

El delincuente en el Código Maúrtua

Manuel G. Abastos
Profesor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Revista de de Derecho y Ciencias Políticas
Año II, n° I (p. 8 – 43), II (p. 306 – 322), y III (p. 726 – 750)
Lima 1937-38

(p. 8) Maúrtúa fue autor exclusivo de la reforma penal. Su ponencia parlamentaria de 1916 tímidamente influida por el anteproyecto suizo de 1915, es una transacción con la escuela clásica. Con mejor propósito reformista su proyecto de 1921, más directamente inspirado en los anteproyectos suizos de 1916 y 1918, incluye instituciones y resortes de política criminal omitidos en el anterior. Y es este segundo proyecto, de ágil y moderna arquitectura, el que después de sufrir ligeras enmiendas por parte de la Comisión Reformadora, que atinadamente había llamado a Maúrtúa a su seno, se convierte en 1924 en la vigente ley.

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

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

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

De filiación netamente clásica, el Código de 1863, cortado en el patrón francés de 1810, concebía el delito como una acción u omisión voluntaria y maliciosa penada por la ley. El delincuente **(p. 9)** era en él –tal como lo pinta la certera frase de Ferri- nada más que un “maniquí animado sobre cuya espalda el Juez pega el número para la ejecución de la sentencia”¹.

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

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

¹ Ferri.- Sociología criminal.- T. I.- Introducción, pag. 15.

I.- Imputabilidad y responsabilidad

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

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

(p. 10) Causas de inimputabilidad

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

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

Enfermedad mental

Idiotéz

Una grave alteración de la conciencia

Fuerza irresistible

Miedo insuperable

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

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

Un código que mirando al porvenir la incorporado la noción del "peligro social" (art. 51, 83 y 89), no debía haber adoptado la fórmula psicológica de la responsabilidad, por ser un rezago de vieja escuela susceptible de hacer perdurar embrollados problemas de psicología y de metafísica eliminados ya del área (p. 11) penal. Preferible habría sido adoptar la fórmula biológica de Stoos, que hace depender la irresponsabilidad de una causa de hecho: la enfermedad mental, la idiotéz o una grave alteración de conciencia. Causa que, una vez comprobada por la pericia médica, obliga al Juez a declarar la irresponsabilidad, sin que sea necesario averiguar si el estado permanente o transitorio del autor del delito ha sido o no causa directa de éste, o si el agente pudo o no comprender lo injusto de su acción para determinarse o no a realizarla.

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

² J. P. Ramos,- Introducción a La Reforma penal argentina por José Peco, pag. XXII.

discernimiento. La investigación del discernimiento es, pues, además de difícil, inútil y susceptible de inducir a error.

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

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

Sería inútil buscar en la regla del art. 83 de nuestro Código- *el agente de infracción no intencional ni culposa será también reprimible en los casos de peligro social, cuando la ley lo prescribe expresamente, substituyendo a la pena la medida de seguridad o educativa más adecuada determinada por la ley* -un precepto semejante al del art. 18 del Proyecto Ferri, porque , mientras éste es norma genérica que no tiene más excepción que **(p. 12)** las causas de justificación, aquella es norma restrictiva que funciona sólo "*cuando la ley lo prescribe expresamente*".

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

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

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

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

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

(p. 13) Causas de justificación.

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

1°.- *Legítima defensa*

2°.- *Estado de necesidad*

3°.- *Ejercicio de un derecho*

4°.- *Cumplimiento de deberes de función o de profesión*

³ José Peco.- La reforma Penal en el Senado, pag.329.

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

5°.- *Ejecución de una ley*

6°.- *Obediencia jerárquica*

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

1°.- *Móvil no egoísta* (homicidio-suicidio, art. 157)

2°.- *Causar un mal para evitar otro mayor* (aborto terapéutico, art. 163)

3°.- *Omisión por causa legítima* (omisión de auxilio por razón de riesgo personal, art. 183).

4°.- *Evitar un mal grave a sí propio o a otro* (allanamiento justificado de domicilio, art. 231).

Causas atenuantes.

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

1°.- *Eximentes incompletas*, o sean todas las del art. 85;

2°.- *Error de hecho y de derecho* (art. 87);

3°.- *Ignorancia de la ley penal* (art. 87);

4°.- *Arrepentimiento activo* (arts. 96 y 334, 5° apartado);

5°.- *Delito imposible* (art. 99);

6°.- *Emoción violenta* (arts. 153 y 154)

7°.- *Edad juvenil* (art. 148)

8°.- *Preterintencionalidad* (lesiones, art. 167);

9°.- *Vindicación de ofensa grave* (duelo, art. 178, inc. 2°).

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

Decía este último en su art. 9, inc. 1°: “son circunstancias atenuantes las comprendidas en el título anterior (que incluye las eximentes) cuando no concurren en ellas todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad, o no sean plenamente probadas” (p. 14). Y dice el vigente código en su art. 90: “en los casos del art. 85 (que contiene las eximentes) cuando no concurren los requisitos, necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el Juez podrá disminuir la pena prudencialmente hasta límites inferiores al *mínimum legal*”. Los *casos del art. 85* son las causas de inimputabilidad y de justificación ya enumeradas.

Como se vé, las disposiciones son semejantes, y sólo se diferencian en el mayor arbitrio judicial concedido por la segunda. No todas las causas de exención son susceptibles de convertirse en atenuantes. Siguiendo la doctrina Silvela- y adaptándola al sistema de nuestro código –podemos clasificar las eximentes de la siguiente manera:

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

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

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

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

No debe olvidarse, además, que las diversas circunstancias “*constitutivas o modificadoras del delito*”, que el art. 51 recomienda para la debida individualización penal y que radican unas en el hecho delictuoso y otras en la personalidad del agente, pueden **(p. 15)** producir el efecto tanto de atenuar de agravar la pena.

II.- Clasificación de los delincuentes

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

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

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

Enfermos mentales

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

El concepto “enfermedad mental” es muy vasto. En amplitud abarca desde las formas complejas de alineación hasta las **(p. 16)** formas simples de anormalidad. Por lo mismo, llama la atención que la fórmula del inc. I. ° del art. 85 incluya, en segundo término, a los *idiotas*⁷ y en tercero, a los que delinquen en *estado de grave alteración de la conciencia*, terminología que responde a una nomenclatura psiquiátrica ya sobrepasada. En giro técnico, el primer término es eliminador de los otros dos. Mejor empleado sería el término *alineación mental* que, siendo más conveniente a los fines de la individualización penal.⁸

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

⁵ José Peco.- La reforma penal en el Senado, pág. 315.

⁶ Ibidem.

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

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

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

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

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

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

La medida de seguridad no es absolutamente obligatoria. El art. 89 la impone previas dos condiciones: 1º, que el (p. 17) irresponsable ofrezca peligro para la seguridad o el orden públicos; y 2º, que el internamiento sea necesario.

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

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

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

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

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

(p. 18) Es de advertir que un *hospital* o un *hospicio* no son lugares apropiados para internación, colocación o tratamiento de delincuentes alienados, salvo que por *hospital* se entienda *manicomio*. Preferible habría sido emplear este último término que designa con claridad el tipo de establecimiento que la doctrina y los textos de muchos códigos recomiendan para estos fines.

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

El art. 93 no ha puesto en manos de *peritos oficiales* el examen de los delincuentes alienados. “El Juez o el Tribunal dice simplemente este artículo-ordenará el examen por peritos de los inculcados cuyo estado mental se preste a dudas y, en todo caso, de los epilépticos o sordo-mudos”. Son, pues, *peritos no oficiales* los que deben informar “sobre el estado mental” del delincuente y expresar “si produce el internamiento en un hospital o en un hospicio o si hay peligro para la seguridad o el orden

públicos". La reforma penal propuesta por el Senado argentino hace intervenir en estos casos a "peritos oficiales"⁹, lo que garantiza el acierto del juez en la aplicación de la medida.

El art. 94 encomienda a "la autoridad administrativa"-¿qué autoridad es ésta?- la ejecución de las medidas de seguridad, y faculta al juez para hacerlas cesar "cuando la causa haya desaparecido", oyendo antes al Ministerio Público y previo dictamen de peritos. De modo que si la causa no desaparece ¿el internamiento, tratamiento o colocación serán absolutamente indefinidos? Aún cuando nuestro código carece de una fórmula cabal del *estado peligroso* hay que suponer que sí. A este respecto merece elogio la fórmula adoptada por la Comisión Reformadora del Senado Argentino, que establece que, "en caso de absolución por enajenación mental, tribunal ordenara que se interne al agente en un manicomio, del que no podrá salir sino por resolución judicial, con audiencia del Ministerio Público, previo dictamen de peritos oficiales que declaren hacer desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás".(p. 19)

Delinquentes de responsabilidad restringida.

