

050702

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES



LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

TESIS

PRESENTADA POR

JOSE ARESIO NOLASCO CHAVARRIA

PARA LA OBTENCION DEL TITULO DE

DOCTOR EN JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

San Salvador, Sept. de 1973

1*
5+5 231
N 7872
1772
F. X 4 00
= 3

RECTOR

DR. JUAN ALLWOOD PAREDES

VICE-RECTOR

DR. CARLOS ALFARO CASTILLO

SECRETARIO GENERAL

DR. MANUEL ATILIO HASBUN

FISCAL

DR. MANUEL ANTONIO RAMIREZ

TRIBUNAL EXAMINADOR SOBRE:

"MATERIAS CIVILES, PENALES Y
MERCANTILES":

PRESIDENTE	:	DR. CARLOS ALFREDO RAMOS CONTRERAS
PRIMER VOCAL	:	DR. MAURO ALFREDO BERNAL SILVA
SEGUNDO VOCAL	:	DR. JOSE GUILLERMO ORELLANA OSORIO

"CIENCIAS SOCIALES, CONS-
TITUCION Y LEGISLACION
LABORAL":

PRESIDENTE	:	DR. HUGO ENRIQUE ARGUETA FIGUEROA
PRIMER VOCAL	:	DR. PEDRO ANTONIO MANCIA CERRITOS
SEGUNDO VOCAL	:	DR. HECTOR MAURICIO ARCE GUTIERREZ

"MATERIAS PROCESALES Y
LEYES ADMINISTRATIVAS":

PRESIDENTE	:	DR. CARLOS FERRUFINO
PRIMER VOCAL	:	DR. RENAN RODAS LAZO
SEGUNDO VOCAL	:	DR. ROBERTO LOPEZ MUNGUIA

ASESOR DE TESIS	:	DR. JUAN PORTILLO HIDALGO
-----------------	---	---------------------------

TRIBUNAL CALIFICADOR
DE TESIS:

PRESIDENTE	:	DR. FRANCISCO VEGA GOMEZ
PRIMER VOCAL	:	DR. ROBERTO ROMERO CARRILLO
SEGUNDO VOCAL	:	DR. RAFAEL FLORES Y FLORES

DEDICADA CON CARIÑO:

A MI ESPOSA, BRENDA

A MIS HIJOS, JOSE ARESIO, BRENDA LUCIA
Y EDUARDO ANTONIO.

A MIS PADRES, EUSTACIO ANTONIO NOLASCO
Y VIRGINIA CHAVARRIA DE NOLASCO.

A MI ABUELITA, LUCIA

A MIS SUEGROS, OSCAR HERRERA Y TERESA
MENA DE HERRERA.

A MIS HERMANOS, ERENIA Y RAFAEL, CELINA Y
RUBEN, RAQUEL Y EDGAR, CARMELA Y RICARDO,
MARINA Y CARLOS, NILDA Y OSCAR, VIRGINIA,
FLOR DE MARIA, JOSE SALVADOR, MAURICIO,
RICHARD Y HENRRY.

I N D I C E

CAPITULO I

GENERALIDADES

- 1) Planteamiento del Problema.
- 2) Evolución Histórica.
- 3) Individualización.
- 4) La Pena. Concepto, Finalidad y Clasificación.

CAPITULO II

- 1) La Escuela Clásica, Neoclásica y Positiva en relación al Tema.
- 2) Sistema adoptado por el Código Penal Vigente, por el Código Penal recientemente aprobado y por el Proyecto de 1959.

CAPITULO III

TIPOS DE INDIVIDUALIZACION

- 1) Individualización Legal.
- 2) Individualización Judicial.
- 3) Individualización Administrativa.

CAPITULO IV

INSTITUCIONES AUXILIARES O COMPLEMENTARIAS DE LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA.

- 1) Condena Condicional o Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena.
- 2) Libertad Condicional.
- 3) Estado Peligroso.
- 4) Retención de Incorregibles.

CAPITULO V

- 1) La Sentencia Indeterminada y el Perdón Judicial como formas Extremas del Arbitrio Judicial.
- 2) Conclusiones.
 - a) Ventajas y Desventajas de la Individualización de la Pena.
 - b) Conveniencia de adoptarla en nuestra Legislación

APENDICE

Debido a la corriente reformadora que ha surgido en nuestro país al decretar nuevos ordenamientos jurídicos que rigen ya, o regirán en un futuro cercano como son los nuevos Códigos, de Comercio, Laboral, Penal, etc., ha suscitado en mí el estudio de las instituciones "nuevas" que se han incluido en dichos Códigos. Entre estas instituciones modernas, y dentro del campo penal ha llamado poderosamente mi atención la individualización de la pena, que tiene ya de estar en discusión entre los estudiosos del Derecho Penal más de tres cuartos de siglo, y es desde época reciente que está siendo tomada en serio en nuestra legislación, al ser derogadas las viejas leyes penales de corte puramente clásico que nos rigen.

Siempre ha habido y siempre habrá delitos y delincuentes. El crimen no se puede extirpar completamente, pero sí disminuirlo al máximo; en consecuencia, también ha habido y habrá medidas para contrarrestar las violaciones a la ley. ¿Cuáles son estas medidas? La respuesta surge de inmediato: Las penas y las medidas de seguridad. Ahora bien, el asunto es cómo aplicar estas medidas, y si la aplicación será en consideración al hecho cometido o al delincuente; si serán aplicadas a todos en la misma forma por igual, o si es posible dar un tratamiento penal específico en cada caso; en fin si tendrán duración determinada o no. Acerca de estas cuestiones versa mi trabajo en el cual no pretendo agotar el tema, y el estilo en que está expuesto no tenga fallas. Simplemente espero que sea una mo-

desta contribución surgida de mi esfuerzo para la facultad de Derecho,
de la cual guardo gratos recuerdos.

Sirvan, pues, estas palabras a guisa de introducción a mi trabajo de
Tesis.

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Se puede afirmar que la idea de la individualización de la pena ya no es muy nueva, pues viene siendo estudiada desde el siglo pasado y desde entonces, paulatinamente, sus principios se han ido incorporando al Derecho Positivo, especialmente de las legislaciones europeas. Pero veamos como han evolucionado las ideas a este respecto.

La concepción general que del delito tenemos es que éste es una lesión del orden jurídico establecido. La pena es en esencia la sanción que se impone a esa violación. Se nos presenta como una retribución o compensación por el mal causado, es decir, el sufrimiento que debe soportar el delincuente por la infracción cometida. Bajo este punto de vista únicamente nos interesa el resultado en sí: el delito, la perturbación social que ha causado, la materialidad del crimen o aspecto objetivo. Se prescinde, como consecuencia lógica de este orden de ideas, del aspecto humano y se ve únicamente el resultado, el mal producido. La ley entonces fijará la pena en arreglo al delito cometido y distribuirá la cantidad de meses o años a todos por igual según la gravedad del mismo, no importando el sujeto.

Lo anterior es una concepción matemática o algebraica, como dice Saleilles: a delito más grave - pena más larga o viseversa. Si falta un elemento del hecho consumado nos encontramos frente a un delito semi-consumado como la tentativa o la frustración, que perfectamente se podrían representar como "A" el delito consumado y "B" la tentativa. De manera que si falta el elemento de la realización objetiva -frustración o tentativa- tenemos que la situación se podría representar como A-B lo que se traduce en que, cuando falta dicho elemento, la penalidad es menor. Tal sucede en nuestro Código Penal pues cada grado de realización del delito tiene distinta penalidad, (Arts. 42 al 49). Semejante sistema no puede ya ser válido. ¿Qué importa el resultado del acto ante la voluntad torcida del agente manifestada exteriormente? No puede sostenerse ni desde el punto de vista de la reparación del orden jurídico que lo mismo se viola con la tentativa como también con el delito consumado. Para ejemplo: ¿Qué diferencia existe entre un individuo que trata de envenenar a alguien pero no logra hacerlo por falta de medios adecuados, con otro que sí logra el resultado propuesto? Ninguna. La voluntad de ambos ha sido la misma; las dos evidencian el mismo grado de peligrosidad.

Los ejemplos se multiplican. ¿Cómo no darse cuenta de que tras esas fórmulas y ecuaciones se encuentran seres humanos, realidades vivas cuya suerte depende de la resolución de un problema? Las penas así determinadas,

no eran menos crueles e inflexibles y contradictoriamente a lo que se buscaba, menos arbitrarias que en épocas anteriores, pues el individuo, autor de un delito, no correspondía siempre a la abstracción de la ley y se corría el peligro de que, como dice Juan P. Ramos, o era un pillo que merecía doble pena, o un infeliz a quien la pena hacía pillo.

Frente a esta concepción clásica pura, se dice actualmente que la pena debe ajustarse menos a la gravedad del delito y más a la naturaleza del delincuente. La utilidad que se le puede exigir a la pena es reformar al transgresor de la ley, si ello es posible, si no, ponerle fuera de la oportunidad de delinquir nuevamente. La idea de la pena como un mal por el mal causado hay que sustituirla por la de que es un instrumento de readaptación, de educación; en otras palabras, una medida terapéutica y por lo tanto, la pena debe dirigirse y adaptarse al peculiar carácter del que ha de sufrirla. Es lo que se llama la individualización de la pena.

Todo este movimiento, apunta Saleilles, que ahora es científico, no se originó en la doctrina de los tratadistas sino más bien de la reacción natural del hombre ante lo que a sus ojos se presenta como una injusticia, aunque amparada por la ley. El jurado ha practicado la individualización siempre, a su modo, y la practica diariamente en las vistas públicas; así vemos como en nuestros tribunales el jurado salta por encima de la ley y absuelve aún demostrándosele que existe legalmente prueba sufi-

ciente para condenar. ¿Pero qué es lo que sucede?: el jurado no ve el delito, ve al sujeto que tiene ante sí, analiza al individuo y los motivos. Por eso la misma ley lo autoriza a decidir no en base a ella, sino a la convicción personal e íntima que los hechos le han formado en su conciencia. De esa manera realiza individualización, mal hecha muchas veces, empírica, pero al fin y al cabo, individualización.

La Ciencia y la Justicia aspiran a algo mejor, y es así como se plantea el problema de la individualización de la pena.

¿Sobre qué bases ha de hacerse la individualización de la pena? Esta cuestión implica otra, cual es, quién debe hacerla. Caben aquí tres posibilidades:

- 1) Por medio de la ley, o sea individualización legal;
- 2) Por medio del Juez, o individualización judicial; y
- 3) Por medio de la administración penitenciaria, o individualización administrativa.

La primera posibilidad es que la ley por la vía de presunción, sin conocer a los individuos pero juzgándolos por los hechos y clasificando aquéllos por categorías, se encargue de medir la pena y adaptarla a quien ha de sufrirla; la segunda, sería el Juez quien tiene no un ser abstracto, sino uno real que ha cometido un delito y a quien ha visto

y estudiando, el que deberá hacer la adaptación de la pena según las posibilidades de regeneración que vea en el delincuente; y la tercera, se da cuando la individualización la aplican las autoridades penitenciarias quienes no ven ya posibilidades de regeneración sino realidades concretas, a través del tiempo de observación en que han tenido al sujeto y por lo tanto se encuentran mejor capacitados para hacer cesar la pena cuando consideren que la enmienda se ha conseguido.

Quedan dos cuestiones por plantear: 1) El mal realizado en sí, independiente de quien lo cometió, produce una perturbación social que reclama una satisfacción o reparación que no se lograría si la consideración del individuo suprime dicha reparación; entonces se pregunta Saleilles: "¿No existiría para los demás un estímulo para delinquir y para la sociedad una perturbación moral y un malestar perpetuo?"; y 2) si se concibe la justicia como igualdad de tratamiento para todos, cómo es posible que por un mismo hecho dos individuos sean objeto de penas diferentes, o en distinta medida? se viola la igualdad y se tiene la arbitrariedad en vez de la justicia.

¿Cómo, entonces, conciliar esos problemas con la necesidad de tener en cuenta el individuo y por consiguiente de proporcionar la pena menos al hecho material, atender menos al delito y más al delincuente?

EVOLUCION HISTORICA

La pena ha existido desde épocas muy remotas y cuyos primeros antecedentes los encontramos en el Derecho familiar. Basta observar las costumbres de los pueblos primitivos que subsisten hasta nuestros días para podernos dar cuenta de lo que significaban las penalidades antiguas. En el estudio de la evolución histórica de la pena se advierte los cambios sufridos en el sistema de aplicación de la pena que en las legislaciones antiguas era cruel y arbitraria, ya que con ella se perseguía un propósito intimidatorio.

Para tal efecto su ejecución se hacía públicamente en prevención a los demás de lo que les podría suceder en caso de caer en el delito. De esta concepción de la pena, como resabio de las legislaciones más atrasadas, tenemos en nuestro Código Penal los artículos 21 al 25 que tratan sobre el procedimiento para aplicar la pena de muerte.

Se ha dicho que la pena tiene su origen en la venganza privada. La doctrina moderna rechaza esta afirmación sosteniendo que la pena sólo se concibe en una sociedad ya organizada. Es la sanción que aplica el grupo a aquel que ha atentado contra sus condiciones de existencia social. Aparece, pues, independientemente de la venganza privada, pudiendo incluso coexistir con ella.

La primera expresión de ese derecho penal es el talión. El talión reduce objetivamente la reacción al daño y de hecho el delincuente al cometer el delito está eligiendo la pena que se le ha de aplicar. El primer sistema legislativo que contempla el talión es el Código de Hammurabí.

Luego aparece el sistema de la composición que consistió en tarifar los delitos, en sustituir la venganza por el pago en moneda. El ofendido podía en principio no aceptar dicho pago, pero el Estado con el objeto de evitar luchas fratricidas reguló la composición y la vuelve obligatoria. Este sistema lo encontramos en la Ley Sállica (Lex Salica) que data del Siglo V.

La composición en sí, el "wehrgeld" de los germanos, tendía a la reparación del daño en todas sus formas en aquellos delitos en que el Estado lo hacía obligatorio. El Wehrgeld se vuelve entonces un instrumento por medio del cual el Estado impedía la venganza privada, constituyendo así un avance en la evolución de la pena.

Este avance conduce a la aparición de la pena pública, que es la pena establecida por el Estado y que no admite en ninguna forma la intervención de la parte lesionada. A este respecto Löffler, citado por Makarewicz y hablando de los germanos, dice: "En dichas circunstancias la pena pública no ha sido otra cosa que un acto de venganza realizado por el Estado".

Esto degeneró posteriormente en una total y despiadada arbitrariedad judicial, en una especie de caos del Derecho Penal que, en lo relativo a la aplicación de las penas, no tenía un orden establecido, llegando los jueces al grado de aplicar las penas del modo que les venía en gana, imponiéndolas en consideración a condiciones personales de privilegio (clase social, religión, riqueza, etc.), que originaban para los privilegiados penas más suaves, carentes de sentido ignominioso; por el contrario, para los desprovistos de semejantes prerrogativas eran aplicadas las penas más duras e infamantes. Podría afirmarse que existía un grado de individualización tomando en cuenta el rango social del delincuente.

Esa situación era fiel reflejo del estado general de cosas imperantes antes de la Revolución Francesa, cuando se proclamaron los derechos fundamentales del hombre, entre los cuales figura el de la igualdad de todos los hombres ante la ley, consignado en el artículo 150 de nuestra Carta Magna. Como consecuencia, se dijo, las penas deben aplicarse por igual, sin privilegios de ninguna especie. Si dos hombres cometen un mismo delito, reciben la misma pena prefijada para ese delito. Para evitar la arbitrariedad, se le da vigencia al principio "Nulla poena sine lege". Esta era la posición de la Escuela Clásica, la cual se rebeló contra la arbitrariedad de la aplicación de la pena, proclamando la igualdad ante la ley penal.

Esta victoriosa reacción operada a fines del Siglo XVIII contra la libertad ilimitada de los jueces, originó la desaparición del desmedido arbitrio judicial del antiguo régimen, siendo sustituido por la idea de la legalidad estricta. De este modo se cierran las puertas a la interpretación del juez, lo que equivale a desechar por completo la idea de individualización. En "El Espíritu de las Leyes", se puede leer este párrafo: "los Jueces de la nación no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la Ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma".

Es así como los códigos penales de esa época, inspirados en ese criterio excluyeron -como ya dijimos- la idea de individualización penal y establecieron penas fijas, no susceptibles de aumento o disminución. Este sistema fue luego reformado, estableciéndose el de penalidades oscilantes entre un máximo y un mínimo apareciendo así una embrionaria individualización.

A este período sigue otro que se conoce como la proporción entre la cantidad y calidad del delito y la cantidad y calidad de la pena, sistema que ha sido criticado por Carmignani al señalar que se trata de cantidades no homogéneas siendo, a su vez, refutado por Mezger quien sostiene que se trata de una equiparación o proporcionalidad valorativa. El desvalor social del acto y el desvalor individual del mal que la pena lleva en sí se pueden comparar.

Carrara deducía la proporcionalidad del delito con la pena, de las fuerzas morales objetivas. Decía que tanto tiene la una como para contrarrestar la fuerza producida por el delito. De ahí se deduce que a delito más grave, pena más larga. La pena, en suma, se antepone al delito y se mide con él.

Entramos luego a la etapa del positivismo penal que enlaza la individualización de la pena a un nuevo objeto de referencia. Se señala que la relación entre el hecho delictuoso y la reacción penal puede ser criterio suficiente para la restauración del orden jurídico establecido, pero no basta; y se manifiesta inadecuado para los fines de defensa social del derecho penal que, partiendo del hecho delictivo, mira hacia el futuro y a una posible readaptación del delincuente.

