorgar la libertad; 2°. porque consecuentemente dando por operada la reforma, finiquita la pena salvo nuevo delito, como en el proyecto; y 3°. por que el interés colectivo y el individual resultan satisfechos, lo mismo, o más que por el proyecto.

Han debido, pues, mantenerse las disposiciones relativas de la ley vigente, cambiando solo el nombre de "derecho de gracia" sino se le encontraba conveniente.

El sistema de penas paralelas que también establece el proyecto, y que será nuevo en nuestra legislación penal, responde directamente a la tendencia individualista de las penas.

Es una acertada innovación, porque dá mayor elasticidad al criterio legal para que el juez, apreciando el elemento psicológico, pueda aplicar una u otra pena.

Pero encontramos que el proyecto carece de reglas para la aplicación de estas penas, y que por lo tanto, ha de ser difícil una aplicación uniforme, por los jueces, de tan delicada como alta facultad.

La condena condicional, o pena suspensiva, por su naturaleza y por sus efectos pertenece al derecho penal preventivo, a la vez que es una poderosa columna de la individualización de la pena.

Esta institución tiene su origen en Inglaterra y ha sido incorporada a la inmensa mayoría de las legislaciones europeas, sucesivamente desde 1880 hasta hoy, que la registran también los últimos proyectos de código penal que se han publicado.

El sistema francés, que es el actual, distinto al originario inglés consiste en desarrollar en forma ordinaria o común todos los actos del proceso hasta la sentencia inclusive; pero esta será puramente declarativa y no ejecutiva.

La sentencia definitiva importará así una desaprobación moral del acto criminoso, acompañada de una amenaza, de que la pena se hará efectiva, si durante el tiempo que la ley establece, el prevenido no ha sabido mantenerse a la altura de la consideración que la sentencia le dispensa en nombre de la ley.

En la condena condicional “la amenaza colectiva del legislador, que lleva en sí toda pena, es reemplazada por una amenaza individual y precisa del juez.

Ella se acuerda en forma limitada, para actos castigados con ciertas penas, y para ciertos delincuentes.

Los extremos que en principio deben consultar las legislaciones que la aceptan son, que el acto criminoso a punir no sea de mayor importancia en la escala de la penalidad, que el inculcado no sea recidivista y que sus antecedentes por una actuación, dentro de su esfera, de acatamiento a la autoridad, respeto al orden, a la ley, al derecho de los demás y a una vida social y de familia normal, demuestren una personalidad moral acreedora al favor de la ley.

La condena condicional, o pena suspensiva, no comprende la reparación de los daños causados por el delito, que deberán ser satisfechos, como también los gastos de justicia; ni las incapacidades anexas a las condiciones impuestas accesoriamente.

Y, por fin, esta condena es como su nombre lo indica, *a condición* de que el penado no cometa un nuevo delito, durante un tiempo igual al de la condena, según el proyecto, a lo que me parece debería agregarse, y que observe una conducta moral y social intachable; porque el penado podrá no cometer una nueva infracción de la ley penal, pero podrá infringir los reglamentos municipales y de policía y volverse propagandista del desorden; podrá entregarse al juego y a la bebida, podrá perder, en una palabra, el concepto de la “personalidad moral” que es necesario para la aplicación de esta condena.

A esta institución, hoy tan auspiciada, se le han formulado diversas observaciones, que en este momento no habría objeto de tomarlas en cuenta, desde que ellas han sido desvanecidas por los resultados que demuestran las estadísticas, y por el hecho de que el sistema se incorpora de lleno a todas las legislaciones modernas.

J. RODRIGUEZ DE LA TORRE