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

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

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

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

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

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

Como se vé, la ley concibe primero, la responsabilidad restringida a base de la ausencia de los requisitos que son necesarios (p. 20) para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, aplicando a este tipo de responsables un pena atenuada. Y luego cuando uno de los irresponsables del inc. 1. ° del art. 85, convertido en delincuente de responsabilidad restringida por virtud del anterior sistema, resulta peligroso, desplaza el principio de atenuación por el criterio defensista, suspendido la ejecución de la pena y sustituyendo ésta por la medida de seguridad.

La ley emplea terminología impropia y contradictoria al llamar delincuente de responsabilidad restringida al sujeto a quien, por su peligrosidad, hace objeto de una medida de seguridad de

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

¹⁰ El antecedente de esta manera de concebir la llamada responsabilidad restringida lo encontramos en el art. 11 del anteproyecto suizo de 1913, que a la letra dice: "El Juez atenuará libremente la pena, cuando por consecuencia de una perturbación de la salud mental o de la conciencia, o por efecto de un desarrollo mental incompleto, el delincuente no poseyere. en el momento de obrar la plena facultad de apreciar el carácter ilícito de su acción o de determinar sus actos con arreglo a dicha apreciación".

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

duración indeterminada, que puede ser todavía complementada por la ejecución de la pena, una vez desaparecida la causa que determinó su suspensión (art. 98).

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

1. º Enfermos mentales con perturbaciones no muy graves y discernimiento limitado (¿alineación incompleta?)
2. º- Idiotas con perturbaciones no muy graves y discernimiento limitado.
3. º- Sujetos que delincan en estado de alteración de la conciencia que no sea grave y de discernimiento incompleto.

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

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

La Psiquiatría ha comprobado que, entre el individuo normal y el alienado, hay un grupo heterogéneo y vasto de sujetos patológicos. O, mejor dicho, que, entre la alienación y la salud, (**p. 21**) se interpone la *semi-alienación*, realidad clínica indiscutible que, sin ser tipo nosológico definido, incluye una categoría de estados anormales, diferentes entresi. Los técnicos reúnen en este grupo a los epilépticos sin sicosis, histéricos, psicasténicos, neurasténicos graves, débiles de espíritu, desequilibrados de franca constitución psicopática, degenerados con perversiones instintivas, etc. A estos semi-alienados hay que agregar, por razón del peligro que ofrecen, el doliente grupo de los morfímanos, cocainómanos, eterómanos y alcoholistas crónicos impulsivos.¹¹

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

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

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

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

El régimen punitivo concebido por el art. 91 para los semi-alienados, es mixto y se compone de penas y medidas de seguridad. Acreditada la peligrosidad del agente, el Juez suspenderá la ejecución de la pena e impondrá la medida de seguridad, consistente en internamiento en hospital u hospicio. De todos modos, (**p. 22**) el delincuente deberá pasar primero por el hospital u hospicio y después por el penal.

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

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

Es plausible la absoluta indeterminación de la medida de seguridad, por ser conforme a su naturaleza¹². Pero una vez cumplido su fin curativo, es inaceptable que, en seguida, se ejecute la pena, así sea breve su medida, sobre todo si se ha de ser en una cárcel común. El régimen mixto- según dice Jiménez de Asúa- equivale "a una penalidad por partida doble y a olvidar por completo el principio *pro-reo*"¹³. Además, nuestra ley no se cuida de establecer expresamente- como lo hace el anteproyecto suizo de 1915- que la duración del internamiento, tratamiento o colocación deberá ser computado para la extinción de la pena, sino que deja al arbitrio judicial la medida de ésta. Lo que expone al Juez a incurrir en arbitrariedad.

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

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

Pero si el fundamento de la imputabilidad de los semi-alienados (**p. 23**) es su estado peligroso, el único régimen conveniente para ellos es la internación o colocación en establecimientos especiales, exentos de todo aparato expiatorio. Es erróneo sostener con Grasset, que, porque el semi-loco es, al mismo tiempo, un culpable al que hay que castigar y un enfermo al que hay que curar, le conviene tanto la prisión como el asilo.

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

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

Alcoholistas habituales.

"Tratándose de delitos reprimidos con prisión perpetrados por un ébrio habitual¹⁵, que al delinquir se hubiera hallado, o nó, en estado de embriaguez, el juez podrá ordenar, previo dictamen se coloque al condenado en una casa de tratamiento y de trabajo.

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

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

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

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

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

En esta regla el Código no hace mención de la embriaguez accidental o fortuita, sino de la *habitualidad* en el uso de bebidas alcohólicas, dejando como es de suponer librado al arbitrio judicial **(p. 24)** el precisar, con carácter previo, en cada caso, y en vista de las circunstancias, la existencia del hábito alcohólico.¹⁶

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

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

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

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

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

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

El régimen penal establecido para los alcoholistas responsables comprende:

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

El Juez *puede ordenar*, previo dictamen de peritos idóneos, que después de la ejecución de la pena se coloque al condenado en una casa de tratamiento y de trabajo. Este régimen supone que hay alcoholistas habituales cuya readaptación puede lograrse con sólo la privación de la libertad en cárcel, y alcoholistas habituales a quienes conviene, después de la pena privativa de libertad, la colocación, en casa de tratamiento y de trabajo, seguramente por no haberse **(p. 25)** obtenido totalmente su readaptación. Si el primer supuesto es absurdo, el segundo lo es más.

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

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

La equivocada doctrina de nuestro Código tiene su fuente en el art. 42 del Anteproyecto suizo de 1918, que a su vez reproduce el texto del art. 44 del Anteproyecto de 1915. Conviene advertir que esta doctrina difiere de la sentada de Stoos. Efectivamente el proyecto de 1908 establecía en su art.

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

33 que cuando el condenado a prisión fuera un bebedor habitual que cometiere delito a consecuencia del vicio alcohólico, el Juez *podría optar* entre la pena de prisión y el internamiento en un asilo según *fuera o nó curable* el condenado. Transcurrido en un cierto tiempo, dos años como máximo, el Juez debería decidir si el bebedor delincuente *cumplirá, y en qué medida*, la pena impuesta. Quiere decir, pues, que en uso de este criterio optativo, el juez podría imponer indistintamente la pena o la medida de seguridad, y aplicar aquélla después de ésta. Resalta la diferencia, si se compara este precepto con el del art. 41 de nuestro código.

El régimen previsto en el primer apartado del art. 41, es aplicable únicamente a los alcoholistas habituales que hayan cometido delitos que la ley reprime con pena de prisión. Semejante **(p. 26)** restricción parece indicar que cuando el delito merezca pena de penitenciaría, por ejemplo-lo cual supone una mayor anormalidad y peligrosidad en el delincuente, entonces será aplicable el régimen que el segundo apartado del artículo prevé para el alcoholista judicialmente declarado irresponsable, régimen que consiste pura y simplemente en colocación en casa de tratamiento y de trabajo.

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

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

Está muy bien este régimen de libertad controlada. Y es ajustado a la buena doctrina el declara tácita, si no expresamente, **(p. 27)** que es sujeto especialmente peligroso el alcoholista que, después de haber sido objeto de colocación, hasta por el máximo de dos años, reincide en el vicio de la bebida, aunque nó en el delito. Pero ¿nó es verdad que a este reincidente, que ya es un alcoholizado crónico, no podrá tenersele en la casa de tratamiento por un período de sólo dos años como máximo? El art. 41 no señala plazo al nuevo ingreso; mas es aconsejable, en este caso, una colocación indeterminada.

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

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

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

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

Es lógico que el limite de dos años como máximo de colocación no rija para el alcoholista irresponsable, pues, de lo contrario, habría evidente contradicción entre el segundo apartado del artículo 41 que se remite expresamente a las disposiciones **(p. 28)** del Título X, y el art. 94 de este título-casi el único pertinente-que dá a la medida de seguridad duración indeterminada.

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

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

Ambientales. - (Ociosos, malvivientes).

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

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

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

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

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

« Art. 1.- Vago es todo individuo que, careciendo de bienes y rentas, no ejerce profesión, arte ni oficio; ni tiene empleo, destino, industria, ocupación lícita u otro medio legítimo ni conocido de subsistencia; o fingiendo tenerlos, carece de habitación; o, teniendo por suya la perteneciente a distinta persona, vive de la tolerancia o complacencia, sugestión, sujeción, tiranización o explotación de esta última.

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

Art. 3 -Son también vagos:

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

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

3.- Los que viajan sin recursos;

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

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

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

(p. 29) Como se vé, este artículo no nombra expresamente al rufián, al tahúr, al mendigo, ni al vago. Pero es indudable que todos ellos están él incluidos, y que la represión prevista es la que corresponde a esta clase de sujetos peligrosos.¹⁹

El régimen del artículo exige:

(p. 30) I. °- Que el delito cometido sea consecuencia del desarreglo o de la ociosidad en que hubiere vivido el culpable;

2. °-Que el delito merezca pena de prisión.