Se abandona el campo en que se colocaba el delito y la pena buscando siempre su proporción y equivalencia y se llega al punto de considerar que la pena debe especializarse y adaptarse a la personalidad del delincuente.

INDIVIDUALIZACION

Conviene hacer un pequeño examen al significado jurídico de la palabra individualización para trazar los límites conceptuales dentro de los cuales se mueve la institución, objeto del presente trabajo. Lo mismo haremos en el próximo apartado con el significado y alcance de la Pena.

Individualización es un procedimiento de selección, de concretización entre individuos. Así decimos que individualizar dos objetos significa destacar las características propias de cada uno. Traducido lo anterior al campo jurídico, encontramos que el Diccionario de Derecho Usual de Cabanellas, sobre este punto, dice: "INDIVIDUALIZACION. Personalización// aplicación según cada individuo// Especificación para cada sujeto." y que consecuentemente "INDIVIDUALIZACION DE LA PENA es: Adaptación de la sanción penal a las variaciones de la individualidad humana, sustituyendo la igualdad de las penas según los delitos por la diversidad de ellas, según las características de cada delincuente".

No debemos confundir el término individualización con el de personalidad de la pena desde luego que son completamente diferentes. La personalidad es una característica que se asigna a la pena en virtud de la cual únicamente el autor del delito debe ser condenado. Sólo al sujeto activo de un hecho delictivo se le puede aplicar la pena y nunca a terceros como consecuencia de ese delito; en cambio la individualización como ya vimos es un procedimiento de aplicación que no destruye el concepto de personalidad.

LA PENA. CONCEPTO, FINALIDAD Y CLASIFICACION

Generalmente la pena ha sido concebida como un mal que debe sufrir el delincuente en razón del delito cometido y más concretamente de un mal

proporcional al hecho como dice Mezger en su definición de la pena.

Para tener una idea clara de lo que las distintas escuelas penales han considerado como pena, daremos algunas definiciones propuestas por algunos representantes de dichas escuelas:

Clásicas

Carrara: "Mal que la autoridad civil impone a un reo por causa de su delito".

Mezger: "Imposición de un mal proporcional al hecho, esto es, una privación de bienes jurídicos que alcanza al autor con motivo y en la medida del hecho punible que ha cometido".

Positivas

Von Liszt: "Pena es el mal pronunciado por el juez contra el delincuente a causa de la infracción, para expresar la reprobación de la sociedad, respecto del acto y del autor".

De esta definición surgen los siguientes caracteres fundamentales de la pena:

- a) Mal impuesto por el juez.
- b) Reprobación social que afecta al acto y al autor.

Se destacan así un criterio objetivo y otro subjetivo, se tiene en cuenta el acto y el delincuente a los efectos de la aplicación de la pena.

Florian: "Tratamiento al cual es sometido por el Estado, con fines de defensa social, quienquiera que haya cometido un delito o aparezca como socialmente peligroso".

De la definición de Florian vemos que ya se destacan dos aspectos muy importantes del Derecho Penal Moderno, cuales son: la defensa social y el concepto del estado peligroso. Se deduce también que este autor es partidario de la teoría monista de la pena y las medidas de prevención, lo cual implica que para él son dos cosas iguales.

La pena cumple finalidades de tipo preventivo y retributivo. Es prevención general para el conglomerado social y una especial dirigida al delincuente que trata de readaptar; y, tratándose de incorregibles, eliminarlos del seno de la sociedad.

Tiene también la pena una finalidad de tipo retributivo por medio del cual se hacen efectivas las consecuencias jurídicas del delito. Se trata de una retribución proporcional al mal causado, aunque los positivistas niegan esta finalidad considerando que el fin primordial es la defensa social como medio para la prevención del delito.

Como conclusión, podemos afirmar que dentro de la organización de las sociedades actuales y del derecho penal codificado vigente en muchas partes del mundo, la pena es necesaria como uno de los medios de defensa social contra el crimen.

Sin entrar en detalles por no ser el objeto de nuestro estudio, veremos las características y clasificación de las penas.

- 1) En cuanto a la legitimidad, las penas deben reunir las siguientes características:
 - a) Legalidad. Las penas deben estar establecidas en las leyes y ser aplicadas de acuerdo a la misma, sin dar lugar a la arbitrariedad. En nuestro país las disposiciones constitucionales referentes a la pena son los Arts. 166, 167, 168, 150, 151, 138 y 169. El nuevo Código Penal consagra este principio en el Art. 79.
 - b) Personalidad. Sobre esta característica ya hablamos en párrafo anterior, solamente agregaré que la pena únicamente puede soportarla el autor del hecho delictivo, sin perjuicio de la personalidad civil que sí puede pasar a los herederos, como lo expresa el Art. 73 del actual Código.
 - c) Igualdad. La pena debe ser aplicada sin preferencias o prerrogativas a todos por igual. Esta característica tiende a desa-

parecer en los modernos códigos penales y a ser sustituida por la individualización.

2) La pena debe también reunir las siguientes características:

- a) Ejemplaridad. Se pretende que sirva de lección al reo y aquellos que traten de imitarlo.
- b) Revocabilidad. La pena debe reunir esta característica especialmente cuando ha habido un error judicial. Una de las críticas que se le hace a la Pena de Muerte es su falta de revocabilidad.
- c) Temporalidad. No se acepta la perpetuidad de la pena porque iría en contradicción a la finalidad de readaptación social. Esta característica, sin embargo, no es contraria al nuevo concepto de indeterminación de la pena, que estudiaremos al analizar la sentencia indeterminada. Tampoco es contraria a la aplicación de medidas de seguridad de carácter indeterminado aplicable a los sujetos peligrosos.
- d) Aflictividad. La pena implica un sufrimiento para el reo a quien se aplica en virtud del mal que causó; aunque modernamente esta posición está superada por la teoría de la defensa social.

Las penas pueden clasificarse en relación a los bienes jurídicos que restringen de la siguiente manera:

- 1) Privativas de la vida.
- 2) Privativas de la libertad.
- 3) Privativas de derechos.
- 4) Pecuniarias.
- 5) Restrictivas de la libertad.
- 6) Corporales.
- 7) Infamantes.

Las cuatro primeras pueden ser aplicadas en nuestro país, no así las demás por estar prohibidas constitucionalmente. Art. 168 inc. 2 Cp.

De acuerdo a su naturaleza las penas pueden ser: paralelas, alternativas y conjuntas.

Las paralelas, que son las que más se adaptan a los fines de la individualización consisten en dos especies de penas entre las cuales el juez puede escoger una para el caso concreto, desechando por consiguiente la otra. Por ejemplo:

Si la ley señala pena de prisión o de reclusión, el juez debe aplicar una aunque ambas coincidan en su magnitud.

Son alternativas cuando la ley deja al arbitrio del juez la elección entre dos o más de la misma naturaleza (reclusión o prisión), pero que no coinciden en su duración, o cuando son de distinta naturaleza como la multa y la prisión.

Las conjuntas se dan cuando el código señala dos penas de distinta naturaleza para un mismo delito, por ejemplo, prisión y multa.

Nuestro código clasifica las penas en principales y accesorias, cuya escala general la encontramos en el artículo 16.

Para terminar diremos que las penas se diferencian de las medidas de seguridad en que las primeras se imponen al culpable de un delito; las medidas de seguridad se imponen por el carácter peligroso de un sujeto, aunque de hecho no haya caído en el delito. Birkmeyer sostiene: que la pena es retributiva y que la medida de seguridad es preventiva.

No obstante lo anterior, hay autores que con muy buen criterio sostienen que entre unas y otras no existen diferencias ya que ambas tienen un carácter eminentemente preventivo. Ambas constituyen una entidad única, y las diferencias que puedan existir no son de fondo sino de simple régimen.

CAPITULO II

- 1) La Escuela Clásica, Neoclásica y Positiva en relación al Tema.
- 2) Sistema adoptado por el Código Penal Vigente, por el Código Penal recientemente aprobado y por el Proyecto de Código Penal 1959.
- 1) La Escuela Clásica del Derecho Penal procede como dice Saleilles directamente de la teoría del Contrato Social y tiene como exponentes más destacados a Beccaria y Carrara en Italia; Benthan en Inglaterra; Feuerbach en Alemania. Resultaba inevitable que el gran movimiento de ideas que se produjo a raíz de la Revolución Francesa en el Siglo XVIII, no afectase profundamente al Derecho Penal, que hasta entonces había caracterizado por la injusticia y la arbitrariedad en el tratamiento para los delincuentes.

Era, pues, urgente y necesario suprimir la arbitrariedad de los jueces y las atrocidades de la pena. Pero antes de darse a semejante tarea, los filósofos de ese tiempo, hubieron de preguntarse sobre la esencia de la pena y de donde venía el derecho de castigar que tiene el Estado. Cuestiones ambas que explica la Historia y la Sociología simplemente como funciones inherentes a la vida de toda sociedad. Por el contrario es un problema difícil de resolver para la filosofía. ¿Derecho de venganza? ¿Expiación? ¡No! Queda únicamente la idea



de la ejmplaridad como prevención especial y general o colectiva para el individuo y la comunidad, respectivamente.

¿Pero con qué derecho el Estado aplica esas medidas de prevención? Rousseau, resuelve el problema diciendo que se trata de un derecho que nace a través de un contrato por medio del cual los ciudadanos han enajenado su derecho a la libertad o a la vida en caso de dañar a la comunidad. Pero este derecho naturalmente, tiene sus límites, a saber, la igualdad en la aplicación de las penas. El ciudadano enajena su derecho a la libertad y a la vida únicamente si todos los demás lo hacen.

Esto nos recuerda la ya citada Ley Sálica y el Wehrgeld o precio que pagaba el ofensor al ofendido. En este caso el precio sería el mal fijado de antemano de manera invariable; tanto para cada delito.

Ese fue el sistema surgido de la Revolución. El código de Francia de 1791 fija las penas de una manera rígida sin dejar al juez la menor facultad de acomodar la pena al delito. El código de 1810 de aquel país, también fija las penas con un máximo y un mínimo dentro del cual se podía mover el juez. Medía la pena en consideración a las circunstancias particulares de cada delito y nunca al delincuente. Derecho Penal objetivo, por consiguiente, como en el sistema de la Ley Sálica; con la diferencia que dicha ley era un derecho de

riesgos, derecho penal sin responsabilidad y en el nuevo sistema si se tenía en cuenta la idea de responsabilidad, desde luego que el delito era el producto de un acto libre del hombre, y el estado sólo podía privar de la libertad a un individuo que libremente había corrido ese riesgo. Sin embargo, el juez no podía examinar en qué medida el agente había sido moralmente libre. Se suponía que ante un hecho idéntico (robo, homicidio), todos los que lo hubiesen cometido eran igualmente libres y por lo mismo igualmente responsables. Lo que puede hacer variar la responsabilidad no es el grado de libertad con que actúa el agente, sino la gravedad del hecho cometido. No hay semi-libertad moral del sujeto. Hay semi-gravedad del hecho exterior. De ahí, el máximo y el mínimo en la fijación de las penas del código de 1810 que hemos citado.

Lo que cambia son las condiciones objetivas de la responsabilidad, las circunstancias materiales del hecho, que no siempre pueden ser previstas por la ley, por lo cual hay que dejar su apreciación al juez.

De lo antes dicho concluimos que el código de que hablamos no restituía la arbitrariedad, sino la elasticidad de las penas, variables entre dos límites fijos, pero inhibiendo al juez a rebajar la pena del límite mínimo y en ningún caso poder sustituir una pena por otra. En el fondo el código de 1810 y el de 1791 estaban basados en los mismos prin-

cipios. Tenían, empero, un mérito indiscutible: eran muy igualitarios, más aún, eran un arma muy efectiva contra la arbitrariedad. Esa igualdad, no obstante, conducía a la mayor desigualdad porque no es lo mismo aplicar quince años de presidio al que ha cometido un homicidio resultante de una emoción violenta, cegado por las pasiones o en defensa de su honor y su vida, que aplicárselos al vulgar asesino que mata únicamente para saciar sus apetitos criminales.

Para concluir con la Escuela Clásica, quiero hacer notar que la concepción principal de esta escuela es considerar el delito como ente jurídico y la pena como un sufrimiento necesario para aquel que ha violado la ley penal. Se caracteriza por la falta de individualización. Si ante un mismo hecho, todos los hombres tienen la misma responsabilidad surgida de su libre albedrío, entonces ¿para qué entrar a considerar al agente, para qué tomar en cuenta las individualidades?. De ahí la fórmula matemática: a responsabilidad igual, pena igual.

El nuevo sistema Clásico, comunmente denominado neoclásico, constituye un desarrollo de la vieja escuela y viene a destruir las presunciones en las cuales se basaba: 1) Que todo hombre al realizar un acto, había sido necesariamente libre; y 2) Que esa libertad era para cada hombre, ante un mismo acto, un valor de igual entidad. (Todo acto libre provie-

ne de la misma cantidad de libertad y por lo tanto acarrea la misma responsabilidad).

La Escuela Neoclásica, comprendió que la libertad es algo inteligible y que no puede ser más que una fuerza de resistencia que obra en cada ser. "En lo que se refiere al acto criminal, la libertad es la fuerza de resistencia al mal. No puede ser sino el poder de nuestro íntimo ser que reacciona sobre sí mismo para hacer frente a los instintos y pasiones que le arrastran. Si es así, ¿Quién se atrevería a sostener que esa fuerza de resistencia al mal sea la misma en todos nosotros o que en cada individuo sea idéntica en cada momento de su existencia y en cada uno de nuestros actos? Plantear la cuestión es resolverla", dice Saleilles.

Todo acto humano cuando no es espontáneo y puramente instintivo, es objeto de una indeterminación y cuya ejecución es resultado de tendencias opuestas y luchas tremendas. Precisamente cuando en nosotros se manifiesta la conciencia de la libertad y el deber las pasiones e instintos son, muchas veces, fuerzas de mayor magnitud que opacan las fuerzas del bien, reduciéndolas a una débil o nula resistencia no siendo ya una fuerza activa, determinante, que opere y haga contrapeso.

Esa fuerza de voluntad depende de muchas cosas; de la salud, del estado patológico, del hábito, del carácter y educación de las personas;

Los resultados fueron un primer ensayo de individualización de la pena fundada sobre el grado de responsabilidad. Fundada la responsabilidad en la idea de libertad, la justicia exigía que la pena fuese proporcionada al grado de libertad. La justicia exigía al fin que se excluyera por completo la pena de allí donde había carencia de libertad. Nada más lógico y más justo. Es lo que pudieramos llamar la teoría neoclásica."

Como decía en el capítulo anterior, en el apartado relativo al planteamiento del problema, el jurado practicaba a su modo esa individualización rebelándose al sistema rígido de las penas y, sin saberlo, fue el primero en hacer aplicación de la teoría neoclásica aún antes de ser formulada.

A la Escuela Neoclásica se deben dos innovaciones introducidas al campo penal:

- 1) Partiendo de la presunción de que en todo hombre normal, sano de espíritu, la responsabilidad era la regla, respecto de todo acto de él emanado, la ley sólo admitía una excepción a esa regla. Esta era un estado de enajenación mental claramente caracterizado;
- 2) La consagración legislativa de la idea de individualización basada en el grado de responsabilidad, llamada también teoría de la responsabilidad parcial o atenuada.

La doctrina neoclásica ha sido objeto de muchas controversias y críticas debido a que adolece de dos errores fundamentales: Una imposibilidad práctica de probar el grado de libertad con que ha actuado el agente al momento de delinquir; y no apreciar, que aún fuera de la enajenación propiamente dicha existen estados patológicos y psicológicos permanentes que es necesario tomar en cuenta juntamente con las circunstancias accidentales del momento, a efecto de rebajar la pena. Eso es lo que Saleilles llama circunstancias atenuantes accidentales y atenuantes legales de la pena; por otra parte, se fundamenta en un error científico ya que la responsabilidad es ante todo una concepción sociológica. No hay que hacerse de ella una noción abstracta y a priori, una concepción en nada apegada a la realidad. Es por eso que el jurado no toma en cuenta las abstracciones legales, juzga al hombre que tiene ante sí, con todos sus defectos y pasiones. Los jurados forman su convicción, no según la mayor o menor libertad en el delito, sino sobre el carácter de los motivos y sentimientos que han inspirado, dominado y caracterizado el delito. El jurado representa la opinión media del conglomerado y toda aplicación legal o judicial de la idea de responsabilidad que fuese contra esa opinión, constituiría un error científico. Sería ir contra todos los datos del método histórico.

La Escuela Italiana o Positiva conocida también como Antropológica y Sociológica, viene a ser como un vuelco completo a las viejas ideas

clásicas. Como su misma denominación lo dice, nace en Italia en el Siglo pasado y tiene por exponentes máximos a Lombroso con su libro "Uomo Delinquente" cuya primera edición data de 1876; a Enrique Ferri con su "Sociología Criminal"; a Garófalo con su "Criminología" y a Sighele; en España el principal exponente ha sido Pedro Dorado Montero. Constancio Bernaldo de Quiroz resume las doctrinas positivistas en su libro "Las Nuevas Teorías de la Criminalidad".

Nace esta escuela como reacción directa contra la tesis del libre arbitrio entendido al modo clásico que hacía del delito una cuestión de libertad. Por el contrario, las positivistas lo entienden como un producto natural surgido de factores puramente naturales que nada tienen que ver con la idea de libertad. Para Lombroso esos factores son casi puramente antropológicos y para Ferri, especialmente sociológicos. El punto de partida de ambos no interesa en cuanto al delito, como el hecho de que en ambas tesis se le considera como de producción puramente natural y las consecuencias prácticas y reformas para el Derecho Penal que de ellas se derivan.