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

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

La restricción en la aplicación de la medida de seguridad por razón de la pena correspondiente al delito, no es justificable. Prácticamente, desde el punto de vista de la causalidad del hecho-vagancia, mendicidad, rufianismo, etc.-no hay diferencia entre el que comete un delito reprimible con penitenciaría. ¿Por qué hacer sólo al primero objeto de la colocación en casa de trabajo y nó al segundo? Uno y otro son sujetos peligrosos, y, teniendo la peligrosidad de ambos un común origen, el criterio para aplicar el régimen del art. 42 no debe ser la pena que perezca el delito, sino la causa u origen de éste. El vago puede robar sólo, aisladamente, fuera del circulo de influencia de otros delincuentes, y puede robar en calidad de afiliado a una banda. En el primer caso, cabe imponer le pena de prisión y, por suspensión condicional de ésta, la colocación en casa de trabajo; en el segundo caso, debe imponerse necesariamente pena de penitenciaría, por reputarse al autor "Especialmente peligroso" (art. 239). ¿Cuál el la diferencia substancial entre uno y otro caso? Yo no la alcanzo, ya que la peligrosidad de uno y otro sujeto tiene la misma fuente; (p. 31) y lo importante es la readaptación es la readaptación de los culpables, y nó su represión *material*.

La fórmula de la reforma argentina:" el autor de *un delito* que viva en estado de vagancia, etc.", es por tanto, técnicamente superior a la nuestra Código. *Un delito* equivale a cualquier clase de infracción,

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

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

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

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

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

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

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

grave o leve, contra la vida o contra la propiedad. Lo que presta unidad a los delitos de los ambientales y sirve de base para su represión, es la causa que los explica, y nó la penalidad abstracta que pueda en nuestro código, como en todos los códigos modernos, el sistema represivo reposa sobre el inapreciable principio de la individualización penal.

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

Según el art. 42, el juez puede-una vez practicada la investigación ya referida,-suspender condicionalmente la ejecución de la pena de prisión impuesta al malviviente y colocar a éste, por el mismo tiempo de lo condena, en una sección especial de una escuela de artes y oficiosos²¹ o en una casa de educación por el trabajo; como puede también ordenar de hecho, y a consecuencia de la investigación, que la dicha pena de prisión se ejecute. Lo que significa que al juez le es dado elegir entre una pena como la de prisión y una medida de seguridad como la colocación en casa de trabajo.

Este sistema está en pugna con las modernas ideas penales, que teniendo en cuenta que los delitos de los malvivientes se explican por la falta de hábitos de trabajo, aconsejan de modo exclusivo la colocación en casas destinadas a crear dichos hábito. La prisión mejor dicho, nuestras prisiones, están organizadas de manera que en ellas el fomento del ocio prevalece sobre el del trabajo. Los malvivientes salen de nuestras cárceles, después de **(p. 32)** varios años de segregación, tan poco habituados al trabajo como cuando ingresaron en ellas.

Igual disconformidad entre la doctrina y el art. 2 se nota en lo que respecta al siguiente precepto del propio artículo:” Si después de tres meses queda demostrado que el condenado es incapaz de aprender a trabajar, la autoridad del establecimiento lo manifiestara al juez para que ordene la ejecución de la pena pronunciada”. Tras meses como período de prueba para un sujeto que tal vez no ha trabajado en toda su vida, es tiempo bien escaso. Además, la ejecución de la pena de prisión en el caso del malviviente que en el espacio de tres meses no ha demostrado aptitud para el trabajo, importa el desconocimiento de la personalidad del delincuente, y la devolución al seno de la sociedad, a plazo viviente en la casa de trabajo debe ser indefinida o, lo que es lo defender a la sociedad contra delincuentes peligrosos que, por la defectuosa manera como está concebida su represión, figuran entre nosotros con las más altas cifras de reincidencia.

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

El régimen de la colocación según el art42, es como sigue:

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

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

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

El beneficio de la libertad condicional es aconsejable siempre que no se pierda de vista el hecho de la peligrosidad. Un malviviente de peligrosidad leve, que ha logrado adquirir hábitos de trabajo que pueden reputarse permanentes, deberá ser liberado condicionalmente. Pero un sujeto que no mostrara sino muy débiles signos de readaptación, debería permanecer en la casa de trabajo hasta que élla fuese efectiva. De esta manera **(p. 33)** la medida tendría un elasticidad adecuada al grado de reacción moral favorable observada por los funcionarios del establecimiento, en cuyas manos reposa por entero el éxito de un régimen cuyo mecanismo es de todas veras delicado.

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

El artículo no señala término a la libertad condicional o más propiamente al período de prueba del liberado²². A falta de disposición expresa, se entiende que el juez está facultado para fijar, en cada caso, la duración de dicho período, el cual podría extenderse por todo el resto de la pena, hasta su total extinción, conforme a la regla genérica contenida en el art. 58.

Reincidentes.

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

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

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

“No se computaron las condenas por faltas, ni por delitos culposos, ni por los exclusivamente militares, ni por los político-sociales no cometidos con homicidio, incendio o saqueo”. (art. 11)

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

1. °- Haber *sufrido* el culpable, en todo o en parte, una condena a pena privativa de libertad, entendiéndose que la remisión de la pena por vía de gracias equivale a su ejecución.
2. °- Que la condena haya sido impuesta por tribunal nacional o extranjero, y, en este segundo caso, que el hecho materia de la sentencia sea punible en el Perú.
3. °- Que la condena no se refiera a faltas, ni a delitos **(p. 34)** culposos, militares o político-sociales, salvo que estos últimos hubiesen sido cometidos con homicidio, incendio o saqueo.
4. °- Que antes de pasar cinco años el sujeto incurra en otro delito también reprimible con pena privativa de libertad.

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

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

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

Es igualmente causa de elogio que se excluya del cómputo, -para el efecto de establecer la reincidencia-delitos que no traducen un verdadero carácter criminal como son los culposos, **(p. 35)** y, muy especialmente, los militares y político-sociales cuando no atentan contra la vida o la propiedad individual.

Pero es censurable que, en pugna con principio de la defensa social, nuestro legislador haya establecido un requisito como el de la prescripción, que permite redimir el estado de reincidencia por

²² El art. 41 del anteproyecto suizo de 1918 señala un año al período de prueba.

²³ F. Carrara.- Programma.- pág. 742, nota 1.

razón del tiempo transcurrido. Supone el art. 111 que el que comete nuevo delito pasados cinco años de la comisión del primero, no es reincidente. Abraza de este modo el código la tesis de los que sostienen que así como prescriben la acción penal a la pena, también debe prescribir el antecedente del delito, si una vida posterior honrada ha demostrado la enmienda del sujeto. Semejante inconsistente doctrina es la que Crivellari exponía decidiendo, de un lado, que la ineficacia de la pena anterior queda eliminada o pierde bastante fuerza cuando se vé que ella bastó a tener por mucho tiempo al sujeto "en la vía de lo justo y lo honesto", y agregando, de otro, que si después de largos años aquel vuelve a delinquir, "el nuevo delito debe atribuirse a causas enteramente nuevas, mas que a la obstinación de su naturaleza y a la indiferencia del sufrimiento experimentado".

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

Florián está en lo cierto cuando afirma que el tiempo transcurrido no debe tomarse en cuenta porque la reincidencia sirve para conocer el carácter del delincuente, y porque el nuevo (p. 36) delito destruye radicalmente la presunción de enmienda y de rehabilitación que podría nacer del largo tiempo corrido. Esta es la doctrina defendida por la escuela positiva, partidaria del sistema de perpetuidad contrario a la prescripción, y que por boca de Garofalo y Nicéforo sostuvo que la reincidencia *no puede sujetarse a ningún término*, y que la tendencia al delito, si reaparece después de muchos años, demuestra su profundo arraigo.

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

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

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

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

Esta clasificación de los reincidentes puede parecer arbitraria; pero está ajustada a la letra del Código y no riñe con la doctrina. Contra lo opinado por Jiménez de Asúa²⁴, creo que en el art. 113 de nuestro Código se aloja la figura de la *reincidencia* y no la del *habitualidad*, la cual está claramente instalada en el art. 116. En forma que no admite duda, y después de definir la reincidencia simple en la regla general del art. 111, nuestro legislador ubica en el texto del art. 113 una fórmula que comprende el caso de la reincidencia *múltiple* que no configura *habitualidad* y el caso de la reincidencia *simple* que por la peligrosidad del sujeto evidenciada en el delito dá mérito a la imposición de la (p. 37) medida de seguridad. No cabe, pues, aceptar que el legislado dedicara a los *habituales menos peligrosos* el art. 113 y a los *habituales especialmente peligrosos* el art. 116. Una semejante clasificación de los habituales, posibles en la doctrina, parece no estar presente en nuestro Código. En cambio, de acuerdo con el espíritu de éste, es lógica la distinción entre reincidencia simple y reincidencia múltiple, como es lógico que, en caso de reincidencia simple agravada por la naturaleza del nuevo delito, apele a la medida de seguridad en vez de aumentar cuantitativamente la misma pena.

²⁴ Luis Jiménez de Asúa.- Derecho Penal en la República del Perú.- pág. 52.

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

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

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

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

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

(p. 38) En el caso de reincidencia múltiple inscrita en la primera parte del art. 113, se aplica, atendiendo a la peligrosidad del sujeto, la relegación en colonia penal estatuida para el primer caso de reincidencia simple. A primera vista no se explica por qué la ley califica como *reincidente* y no como *habitual*, al sujeto capaz de atraer sobre sí *tres penas privativas de libertad*.²⁵ Más si se advierte, de un lado, que la reincidencia puede ofrecer diversos grados intermedios?? de peligrosidad, antes de llegar a la habitualidad, y, de otro, que pueden darse casos de reincidencia múltiple que no constituyan hábito de deliro, como ocurre en ciertos delitos leves en los que la reiteración de la conducta delictuosa es ocasionada por la persistencia de ciertas condiciones externas, más bien que por una tendencia obstinada a la criminalidad, que es lo que determina el *hábito de delinquir*, se cae en cuenta que la ley ha hecho bien en distinguir el caso de reincidencia múltiple incluido en el art. 113, del caso de la habitualidad configurando en el art. 116, estableciendo, como quería Ferri, “medidas de defensa social apropiadas a su diferente estado peligroso, estado naturalmente más grave en los criminales habituales”.²⁶

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

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

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

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

(p. 39) 2. ° A adquirir la propiedad de los terrenos que cultiven, por el precio y en el tiempo y forma que prescriben los reglamento del Poder Ejecutivo.

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

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

²⁶ Ferri.- Relazione, pág. 63.

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

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

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

Habituales.

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

Sin embargo, son muchos todavía los códigos modernos que adoptan el sistema-al parecer transitorio-de instalar el viejo concepto de reincidencia junto al de habitualidad. La razón que tienen para hacerlo-y este es sin duda el criterio seguido por nuestro legislador-es que hayan dejado de ser sujetos sin personalidad de Derecho Penal, o sea que respecto de ellos cabe el supuesto optimista de que la pena aún no ha fracasado; y hay reincidentes cuyas acciones criminales constituyan “la trama casi (p. 40) cotidiana de su existencia”²⁸ y son la expresión de un estado personal: la *habitualidad*, sobre el cual la pena, aún agravada, no tiene ningún poder intimidatorio, siendo de necesaria aplicación la medida de seguridad.

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

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

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

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

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

1. º- El delincuente por tendencia a los delitos de sangre o de violencia o contra la propiedad, que antes o después de la condena reitera su acción criminal.
2. º- El delincuente que habitualmente comete delitos (p. 41) no graves, especialmente contra la propiedad, por ingénita repugnancia al trabajo metódico.

²⁷ Luis Jiménez de Asúa y José Antón Oneca.- Derecho Penal.- T. I.- pág. 414.

²⁸ Ferri.- Relazione, pág. 63.

²⁹ Ibidem.

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

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

La regla que consagra a los habituales, dice:

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

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

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

El índice legal-objetivo y numérico- está constituido por el hecho de la reiteración en más de tres delitos cometidos en tiempos diversos e independientes unos de otros y reprimidos con penas privativas de libertad, de las cuales una por lo menos debe ser penitenciaria o relegación, no habiendo el delincuente cumplido todavía ninguna condena; o por el hecho de la reincidencia que haga merecer al delincuente, por tercera vez, penitenciaria o relegación. (p. 42) Esta equiparación del reiterante con el habitual la justifica Ferri afirmando que "la antropología criminal ha establecido claramente que tanto la peligrosidad genérica como la peligrosidad específica de la habitualidad pueden igualmente constatarse en los delincuentes que han evitado las condenas precedentes".³²

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

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

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

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

Igual unanimidad exige el artículo en la imposición de la medida de seguridad -relegación de penitenciaría agrícola por tiempo absolutamente indeterminado no menor que el máximo de la pena correspondiente al delito-, cuya larga duración concuerda con el carácter de los habituales,

³⁰ Ferri.- Relazione, pág. 67.

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

³² Ferri.- Relazione, pág. 68.

verdaderos "incapaces de Derecho Penal", cuya libertad constituya un peligro social **(p. 43)** permanente."Para imponer la relegación indeterminada en los casos de este artículo... se requiere, asimismo, unanimidad en la sentencia" (art. 116).

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

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

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

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

"El Juez someterá al liberado a un patronato y podrá imponerle ciertas obligaciones. Si en el transcurso de tres años el liberado comete un nuevo delito, o se substraer obstinadamente al **(p. 44)** patronato, o infringe las obligaciones impuestas, el juez podrá ordenar su reingreso en la penitenciaría agrícola".

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

1. °- Calificación previa de la peligrosidad atendiendo a los índices legales y psicológico.
2. °- Medida de seguridad de carácter absolutamente indeterminado, con duración que en ningún caso puede bajar de los seis años.
3. °- Régimen especial de trabajo.
4. °- Liberación facultativa, condicional y sujeta a normas de conducta.

Conviene anotar que el legislador olvidó la teoría de la habitualidad al prefiar?? en la parte especial las figuras del delito y señalarles su sanción. Así, por ejemplo, al *habitual en el delito de robo*, el art. 238 le aplica pena de penitenciaría no mayor de diez años o *prisión no menor de seis meses*. Esta sanción mínima no es por cierto la que corresponde a una forma de habitualidad demasiado frecuente entre nosotros y desde luego peligrosa. Su aplicación, con olvido de las reglas de la parte general, tiene que facilitar el aumento de esta clase de delincuencia. **(p. 306)**

Ocasionales

Los *ocasionales* constituyen un tipo opuesto a los *habituales*. Mientras en éstos se manifiesta una persistente tendencia criminal, signo de inequívoca peligrosidad; en aquéllos el delito es un hecho circunstancial, sin raíz morbosa, que no revela tendencia criminal ni exhibe grave peligrosidad³³. El

³³ El art. 22 del Proyecto Ferri de 1921 incluye entre las circunstancias que indican una menor peligrosidad en el delincuente: "4. el haber cedido a una ocasión especial y transitoria o a condiciones personales o familiares excepcionales y excusables".

habitual es aquel sujeto de quien cabe afirmar que volverá a delinquir y cuyo próximo delito en muchos casos puede *predecirse* en cuanto a su naturaleza y modo de ejecución. El *ocasional* es el sujeto sin antecedentes penales, dotado de sensibilidad moral, que habiendo delinquido una vez, *no ofrece la probabilidad de cometer nuevo delito*. El *habitual* requiere un largo y enérgico tratamiento, que no siempre resulta fructuoso. Al ocasional le basta la amenaza de que se cumpla la pena, para entrar por la vía del orden y del respeto al derecho ajeno.

(p. 307) Según opinión expresada por Ferri en paginas remotas, los *ocasionales* "no tienen por naturaleza tendencias al delito, sino que caen en él por el incentivo de tentaciones de su condición personal o del ambiente externo, físico o social, y no reinciden si estas tentaciones desaparecen"³⁴. Ferri explica el delito del *ocasional* tanto por causas de orden antropológico como por factores externos, pudiendo decirse que éstos tienen más influjo que aquéllas, a la inversa de lo que ocurre con el *delincuente nato*. El *delincuente de ocasión* y el *delincuente nato* se diferencian "en que para éste el incentivo externo no tiene importancia ninguna con relación a su tendencia criminal, la cual por sí misma tiene una fuerza centrífuga que obliga al individuo a buscar el delito y a cometerlo, mientras que en los *delincuentes de ocasión* existe más bien una debilidad de resistencia a los incentivos externos, a los que corresponde, por tanto, la mayor fuerza determinante"³⁵. El incidente que provoca el delito en el *delincuente nato*, más que ocasión es pretexto; por el contrario, en el *delincuente de ocasión* es el incentivo el que hace fructificar sobre un terreno preparado gérmenes criminales que no estaban desarrollados.^{36 37}

(p. 308) Si la delincuencia congénita y habitual se caracteriza por la *insensibilidad moral*, la delincuencia ocasional se distingue por la *imprevisión*. Dotado de sentido moral, el *ocasional* no prevé las consecuencias del delito y cede al impulso externo, sin el cual hubiera estado en condiciones de mantenerse honrado. A todo hombre, aunque sea honrado- dice Ferri- se le presenta en ciertas ocasiones un fugaz pensamiento de acciones deshonestas o criminales. Pero en el hombre honrado, solo por el hecho de ser tal orgánica y moralmente, esta imagen tentadora despierta vivamente la idea de las consecuencias del delito, resbala la tentación sobre el terso acero de una fuerte

Explicando el alcance de este inciso dice Ferri: "Realmente, el número 4 del art. 22 alude "a una ocasión especial y transitoria", porque contempla un delincuente ocasional que demuestra una peligrosidad menor de la que es común a los delincuentes más numerosos y primarios (esto es, no locos, ni menores, ni habituales, ni por tendencia congénita, ni por impulso pasional). Se puede decir que la sanción base establecida en el Libro II del código para cada delito se refiere en la mayor parte de los casos a los delincuentes ocasionales o primarios: aumentándose cuando concurren circunstancias de mayor peligrosidad .y disminuyéndose cuando se den circunstancias de menor peligrosidad, una de las cuales es precisamente "la ocasión especial y transitoria".- Ferri.- Relazione, pag. 58.