Podría resumirse las deducciones de esta escuela como un sistema de lógica social aplicada al determinismo, tomado como punto de partida y aceptado como axioma.

Nada puede hacer el hombre sobre la dirección de sus instintos o facultades morales. Sus actos son producto o de su estado patológico o del medio ambiente, económico, social o cultural en que se desenvuelve. El delito sería algo del cual no sería responsable por ser incapaz de evitarlo, vale decir, no ha existido libertad moral para prever sus consecuencias y por lo tanto la pena no tendría carácter de sanción ni de reprobación social, porque no se reprobaba un acto sino ha sido un mal consecuente de una voluntad libre. La pena no sería entonces más que una medida de seguridad social o prevención para aquellos que evidencien tendencias delictuosas, sean éstas patológicas o sociales. Ante el delito habría que exclamar: "lo hecho, hecho está", no queda más que reparar el daño en lo posible y prevenir lo futuro. El delito es solamente un síntoma del instinto criminal del agente como revelación de su naturaleza temible; no hay, entonces, hechos punibles sino individuos a quienes, debido a su temibilidad hay que poner fuera de la ocasión de hacer daño. En vez de una clasificación de delitos hay que hacer una clasificación de delincuentes. Tal es el razonamiento implacable de la Escuela Positiva.

De ahí que la nueva individualización propuesta por esta escuela se base en separar a los delincuentes en dos grupos: 1) los que son susceptibles de enmienda y 2) los que no lo son, es decir, los in-

corregibles. A estos últimos conviene suprimirlos o eliminarlos; pero no en el sentido físico de la palabra sino que poniéndolos fuera de la situación de causar daño. Con respecto a los otros conviene estudiar su individualidad, su carácter, con el objeto de aplicarles la medida correctiva que más se adapte a su personalidad. Esta, dice Saleilles, es la verdadera individualización que se refiere al hecho cometido, y por tanto, precinde de la idea de responsabilidad porque esta se refiere a la culpabilidad relativa al hecho; y no se trata de eso. Se trata de una individualización que tienda a la naturaleza del sujeto.

Lo que mueve a cierta cautela al autor citado es que el razonamiento radical e implacable de la Escuela Italiana conduce a dos graves consecuencias: 1) librar de la pena a muchas personas que hubiesen delinquido y 2) castigar de antemano a muchas personas que sin haber delinquido nunca, muestren evidencias de tender al delito. Esto es que se forma un grupo de criminales a quienes la pena no se aplica y, otro de punibles sin haber sido criminales.

A los dos grupos que componen la primera clasificación hay que sumar estos otros dos y, por tanto, para hacer una individualización exacta conforme a los principios del sistema, habría que admitir cuatro categorías de criminales: 1) por sospecha; 2) autores de delito sin ser

criminales; 3) los que reúnen delito y delincuencia natural pero incorregibles; y 4) los que reúnen las mismas cualidades anteriores, pero reformables.

Lo grave de ese sistema de individualización basado en los principios de la Escuela Italiana, dice Saleilles, es la admisión de los dos primeros grupos, "y verdaderamente por cuidadoso que se sea de la seguridad social, vale más correr el riesgo de ver cometerse un robo que el de ver el primer llegado encerrado solamente por que la naturaleza le ha dotado de una mandíbula, de un labio, o de un cráneo que realiza el tipo criminal descrito por Lombroso".

"Pero no es menos grave la segunda eventualidad: nada de pena si el delincuente es un ser como todos", un ser normal con quien la naturaleza ha sido benévola. A este no se le aplica la pena aunque haya delinquido porque, digámoslo así: ¡no parece delincuente!

Tales son las consecuencias a que conduce el sistema de los positivistas. Estas consecuencias extremas no han sido aceptadas aún por deterministas convencidos como Alimena, Carnevale y otros.

Como conclusión, los principios de esta escuela se reducen a lo siguiente: el delito sólo tiene valor sintomático, es un punto de referencia para un diagnóstico del mal que servirá de base al trata-

miento correctivo; la pena no es un mal, no es un sufrimiento que se le debe aplicar al delincuente; es una medida de prevención contra la tendencia delincencial del individuo; medida de curación, si ésta es posible; o de eliminación, si no lo es. Todo queda reducido, como dice Puan P. Ramos, a procedimientos de clasificación de los delincuentes y a medidas de individualización de la pena. Es esta última la que sustituye toda medida de sanción fijada rígidamente y de antemano por la ley. La noción de responsabilidad moral desaparece y la sustituye la idea de individualización y de responsabilidad social.

Las siguientes palabras de Enrique Ferri tomadas de sus "Principios de Derecho Criminal" resumen el pensamiento de la Escuela Positiva con relación a la individualización: "Si todo delito, desde el más leve al más grave, es la expresión sintomática de una personalidad antisocial, siempre más o menos anormal y, por tanto más o menos peligrosa es inevitable la conclusión de que el ordenamiento jurídico de la defensa social represiva no puede subordinarse a una supuesta normalidad, intimidabilidad o dirigibilidad del sujeto que delinque.

Sea cualquiera el modo por el que el hombre llega a ser delincuente, con voluntad e inteligencia aparentemente normales, porque pocos anormales o con voluntad e inteligencia anormal o enferma o aún no en estado de completo desarrollo siempre incumbe al Estado la necesidad (y por tanto el derecho-deber) de la defensa represiva, subordinada solo

en lo que respecta a la forma y medida de sus sanciones a la personalidad de cada delincuente, más o menos readaptable a la vida social.

Por ello, todo sujeto activo de un delito es siempre penalmente responsable, porque el acto es suyo, es decir, expresión de su personalidad, sean cualesquiera las condiciones Físico-Psíquicas en las que ha deliberado y cometido el hecho. Y las sanciones defensivas contra él no deberán estar condicionadas en cantidad y calidad más que a su diversa potencia ofensiva". Y continúa: "la razón jurídica fundamental que yo llamé, en el campo teórico, responsabilidad "Social" (es decir, frente a la sociedad), y en el campo práctico responsabilidad "Legal", se resume en éstas palabras mías: "El hombre es responsable siempre de todo acto que realice, sólo porque y en tanto vive en sociedad".

De acuerdo a los principios de la Escuela Italiana, la individualización de la pena se definiría como "apropiación de los medios represivos al fin propuesto, que es la eliminación de la criminalidad ya por la reforma del criminal, ya por su apartamiento si es irreformable, adaptación, pues, de la pena a la naturaleza sicológica del criminal."

Los postulados de esta escuela se resumen de la siguiente manera:

- 1) El método de estudio debe ser experimental ya que el delito es resultado de una actuación humana derivada de factores endógenos o

exógenos, antropológicos o sociales, que es preciso analizar separadamente para deducir luego reglas generales.

- 2) La responsabilidad social se deriva del determinismo y la temibilidad del agente y no del libre albedrío.
- 3) El delito es un fenómeno natural y social.
- 4) La pena es una medida preventiva o de defensa social. Ya no es finalidad de la pena la retribución, sino la readaptación social del delincuente.

Se critica al positivismo por su exagerada tendencia a confundir el Derecho Penal, ciencia normativo-jurídica, con ramas del saber como la sociología y la antropología que se ocupan del ser y no del deber ser como las ciencias jurídicas.

Demás esta decir que a estas alturas de desarrollo del Derecho, de la Siquiatría, de la Psicología y de otras ciencias auxiliares, las teorías del médico de Verona, César Lombroso, se encuentran totalmente desacreditadas.

- 2) Trataremos brevemente en esta apartado, de determinar las corrientes doctrinarias que han informado nuestra legislación penal proyectada o codificada, para lo cual tendremos a la vista los proyectos formulados

en 1959 por los doctores Enrique Córdova, Manuel Castro Ramírez y Julio Fausto Fernández, por encargo del Ministerio de Justicia, y el proyecto de Código Penal que fue aprobado recientemente por la Asamblea Legislativa y publicado en el Diario Oficial de fecha treinta de Marzo de este año, que tiene prevista su vigencia para el 1.º de Enero del próximo año; además, el viejo Código Penal vigente hasta la fecha.

Basta una ligera vista a nuestro Código Penal, que data de 1904, para reconocer inmediatamente la fuente doctrinaria de la que ha tomado sus principios fundamentales. No puede ser otra que la Escuela Clásica, dado que es, o mejor dicho, fue copia fiel del Código Penal Español de 1870 del cual conserva su estructura clásica.

El trece de Abril de 1826 nuestro país tuvo su primer Código Penal que en su artículo primero define al delito, así: "Es delito todo acto cometido u omitido voluntariamente y a sabiendas, con mala intención, con violación de la ley.

Todo acto voluntario contra la ley se entenderá ser cometido a sabiendas y con mala intención, mientras que su autor no pruebe o no resulte claramente lo contrario". Vemos que ya en esa lejana época se habla de voluntariedad y "a sabiendas", lo cual corresponde claramente

a la teoría clásica del libre arbitrio personal como única fuente de donde emana el delito. El hombre es moralmente libre para distinguir lo bueno de lo malo, lo que es o no lícito. Este artículo primero que comentamos es básicamente igual al que actualmente está en vigencia, que dice: " Art. 1º Es delito o falta toda acción u omisión voluntaria penada con anterioridad por la ley.

Las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias a no ser que conste lo contrario".

En cuanto a la consideración de las penas desde el Código de 1826 hasta el actual, únicamente se ha llevado a cabo reformas en cuanto a forma pero no en cuanto a la esencia de las mismas. En el Código de 1826 se hace una división de las penas atendiendo al daño que ocasionan, así: Penas Corporales, penas no corporales y pecuniarias. Entre las penas corporales están: la de muerte, trabajos perpetuos, obras públicas, presidio, verguenza pública, la de ver ejecutar una sentencia de muerte y de verguenza. Entre las no corporales están: la de declaración de infamia, oír publicamente la sentencia, ser declarado indigno del nombre de salvadoreño.

Actualmente las penas son: principales y accesorias, que todos sabemos en que consisten. Ahora bien, tanto en el Código de 1826 como en el vigente, se nota como es decisiva la influencia clásica de la

consideración de la pena como un mal que debe sufrir el delincuente en retribución al mal que ocasionó. Este postulado es mucho más evidente en las disposiciones del Código Penal referente a la ejecución de la pena de muerte.

Nuestro Código Penal vigente ha sido reformado innumerables veces y a causa de esas muchas revisiones de que ha sido objeto, ha perdido su armonía de conjunto que tenía en principio. Hoy incluye algunas instituciones de orientación moderna y ya prevé la inclusión de la individualización de la pena en su Art. 16 inciso penúltimo que dice: "No obstante lo dispuesto en los incisos precedentes y mientras se organizan los Centros Penales con un régimen general adecuado a la corrección, educación y readaptación de los reclusos, mediante la individualización del tratamiento penitenciario, el Ministerio de Justicia, por medio de la Dirección General de Centros Penales y de Readaptación, podrá disponer que los condenados por delito cumplan sus penas en los establecimientos carcelarios que a su juicio reúnan las mejores condiciones para ello."

Nuestro Código Penal es de marcada orientación clásica, y si ya no tiene la armonía original como dijimos antes, es porque ha sufrido innumerables reformas, entre las cuales se cuentan algunas relativamente modernas, como son la Libertad Condicional y la Remisión Con-

dicional que tienden a la individualización penal.

Pero estas reformas en nada alteran el fundamento doctrinario del conjunto, más bien lo hacen ver como un lienzo viejo remendado con parches nuevos.

Basamos nuestras anteriores afirmaciones en los hechos siguientes:

- 1) El Art. 1º del Código Penal concuerda con la tesis del libre albedrío y con la consideración del delito como ente jurídico y como lesión al Derecho;
- 2) La consideración que se hace de las penas en él como un mal en retribución en cantidad y calidad al delito cometido.
- 3) El sistema rígido de penas y la falta de discrecionalidad del juez en su aplicación. El Art. 40 pn. establece que: "Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto".

El Nuevo Código que vendrá a sustituir a nuestro venerable Código Penal es fundamentalmente una revisión final del proyecto de 1959. Por esa razón he considerado conveniente estudiarlos como un solo cuerpo en lo referente al tema que nos ocupa.

Esencialmente se trata de cuerpos de leyes que dentro de sus disposiciones incluyen instituciones modernas, como son: el arbitrio judicial (en cuanto a la calidad y cantidad de la pena, adecuación de la pena a la personalidad del delincuente, perdón judicial y apreciación de circunstancias modificativas de la responsabilidad), Libertad y Remisión Condicionales, medidas de seguridad y peligrosidad. Además, hace una ordenación más técnica en la parte relativa a los delitos en especie.

Para determinar el sistema o sistemas jurídicos adoptados en ambos cuerpos legales, remitámonos a lo afirmado por los redactores del proyecto de 1959 en su exposición de motivos: "En respetuosa actitud, el proyecto ha conservado, en lo posible, la estructura del Código Penal que nos rige y no se ha plegado servilmente a una Escuela de Derecho Penal determinada: dentro de moldes neoclásicos se han vertido las doctrinas de la defensa social y de la peligrosidad del delincuente. En líneas generales se conserva la orientación objetivista de nuestra actual legislación, -lo que nos sirve de pauta para descartar, desde ya, su posible inclusión dentro de las corrientes positivistas- pero se concede al juez suficiente arbitrio a fin de que, al dictar la sentencia, pueda apreciar en debida forma el aspecto subjetivo del delincuente".

"A nuestro viejo Código Penal se le ha reprochado la rigidez legal, el predominio de la objetividad del delito sobre la subjetividad del delincuente y el abuso de la soberanía de la pena, pero no hay que olvidar que

ese venerable ordenamiento, en el que se plasmaron los principios del Derecho Penal Liberal, responde a una tradición democrática y ha sido un valladar eficaz contra la opresión y la arbitrariedad. Estas virtudes de la legislación penal próxima a ser derogada, deben ser apreciadas en todo su valor si se quiere evitar que nuestra práctica judicial dé un arriesgado salto en el vacío." "Así se justifica que en el viejo tronco clásico se hayan injertado los renuevos del arbitrio judicial, de la libertad condicional, de las medidas de seguridad y de la peligrosidad".

Vemos, pues, cómo ha quedado de manifiesto la orientación doctrinaria de la legislación próxima a regirnos.

En cuanto a la individualización de la pena, diremos que se ha dado un paso adelante ya que se incluyen en su texto disposiciones claras tendientes a otorgar al juez facultades más o menos amplias, que le permitan adecuar las penas a las particulares características del delincuente, contrariamente a lo dispuesto en el código vigente.

El sistema de individualización de la pena propuesto en el proyecto obedece a la posición neoclásica adoptada desde un principio por sus redactores y que consiste en tomar una posición intermedia entre las distintas doctrinas sustentadas por los autores: Ni subjetivismo absoluto basado en la culpabilidad moral del delincuente y consagrar el predominio de la intención criminal sin reparar en el valor de los actos objetivos, agravando

tes y atenuantes del hecho; ni objetivismo puro que sólo vea la adecuación de una determinada conducta humana a la tipicidad pre-establecida por la ley, sin tomar en consideración para nada a la personalidad del sujeto; ni tampoco, antropologismo exagerado, que solamente tome en cuenta la personalidad más o menos patológica del delincuente.

El artículo 66 del código aprobado establece: "El tribunal fijará la medida de la pena que debe imponerse, sin pasar de los límites mínimo y máximo establecidos por la ley para cada delito; y, al dictar sentencia razonará los motivos que justifican la medida de la pena impuesta, so pena de incurrir en responsabilidad.

Salvo en los casos expresamente previstos en este Código, podrán traspasarse los términos máximo y mínimo de la pena fijada por la ley para cada delito."

Luego el artículo 67 señala los criterios que el juez deberá tomar en consideración a fin de hacer la correspondiente adecuación, los cuales son: la mayor o menor gravedad del delito, y la personalidad del autor.

"La mayor o menor gravedad del hecho se puede deducir:

- 1o.)-De la naturaleza del acto;
- 2o.)-De los medios empleados por el agente;
- 3o.)-De la extensión del daño causado o del peligro corrido;

40.)-De la intensidad y clase de dolo o del grado de la culpa;

50.)-De las circunstancias de tiempo y lugar"

"Para apreciar la personalidad del autor se tomará principalmente en cuenta:

10.)-La edad, la instrucción, las costumbres y la conducta Precedente y posterior del sujeto;

20.)-Los móviles que lo impulsaron a delinquir y las condiciones ambientales de familia, de trabajo y de relaciones sociales que hayan podido influir en las causas del delito;

30.)-Las condiciones especiales en que se encontraba el sujeto en el momento de delinquir y los demás antecedentes y condiciones personales;

40.)-Los antecedentes criminales y policiales;

50.)-Los vínculos de parentesco, amistad o nacidos de otras relaciones con la víctima;

60.)-Las circunstancias atenuantes o agravantes, cuando la ley no las considere como elementos del delito o como circunstancias especiales."

Los artículos 68 y 69, establecen que las circunstancias atenuantes o agravantes serán apreciadas por el juez, atendiendo a su número, intensidad e importancia, sin que puedan ser compensadas en forma matemática.

Al concurrir dichas circunstancias en un proceso, el juez valorará unas

y otras a fin de establecer la justa proporción de la pena que debe imponer.

En cuanto a la individualización judicial, que veremos más adelante, los redactores del Código se han mantenido dentro de los límites de la individualización judicial cuantitativa, que consiste en que el juez tiene arbitrio para fijar la cuantía de la pena, pero el carácter o naturaleza de la misma les es señalado por la ley. En el sistema cualitativo el juez tendría, además, facultad para determinar, también, la calidad de la pena imponible; entre varias clases de sanciones posibles puede escoger una, según lo exija el índice y clase de peligrosidad del sujeto.