³⁴ Ferri.-Nuevos Horizontes.- pag. 178.

³⁵ Ferri.-Nuevos Horizontes-pág. 179.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Posteriormente; girando sobre las mismas ideas centrales, Ferri definió con mayor precisión al delincuente ocasional: "El delincuente ocasional, que yo destacué frente al "hombre delincuente" (delincuente nato) de Lombroso, posee naturalmente como todo otro tipo criminal, a causa de anomalías bio-psíquicas adquiridas o congénitas, cierta predisposición o repulsión insuficiente orgánica y psíquica ante el delito; pero debe la propia y efectiva actividad criminosa, raramente reiterada, a una intensa influencia de circunstancias ambientales (provocación injusta, necesidad familiar o personal, facilidad en la ejecución del delito, conmoción pública, etc.), sin la que su personalidad no hubiera poseído una iniciativa bastante para cometer el delito.

Este delincuente. aunque se caracteriza, no tanto por la atrofia del sentido moral, como por la irreflexión e imprevisión unidas a una voluntad débil, puede también cometer cualquier delito, incluso el más grave, si bien de ordinario su campo de acción se limita a los delitos de menor gravedad (ultrajes y resistencias, hurtos y estafas simples, lesiones, injurias, ofensas al pudor, daños, delitos contra la libertad, etc.)

En el delincuente ocasional la peligrosidad es menor y en cambio mayor la posibilidad de ser readaptado a la vida honrada: como quiera que este delincuente en referencia a la totalidad de los autores de delitos propios y verdaderos representa una gran mayoría. que puede expresarse como la mitad del total (y llega a los cuatro quintos en los autores de contravenciones), es indudable que tanto las medidas de prevención social o indirecta, así como un adecuado ordenamiento represivo que en muchos casos evite la cárcel y qué regule la segregación carcelaria de la mejor manera para la reeducación de los condenados, ofrecen al legislador el campo más vasto y seguro para reducir al minimum la delincuencia, según aquella ley enunciada por mí con el título de "ley de saturación criminal". (Ferri.- Principios de Derecho Criminal, pag. 253).

constitución psíquica y no la mancha. En el hombre menos fuerte y menos previsor, "la tentación hace brecha, resiste a la repulsión del sentido moral, no muy fuerte, y concluya por vencer".

Parmelee incluye en la categoría de los *ocasionales* una gran variedad de delincuentes, a saber: "los que bajo la presión de circunstancias inusuales, y algunas veces también, en parte, debido a rasgos mentales ligeramente anormales o patológicos, cometen sólo uno y muy pocos delitos en el transcurso de su vida"; los que "eventualmente" pueden convertirse en delincuentes profesionales; los "delincuentes accidentales que son llevados al delito bajo circunstancias peculiares, y desde luego, sin su propia elección"; y los "delincuentes por pasión que no son dementes ni psicópatas, pero que pueden poseer un temperamento excitable"³⁸.

Dentro de este mismo grupo de los delincuentes *ocasionales*. Ferri distingue las dos subespecies ya concebidas por Lombroso: los *criminaloides* y los *pseudo-criminales*.³⁹

La ley no contiene disposición específica sobre los *ocasionales*⁴⁰. Pero es indudable que para ellos ha sido concebida- en nuestro código como en los demás códigos modernos- la institución de la *condena condicional* (art. 53 y 57). Pasada la racha de objeciones que de desencadenó contra ella, la *condena condicional*⁴¹ (p. 309) florece hoy como una institución preventiva por excelencia. "La condena condicional- dice Peco- es un expediente arbitrado por la sociedad en la lucha contra los delincuentes ocasionales que conservan incólume su patrimonio moral y que se presumen sensibles al temor de la amenaza"⁴². Es sin duda un tratamiento adecuado a la personalidad del condenado, que tiene como fundamento el principio de la individualización penal y como fundamento el principio de la individualización penal y como fin el de conciliar las exigencias de la defensa social con la readaptación del delincuente.

La experiencia ha demostrado que al *ocasional* le conviene más la pena moral que la pena material; la amenaza de sufrir la condena impuesta, que la ejecución de la misma; la libertad dentro de un régimen de prueba, que el cumplimiento -en la promiscuidad corruptora de las cárceles- de una pena de corta duración. "Para el individuo dotado de probidad y de honor la cárcel puede ser una academia del delito, así como la libertad una tabla de salvación".⁴³

La condena condicional sirve, además, para descongestionar las cárceles; facilita la indemnización a las víctimas del delito; pone en juego la inteligente discreción del juez y hace funcionar la fórmula ideal de toda buena represión; un mínimo de penalidad con un máximo de intimidación.

El ocasional está en cierto modo incurso en las siguientes disposiciones de nuestro Código sobre condena condicional, copiadas en parte del Anteproyecto suizo de 1918 que dicen:

Art. 53.- *El Juez podrá a su juicio suspender la ejecución de la pena:*

1.º - *Si la condena se refiere a una pena no mayor de seis meses de prisión y a persona que no hubiere sido objeto por razón de delito intencional de ninguna condena anterior nacional o extranjera.*

2.º - *Si los antecedentes y el carácter del condenado hacen prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito.*

La sentencia mencionará las razones que justifiquen la concesión de la condena condicional y las reglas de conducta impuestas por el Juez, tales como la obligación de aprender un oficio, de residir (p. 310) en un lugar determinado, de abstenerse de bebidas alcohólicas o de reparar el daño en un término dado.

La pena de multa podrá ser también objeto del beneficio de suspensión condicional.

³⁸ M. Parmelee.- Criminología, pág. 207.

³⁹ Ferri.- Principios de Derecho Criminal, pag. 259.

⁴⁰ El Proyecto de Código Penal para la República Argentina redactado por Jorge E. Coll y Eusebio Gómez hace expresa mención de ellos al referirse a los que delinquen "cediendo, exclusivamente, a una ocasión especial y transitoria". (art. 20, inc. a).

⁴¹ Los Códigos recientes y los tratadistas prefieren llamar a esta institución condena de ejecución condicional, etiqueta más expresiva y correcta que la que emplea nuestra ley.

⁴² José Peco.- La Reforma Penal en el Senado.- pág. 173

⁴³ José Peco.- La Reforma Penal Argentina.- pág. 243.

Art. 54.- *La suspensión condicional de la ejecución de la pena principal, podrá ser extendida por el juez a la de las penas accesorias y a la de las incapacidades establecidas en la sentencia, pero nó a la reparación del delito.*⁴⁴

Para el otorgamiento del beneficio de la condena condicional, se requiere, conforme a estas reglas:

- 1.º - Que la pena impuesta en la condena sea la de prisión no mayor de seis meses o la de multa;
- 2.º - Que el condenado no haya sido objeto por razón de delito intencional de ninguna condena anterior nacional o extranjera;
- 3.º - Que los antecedentes y el carácter del condenado hagan *prever*⁴⁵ que la suspensión de la ejecución de la pena le impedirá cometer nuevo delito.

Adviértase cómo el art. 53 coloca al lado del criterio objetivo de la menor gravedad del delito, el criterio subjetivo de la mínima peligrosidad del delincuente. Dada la orientación del código, parece inútil advertir que en el ánimo del Juez deberá pesar más el segundo que el primero, o, lo que es lo mismo, que la digna personalidad del agente, debidamente apreciada, será lo que oriente al arbitrio judicial para suspender la ejecución de la pena.

La concesión de este beneficio es *facultativa* y no obligatoria. "El Juez podrá *a su juicio* suspender la ejecución de la pena", dice el art. 53. Desgraciadamente, el arbitrio judicial dispone en este caso de margen muy estrecho, ya que no puede (**p. 311**) tomar en cuenta delitos que merezcan *más de seis meses de prisión*.

Si los cinco años de prisión de la ley francesa Berenger, de 1891, es término demasiado lato, capaz de amparar a delincuentes peligrosos, los seis meses de prisión de nuestro código constituyen término exiguo que no se compadece con el carácter preventivo de la condena condicional. Término discreto, ni generoso ni restringido, es el de dos años de segregación simple del proyecto Ferri⁴⁶, equivalente a los dos años de prisión del Código argentino. Habría sido preferible adoptar el término propuesto por el modelo suizo: "*prisión que no exceda de un año*".

La limitación del Código Maúrtua se evidencia en el caso del que mata a otro "bajo el imperio de una emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable" (art. 153). Como la pena ínfima aplicable en este caso es *un año de prisión*, los delitos cometidos por los *emocionales*- una variedad neta de los *delincuentes de ocasión*- quedan al margen del beneficio de la condena condicional.⁴⁷

⁴⁴ El primer número del art. 39 del Anteproyecto suizo de 1918, dice: "1.- En caso de condena a prisión, que no exceda de un año, o de condena de arresto, el juez podrá suspender la ejecución de la pena:

Si en los diez años anteriores a la comisión del delito el condenado no ha sufrido, ni en Suiza ni en el extranjero, pena alguna de privación de libertad por delito intencionado;

Si, además, los antecedentes y el carácter del condenado permiten presumir que semejante medida le apartará de la comisión de nuevos delitos;

Y si el condenado, en cuanto haya estado en su mano, ha procurado reparar el daño comprobado en la sentencia.

Al suspender la ejecución de la pena, el juez señalará al condenado un plazo de prueba de dos a cinco años.

⁴⁵ El término presumir empleado por el Anteproyecto suizo es de significado más correcto.

⁴⁶ En el Proyecto Ferri la condena condicional se otorga "sólo cuando el procesado lo ha sido por un delito común para el que se halle prescrita la suspensión del ejercicio de una profesión o arte, la interdicción para cargos públicos, la multa, el exilio local, el confinamiento o la prestación obligatoria de trabajo diurno.

También en los casos en que para el delito está, establecida la segregación simple se admite la condena condicional, pero a condición de que la segregación simple para aquel delito concreto no exceda de dos años, con el fin de evitar que el beneficio se otorgue a delincuentes responsables de delitos graves.

Y también se admite en el caso de que para el delito político cometido por el procesado se halle establecido el exilio general o la detención simple, o incluso la segregación rigurosa -porque para los delincuentes político-sociales procede un tratamiento más benigno- pero siempre que tal segregación rigurosa no exceda de cinco años". (Ferri.- Relazione, pag. 116).

⁴⁷ El Proyecto Coll y Gómez beneficia expresamente con la condena condicional al delincuente que cometió el delito "en el ímpetu de una pasión social o en un estado de emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable", siempre que concurren circunstancias reveladoras de menor peligrosidad.- (art. 85 concordante con el art. 20 inc. b.)

Además de la de prisión, “la pena de multa podrá ser también objeto del beneficio de suspensión condicional” (art. 53). Notase aquí una omisión del legislador, y es la de no haber señalado límite a la pena de multa⁴⁸. No esta demás advertir que son muchos los autores que se oponen a que se extienda el beneficio de la condena condicional a la pena de multa, sosteniendo el principio de que ésta debe ejecutarse indefectiblemente, sin excepciones, por ser su naturaleza distinta de la de las penas privativas de libertad.

(p. 312) Asimismo, “la suspensión condicional de la ejecución de la pena principal *podrá* ser extendida por el Juez a la de las penas accesorias y al de las incapacidades establecidas en la sentencia, *pero nó a la reparación del delito*” (art. 54). Estas disposiciones consultan la conveniencia de dar mayores posibilidades al otorgamiento de la condena condicional y, lo que es muy importante, amparan el interés del agraviado, ya que en todo caso subsiste la obligación de indemnizar los daños ocasionados por el delito, obligación que se garantiza con la libertad del delincuente.

Con encomiable cordura, el art. 54 no extiende *obligatoriamente* la suspensión condicional de la ejecución de la pena, a las *penas accesorias y a las incapacidades establecidas en la sentencia*. Hay penas accesorias e incapacidades *que no deben ser objeto de suspensión*. Por ejemplo, en el caso de *delito culposo* cometido por *impericia* y a cuyo autor se ha aplicado como accesoria la pena de *inhabilitación*, el tribunal no deberá suspender ésta, porque la suspensión equivaldría a permitir que el condenado siga ejerciendo una actividad en que es constante factor de peligro para los demás. El tribunal no está, pues, *obligado*, sino *facultado* para suspender las penas accesorias y las inhabilitaciones especiales, atendiendo al grado de peligrosidad del agente.

Para que proceda la suspensión de la ejecución de la pena se requiere, igualmente, que la sentencia se refiera “a persona que no hubiera sido objeto por razón de delito *intencional* de ninguna *condena* anterior nacional o extranjera” (art. 53, inc.1.), pues como advierte Ferri, la condena condicional es un beneficio “destinado a aquel que demuestre no ser peligroso”.⁴⁹

La interpretación de esta regla pone de relieve las siguientes cuestiones:

1.º - Como el precepto se refiere a *delito intencional*, es indudable que la suspensión de la ejecución de la pena *no dejará de concederse* al que tuvi era como antecedente penal una condena por *delito culposo* o una condena por *falta*.

2.º - Si otro de los requisitos es que el beneficiario de la condena condicional *no haya sido condenado anteriormente* por delito intencional en el Perú ni en el extranjero ¿cual será la condición del *amnistiado* que delinque nuevamente? No extendiendo una *condena anterior*, o sea habiéndose producido la amnistía antes de dictarse sentencia, el caso no es dudoso y procede **(p. 313)** el beneficio, máxima si, conforme al art. 126, “la amnistía *suprime legalmente* el hecho punible a que se refiere e implica el perpetuo silencio respecto de él” y si, además, la amnistía se otorga exclusivamente en favor de los delincuentes político-sociales, con fines de apaciguamiento. Pero, y si la amnistía amparara a uno de estos delincuentes *después de haberse dictado condena*, y antes de que ésta quede ejecutoriada, y si ese delincuente cometiera mas tarde un delito intencional común ¿debería otorgársele la condena condicional? No siendo el primer delito índice especial de peligrosidad, si el segundo delito no revela a un sujeto peligroso, parece procedente el beneficio.

3.º - La investigación de los *antecedentes penales* del sujeto supone el perfecto funcionamiento del Registro Judicial.

4.º - Para que una condena anterior dictada en el extranjero impida la suspensión condicional de la pena impuesta en el Perú, es menester que aquella llegue oportunamente a conocimiento de nuestros tribunales, por las *vías legales*.

Faltan en la ley disposiciones expresa que autorice o deniegue lo condena condicional en el caso de concurso de delitos. Ello no obstante, debería concederse, siempre que la pena fuese de multa.

La condena condicional se otorga, también, a los autores de faltas, (art. 383, inc. 4º), en cuyo grupo se encuentran muchos ocasionales.

⁴⁸ El proyecto Coll y Gómez otorga la condena de ejecución condicional siempre que la multa no exceda de dos mil pesos.

⁴⁹ Ferri.- Relazione, pág. 115.

Según el art. 79 del Proyecto Ferri, la condena condicional no debe concederse *más de una vez*, salvo el caso de haber sido concedida anteriormente por una falta o contravención. "Concederla dos o más veces- dice Ferri- desmentiría el estado de peligro menos grave del condenado y contrariaría abiertamente el principio que informa la institución y que se expresa, fuera del área penal, en el sentir común que dice: *la prima si perdona, la seconda si bastona*"⁵⁰. Aunque nuestro código no incluya un precepto semejante, él se infiere de la naturaleza misma de la condena condicional. Sin embargo, cabe interpretar el art. 53 en el sentido que un mismo sujeto puede beneficiarse con una condena condicional por falta, y, posteriormente, con una condena condicional por delito intencional.

He dicho que en esta materia el código acopla dos criterios: el objetivo- la consideración del delito- y el subjetivo- la valuación de la peligrosidad del delincuente. Para conformar este **(p. 314)** segundo criterio, el juez deberá tener en cuenta "*los antecedentes y el carácter del condenado*", lo que importa realizar una investigación familiar, moral y psíquica que en algunos casos puede conducir hasta el examen psiquiátrico del delincuente, a fin de establecer su estado de salud mental.

Si en cierto modo- aunque no a la manera del Proyecto Ferri- nuestro código disciplina la condena condicional en función de la peligrosidad del delincuente, no cabe duda que no deberá ser concedida a los *anormales*, ni a los *ebrios*, ni a los *ambientales* que, por razones obvias, quedan excluidos de este beneficio.

El código- art. 142-otorga expresamente la condena condicional en función de la peligrosidad del delincuente, no cabe duda que no deberá ser concedida a los *anormales*, ni a los *ambientales* que, por razón obvias, quedan excluidos de este beneficio.

El código- art. 142-otorga expresamente la condena condicional a los adolescentes de 13 a 18 años que cometen delito reprimido con prisión. "El Juez podrá suspender condicionalmente la colocación (en una Escuela de Artes y Oficios, en una Granja-Escuela o en una Escuela Correccional) y fijar un término de prueba de seis meses a un año, si el *carácter* del adolescente y su *conducta anterior* hacen prever que esta medida le apartará de la comisión de un nuevo hecho reprimido como delito y que se enmendará". Obsérvese que, dando en esta vez más importancia al estado peligroso que a la dosimetría de la pena, el art. 142 no señala término a la pena de prisión."