CAPITULO III

TIPOS DE INDIVIDUALIZACION

- 1) Individualización Legal.
- 2) Individualización Judicial.
- 3) Individualización Administrativa.

1). La Individualización Legal es la primera fase de la adecuación de la pena hecha mediante el proceso legislativo.

Consiste en que la ley dispone en su texto de patrones por medio de los cuales el juez deberá individualizar la sanción a la particular personalidad del delincuente.

La ley señala índices de peligrosidad atendiendo a la personalidad antropológica, síquica y moral del sujeto, su conducta y otros índices que puedan guiar al juez en su tarea de aplicación de la pena, como en el artículo 67 que hemos citado.

Sañala Saleilles, y con él Cuello Calón, que en realidad no existe individualización legal ya que la ley no puede prever más que especies, no conoce a los individuos. Lo que se ha tomado como individualización en la ley, no son más que casos de atenuación o agravación de la pena fundada en la mayor o menor gravedad del delito, por

consiguiente, en el grado de responsabilidad. Toda pretensión de individualización por parte del legislador sería falsa ya que partiría de abstracciones sin ninguna base real. Es esta una etapa poco propicia para la labor individualizadora.

Sin embargo, Enrique Ferri refuta los conceptos anteriores y afirma que sí puede la ley realizar individualización. Dice: "Saleilles y con él sus imitadores, no tuvo más remedio que tener en cuenta las observaciones hechas por mí, en el sentido de que la individualización, si bien solo puede ser "personal" en el juicio y en la ejecución, puede no obstante efectuarse también en la ley por medio de la "clasificación de los delincuentes". Al delincuente con ocasión del delito cometido por él, deben dirigirse y adecuarse: primero la ley, después el juicio penal y por último la ejecución de la pena".

En la ley y las normas generales que la integran, el delincuente es individualizado de acuerdo a la gravedad del hecho; a su categoría antropológica como índice de diferente temibilidad; a las circunstancias específicas modificadoras del delito; y los demás elementos constitutivos.

La adaptación legal de la sanción represiva no puede ser personal sino sólo general y se realiza así: 1) con la clasificación de los delincuentes (Ferri los clasifica en delinquentes natos, locos, habitua-

les, ocasionales y pasionales), y 2) con la valuación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad.

- 2) La Individualización Judicial es el proceso de adecuación de la pena hecha por el juez en el momento del juicio penal y en la sentencia, mediante los datos recogidos por él en el transcurso del procedimiento. Para el cumplimiento de esta misión se considera necesario que el juez tenga una especial preparación criminológica. Como han de efectuar valoraciones de carácter subjetivo, deberán tener conocimiento de las ciencias que tratan de la personalidad, particularmente de psicología y sociología, pudiendo recurrir a la ayuda de peritos antropólogos, psiquiatras, trabajadores sociales y otros. Además, es necesario que antes del juicio el juez disponga de informes precisos sobre la personalidad biopsíquica y social del delincuente, lo cual supone un previo examen biológico, psicológico y del medio ambiente social en que ha vivido.

La investigación de la personalidad del agente tiene por objeto conocer su grado de desadaptación social, su peligrosidad y sus posibilidades de resocialización y, sobre esta base, determinar la medida y la pena que mejor se adapte a su personalidad. Con ello se alcanzará la finalidad que modernamente se le atribuye a la pena, cual es: la readaptación del individuo sometido a ella, y en caso de sujetos inadaptables, la mayor eficacia asegurativa.

Algunos juristas consideran que el examen a que debe someterse el delincuente ha de ser de manera obligatoria; pero otros, con mucha razón, sostienen que no es necesario en todos los casos porque además de ser un obstáculo para la pronta administración de justicia, sería demasiado costoso especialmente en países como el nuestro con presupuesto judicial muy limitado. Basta que la investigación de la personalidad se efectúe en determinados casos, por ejemplo: en los jóvenes, en los sujetos con alteraciones o debilidades mentales, psicópatas, alcohólicos, reincidentes y habituales. También se considera necesario, en los delitos que causan graves estragos como descarrilamientos, incendios, etc., y en aquellos sin motivos aparentes, como en ciertos hurtos que pueden revelar una impulsión patológica a cometerlos y excepcionalmente en multireincidentes de delitos culposos que muestran una especial persistencia en la comisión de estas infracciones, especialmente en casos de homicidios, lesiones graves y daños. Estos últimos delincuentes se consideran extremadamente peligrosos por su marcada indiferencia y menosprecio a la vida e integridad personal de sus semejantes. El más corriente ejemplo la constituyen gran número de conductores de automóviles que, sin medir las consecuencias de sus actos, manejan a excesiva velocidad, tomados de licor o con evidente irrespeto a los reglamentos correspondientes.

En un ciclo de estudios médico psicológico y social del delincuente, organizado por la ONU en Bélgica, se llegó a la conclusión de que la investigación deberá comprender: un examen biológico completo que conste de exámenes físicos, radiológicos, patológicos, endocrinológicos, electroencefalográfico y obtención de medidas antropométricas; un examen psicológico que permita medir las facultades y describir las características de la personalidad; un examen psiquiátrico para aclarar los motivos del comportamiento; y un examen social para conocer la vida social del delincuente y contribuir a su tratamiento.

Otro de los problemas con respecto a la investigación de la personalidad del acusado es cómo determinar el momento en que aquella debe ser llevada a cabo. La mayoría de los penalistas opinan que el examen debe hacerse antes del juicio, pero se ha originado grandes discusiones en torno a este problema. De esta inseguridad ha nacido la idea de dividir el proceso penal en dos fases, denominada "fisura" del proceso. En la primera el juez se pronunciaría sobre la existencia del hecho y la culpabilidad del acusado (prueba genérica y específica); en la segunda, después del examen de la personalidad del sujeto ya declarado culpable, el juez, tomando en cuenta el informe de los exámenes, determinaría la pena o medidas aplicables.

Hentig, al describir el tratamiento penal en lo futuro, distingue entre el tribunal encargado de la averiguación o declaración de la culpabilidad (tribunal de hecho), y el encargado de decidir sobre las medidas aplicables al caso concreto, después de efectuarle los estudios psicológicos, médicos, sociológicos, etc.. Es un sistema similar al angloamericano que se divide en "guilt finding phase" y "sentencing phase".

Se ha criticado ese sistema por las grandes complicaciones que supone y por los resultados contradictorios a que podría conducir al declarar autor del hecho a un sujeto en la primera fase; y, en la segunda, después de la investigación sobre la personalidad del delincuente, no fuese declarado culpable.

Otro argumento contrario -de los clásicos- es que destruye la unidad del proceso, ya que el acto y la persona son dos cuestiones íntimamente vinculadas. Además, la dosificación de la pena no debe atender solamente a la personalidad del sujeto sino también a las circunstancias y naturaleza del delito y a la vez la personalidad del autor. Pero lo más grave del caso es la posibilidad de admitir la intervención de organismos extrajudiciales en la decisión de la pena y en las medidas aplicables. Es conveniente, nadie lo duda, que el juez reciba asesoramiento de especialistas en las distintas ramas de las ciencias de la

personalidad; pero es indispensable que sea el juez quien personalmente y de manera exclusiva, decida sobre la naturaleza y duración de la pena aplicable. No hay que olvidar que la pena -tratamiento es sanción y que, por lo tanto, su imposición es facultad privativa del juez.

Otro problema que se presenta con ocasión del examen es la revelación del secreto profesional. Las investigaciones sobre la personalidad del agente permite poner al descubierto taras biológicas, psíquicas y sociales cuyo descubrimiento puede ocasionar grave daño al inculpado y a su familia. Revelar a un sujeto deficiencias psíquicas o biológicas, para él desconocidas, puede ocasionarle fuertes traumatismos emocionales por cuya razón el especialista que las descubre debe quedar obligado a guardar el secreto profesional, cuya divulgación, incluso, es constitutiva de hechos punibles en muchas legislaciones. Sin embargo, la investigación en orden al descubrimiento de dichas deficiencias, es necesaria y obligatoria ya que es la única forma de descubrirlas para la ejecución del tratamiento adecuado. De otra manera el examen no tendría razón de ser. Si no conocemos a fondo la personalidad del sujeto mal haríamos en tratar de readaptarlo, porque no contaríamos con la base firme en que sustentar las medidas aplicables al caso concreto. El conflicto particular del individuo de mantener ocultas sus taras, y el interés social de conocerlas a fondo, debe resolverse atendiendo a este último. Tal es la solución generalmente aceptada. En todo caso

y para evitar inseguridades, debe imponerse a los investigadores una discreción absoluta y además, se propone que el juicio oral se haga a puerta cerrada para evitar la revelación al público de las anomalías encontradas en los individuos examinados.

Queda un último problema por analizar. En los países en donde existe el tribunal del jurado, como en el nuestro ¿A quién se ha de confiar lo relativo a la individualización de la pena? Hay que determinar, entonces, a qué categoría de jueces corresponderá decidir sobre la adecuación de la pena. Si será al juez o al jurado.

Es generalmente aceptado que el juez es el único que se encuentra capacitado para determinar la medida adecuada que deberá aplicarse al delincuente, puesto que lo ha tenido ante sí durante todo el proceso, y lo ha llegado a conocer profundamente a través de las investigaciones acerca de su conducta y personalidad. El tribunal del jurado, representa la opinión social y, si el veredicto de conciencia que emite es de condena, la tendrá; pero en ningún caso puede decidir sobre la medida aplicable. El jurado no es juez y mucho menos puede serlo de las cuestiones de individualización. El sistema del jurado no tiene otro valor que de proporcionar una dosis de garantía desde el punto de vista del honor y libertad individuales y de adecuar la idea que de justicia tiene, para el caso, la opinión social con la de la ley.

Por eso el jurado debe decidir sobre la inocencia o culpabilidad sin que pueda pedírsele más. La cuestión de duración y calidad de la medida correctiva sólo puede ser decidida por el juez, quién necesariamente debe evaluar ante todo la personalidad más o menos peligrosa, más o menos readaptable a la vida social, realizando así, una labor más racional y satisfactoria a la vez que más útil para una administración correcta y eficaz de la justicia punitiva.

- 3) Desde Saleilles, la individualización penal ha sido estudiada desde sus tres aspectos: legal, judicial y administrativo o penitenciario. Son tres etapas diferentes, cada una fundada en distintas bases pero con el común denominador representado por la personalidad del delincuente. Estas tres etapas, aunque bien diferenciadas, constituyen una sola unidad que va desde la conminación abstracta hecha por la ley, hasta la ejecución de la pena por la autoridad administrativa. Son dos extremos de una misma cosa. Veremos esta última etapa, que en realidad es por donde comenzó el movimiento.

Contrariamente a lo sostenido por Enrique Ferri, Raymond Saleilles cree que no es suficiente contar con amplias clasificaciones de delinquentes, y que la individualización judicial únicamente es un diagnóstico que, como tal, no basta. Hay que aplicar el remedio y éste varía en cada caso. En materia de penología, esto no es cuestión del que impone la pena, sino del que la ejecuta por ser la persona que está

en más estrecho contacto con el encausado. Es preciso, entonces, que la ley deje cierta elasticidad e iniciativa a la administración penitenciaria, para que a su vez individualice la aplicación de la pena de acuerdo a las exigencias reeducativas de cada cual.

En este sistema, el juez se limitaría a señalar que un sujeto merece ser sancionado; la clase, duración o naturaleza de la pena, deben ser decididas por los funcionarios del servicio penitenciario en base a los progresos por ellos observados a medida que la condena se cumple.

Según la escuela Positiva la individualización de la ejecución de la condena, puede hacerse con arreglo al doble criterio de: 1) La seriación antropológica de los reclusos y, 2) el tratamiento de los mismos.

Con la seriación antropológica de los reclusos se pretende que la población carcelaria sea lo más homogénea posible en cada establecimiento. Es contraproducente y volvería inoperante la individualización si colocásemos en un solo lugar y en la más completa promiscuidad a jóvenes, viejos, enfermos, inteligentes, analfabetos, obreros especializados, individuos sin oficio, etc.. Por eso el art. 70 del proyecto de Código Penal italiano de 1921 establecía que "a cada establecimiento de detención, se llevarán los condenados que se encuentran en condiciones físicas y síquicas más afines, en relación

al delito cometido, a su vida precedente y a sus aptitudes de trabajo." Poseyendo entonces cada establecimiento una población homogénea, se facilitaría el trabajo de reeducación y curación a los encargados de esa tarea que serían el director de la prisión, el médico adscrito a ella, los educadores, los vigilantes técnicos, trabajadores sociales y psicólogos, etc.

Para la adaptación ejecutiva de la sanción los establecimientos penitenciarios deberán estar organizados de acuerdo a las categorías de delincuentes, creándose para el caso, establecimientos para mujeres, para menores, para delincuentes con deficiencias mentales, y otros.

Se ha considerado que este sistema difícilmente podrá ser adoptado en nuestro país no sólo por complicado sino también por lo costoso. Se ha preferido establecer, o mejor dicho restablecer, una penitenciaría central más o menos grande para la población reclusa en general, en donde funcionarán granjas, talleres, escuelas y clínicas. Esta institución se encuentra actualmente en sus primeras fases de construcción y estará situada en los alrededores de San Salvador. Ya existe un centro de readaptación de mujeres y observatorios de menores que desempeñan buena labor.

El tratamiento de los reclusos requiere mucha especialización y cuidado. Se considera que el fundamento de la vida carcelaria debe ser el

trabajo y según los lineamientos positivos, el tratamiento debe responder a los siguientes criterios: 1) adaptarlo a las dos categorías fundamentales de delincuentes: los incorregibles y los que son readaptables; 2) no imponer sufrimientos ni humillaciones innecesarias a los reclusos, pero tampoco hacerles la vida cómoda a tanto que les haga olvidar los rigores de la vida en libertad; 3) educar, valorizar y utilizar el sentido de la dignidad personal y de auto disciplina y la esperanza de una vuelta a la vida normal; 4) separar a los reclusos en varias clases, según su conducta, tratándolos de manera correspondiente a ella y paulatinamente con menor rigidez, concediéndoles confianza para habituarlos gradualmente a la vida normal.

En cuanto a la cesación de la peligrosidad, que implicaría la puesta en libertad del condenado, se presenta el problema de quien debe decidir sobre esta libertad; si debe ser la autoridad judicial o la autoridad administrativa. Se proponen varios sistemas y la mayoría coincide en que debe ser el juez el que decida sobre este punto para evitar excesos y arbitrariedades de la administración penitenciaria. Uno de los sistemas consiste en que en cada establecimiento penitenciario debe haber un Consejo de Vigilancia integrado por el director, por el médico antropólogo-criminalista, maestro, el capellán, jefe de taller e incluso por un condenado. Este consejo de Vigilancia daría su parecer para la liberación del condenado, siendo el juez quien en última instancia

resuelva sobre la libertad. De esta manera resultará excluida toda posibilidad de favoritismo y abuso de la libertad individual del detenido.

Otro sistema que se propone consiste en desdoblar la sentencia en dos momentos. La comprobación de que el detenido ha recobrado la salud moral, no la puede hacer el juez. Esta comprobación sólo puede realizarse al ejecutar la pena, por la apreciación que pueden hacer los que siguen de cerca los progresos alcanzados por el condenado y, por lo tanto, pueden ver la regeneración por él lograda. No es el juez quien de antemano puede determinar la salida. Este elige la pena, fija la entrada, pero quien puede decidir mejor sobre la salida es la administración penitenciaria, de tal manera que la sentencia se desdoblaría en cierto modo. Debiera haber un doble juicio relativo a la pena. Un primer juicio que tuviera por objeto la prueba del hecho y la elección de la pena; luego durante la ejecución y a iniciativa de la administración penitenciaria, un segundo juicio relativo a la duración y por tanto a la cesación de la pena. El primero se referiría al delito y al delincuente; el segundo, únicamente a la recuperación moral del delincuente, de tal manera que la autoridad judicial intervendría en dos momentos, uno para ordenar la internación y otro para permitir la salida.

No obstante, las bondades que los distintos sistemas pueden ofrecer, creemos que, en todo caso, debe ser el juez quien debe decidir sobre

la libertad del condenado. Un sistema como el anteriormente descrito volvería engorrosa la administración de justicia, fuera de que se crearía en el sujeto un estado de ansiedad debido a la incertidumbre de un nuevo juicio.

Lo que sí sería necesario es un informe circunstanciado para el juez sobre el grado de readaptación del condenado de parte de las autoridades penitenciarias para que con base en dicho informe aquel funcionario decida sobre la libertad del detenido.

La individualización administrativa supone la indeterminación de la pena la cual ha sido combatida por muchos penalistas, especialmente de la Escuela Clásica. Modernamente es una institución aceptada especialmente en el grado de indeterminación relativa en que el juez fija una pena con un máximo de duración, pero que presupone que el reo puede alcanzar su libertad definitiva en cualquier época hasta el máximo establecido, dependiendo todo del mismo reo, es decir de su readaptación.

Existe también el sistema de indeterminación absoluta, o sea que el juez señala la sanción pero sin fijar su duración, quedando ésta al criterio administrativo, lo que teóricamente permitiría la perpetuidad de la pena. Este último sistema no podría ser adoptado en nuestro país por ser contrario al precepto constitucional que prohíbe las penas perpetuas.

Estudiaremos en el capítulo V la Sentencia Indeterminada.

CAPITULO IV

Instituciones Auxiliares o Complementarias de la Individualización de la Pena:

- 1) Condena Condicional o Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena.
- 2) Libertad Condicional.
- 3) Estado Peligroso.
- 4) Retención de Incorregibles.