Para conceder y revocar la suspensión condicional de la pena, "el juez oirá al Ministerio Publico". (art. 57)⁵¹.

Tanto la concesión como la revocatoria expresarán las razones o motivos que justifiquen la decisión judicial.

En caso de concesión, como la sentencia establecerá un *régimen de prueba*, fijando reglas de conducta *tales como la obligación de aprender un oficio, de residir en un lugar determinado, de abstenerse de bebidas alcohólicas o de reparar el daño en un término dado*". (art. 53) Este régimen de prueba durará, quienquiera que sea el condenado, cinco años. Este término, falto de la flexibilidad que reclama todo propósito de individualización penal, puede resultar en algunos casos innecesaria y enfadosamente largo.⁵² **(p. 315)**

Pero -como advierte Ferri- para que se obtengan de la condena condicional los resultado útiles de que élla es capaz, es menester "no dejar abandonado a sus propios medios al individuo condicionalmente condenado"⁵³. Durante todo el periodo de prueba, el sujeto debe ser supervigilado por funcionarios ad-hoc. Estos funcionarios son en Inglaterra y en los Estados Unidos los *probation officers*, y en el Proyecto Ferri, los inspectores especiales, hombres o mujeres, dependientes de los Consejos de Patronato y cuya función es la de controlar a los menores en estado de libertad vigilada y a los condenados en periodo de prueba o en estado de libertad condicional.

⁵⁰ Ferri.- Relazione, pág. 117.

⁵¹ El Proyecto Ferri otorga la condena condicional a dos menores de 12 a 18 años siempre que al delito cometido corresponda sanción que no exceda de cinco años ele segregación simple. (art. 36).

⁵² El Proyecto Ferri señala al período de prueba una duración de 5 a 10 años, que es el término mínimo de la prescripción de la condena. El Proyecto Coll y Gómez lo fija entre 2 y 6 años, estableciendo que durante el mismo término "la prescripción de la sanción no seguirá su curso". (art. 87)- El plazo de prueba establecido por el Anteproyecto Suizo de 1918, es de 2 a 5 años. (art. 39).

⁵³ Ferri.-Relazione, pag. 117.

“Con estos funcionarios especializados, que ejercen funciones radicalmente diversas de la actividad vejatoria propia de la supervigilancia especial de la policía- agrega Ferri- las probabilidades de readaptación social de los condenados en periodo de prueba son mucho mayores, resolviéndose el gasto que representa la creación de aquellos funcionarios en una economía derivada del menor número de delitos y procesos”.⁵⁴

¿Ha cuidado nuestro legislador de crear los funcionarios a quienes estará encomendado la supervigilancia de los condenados condicionalmente, durante el periodo de prueba? El art. 56 dice: “Si despreciando la advertencia de la *autoridad*, persistiere en infringir las reglas de conducta prescritas por el Juez, etc.” Esta autoridad de que aquí se habla no puede ser otra que la policial, la menos adecuada para el caso.

El Título III del Libro IV del Código, al legislar sobre *Patronato* establece el *Patronato de los condenados, de los liberados y de los menores*, encomendando las funciones de vigilancia y asistencia a los empleados de la Inspección General de Prisiones, a los inspectores designados exproceso y a los delegados de las sociedades particulares de patronato. Pero el título no menciona sino a los “*presos y detenidos*”, de un lado, y a los “*liberados provisionales o definitivos*” (art. 406, inc. 1º y 2º) de otro, haciendo caso omiso de los *condicionalmente condenados, en estado de libertad vigilada*. El Reglamento de las sociedades de Patronato no salva esta laguna de la ley⁵⁵. Semejante omisión no (p. 316) se explica, sobre todo porque el excelente modelo que nuestro legislador tuvo a la vista- me refiero al Anteproyecto Suizo de 1918-somete por lo general al delincuente agraciado con el beneficio de la condena condicional a la autoridad de un patronato⁵⁶.

El Código se refiere en los siguientes artículos a los efectos de la prueba:

Art. 55. - *El juzgamiento se considerará como no producido, si transcurren cinco años sin que el condenado haya sido objeto de ninguna otra condenación y sin haber infringido las reglas de conducta impuestas por el Juez.*

Art. 56. - *Si dentro del plazo indicado se descubriesen antecedentes punibles del condenado, sufrirá la pena que le hubiere sido impuesta. Si cometiera un nuevo delito intencional, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le corresponde por el segundo delito conforme a lo dispuesto en las leyes de la reincidencia.*

*Si despreciando la advertencia de la autoridad, persistiere en infringir las reglas de conducta prescritas por el Juez, se ordenará la ejecución de la pena.*⁵⁷

De acuerdo con estas disposiciones, los efectos del aprueba son positivos o negativos.

Condicionan el efecto positivo:

1.º - El hecho de transcurrir los cinco años del periodo de prueba “sin que el condenado haya sido objeto de *ninguna otra condenación*” (art. 55). La generalidad de concepto que la frase subrayada comporta, hace suponer que ella se refiere tanto a la condena por *delito culposo* como a la condena por *falta*. Esta lata comprensión se halla en pugna con el significado preciso de la frase (p. 317) “*si cometiera un nuevo delito intencional*” que emplea el art. 56. Si nos remitimos a la propia doctrina del

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ El Título V del Reglamento Orgánico de Juntas y Sociedades de Patronato, que trata del patronato de los endeudados, se refiere exclusivamente a los que cumplen condena en establecimientos penales. Y el Título VI del propio reglamento se ocupa únicamente de la liberación condicional y del patronato de los liberados.

⁵⁶ El número 3 del art. 39 del Anteproyecto suizo de 1918 dice: “A falta de circunstancias especiales que justifiquen una excepción, el juez someterá al condenado a un patronato. También podrá imponerle, durante el periodo de prueba, ciertas reglas de conducta y especialmente la obligación de aprender un oficio, de permanecer en un lugar determinado, de abstenerse de bebidas alcohólicas o de reparar el daño dentro de un plazo establecido.

La sentencia mencionará las razones que justifiquen la concesión del beneficio de la condena condicional, los motivos que hayan inducido al Juez a dispensar excepcionalmente al condenado de la sumisión a un patronato y las reglas de conducta impuesta por el Juez”.

⁵⁷ El número 3 del art. 39 del Anteproyecto suizo de 1918, dice: “Si durante el período de prueba el condenado comete un delito intencionado o si persiste, no obstante una advertencia formal de la autoridad del patronato, en infringir algunas de las reglas de conducta impuestas por el Juez, o si obstinadamente se sustrae a la acción del patronato, el Juez ordenará que se ponga en ejecución la pena dictada”.

código, ya expuesta, veremos que no es posible revocar la suspensión de la ejecución de la pena al que, durante el periodo de prueba, comete un *delito culposo*, en circunstancias de menor peligrosidad. Lo único que cabría hacer en este caso es dictar condena por el segundo hecho y suspender, también, su ejecución, ampliando prudencialmente el periodo de prueba.

El Anteproyecto suizo de 1918 se refiere expresamente al condenado que durante el periodo de prueba "*comete un delito intencionado*".(art. 39 No.3)

2.º - El hecho de no "haber infringido el condenado (durante el periodo de prueba) *las reglas de conducta* impuestas por el Juez". Tanto como la inocuidad penal del sujeto sometido a prueba, importa la observancia de una conducta irreprochable, enteramente ajustada a las normas propuestas en la sentencia.

3.º - ¿Puede agregarse un tercer requisito como el de "reparar el daño en un término dado", que el cuarto apartado del art. 53 impone como *regla de conducta*? La respuesta a este interrogante exige discriminar y resolver antes estas otras cuestiones:

a).- La reparación del daño es exigible genéricamente a todo condenado a quien se otorga la suspensión condicional de la ejecución de la pena. El empleo de conjunción "o" en la frase alternativa "*o de reparar el daño en un término dado*", contenida en la precitada regla, hace pensar que, en algunos casos, esta obligación puede ser la única que se imponga al condenado. Tal sería, en efecto, el caso del sujeto de notoria buena conducta y de profesión u ocupación lucrativa conocida, caso que se identifica con el del verdadero delincuente *ocasional*. El inteligente arbitrio de los juzgadores sabrá cuándo debe prescindirse de las demás reglas de conducta para, teniendo en cuenta la capacidad económica del condenado, exigir a éste no más que la *reparación del daño* en el tiempo que fije la sentencia. En caso de notoria inconducta del sujeto, es indudable que esta obligación irá acompañada de las que trae aparejadas el cumplimiento de las demás reglas propuestas por el art. 53.

b.) - ¿La *reparación del daño* es lo único que debe imponerse al condenado en relación con la efectividad de la *responsabilidad (p. 318) civil*? Según el art. 66 de nuestro Código, la *reparación civil* comprende:

- La restitución de la cosa;

- La reparación del daño causado;

- La indemnización del perjuicio material o moral irrogado a la víctima del delito, a su familia o a un tercero.