- 1) La Condena Condicional o Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena.

La Condena Condicional o Remisión Condicional como la denomina el Código Penal, es de reciente introducción en nuestro Derecho Positivo. La Reforma por medio de la cual se incorporó data de 1957.

No existe certeza absoluta con respecto al origen de la suspensión de la pena. Como antecedentes inmediatos se citan la ley del 20 de Junio de 1869 de Massachusetts por medio de la cual se disponía que, tratándose de delincuentes primarios menores de dieciséis años, se suspendiera el pronunciamiento de la sentencia, sometiéndose los acusados a un período de prueba de dos años bajo la vigilancia de funcionarios del estado. En 1891 se decretó otra ley extendiendo ese beneficio a los adultos de ese mismo Estado.

En Bélgica, se instituyó junto con la libertad condicional en 1888 y luego en Francia, en 1891 con la "Ley Berenguer".

Prins, citado por Fontan Balestra, dice que los antecedentes más remotos los podríamos encontrar en el "Frank-Pledge" del Derecho Anglosajón, la obligación mutua de mantener el orden y la seguridad; otros buscan su precedente más remoto en la "cuantio de pace tuenda", de origen germánico consistente en la promesa solemne hecha al juez de tener buena conducta.

Con respecto a la doctrina, esta institución ha sido discutida en muchos congresos; primeramente fue recibida con frialdad, hoy se le acepta unánimemente.

En la Primera Mesa Redonda Centroamericana de Derecho Penal celebrada en Tegucigalpa en Abril de 1960, se recomienda lo siguiente:

"d-En relación con la sanción: 5^a Que, hasta donde sea posible, se eliminen las penas cortas de privación de libertad, sustituyéndolas por multa.

En los casos en que se mantenga tales penas, permitir la aplicación del perdón judicial y de la remisión condicional de la condena con mayor amplitud."

El beneficio de la suspensión condicional de la pena consiste en no ejecutar la pena inmediatamente, para darle al condenado una oportunidad de demostrar, en libertad, que es un individuo moralmente correcto, para ello se le concede un plazo durante el cual estará bajo libertad vigilada; cumplido el plazo si el beneficiado no ha cometido



una nueva infracción, se tendrá por extinguida la pena; pero si la conducta que observe durante el plazo concedido es reprochable, ya porque ha cometido nuevo delito, ya porque no ha cumplido con las obligaciones impuestas por el juez, entonces dará lugar a la revocación del beneficio y por consiguiente a la ejecución de la pena que condicionalmente se había suspendido, sin perjuicio de la sanción correspondiente al nuevo delito.

Las condiciones exigidas para su aplicación varían en las distintas legislaciones, pero generalmente se aceptan las siguientes:

- a) Que el delincuente sea primario. Se exige que no haya cumplido pena alguna o no haya incurrido anteriormente en condena.
- b) Otra condición que generalmente se impone en las legislaciones a los beneficiados con la suspensión, se refiere a la gravedad o cuantía de la pena suspendida. El tiempo suspendido varía según los países donde se aplica, y va desde seis meses a cinco años. Nuestro Código Penal establece que se aplicará cuando el delito mereciere pena de prisión mayor o menor.
- c) Algunas legislaciones también imponen, o autorizan a los tribunales a imponer condicionalmente al condenado el cumplimiento de ciertos requisitos durante el término de prueba, especiales debe-

res que tienen por finalidad su reincorporación social.

Estos deberes y normas de conducta impuestas a los beneficiados son análogas en casi todas las legislaciones: en Portugal se dispone que:

- 1) El delincuente repare el daño causado a las víctimas del delito;
- 2) no ejercer determinadas profesiones; 3) no frecuentar ciertos medios y lugares; 4) residir o dejar de residir en determinado lugar.

En Holanda se impone también la obligación de reparar el daño causado, obligación de observar ciertas reglas de vida y conducta, y el internamiento en institución especial para alcohólicos, vagabundos, sicópatas. En Dinamarca se puede someter a un régimen especial de vigilancia de un patronato. En Alemania el Código Penal permite imponer las condiciones siguientes: reparar el daño causado por el delito, obedecer órdenes relativas al lugar de residencia como las referentes a instrucción, trabajo, ocupación de tiempo libre, sumisión a tratamiento médico o a cura de desintoxicación, donación de alguna cantidad a instituciones de beneficencia y someterse a la vigilancia y dirección de una persona que asista al condenado durante el período de prueba.

La condena condicional otorgada puede siempre ser revocada por parte del juez, en caso de comisión de un nuevo delito. Algunas legislaciones también -como la nuestra- permiten la revocatoria por otras causas, generalmente por la inobservancia de las condiciones impuestas y

por la mala conducta del condenado. Sin embargo, existe actualmente la tendencia a atenuar el empleo de la revocatoria y sustituirlo por la amonestación o prevención del juez y por la imposición de nuevas condiciones o por la prolongación del período de prueba, como se había proyectado para el nuevo Código Penal salvadoreño.

Naturaleza y Finalidad. La institución tiene por fin evitar las penas cortas privativas de la libertad, por considerarse que son inútiles para la reeducación del delincuente, exponiéndolo, en cambio, al peligro de adquirir nuevas costumbres perniciosas por medio del contagio carcelario. La suspensión condicional significa también una advertencia a quienes delinquen por primera vez, en el sentido de que, si recaen en su conducta antisocial, la pena por la segunda infracción no sólo será agravada, sino que sumada a la anterior. Tiende además a descongestionar las cárceles y a simplificar la administración penitenciaria.

Sobre la naturaleza jurídica de la suspensión condicional se ha discutido ampliamente, pero no existe un criterio unificado con respecto a este problema.

Para algunos, el acto reviste una forma de indulto; para otros, una forma de extinción de la pena o una pena de carácter moral o también una absolución velada. Florián entiende que la naturaleza debe bus-

carse particularmente en cada legislación en la cual se haya adoptado; así en algunas puede ser un derecho del condenado a cumplir la pena en libertad; en otras, puede ser una gracia o una facultad del juez; pero, en general y considerándola en relación a su finalidad, es un sustitutivo de la pena destinado a ejercer una acción preventiva y moral contra el delincuente. Fontán Balestra acepta la opinión de Florián, aclarando únicamente que no se trata de un sustituto de la pena, sino una verdadera pena. La conclusión que cuenta con más adeptos en doctrina es que estamos frente a una institución de naturaleza propia y peculiar. En nuestra ley es una facultad del juez, pero tal como ha sido regulada en el nuevo Código Penal, parece ser un derecho del condenado que lo adquiere si llena los requisitos legales.

Ventajas y objeciones. Los argumentos que se invocan a favor son:

- 1) Evita las penas cortas de prisión como ya vimos;
- 2) Evita la desmoralización de la cárcel e impide muchas veces el desamparo y la miseria de la familia del condenado;
- 3) Produce un efecto intimidatorio;
- 4) Evita gastos al Estado y descongestiona los establecimientos carcelarios, fuera de que no sustrae al sujeto de una actividad que puede ser útil a la economía social;

- 5) Es un excelente medio de combate contra la delincuencia, tal como lo prueban las estadísticas de los distintos países donde ha sido aplicada;

Las objeciones que se han hecho a la Condena Condicional pueden ser destruidas sin mayor análisis, como las siguientes:

- 1) Viola el principio sustancial de la justicia y la finalidad expiatoria de la pena de que hablábamos en los postulados de la Escuela Clásica. Tal cosa ya no es válida dentro del actual sistema de la defensa social;
- 2) El delito queda impune. No es cierto, ya que la pena se cumple en libertad, fuera de que el concepto pena-castigo ha sido superado y porque la calidad de delincuente persiste hasta en tanto no opere la "Rehabilitación Judicial";
- 3) Da lugar a la arbitrariedad judicial. No si la institución es regulada sistemáticamente por la Ley a través de personal auxiliar debidamente tecnificado para evaluar, y en caso necesario, dirigir la conducta del favorecido;
- 4) No satisface a la víctima, lo que es un incentivo para que se haga justicia personalmente.

Sistemas de Aplicación. En cuanto a los sistemas de aplicación de la Condena Condicional, se han agrupado así:

- 1) Sistema Norteamericano.

2) Sistema Inglés.

3) Sistema Europeo o Franco-Belga.

Estos sistemas de aplicación se pueden reducir a dos, que son el Anglo-norteamericano y el Franco-belga. El primero consiste en que el individuo comparece ante el juez, quien suspende la prosecución del juicio dejando en libertad al individuo bajo la advertencia de que si comete nuevo delito o incurre en mala conducta, se proseguirá el juicio suspendido. Es el sistema llamado "probation" aplicado desde hace mucho tiempo en los Estados Unidos en donde para asegurar las disposiciones judiciales dictadas contra el reo existen los llamados "probation officers", que son los encargados de la supervisión de los beneficiados, ejerciendo una verdadera tutela sobre ellos.

De manera, pues, que en el sistema anglo-americano no se pronuncia la sentencia; ni siquiera se sigue el proceso, lo cual significa que es un sistema muy práctico y económico, pero poco jurídico. Se presta, además, a que si el condenado condicional, comete al tiempo un nuevo delito, la prueba del delito anterior ya se haya perdido y obligaría a una absolución.

Incluso, se corre el peligro de aplicarlo a un inocente.

El sistema Franco-belga (que es el aplicado en nuestro país) consiste en que el juicio se tramita completamente hasta llegar a pronunciarse la sentencia, cuya ejecución es la que se suspende. Es un sistema más jurídico, aunque más costoso. Es criticado también porque presta poca atención al condenado, abandonándolo a su arbitrio.

La Condena Condicional en Nuestra Legislación. Se aplica únicamente para aquellos delitos que por su naturaleza merecieren pena de prisión menor (1 a 6 meses), o mayor (6 meses a 3 años) excepto cuando se trate de estafa y otros engaños, hurto, robo y lesiones dolosas, y en los delitos de contrabando. Art. 67 A.

El período de prueba dura el doble de la pena y nunca inferior a un año.

Actualmente la suspensión es potestativa del juez y se puede otorgar a aquellos que cumplan con los siguientes requisitos:

- 1) Ser delincuente primario, lo que se prueba por medio de la falta de antecedentes penales certificada por la Corte Suprema de Justicia;
- 2) Que no haya concurrido en el hecho agravantes que demuestren una mayor peligrosidad del delincuente;
- 3) Que hasta entonces haya observado buena conducta y tenga modo honesto de vivir.

Las condiciones a que puede estar sujeto el reo no son taxativas, pero a manera de ejemplo la ley enumera las siguientes: 1) Fijación de residencia en determinado lugar; 2) abstención de bebidas alcohólicas; y 3) sujeción a medidas de vigilancia señaladas por el juez. Esta última condición no se aplica en El Salvador ya que no existen medios para ello. Lo que se hace es que el reo periódicamente se presenta al Juzgado donde fue procesado a firmar un acta. Nos parece que esta es una medida, por demás, inoperante. Generalmente los jueces aplican como condición, que el procesado no porte armas y se abstenga del consumo de drogas.

En el nuevo Código, que entrará en vigencia el año entrante, esta institución está regulada de distinta manera. Ya no se denomina "Remisión Condicional" sino "Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena" por ser ésta, a juicio de los redactores del proyecto, una denominación de más fácil comprensión y no porque sea la más apropiada.

El otorgamiento del beneficio ya no queda como facultad del juez. Se vuelve obligatoria su aplicación y se otorga en la sentencia a aquellos delincuentes que cumplan con los requisitos legales. Para mejor comprensión, transcribo los artículos que regularán esta institución:

"Art. 87.- En la sentencia condenatoria, el juez en resolución razonada, ordenará la suspensión de la ejecución de la pena de prisión no mayor de tres años siempre que concurran los siguientes requisitos:

- 1o.) Que el beneficiario no haya sido condenado anteriormente en sentencia ejecutoriada por delito doloso;
- 2o.) Que antes y después del delito el beneficiario haya evidenciado una conducta socialmente positiva;
- 3o.) Que no hayan concurrido en el hecho circunstancias agravantes que revelen mayor perversidad del sujeto;
- 4o.) Que la sentencia no imponga, además de la pena, ninguna medida de seguridad de internamiento;

La suspensión condicional de la pena no se extenderá a las penas accesorias ni a los casos de conversión de penas."

El siguiente artículo se refiere a las obligaciones inherentes a la suspensión regulada a manera de ejemplo, según se desprende de la redacción del mismo: "Art. 88.- Concedida la suspensión, el juez especificará las condiciones a que durante el período de prueba, estará sujeta la libertad del favorecido, tales como:

- a) Someterse a las medidas de tutela del patronato respectivo, si lo hubiere;
- b) Residir o abstenerse de hacerlo en lugar determinado y comunicar al juez o al patronato, en su caso, todo cambio de domicilio;

- c) Abstenerse del abuso de bebidas embriagantes y del uso de sustancias estupafacientes o alucinógenas;
- d) Dar cumplimiento al compromiso de reparar el daño dentro de los plazos o formas que se le fijen."

El Artículo 89 fija el término de prueba que puede durar entre dos y seis años y es fijado por el juez.

El beneficio de la suspensión condicional será revocado por el juez cuando el beneficiado cometiere un nuevo delito antes que finalice el término de prueba (Artículo 90), y podrá ser revocado por el juez cuando a su juicio prudencial el beneficiario incumpliere alguna de las condiciones impuestas, si este incumplimiento así lo amerite (Art. 91).

Si es un nuevo delito la causa de la revocatoria, el momento para decretarla se dará tan pronto haya auto de detención provisional por el nuevo delito, sin perjuicio de que al decretarse sobreseimiento definitivo el favorecido pueda seguir gozando de la suspensión condicional. (Art. 92).

Al expirar el período de prueba sin que el condenado haya dado lugar a una revocatoria, se tendrá por cumplida la pena. (Art. 93).

La Condena Condicional es una institución que se presta perfectamente a la tarea de la individualización de la pena ya que exige del juez el conocimiento directo del sujeto. Tiende, pues, a personalizar la pena, especialmente por medio de la llamada individualización en medio libre. Sería mucho más eficaz si el Estado contara con medios más idóneos para la vigilancia del beneficiado como en el sistema de la "probation".

2) La Libertad Condicional

Concepto-Origen y Desarrollo.

La libertad condicional es otra de las instituciones modernas del Derecho Penal que tienden a la individualización de la Pena. Consiste en la libertad provisional del condenado que ha cumplido parte de su condena. Y como su nombre lo indica, dicha liberación se otorga bajo ciertas condiciones variables según las legislaciones de los distintos países en donde se aplica, debiendo el liberado estar sometido a determinadas normas de vida y de conducta durante un plazo establecido.

Esta institución tuvo su origen en Inglaterra, que por diversas causas comenzó a deportar a sus reclusos a las colonias que poseía en Norteamérica y en Oceanía, especialmente a Australia. Una de esas

causas fue el congestionamiento de las cárceles inglesas; pero pronto en las colonias se tuvo el mismo problema cuando el número de condenados resultó excesivo; por eso se otorgó autorización a los gobernadores para conceder libertad a los condenados que hubiese cumplido parte de su condena bajo la condición de no volver a la metrópoli.

En 1824 se generalizó el sistema por medio de la ley de "Conditional Pardon" llamado también, "ticket of leave sistem". En 1853 se dictó una ley que propiamente reguló la libertad condicional. Sin embargo, en algunos países de Europa continental ya existía el principio de la libertad condicional; en 1832 se aplicó en la prisión de la Petite Roquette en Paris, para los delincuentes jóvenes; en 1835 la aplicó el Coronel Montesinos en el presidio de Valencia, reduciendo la condena de los reclusos en una tercera parte como recompensa a su buena conducta. En los Estados Unidos se introdujo el sistema de la libertad condicional en 1825, logrando su mejor desarrollo en New York por medio de la ley que creó el famoso reformatorio de Elmira, al cual Dorado Montero le dedicó un libro completo. En Norteamérica recibe el nombre de libertad bajo palabra y "parol system" o simplemente "parole". Es en esencia el mismo sistema que el Europeo con la diferencia que funciona a base de sentencias indeterminadas y no como el europeo que es a base de penas fijas, fuera de que también se le da gran importancia a la tutela del liberado por medio de funcionarios especializados.

Fundamento de la Libertad Condicional

Como vimos en un principio esta institución no tuvo más fundamento que el de la conveniencia estatal de descongestionar las cárceles. Actualmente la razón de ser se encuentra en la finalidad de la pena, que es lograr la enmienda o readaptación social del delincuente.

Resulta innecesario mantener encerrado a un individuo cuando se ha logrado ese propósito. Nada más justo, entonces, que otorgar este beneficio y suspender la pena cuando se ha alcanzado su objetivo principal. Es por eso que la base en la cual se sustenta la libertad condicional es la presunción de que el delincuente se ha reformado.

Dicha presunción surge de la conducta observada durante la condena, del cumplimiento de los reglamentos y de los exámenes sobre la personalidad practicados en el reo.

Es posible que esta enmienda sea simulada y que algunos usen esto como argumento para desvirtuar los beneficios de la libertad condicional; pero no hay que olvidar que precisamente por eso, se trata de una liberación con carácter provisional. Si hubiera medios para comprobar, sin temor a error, su presunta corrección, es lógico que la liberación tendría que otorgarse con carácter definitivo.

Fundamento de la Libertad Condicional

Como vimos en un principio esta institución no tuvo más fundamento que el de la conveniencia estatal de descongestionar las cárceles. Actualmente la razón de ser se encuentra en la finalidad de la pena, que es lograr la enmienda o readaptación social del delincuente.

Resulta innecesario mantener encerrado a un individuo cuando se ha logrado ese propósito. Nada más justo, entonces, que otorgar este beneficio y suspender la pena cuando se ha alcanzado su objetivo principal. Es por eso que la base en la cual se sustenta la libertad condicional es la presunción de que el delincuente se ha reformado.

Dicha presunción surge de la conducta observada durante la condena, del cumplimiento de los reglamentos y de los exámenes sobre la personalidad practicados en el reo.

Es posible que esta enmienda sea simulada y que algunos usen esto como argumento para desvirtuar los beneficios de la libertad condicional; pero no hay que olvidar que precisamente por eso, se trata de una liberación con carácter provisional. Si hubiera medios para comprobar, sin temor a error, su presunta corrección, es lógico que la liberación tendría que otorgarse con carácter definitivo.

Naturaleza Jurídica

Sobre este aspecto se ha discutido si se trata de una gracia concedida por el Estado o un derecho del reo. Juan P. Ramos afirma que no debe ser gracia ni derecho desde luego que se desnaturalizaría el principio que la guía; debe ser, dice, una medida de excepción que consiste, según Cuello Calón, en una prolongación del tratamiento penitenciario encaminado a la readaptación del recluso a la vida social, un período de transición necesario entre la vida en cautiverio y la libertad definitiva con el objeto de que el penado se habitúe a las condiciones de vida exterior y vigorice su capacidad de resistencia al delito y quede reincorporado de modo estable y definitivo a la comunidad. Tal es su verdadero carácter.

Ventajas

La libertad condicional tiene importantes ventajas tanto teóricas como prácticas, como:

- 1) Sicológicamente ejerce una función de estímulo y freno sobre el condenado, puesto que pone en sus manos la reducción de la condena, lo que viene a ser incentivo a la buena conducta;
- 2) Constituye un eficaz instrumento de política criminal que tiende a la readaptación del reo cuando ha dado muestras de merecer una reducción de la condena;

- 3) Constituye un período de transición entre el severo régimen carcelario y la vida en libertad;
- 4) Descongestiona las cárceles, lo que vuelve más económica la administración penitenciaria;
- 5) Pone término al abuso a que se presta el ejercicio del derecho de gracia.

Requisitos y Condiciones

Los requisitos para obtener la libertad condicional deben ser consignados en la ley, y en ella considerar siempre la buena conducta. Por otra parte, no hay que dejar creer a los detenidos que la libertad condicional es una regla; más bien se les debe hacer saber que se trata solamente de una medida de excepción aplicada a los merecedores de ella. Además de la buena conducta, el nuevo código salvadoreño establece como requisito que se hayan satisfecho los daños y perjuicios a que el reo hubiese sido condenado en la sentencia u otorgado garantía suficiente para cubrir su monto.

Todas las legislaciones exigen que el delincuente haya cumplido parte de la condena. En El Salvador es necesario, actualmente que el reo haya contraído hábitos de trabajo, orden y moralidad a juicio prudencial del juez, seguir una información sumaria e informe del Director del Centro en donde esté recluido.

Diferencias y Semejanzas con la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena.

Las diferencias que existen entre ambas instituciones son esencialmente las siguientes:

- 1) En la Libertad Condicional es requisito que el reo cumpla parte de su condena; en la Remisión Condicional no se exige el cumplimiento de parte alguna;
- 2) La Libertad Condicional se aplica generalmente en penas de larga duración; la Remisión sólo se aplica en penas cortas privativas de la libertad;
- 3) La Libertad Condicional tiene como finalidad alcanzar la reforma social del reo; la Remisión evita las penas cortas que no son apropiadas para tal fin.

Las semejanzas son:

- 1) Ambas, la Libertad y Remisión Condicionales, se otorgan generalmente a delincuentes primarios (en el nuevo Código Penal la Libertad Condicional también se podrá otorgar a reincidentes);
- 2) Ambas son medios de individualizar las penas.

Para Labatut Glena las dos instituciones integran el sistema de individualización de la pena, siendo la Libertad Condicional como la coronación o epílogo del sistema penitenciario progresivo.

La Libertad Condicional en nuestra Legislación

Esta institución fue introducida en la legislación positiva nacional por medio del Decreto Legislativo número 2503 del 18 de Octubre de 1957, publicado en el Diario Oficial del 20 de Noviembre del mismo año, habiendo quedado incorporado en el Artículo 19 del Código Penal.

Antes de esta reforma el artículo citado establecía que a los reos que hubiesen cumplido las tres cuartas partes de la condena se les podía otorgar la libertad, siempre y cuando durante dicho período hubiesen observado buena conducta y con la advertencia de que si cometían nuevo delito durante el período de prueba, la pena a tales reos les sería agravada con la parte que anteriormente se les había condenado. Este artículo completaba y compensaba al artículo 18 que establece la calidad de retención

La reforma a que hacemos referencia dispone que el beneficio se otorgará a aquellos reos que hayan cumplido la mitad de la condena, si fuere de prisión mayor, y las tres cuartas partes, si fuere de presidio, cuando se pueda apreciar que ha adquirido hábitos de trabajo,

orden y moralidad. Para que se pueda otorgar es necesario seguir una información sumaria ante el juez de la causa probando por medio de testigos haber llenado los requisitos que exige la disposición. Se requiere, además, que el Director del Centro Penal donde el favorecido hubiese estado recluido, rinda un informe detallado sobre la buena conducta de éste.

Otros de los requisitos legales son: 1) Que el delincuente sea primario; 2) Que haya satisfecho la responsabilidad civil y restituido la cosa o reparado el daño en los delitos contra la propiedad u otorgado garantía para cubrir su monto; y para otros delitos, que haya satisfecho los daños y perjuicios por los cuales hubiere sido condenado en la sentencia o caucinado esa obligación si estubiere determinada su cuantía; 3) Que adopte en el plazo que se fije un oficio, arte o industria, si no tiene medios propios de subsistencia.

Las condiciones a las que estará sujeto pueden ser: 1) Fijación de residencia en determinado lugar; 2) Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas; y 3) Sujeción a las medidas de vigilancia que el juez indique. Con respecto a esta última condición vale, también, lo apuntado sobre la Remisión Condiciona en el párrafo primero de la página 67 .

El período de prueba dura el tiempo que le falte por cumplir la pena, más un tercio. Si durante este período el condenado comete nuevo de-

lito o viola las condiciones o deberes impuestos, el juez revocará la libertad condicional y el reo cumplirá su condena más la que le corresponda por el nuevo delito. Si transcurre el período de prueba sin que el favorecido haya dado lugar a una revocación, la libertad se tendrá por definitiva.

En el nuevo Código Penal la institución de la Libertad Condicional está regulada de manera un tanto diferente aunque fundamentalmente sigue teniendo el mismo carácter. Ya no es una facultad que tiene el juez para otorgarla puesto que a tenor del artículo 94 el juez ordenará la libertad cuando el reo haya cumplido la mitad de su condena si fuere primario, y a las tres cuartas partes si fuere reincidente. Desaparece el requisito que exige el Código actual de ser el delincuente primario.

Por ser muy importante, transcribo el artículo citado: "El juez ordenará la libertad condicional del condenado a más de tres años de prisión que hubiese cumplido la mitad de la pena si fuere primario o las tres cuartas partes de la misma si fuere reincidente, siempre que reúna los requisitos que siguen:

10.) Que el procesado hubiere observado buena conducta demostrada por hechos positivos durante la ejecución de la pena y esté capacitado para desempeñarse en una ocupación u oficio lícitos;

2o.) Que haya satisfecho los daños y perjuicios a que hubiere sido condenado en la sentencia u otorgado garantía suficiente para cubrir su monto, cuando no tuviere bienes suficientes para hacerlo, todo a juicio prudencial del juez."

Según lo dispuesto por el Artículo 95, la Libertad Condicional deberá ser acordada por resolución judicial en la que se especifiquen las condiciones a las que debe estar sujeto el favorecido. Estas condiciones son las mismas del Artículo 88 citado en la página 68.

El período de prueba es el mismo tanto en el Código Actual como en el nuevo Código.

La revocatoria del beneficio procederá por dos motivos, a saber:

1o.) Por la comisión de un nuevo delito doloso durante el período de prueba; Art. 97.

2o.) Por el incumplimiento de las condiciones impuestas. Art. 98.

En el primer caso es necesario que se decrete la detención provisional por el nuevo delito para que dé lugar a la revocatoria. Al decretarse el sobreseimiento definitivo el favorecido podrá seguir gozando de la libertad que le había sido revocada. Nada más lógico y concordante, desde luego, con el principio de que toda persona se reputa inocente mientras no sea condenada.

Una última observación: No me parece lógico ni justo que en caso de concurso real de delitos, el reo no pueda gozar de la libertad condicional sino hasta que empiece a cumplir la última condena; así se deduce del Artículo 76 en relación con el Art. 94. Dice el Art. 76: "En caso de concurso real de delitos se impondrá al culpable todas las penas correspondientes a los delitos que haya cometido, a fin de que los cumpla sucesivamente por el orden de su respectiva gravedad, comenzando por la pena mayor; ..."

Pongamos un ejemplo: Un reo para cometer un homicidio incurre en violación de morada; el Juez en base a los artículos 152 y 228, condena al reo a cumplir primero la pena de 12 años de prisión, y después la de un año; es decir, 13 años de prisión. Aunque la pena haya alcanzado su efecto reformador, tal reo no podrá salir en libertad condicional sino hasta haber cumplido 12 años y 6 meses de prisión.

Me parece que en este caso se vuelve nugatorio el principio que orienta la institución que comentamos, cual es de readaptar al delincuente. Lo más concordante a la finalidad de la libertad condicional es que, para efectos de su otorgamiento, ambas penas deberían considerarse una sola, pudiendo concederse en el caso planteado, a los 6 años y seis meses con el objeto de no desvirtuar ni desnaturalizar el fundamento de que hablábamos en la página 72 .

3) El Estado Peligroso

Origen y Concepto. El concepto de peligrosidad tuvo su origen en las ideas positivistas de la Escuela Italiana, para la cual, a partir de Garófalo, constituye el fundamento de la responsabilidad.

Sostienen los positivistas que no manifestando peligrosidad (temibilita), el autor de un hecho delictivo, no hay objeto en aplicarle una sanción.

Las ideas que puedan haber tenido los autores clásicos sobre peligro o peligrosidad, nada tienen que ver con la teoría del estado peligroso del delincuente, teoría que considera la peligrosidad como el fundamento del Derecho Criminal. Eusebio Gómez aclara que el concepto de peligrosidad nada tiene de común con el del "peligro corrido" de Carrara en el cual encontraba fundamento para la tentativa. No se trata, dice Eusebio Gómez, de esa potencialidad de daño, o del "hecho peligroso"; se trata, del "hombre peligroso", del hombre temible por su grado de corrupción moral o síquica.

Garófalo llama "temibilita" a aquella perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad del mal previsto que se debe temer del mismo, señalando que el antiguo criterio de la proporcionalidad de la pena debe sustituirse por el de idoneidad de medios que sirvan de freno a la naturaleza desviada del agente. Estos medios idóneos pueden ser las medidas de seguridad.

El Código de Defensa Social de Cuba (Penal) nos da un concepto de peligrosidad así: "Cierta predisposición morbosa, congénita o adquirida mediante el hábito, que destruyendo o enervando los motivos de inhibición favorezca la inclinación a delinquir de un sujeto."

Grispigni distingue la peligrosidad desde dos puntos de vista: jurídico, como es la capacidad de una persona para transformarse con probabilidad en autora de delitos; y psicológico, como es la condición psíquica de una persona en cuanto probable causa de delito. Para Biagio Petrocelli, la peligrosidad criminal, no es una cualidad, ni una propiedad, ni una capacidad, ni una tendencia, sino un complejo de condiciones.

Índices de Peligrosidad. Florian propuso como índices de la peligrosidad la personalidad del delincuente, la calidad de los motivos que la impulsaron a delinquir y el hecho mismo del delito. Para Grispigni han de ser tomados en cuenta los siguientes datos: 1) El delito cometido; 2) La conducta pre-delictual o vida anterior; 3) La conducta post-delictual; y 4) Los resultados de exámenes médico-siquiátricos y antropológicos. Por ser más completo el conjunto de elementos que para el insigne Maestro Español Luis Jiménez de Asúa constituyen los índices de peligrosidad, en términos generales, fueron adoptados en el proyecto de Código Penal de 1959 para El Salvador; son los siguientes:

- 1) La personalidad del hombre en su triple aspecto antropológico, síquico y moral;
- 2) La vida anterior al delito o al acto de manifiesto peligro;
- 3) La conducta del agente posterior al hecho delictivo o revelador de peligrosidad;
- 4) La calidad de los motivos;
- 5) El delito cometido o el acto de manifiesta peligrosidad.

La peligrosidad en nuestra legislación. El fundamento constitucional de la vigencia del estado peligroso en El Salvador lo encontramos en el Artículo 166 inc. último Cp. que a la letra dice: "Por razones de defensa social, podrán ser sometidos a medidas de seguridad reeducativas o de readaptación, los sujetos que por su actividad antisocial, inmoral o dañosa, revelen un estado peligroso y ofrezcan riesgo inminente para la sociedad o para los individuos. Dichas medidas de seguridad deben estar estrictamente reglamentadas por la ley y sometidas a la competencia del Poder Judicial."

El primer precedente del concepto de peligrosidad lo tenemos con la Ley Represiva de Vagos y Maleantes, promulgada el 17 de Junio de 1940. Esa Ley anticientífica fue derogada al entrar en vigencia la Ley de Estado Peligroso, comunmente llamada Ley de Peligrosidad, decretada

el 12 de Mayo de 1957, el Poder Judicial de la Federación predelictiva y los jueces de 18 años de edad, para su extinción el Juzgado de Peligrosidad, por lo que el Poder Judicial de la Federación por Decreto Legislativo No.2888 del 22 de Julio de 1959, extinguió el Juzgado y la jurisdicción paso a los jueces de 18 años.

El artículo 10 de la Ley de Peligrosidad establece que el juez podrá declarar como peligroso y sometidos al tratamiento de rehabilitación a seguridad, a las personas de la siguiente clase de personas: los vagabundos y mendigos habituales que no se someten para el trabajo, no ejercen ninguna profesión u oficio, los que se dedican a la venta de drogas habituales; los rufianes y proxenetas; los que se dedican a la pandemonia inclinados a atentar contra la vida o integridad física de las personas; los sospechosos de atentar contra la propiedad ajena; los tahúres; los que ocultan su verdadero nombre, ocultan su domicilio o disimulan su personalidad; los enfermos mentales agresivos que carecen de guarda o custodia; los que habitualmente y por lucro se presten a servir de testigos, etc.

El juez declarará el estado peligroso mediante la práctica de una prueba pericial relativa al estado físico y mental del supuesto peligroso y mediante dicho examen y diagnóstico será declarado como tal. También es necesario un estudio sobre la conducta del peligroso para establecer las causas sociales de su estado y el tratamiento que ha de aplicarsele.

Medidas de Seguridad. La ley determina cuatro clases de Medidas de Seguridad: 1) De detención; 2) De observación; 3) Eliminatoria; y 4) Patrimoniales. Se cumplirán en los establecimientos y lugares que determine el juez y en la forma que lo acuerde en sus respectivos casos.

Procedimiento. El expediente de peligrosidad puede iniciarse de tres maneras: de oficio, por denuncia de un particular perjudicado calificada previamente por el juez, y a petición de cualquier autoridad, pudiendo intervenir en el proceso, como partes, el Fiscal General de la República por sí o por intermedio de sus agentes auxiliares, y el presunto peligroso, su representante legal o su apoderado, y en su defecto el Procurador General de Pobres por sí o por medio de sus agentes.

Durante el procedimiento el juez deberá ordenar, cuantas veces crea conveniente, los exámenes que considere pertinentes y estarán a cargo de médicos y pedagogos en servicio libre o en organismos estatales. En cuanto a la medida aplicable el juez no está obligado a ceñirse al resultado de los exámenes.

Al concluir la información el juez debe dictar resolución declarando o no el estado peligroso. En el primer caso se calificará la categoría a que pertenezca el peligroso y se determinará la medida o medi-

das aplicables fijando o no su duración, dependiendo esto de la naturaleza de la medida adoptada.

El procedimiento durará 30 días como mínimo y 120 como máximo, dentro del cual se dictará la resolución final, que únicamente admite recurso de revisión. Este recurso puede interponerse de palabra en el acto de la notificación o por escrito en las siguientes veinte y cuatro horas.

Según los redactores del proyecto de Código Penal 1959, hay tres clases de peligrosidad: 1) Potencial, que es la capacidad de delinquir presente en la naturaleza humana. Esta no puede ser objeto de legislación; 2) Inminente, que se refiere a los sujetos que por desviaciones psíquicas, deficiencias culturales o ambientales, malos hábitos, se encuentran proclives al delito. Es la llamada peligrosidad pre-delictual. De ella se ocupan leyes especiales cuyo objeto es prevenir no castigar el delito, como la ley de Estado Peligroso y 3) La peligrosidad Evidente que es la que ya se concretizó. Se llama también peligrosidad post-delictual y debe estar regulada por las disposiciones del Código Penal. Tal es, también, la doctrina adoptada por nuestro futuro Código Penal.

Para dicho cuerpo de leyes hay cuatro clases de medidas de seguridad aplicables a sujetos post-delictuales: 1) Curativas o terapéuticas;

2) Educativas; 3) De internación o privación de libertad; y 4) Preventivas. Estas últimas son de dos clases: personales y patrimoniales.

Estas medidas como ya dejamos expresado, sólo pueden ser aplicables a los sujetos peligrosos que hayan cometido un hecho previsto por la ley como delito, y lo serán en los siguientes casos:

- 1) A quienes fueron declarados inimputables en el juicio penal;
- 2) Cuando por enfermedad mental se interrumpe el cumplimiento de la pena;
- 3) A los alcohólicos y toxicómanos crónicos que cometieren delito;
- 4) A los Semi-imputables peligrosos;
- 5) Cuando el sujeto fuere declarado delincuente profesional o habitual;
- 6) Por mala conducta durante el cumplimiento de la condena;
- 7) Cuando cumplida la sentencia, el juez estime que la eficacia de la pena ha sido nula en lo relativo a la readaptación del delincuente, fundándose para ello en la conducta viciosa del sujeto, en sus hábitos de vagancia, y en cuantos datos le hagan presumir que la pena no alcanzó el fin propuesto.

4) Retención de Incorregibles

No podemos dejar inadvertida la llamada retención de incorregibles al estudiar las instituciones que completan el aparato de la individualización penal. La individualización de la pena no significa siempre favorecer al delincuente, otorgándole la libertad al presumirse reformado; quiere decir, también, que la ley es severa con aquellos que se muestran reacios a ser reeducados o que la pena fijada demostró no ser suficiente como medida curativa. Por lo tanto, ha instituido el sistema de retención para aquellos que durante su condena observaron mala conducta, destruyendo así la presunción de su reeducación.

España fue uno de los primeros países, aunque no el único, en aplicar penas indeterminadas aún antes de la llamada "Cláusula de Retención", Carlos I y Felipe II en el Siglo XVI ordenaron a los Alcaldes del Crimen y a las Justicias de sus Reinos el envío de los condenados a graves penas corporales al servicio de galeras "por el tiempo que les pareciere" siempre que no fuese inferior a dos años. La retención indefinida de los condenados, llamada "Cláusula de Retención" fue establecida por Carlos III por Pragmática del 12 de Marzo de 1771, para los delincuentes condenados a cumplir las penas en los arsenales de Ferrol, Cádiz y Cartagena. Estos delincuentes podían ser mantenidos

en prisión, no obstante haber cumplido su condena, si su conducta peligrosa así lo aconsejaba.

El sentido de la pragmática de Carlos III queda aclarado, según Jiménez de Asúa, por la Real Orden de Diciembre de 1834 "S.M..... ha tenido a bien resolver que la cláusula de retención no condena necesariamente al penado a la continuación en el presidio por dos años más a lo menos, sino que importa solo una prorrogación indeterminada del tiempo de la pena, ... según las circunstancias de su delito y de su conducta...".

La cláusula de retención pasó a los distintos Códigos españoles y, desde luego, al nuestro que en su artículo 18 da vigencia a la llamada "Calidad de Retención" al establecer que: "Siempre que se imponga la pena de presidio o de prisión mayor, se entenderá con la Calidad de Retención por una cuarta parte más, que se hará efectiva al condenado cuando en la segunda mitad de su condena hubiere observado mala conducta, cometiendo algún delito, resistiéndose a trabajar, incurriendo en faltas graves de indisciplina o en graves infracciones a los reglamentos de la prisión."

Constancio Bernaldo de Quiros comentando las innovaciones del proyecto Montilla dice:

"10.) Y aquí está lo más interesante en este momento la retención indeterminada de los delincuentes incorregibles."

El artículo 33 del mencionado proyecto establecía que al comparecer al tribunal un individuo condenado en repetidas ocasiones y por los datos recogidos en el proceso, el juez llegará al convencimiento de que dicho individuo volverá a delinquir, por lo cual, sería conveniente retenerlo en un establecimiento especial destinado a incorregibles y propondrá esta medida al gobierno el cual al estar de acuerdo, decretaría la retención indeterminada del reincidente reemplazando la pena correspondiente a su último delito por la retención.

Se ha discutido sobre el concepto de la incorregibilidad de ciertos delincuentes. El delincuente nato en la concepción Lombrosiana era un criminal incorregible; pero actualmente muchos penalistas rechazan la idea del delincuente inaccesible por completo a la acción reformadora. Ya no se concibe la incorregibilidad como concepto inmutable. La personalidad del supuesto incorregible no es algo rígido e inflexible, sino sujeta más o menos a influencias de distinto tipo y es ahí en donde juega papel importante la individualización de la pena para esta clase de delincuentes.



CAPITULO V

- 1) La sentencia Indeterminada y el perdón judicial como formas extremas del arbitrio judicial.
- 2) Conclusiones
 - a) Ventajas y desventajas de la Individualización de la Pena.
 - b) Conveniencia de adoptarla en nuestra Legislación.

Es tendencia moderna en el Derecho Penal otorgar al juez amplias facultades para la aplicación de la ley. Ya no se le concibe como un simple aplicador matemático de las fórmulas penales, cuya única molestia consistía en consultar la ley y aplicarla. El arbitrio judicial es eso: libera al juez de las amarras con que se encuentra atado a los códigos y lo faculta para que a su prudente criterio aplique los preceptos legales sin cortapisas de ninguna naturaleza. Constituyen extremos de ese arbitrio, la sentencia indeterminada y el perdón judicial; temas, ambos, muy interesantes que merecen ser tratados con mayor amplitud, pero por la brevedad de este trabajo y por no constituir el punto central me abstengo dejando la oportunidad para que otros lo hagan.

Luis Jiménez de Asúa adopta para esta institución el nombre de "Sistema de penas determinadas a posteriori o ulteriormente determinadas" o el de "Penas de duración previamente indeterminadas". El calificativo

de sentencia indeterminada - sostiene- es el menos adecuado de todos los que se han ensayado, puesto que la indeterminación no se refiere a la sentencia, ni tampoco puede existir esa pretendida indeterminación. ¿Cómo es posible que una sentencia sea indeterminada? La sentencia debe ser precisa, concreta, bien determinada. Lo que es incierto en un principio es la duración de la pena, esta dependerá del grado de readaptación del penado. Un médico no puede jamás pretender curar a un enfermo, por ejemplo, en un año con dos meses; lo mismo que el juez no puede saber en cuanto tiempo el reo alcanzará su regeneración social.

Brockway fue el primero en usar el nombre de sentencia indeterminada (indeterminate sentences) en oposición al de sentencia determinada o prefijada (time sentences) en el congreso penitenciario de Cincinnati. Luego fue adoptado por otros criminalistas. Franz Von Liszt, Gabriel Tarde y Von Hamel proponen para designarla, el nombre de "Sentencias relativamente indeterminadas o relativamente determinadas".

Jiménez de Asúa rechaza esa denominación porque no es partidario de ninguna limitación al sistema y eso de "relativamente", significa, precisamente, una limitación.

Otros autores positivistas como Ferri la llaman "Segregación indeterminada" o "Segregación por tiempo indeterminado".

A mi parecer la denominación propuesta por Jiménez de Asúa es muy adecuada por ser la más precisa y explicativa de la naturaleza de la institución; sin embargo, hacemos notar que el nombre de sentencia indeterminada es el más generalizado y por lo tanto de fácil comprensión. Aún el mismo autor citado titula su obra, dedicada al estudio del sistema de indeterminación de penas, "La Sentencia Indeterminada".

El primero en poner en práctica el sistema de penas que estudiamos en este apartado fue Brockway en el famoso reformatorio privado de Elmira en New York, en el año de 1877. Después de este satisfactorio ensayo fue aplicado, también, en otros estados de la Unión; asimismo ha sido aplicado en Inglaterra en 1908 por medio de la "Prevention of Crime-act" en Trasnvaal, Noruega, España (con Montesinos) y otros países.

Desde el punto de vista doctrinario ha sido estudiado por muchos autores: Vitale, precursor de Beccaria, Van Hamel, Ferri y otros. En los congresos penitenciarios reunidos en Amberes en 1894, en Bruselas en 1900 y en el de Washington en 1910 fueron aprobadas ponencias relativas al asunto, habiéndose llegado a la conclusión de que constituía un gran adelanto en el camino de la individualización penal.

Como hemos insistido, modernamente, para la determinación de la pena y las medidas de seguridad ha de tenerse en cuenta además del hecho objetivo, la personalidad del autor; si ha de adaptarse e individualizarse

a éste, deben durar tanto como lo exija el fin, es decir, el delincuente dejará de estar sometido a la pena o medida de seguridad cuando se halle reformado o haya desaparecido su peligrosidad. De estas ideas surgió la sentencia indeterminada como consecuencia necesaria del principio de la individualización de la pena.

Concepto

Para Cuello Calón la expresión: "sentencia indeterminada" significa que en el momento de dictar la sentencia, el juez impone una pena o una medida sin fijar su duración de modo determinado.

El penalista argentino Juan P. Ramos nos da un concepto similar al antecedente al decir que "consiste en no determinar de antemano la naturaleza ni la duración de la pena, sino de acuerdo con la individualidad del delincuente. Esta duración dependerá del mismo reo, es decir que durará hasta su enmienda."

Desde el punto de vista norteamericano Sutherland sostiene: "Cuando el momento de liberación es determinado por un consejo administrativo y el tribunal solamente impone los límites mínimos y máximos de la pena, la sentencia se denomina Sentencia Indeterminada."

J. Barrows, citado por Jiménez de Asúa, nos da un concepto muy gráfico al decir que es el sistema "por el que se somete a una persona al régimen

penal, exactamente como se envía al hospital a un enfermo, hasta que su curación sea absolutamente completa." Y el mencionado autor español propone su propia definición de acuerdo a la denominación que el le ha dado al sistema así: "Sistema de penas determinadas a posteriori, es aquel en virtud del cual la naturaleza de la pena no se fija sino en vista de la individualidad del reo a quien se aplica, dependiendo su duración de la enmienda civil del culpable."

Fundamento y Fines

Prins sostiene que si la prisión debe curar, es un abuso soberano anticiparle un límite, del mismo modo que el médico de la definición de Barrows no puede prescribir un remedio que cure en un determinado lapso de días o meses. Es por eso que la sentencia indeterminada tiene un fundamento sólido; y reposa en una base justa desde el momento en que se acepte que es imposible para el juez determinar exactamente la duración útil de la condena en el momento de dictarla. Todos los códigos y proyectos de códigos han llegado a esta conclusión, porque prefijar la reclusión de un delincuente, dentro de las actuales corrientes penales, se ha vuelto inadmisibile por lo ineficaz.

A la sentencia indeterminada, como hemos dicho, se le asigna un fin de reforma para lograr la completa reincorporación del reo a la vida social.

Del concepto dado por Luis Jiménez de Asúa se deduce que para él la finalidad consiste en la corrección civil del delincuente y la protección de la sociedad al prolongar la detención de los individuos que continuen siendo temibles.

Clases de Indeterminación de las Penas

La Indeterminación puede ser: absoluta y relativa según tenga el juez facultad para determinar la clase de pena o medida sin límite alguno, ni máximo ni mínimo, o simplemente dispone el internamiento del condenado en un establecimiento sin fijar su duración; o si solamente tiene facultad para fijar la duración de la pena dentro de un margen previamente determinado por la ley.

En teoría -aunque ha sido objeto de críticas- muchos autores se muestran partidarios del sistema de indeterminación absoluta; no obstante las legislaciones, entre ellas la nuestra, no han querido llevar tan adelante la idea.

Las críticas de que ha sido objeto esta institución, especialmente en su grado de indeterminación absoluta, se basan principalmente en que atentan contra la libertad individual mediante el abuso del arbitrio judicial; otros ven la dificultad de saber cuando estará reformado el delincuente y, presintiendo una mala organización administrativa, prefieren no adoptar el sistema. En suma, las críticas no tienen otra base que

la mala aplicación que se podría hacer de la ley; pero no es posible rechazar una institución por el mal uso que los hombres puedan hacer de ella.

Autoridades que decretarían la liberación

Sobre este punto se han propuesto tres sistemas:

- 1) El sistema Administrativo, que consiste en dejar a la administración penitenciaria la facultad de decidir cuando el delincuente debe ser puesto en libertad;
- 2) El Judicial en el cual el juez es el encargado de decidir el momento de la liberación;
- 3) El de las comisiones mixtas formadas por las distintas personas encargadas de la tutela del reo.

Estos sistemas no pueden ser defendidos con éxito sino es después de haber observado sus resultados prácticos, dependiendo del país en que se apliquen. Para el caso, en nuestro medio no estamos preparados para el sistema administrativo ni para el de las comisiones mixtas y, aunque teóricamente son sistemas muy ventajosos, es preferible que sea el juez el encargado de esa tarea.

El Perdón Judicial

Antecedentes

Esta institución tiene antecedentes remotos en las leyes de Manú en las cuales se recomienda al rey que sustituya la multa por la reprobación cuando los enfermos, los viejos, los niños y las mujeres encinta depositen inmundicias en lugares públicos.

En el Derecho Romano se facultaba al prefecto para que, en caso de incendio por negligencia, sustituyera la pena de palos por la "severa interlocutia".

El Derecho Canónico acogió también este principio, otorgando el perdón bajo la forma de indulgencias. Posteriormente la iglesia ha utilizado la admonición canónica, que es una forma de reprobación.

La Francia revolucionaria fue la cuna de la igualdad jurídica de la cual se deriva el sistema de las penas rígidas de la misma manera que es la patria adoptiva (paradójicamente) del perdón judicial. Su primer defensor fue Bonneville de Marsangy, quien en 1864 se ocupó de la admonición represiva. En 1881 René Lajoye dedica el primer libro exclusivamente al estudio del perdón judicial. La ley Berenger da nacimiento a la condena condicional y al perdón judicial en 1891.

En Inglaterra se han dictado las siguientes leyes relativas al asunto:

"Summary Jurisdiction Act.", en 1879; "Probation of First Offenders Act.", en 1887 y la "Probation of Offenders Act." en 1907.

El Perdón Judicial ha sido incluido en numerosos proyectos de distintos países.

Concepto

De nada servirían las modernas concepciones penales si no se le otorga al juez amplias facultades de individualización y si no se le diera los medios entre los cuales él ha de hacer la selección adecuada. La cuestión del perdón judicial ya no se plantea, al decir de Antón Onega, como un asunto romántico sino como consecuencia del principio de individualización de la pena, con miras a una justicia a un tiempo más humanitaria y eficaz.

El perdón judicial consiste en la facultad que se otorga al juez, comprobada la culpabilidad del delincuente, de remitir la pena fijada por la ley basado en circunstancias excepcionales justificativas.

Esta institución no ha sido adoptada a plenitud en todas las legislaciones debido a los peligros que encierra y en todas las que la han adoptado la reservan para las faltas leves aunque, teóricamente, puede aplicarse aún a los autores de delitos graves si no ofrecen peligrosidad

Fundamentos

Antón Onega clasifica los fundamentos en tres clases:

- 1) Etico, que radica en la piedad;
- 2) Técnico, en que el perdón viene a significar la aplicación lógica y última del principio de la individualización de la pena. "Si el juez reconociendo en el delincuente una menor peligrosidad, puede suspender la ejecución de la condena, es natural que pueda perdonar por completo cuando advierta la absoluta falta de peligrosidad y la probabilidad mínima de la recaída".
- 3) Práctico, que reside en la necesidad de suprimir la ficción a que recurren los jueces para no condenar a individuos que no merecen sanción, simulando una inexistencia de culpabilidad.

El perdón judicial en nuestra legislación

En la Primera Mesa Redonda Centroamericana de Derecho Penal, celebrada en Tegucigalpa en Abril de 1960, se hicieron las siguientes recomendaciones: "d)- En relación con la sanción:

- 5) Que, hasta donde sea posible, se eliminen las penas cortas de privación de libertad, sustituyéndolas por multas. En los casos en que se mantenga tales penas.

permitir la aplicación del perdón judicial y de la remisión condicional de la condena, con mayor amplitud;

- 7) Que se adopte la amonestación judicial, como pena, particularmente en lo que se refiere a las faltas;
- 8) Que se establezca, el perdón judicial... para delinquentes primarios."

Consecuentes con esas recomendaciones, los redactores del futuro Código Penal de El Salvador incluyeron como importante innovación el reconocimiento de la institución moderna del perdón judicial, ya que han querido que se empiece a ensayar en nuestro país, en el juicio de las faltas y de su resultado satisfactorio dependerá que se amplie para los delitos.

La disposición referente al perdón judicial quedó redactada de la siguiente manera:

"Art. 497: El juez podrá perdonar judicialmente, en la sentencia condenatoria al que por primera vez comete una falta, previa amonestación por parte de la autoridad juzgadora.

El perdón judicial extingue la pena, no puede ser condicional, ni a término y no podrá concederse sino una vez para el mismo sujeto."

El perdón lógicamente pertenece al campo de la individualización judicial, puesto que sólo el juez es el único funcionario facultado para otorgarlo, según se deduce de la redacción del artículo citado.

2) Conclusiones

a) Ventajas y Desventajas de la Individualización de la Pena

La Individualización de la Pena es el alma de la doctrina penal contemporánea y es hoy admitida por todas las escuelas. No es necesario insistir en las ventajas de la institución; basta afirmar que con ella se ha llegado a un grado mayor de perfeccionamiento para el tratamiento terapéutico de los delincuentes; con ella se logran los fines primordiales que modernamente se le asigna a la pena, que son: La enmienda, reeducación y readaptación social de aquel que ha delinquido. Es por lo tanto una poderosa arma de lucha y prevención del crimen. Las Estadísticas demuestran que en los países en donde se ha adoptado la individualización penal y con ella sus instituciones complementarias, la criminalidad ha disminuido tanto como la reincidencia.

Las desventajas u objeciones principales que se han formulado en contra de la individualización de la pena se reducen principalmente a que atenta contra la igualdad jurídica de los hombres ante la ley,

dándoles un tratamiento distinto a los delincuentes, aunque hayan cometido la misma clase de infracción. Da lugar a la arbitrariedad judicial y por ende se corre el peligro de caer en un favoritismo de los jueces o encargados de la tarea individualizadora (médicos, psicólogos, etc.) que atenta, repetimos, contra la libertad individual de las personas al favorecer el sistema de indeterminación de las penas y anula el viejo principio "Nulla poena sine previae leg

b) Conveniencia de adoptarla en nuestra Legislación

Antes de entrar a analizar el punto debemos despejar la duda sobre la inconstitucionalidad del método de individualización penal. El artículo 150 Cp establece que todos los hombres son iguales ante la ley, lo cual aparentemente vendrá a ser un obstáculo para la aplicación de la individualización, pues es sabido que para ello se necesita de un tratamiento diferente para cada caso. La pretendida inconstitucionalidad es una aseveración falsa, ya que el precepto citado es una garantía de que no se otorgará a una persona trato jurídico preferente en razón de su clase social, económica, religiosa o de la familia de que procedan. Históricamente el principio surge como reacción contra las desigualdades sociales y de la época pre-revolucionaria, y no para evitar que los hombres puedan ser juzgados de acuerdo al dolo, culpa o peligrosidad mayor o menor

de sus actos. Desde el punto de vista filosófico la inconstitucionalidad también resulta falsa, pues ya se ha dicho que tratar igualmente a seres desiguales constituye la mayor desigualdad. La equidad y la justicia exige un trato desigual para seres desiguales. No se pueden tratar de la misma manera a un menor y a un adulto, a un loco y a un cuerdo, a un delincuente y a una persona honrada, al peligroso y a un hombre pacífico.

El conocimiento de la personalidad del que delinque con el objeto de adecuar el tratamiento a que estará sometido es necesario por cuanto la constitución misma, asigna como finalidad de la pena la corrección, educación y readaptación, lo que no se lograría si no es por la vía de individualización.

Un arbitrio judicial que consiste en conceder al juez libertad para individualizar la sanción dentro de un máximo y un mínimo señalado previamente en la ley es absolutamente compatible con la garantía constitucional.

Sin temor a equivocarnos podemos afirmar que es absolutamente necesario y conveniente que se adopte en nuestra legislación el sistema de individualización de la pena, conforme a las más modernas tendencias del Derecho Penal contemporáneo. Es el único medio para que disminuya la criminalidad y bajen los índices de reincidencia que, aunque no tenemos datos precisos, sabemos que son demasiado altos.

Para que la aplicación del sistema sea eficaz debe existir todo un conjunto de medios tanto materiales como personales; tales como buenos centros penitenciarios dotados de las dependencias e implementos necesarios para alcanzar los fines de readaptación de la pena (talleres, granjas, clínicas, escuelas, bibliotecas, centros recreativos, etc.); dichos centros deben reunir una población reclusa homogénea, separando los reos de acuerdo a su peligrosidad, edad, sexo, etc..

En cuanto a los medios personales se debe empezar por capacitar a los jueces en el aspecto de la especialización criminológica. Ya varios Congresos Criminológicos y Penales han tomado resoluciones favorables acerca de esta especialización, entre ellos el Congreso Penitenciario Internacional de Londres en 1925 y el Primer Congreso Internacional de Criminología celebrado en Roma en 1938. El voto adoptado por este último Congreso declaraba que la función individualizadora exige por parte del juez una adecuada preparación de las ciencias criminológicas que comenzaría en la Universidad y continuaría en Institutos especiales con arreglo a las exigencias locales.

Por otro lado se requiere también una especial capacitación del personal penitenciario, ya que actualmente los directores de prisión son personas empíricas sin ninguna preparación específica en la labor que desempeñan.



Todo esto en verdad es complicado y costoso; pero aun con el limitado presupuesto judicial, algo se puede hacer. Porque de nada sirve contar con leyes avanzadas si no se tienen los medios necesarios para ponerlas en práctica.

Confiamos en que nuestros jueces sabrán hacer buen uso de los medios de individualización, que el futuro Código Penal pone en sus manos.

Pues bien dice Jiménez de Asúa, que la lucha contra el crimen reclama hoy nuevos medios en vista del fracaso de los antiguos, deduciéndose la necesidad de individualizar el tratamiento penal del derecho que la sociedad tiene a defenderse, y del fin correccional que la pena ha de perseguir para lograr la readaptación del delincuente.

No creemos necesario insistir más sobre la conveniencia de adoptar el régimen de individualización de la pena en nuestra Legislación, cuando incluso ya se ha hecho.

Para terminar diremos con Saleilles que "Esperar que un sistema esté científicamente acabado para codificarlo, es exponerse a no hacer sino una obra histórica, un monumento de doctrina que resume admirablemente el trabajo del pasado, pero que no concuerda ya con las nuevas concepciones en vías de construcción."

A P E N D I C E

Regimen de Menores

Dividiremos este breve apéndice en las siguientes partes:

- 1) Causas de la delincuencia de menores.
- 2) Tratamiento.
- 3) Conclusiones.

- 1) Las causas de la delincuencia de menores pueden dividirse en causas endógenas o ambientales y causas exógenas o personales.
O como las distingue Cuello Calón en su obra "Criminalidad Infantil y Juvenil" en: causas de carácter familiar o hereditarias y causas de carácter social.

No se puede afirmar en cada caso concreto si la criminalidad -si así se la puede llamar- infantil y juvenil se deba exclusivamente a una u otra clase de factores. Diversos autores han estudiado este problema llegando cada quien a su propia conclusión, otorgando prioridad a una causas sobre otra: mas, casi todos concuerdan en que este problema se debe a la interacción de los distintos factores.

En términos generales las causas endógenas son las condiciones personales, que pueden ser determinantes en la comisión de actos antisociales por parte de los menores.

Entre los penalistas que han estudiado la cuestión de la delincuencia de menores, son numerosos los que atribuyen una gran influencia a los factores personales, los cuales son de diversas clases. Los hay hereditarios, verdaderos factores endógenos que radican en alteraciones pre o post concepcionales del ser humano; otros son adquiridos con posterioridad al nacimiento, como por ejemplo el alcoholismo y la sífilis.

Cuello Calón, en la obra citada, haciendo referencia a estudios llevados a cabo por César Lombroso nos dice que los gérmenes de la delincuencia y la locura moral se encuentran de manera general en la primera edad del hombre, de la misma manera que en el feto se encuentran formas que en el adulto constituyen verdaderas monstruosidades. El niño presenta verdaderos caracteres criminales: incapacidad para apreciar el valor moral de sus actos (ausencia de sentido moral), espíritu vengativo y egoísta, la crueldad, la mentira, etc.; pero todas estas manifestaciones antisociales tienden a desaparecer a medida que se desarrolla la personalidad normal del menor, subsistiendo solo en aquellos

que hereditariamente son anormales.

Estudios hechos por el mismo autor, señalaron que de los niños que presentaron caracteres físicos morbosos, poseían por lo común, un carácter moral anómalo y que descendían generalmente de padres anormales.

Las enfermedades de los padres, tienen asimismo, un considerable influjo sobre la etiología del delito infantil, especialmente las enfermedades infecto-contagiosas como la sífilis y la tuberculosis; el alcoholismo y la epilepsia, para solo citar algunas.

Entre los menores delincuentes son numerosos los hijos de padres alcohólicos. La ebriedad y el alcoholismo de los padres es determinante en la constitución tanto física como mental de los menores y por ende en su conducta antisocial.

Puede ser que uno o ambos padres estén ebrios al momento de la concepción, dañando así las células germinales. Lo mismo, durante la preñez, la madre puede absorber grandes cantidades de alcohol, determinando de esa manera un mal desarrollo del feto. Hay también padres que permanecen en un estado crónico de alcoholismo y engendran así hijos con taras físicas y psicológicas.

El factor del alcoholismo es ambivalente ya que lo es endógeno, tal como lo hemos descrito y también exógeno, dado que el alcoholismo, crónico o no, ejerce un deplorable ejemplo para los hijos.

El factor de la sífilis es considerado también de importancia en la producción de la criminalidad de los menores. Estudios médicos realizados demuestran como esta enfermedad tiene repercusiones en el momento de la fecundación y por consiguiente, en el producto engendrado. Los niños descendientes de sífilíticos presentan graves anomalías en su inteligencia y toda la gama de anomalías síquicas desde inestabilidad emocional hasta la idiocia completa.

Como dice Cuello Calón "puede afirmarse... que la constitución (sobre todo la congénita) del menor (física, psíquica y mental), es un factor de importancia extrema en la producción de esta criminalidad".

Por otra parte, existen factores de tipo ambiental o social que son fuente principal de la delincuencia de menores. Muchos jóvenes con taras hereditarias talvez no llegarán a exteriorizar una antisocial; pero expuestos a otras influencias criminógenas no tardan en hallar el camino del delito.

Entre estos factores podemos citar el ambiente familiar como de capital importancia. En nuestro medio es frecuente encontrar hogares irregulares o incompletos o simplemente ausencia de hogares. Menores que crecen en un ambiente de completa promiscuidad, constituyen la regla general. Para subrayar el problema, basta señalar que en Europa, en donde existe un nivel de vida -tanto cultural como económico mucho más elevado- esto es considerado gravísimo, con mucha mayor razón lo será en nuestro medio, en donde más del cincuenta por ciento de la población vive en condiciones infrahumanas. Es muy considerable el número de menores que convive con padres alcoholizados, inmorales, vagos, mendigos y toda clase de peligrosos y aún con madres dedicadas a la prostitución. No es raro ver en nuestras calles a menores dedicados a la mendicidad junto con sus padres o por orden de ellos.

También podemos señalar como factores exógenos de la delincuencia de menores, la influencia que sobre su débil carácter pueden tener los espectáculos públicos como el cinematógrafo, al que se ha venido a sumar desde hace relativamente poco tiempo, la televisión, que sin temor a equivocarnos podemos afirmar que cerca del noventa por ciento de los programas que transmiten son de violencia.

A estos factores y otros de menor importancia los llama Cuello Calón "Factores Familiares".

- 2) Haremos referencia en este apartado principalmente al tratamiento jurídico que se aplica a los menores infractores, por medio de la Ley de Jurisdicción Tutelar de Menores. Hasta hace poco tiempo los menores infractores estaban sometidos al ámbito del Derecho Penal. Posteriormente y en virtud del artículo 179 inc. 2º cp. que su parte final establece "La delincuencia de los menores estará sujeta a un régimen jurídico especial.", se sustrajo a los menores de las regulaciones del Código Penal, específicamente a los menores de dieciseis años, quienes quedaron sujetos a las disposiciones de la "Ley de Jurisdicción Tutelar de Menores". Más recientemente esta Ley ha sido expresamente reformada por el nuevo Código Penal en el sentido de que éste será aplicable únicamente a aquellos que al momento de la infracción penal tengan más de dieciocho años, dejando bajo la jurisdicción de la Ley Tutelar de Menores a los que no tuvieran esa edad al momento de la infracción.

Para no alejarnos más del tema que orienta la presente tesis o sea, la individualización de la pena, nos limitaremos a comentar

las medidas de la "individualización penal de menores" -valga la expresión- contenidas en nuestra ley especial de menores que pronto será sustituida por un verdadero Código de Menores.

La expresada ley tiene una finalidad eminentemente correctiva y de readaptación, por medio de tratamientos adecuados que tendrán carácter tutelar y educativo, podríamos comparar dicha finalidad con la que actualmente se le asigna a la pena y sacamos en conclusión que es la misma. No obstante, creemos que el régimen de menores plasmado en esta ley tiene dos características: represivas, en cuanto atiende al menor una vez cometida la infracción (art. 1º) con el objeto de corregir y readaptar; y preventiva, cuando aún el menor no ha exteriorizado su conducta antisocial, es decir, cuando se encuentre proclive al delito o constituya un peligro social (art. 2º).

Los tribunales de menores tienen amplio arbitrio para investigar las acciones que revistan caracteres de delito cuando sean imputadas a un menor, sin que para ello tengan que sujetarse a las reglas procesales comunes y deben atender sobre todo, como lo establece el artículo décimo, a la naturaleza del acto, a la observación del menor en su aspecto social, médico, psicológico,

siquiátrico, pedagógico (tanto como se recomienda para los adultos), de tal manera que de esos exámenes pueda determinarse la medida o medidas aplicables para su enmienda o readaptación.

En suma, el Juez de Menores debe investigar:

- 1- La personalidad antropológica, síquica y patológica del menor;
- 2- Los factores familiares y sociales;
- 3- La naturaleza de su conducta y las circunstancias que en ella concurrieren.

Esta situación tiene cierta similitud con lo establecido en el artículo 67 inc. 2º del nuevo Código Penal y aún más con la del artículo 48 del Proyecto de 1959.

Para un mejor dictamen de la individualización de la sanción, el juez deberá contar con un equipo de auxiliares técnicos como trabajadores sociales, pedagogos, sicólogos, siquiátras, etc., que le ayuden a formarse una idea lo más completa posible de la situación del menor, de tal modo que la medida que adopte sea la más conveniente. Estas medidas que van desde las más leves hasta las más severas, según sea la condición del menor, están determinadas por el artículo 23 así:

- 1) Amonestación;
- 2) Reintegración al hogar;
- 3) Colocación en hogar ajeno;
- 4) Internamiento en Escuela-Hogar;
- 5) Internamiento en Instituto Curativo; y
- 6) Internamiento en un Reformatorio de Menores.

En cuanto a los menores infractores y en virtud de diversas disposiciones de la ley, les es aplicable, como en el caso de los adultos, el régimen de la libertad vigilada, el de la suspensión de la sanción y el de la relativa indeterminación de la sanción; instituciones todas, que como ya vimos en este trabajo, son auxiliares en la individualización de la pena, especialmente la última citada, que ha tenido más aceptación para los menores que para los adultos por cuanto originalmente fue creada para ser aplicada a los menores.

Los establecimientos creados por la ley para el tratamiento de menores son los llamados "Centros de Observación de Menores". Actualmente funciona el de varones y el de hembras anexo al Centro de Readaptación para mujeres. Dichos centros deben con-

tar con sus respectivas secciones técnicas a cargo de personas especializadas que orienten al juez en su función; además, deben contar con el personal administrativo indispensable para la atención de los menores.

La ley crea también, otros establecimientos para el tratamiento de menores, estos son: la llamada "Escuela-Hogar" y los "Reformatorios de Menores".

No entraremos al análisis de otras disposiciones de la mencionada ley, por no interesar a nuestro objetivo.

3) Como conclusiones podemos señalar que:

a) Las causas de la delincuencia de menores son de diversa índole. No se puede afirmar que se deba exclusivamente a factores personales o a factores sociales, sino que, a la interacción de los diversos factores que actúan en mayor o menor grado; sin embargo, creemos que en nuestro país predominan los factores sociales, pues es evidente el estado de abandono intelectual, familiar y moral en que se encuentran millares de niños salvadoreños que tienen suficientes condiciones para salir de esa situación si se les brinda la oportunidad.

- b) Debe hacerse conciencia en los medios de difusión, sobre todo en la televisión, en el sentido de que limite al máximo la transmisión de programas que nada tienen de educativo y sí mucho de violencia y deplorable enseñanza para la niñez.
- c) Dado el natural vigor y actividad infantil y juvenil, se debe encausar dichas energías hacia actividades que redunden en su beneficio, como las deportivas, artísticas, de ayuda comunitaria, etc.
- d) Debe crearse instituciones de ayuda y protección especial para la infancia en situación de peligro.
- h) Ante todo, debe dársele a la Ley de Menores un carácter eminentemente preventivo, ya que previniendo la delincuencia de los menores y corrigiendo su conducta, estaremos combatiendo, desde ya, la delincuencia del adulto. El auge de la delincuencia en un país está en relación directa con la delincuencia infantil y juvenil; de tal manera que previniendo ésta, estaremos atacando aquella.

BIBLIOGRAFIA DEL APENDICE

- | | |
|----------------------|--|
| Eugenio Cuello Calón | "La Delincuencia Infantil
y Juvenil" |
| Ramón Rojas Corrales | "La Infancia Delincuente en
Costa Rica" |
| Julio Peña Núñez | "Menores en Situación
Irregular" |
| Pere Foix | "Problemas Sociales del
Derecho Penal" |
- "Curso de Especialización de Jueces de Menores", publicación
del Instituto Interamericano del Niño.

B I B L I O G R A F I A

- 1) R. Saleilles. "La Individualización de la Pena".
- 2) Luis Jiménez de Asúa. "El Nuevo Código Penal Argentino"
"La Sentencia Indeterminada"
"El Estado Peligroso".
- 3) Juan P. Ramos. "Curso de Derecho Penal" T. III Penología
- 4) Eugenio Cuello Calón. "La Moderna Penología" T. I (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y Medidas. Su Ejecución)
- 5) José Enrique Silva. "Introducción al Estudio del Derecho Penal Salvadoreño".
- 6) Enrique Ferri. "Principios de Derecho Criminal".
- 7) Carlos Fontán Balestra. "Tratado de Derecho Penal" T. III Parte General.
- 8) Ricardo C. Núñez. "Derecho Penal Argentino".
- 9) Primitivo Gonzáles del Alba. "La Condena Condicional".
- 10) Guillermo Cabanellas. "Diccionario de Derecho Usual".
- 11) Enciclopedia Jurídica Española T. XVIII.
- 12) Proyecto de Código Penal de 1959 para El Salvador.
- 13) Proyecto Peco para Argentina.
- 14) Nuevo Código Penal de El Salvador