Aunque el art. 53 toma únicamente en cuenta el segundo de estos términos, habrá casos en los que el condenado tendrá no sólo que *reparar el daño causado*, sino cubrir la *responsabilidad civil* en el amplio sentido del art. 66.

c.) - ¿En qué plazo debe hacerse efectiva la responsabilidad civil del condenado? El más largo plazo concedido por el tribunal no puede ser mayor que el periodo de prueba, y al vencerse éste la responsabilidad civil deberá estar cubierta completamente. La frase "*reparar el daño en un término dado*" indica que el tribunal puede señalar un término menor que el del periodo de prueba, lo que hace posible el cumplimiento de la responsabilidad civil antes del vencimiento de dicho periodo.

d.)- ¿Cuál será la situación del condenado si, al vencerse el término señalado por el tribunal para el cumplimiento de la responsabilidad civil, ésta no ha sido aún cubierta? En principio, al incumplimiento de la responsabilidad debe seguir la ejecución de la sanción condicionalmente suspendida⁵⁸. Este apotegma es exacto, porque si la pena es de ejecución condicional, la responsabilidad civil es de firme ejecución. Pero no hay que subordinar demasiado la condena condicional a la satisfacción de la responsabilidad civil. La realidad puede ofrecernos el caso del sujeto con capacidad económica que elude por medios dolosos el cumplimiento de la obligación, y el caso del sujeto con capacidad económica muy relativa que por razones justificadas no puede cubrir la obligación en el plazo señalado. La regla aplicable al primer caso sería la que estableciera la revocatoria inmediata de la suspensión condicional de la pena y la ejecución de ésta. La regla aplicable al segundo caso sería la

⁵⁸ Para Ferri, « la condena condicional debe estar subordinada a la condición que el condenado haya resarcido o resarza dentro de cierto plazo el daño sufrido por la parte ofendida». Y el propio Ferri agrega: "Si durante el periodo de prueba el condenado condicionalmente... no realiza el resarcimiento del daño en el término establecido en la sentencia, la condena se ejecutará". Relazione, pág. 117.

que concediera una prórroga al condenado, dentro del periodo de prueba, vencido el cual (**p. 319**) si la obligación, no ha sido cumplida, la pena se ejecutaría sin remedio. Es inútil agregar que, durante la ejecución de la condena, en uno y otro caso subsistiría la obligación de satisfacer la responsabilidad civil emergente de delito.

e.)- La reparación del daño, que, según hemos visto, es una e las formas como se hace efectiva la responsabilidad civil, (art. 66) ¿puede ser impuesta como *regla de conducta*, tal como lo establece al art. 53? Claro está que nó. La responsabilidad civil es una de las dos obligaciones generales que nacen de la comisión de todo delito. Es la obligación de orden pecuniario cuyo cumplimiento permite a la víctima ver reparado, siquiera en parte el perjuicio causado a su persona, bienes, honor, pudor o libertad. El legislador ha hecho mal, por consiguiente, en incluir entre las *reglas de conducta* la obligación de "*reparar el daño*".

En conclusión, y absolviendo la cuestión propuesta, podemos decir que el tercer hecho que condiciona el efecto positivo de la prueba, es la *satisfacción de la responsabilidad civil en el término fijado en la sentencia*. La cabal concurrencia de los tres factores preindicados determina, a su vez, los siguientes efectos:

- 1.º - El juzgamiento se considera "*no producido*"⁵⁹
- 2.º - Cesan las penas accesorias y la inhabilitaciones especiales que el condenado hubiere estado cumpliendo;
- 3.º - Desaparece el estado de libertad vigilada;
- 4.º - Se borra todo antecedente penal del Registro Judicial.

Condicionan el efecto negativo de la prueba:

1.º - El hecho de persistir el condenado "en infringir *las reglas de conducta* prescritas por el juez"⁶⁰. ¿Debe esperarse que el condenado infrinja *todas* las reglas de conducta impuestas en la sentencia o basta la infracción de *una sola de ellas* para dictar la revocatoria? - ¿Debe tolerarse más de un infracción de cada una de las reglas de conducta impuestas al condenado o debe sancionarse la primera infracción con la suspensión del beneficio de la condena condicional? En mi concepto, al condenado que, durante el periodo de prueba, cambia subrepticamente de domicilio o se dedica a la vagancia o se entrega al vicio alcohólico- manifestaciones claras de un evidente estado peligroso- debería (**p. 320**) revocársele el beneficio de la suspensión de la pena, sin que sea necesaria una reiteración en la infracción.⁶¹

No tengo noticia de que se haya dictado una revocatoria, fundada en alguna de estas transgresiones, y es que nuestros tribunales carecen de información a este respecto, debido a que no funcionan los Consejos locales de Patronato, ni existen, por consiguiente, los inspectores encargados de la supervigilancia de los condenados en estado de prueba.

La *autoridad* cuyas advertencias "*desprecia*" el condenado, en el caso del art. 56, no puede ser otra que la del patronato⁶². De la amonestación policial podría esperarse algo positivo, si la intervención de la policía en el funcionamiento de la condena condicional estuviese reglamentada en alguna forma.

2.º- El hecho de cometer el condenado, dentro del periodo de prueba, "*en un nuevo delito intencional*". La reincidencia demuestra que, lejos de ser un *ocasional*, el primario era un sujeto de acusadas tendencias criminales y, por lo mismo, peligroso.

3.º - El hecho de descubrirse, dentro del periodo de prueba, "*antecedentes punibles del condenado*". La *historia* del delincuente escapa muchas veces al Registro Judicial. El descubrimiento de un pasado criminoso sería, por tanto, sobrada razón para revocar la suspensión de la ejecución de la pena, por tratarse de un sujeto indigno de tal beneficio.

⁵⁹ El N° 4 del art. 39 del Anteproyecto suizo de 1918 dice: « Respecto del condenado que llegare hasta el fin del período de prueba, la sentencia se considerará no dictada".

⁶⁰ El Anteproyecto suizo de 1918 dice: « alguna de las reglas de conducta impuestas por el Juez". (art. 39 N° 3).

⁶¹ Benévolamente, Ferri se decide por la ejecución de la condena sólo cuando el condenado infrinja "varias veces (puesto que una sola vez puede perdonarse) las obligaciones especiales".- Ferri.- Principios, pág. 697.

⁶² El Anteproyecto suizo de 1918 se refiere expresamente a "una advertencia formal de la autoridad del patronato". (art. 39 N° 3).

Los efectos que se derivan de la concurrencia de estos factores negativos son:

1.º - En el primer caso, *“la ejecución de la pena”*.

2.º - En el segundo caso, el condenado *“sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le corresponde por el segundo delito conforme a lo dispuesto en las leyes de la reincidencia”*.

3.º - En el tercer caso, la ley prescribe únicamente que el condenado *“sufrirá la pena que le hubiere sido impuesta”*. Pero ¿no es verdad que si la acción penal no ha prescrito, el condenado deberá cumplir, también, la pena correspondiente al delito recién descubierto, ya que dicho delito dará margen a un nuevo proceso?

Además de la condena condicional, se ha concebido para los **(p. 321)** delincuentes ocasionales otra institución que nuestra ley no recoge y que es objeto de vivas discusiones: el *perdón judicial*.

El perdón judicial reposa sobre el principio de que- atendidas las modalidades del hecho y las condiciones personales del delincuente- puede eximirse de la pena al sujeto no peligroso que muestre *“las mínimas probabilidades de una recaída en el delito”*.

El perdón judicial no excluya la afirmación de la responsabilidad del delincuente; antes bien, necesita de ella para *“satisfacer y educar el sentimiento público”*. El perdón judicial supone, además, una sentencia suficientemente motivada, que al mismo tiempo que decreta la libertad del sujeto, le imponga la obligación de resarcir siquiera parcialmente el daño causado.

Ferri considera que es preferible hacer funcionar este resorte *“frente a delincuente pasionales u ocasionales”*, a interpretar artificiosamente disposiciones del código para declarar la no punibilidad por enfermedad mental, o negar que el procesado haya cometido el hecho, o declarado no culpable por entender que merece ser perdonado. Estas últimas son soluciones que no dan a la conciencia pública la impresión de que la justicia punitiva es administrada recta y lealmente. El perdón judicial, que descarta estas soluciones, se presta por ello menos a las escandalosas apoteosis de que a veces se hace objeto en las Cortes de Justicia, a delincuentes pasionales u ocasionales absueltos incluso en delitos de sangre.⁶³

Tímidamente, nuestro legislador se ha acercado la institución del perdón judicial al introducir el beneficio de la libre atenuación de la pena. Conforme a la regla del art. 87 el juez está autorizado para atenuar en ciertos casos la sanción *“hasta límites inferiores al límite legal”*. Pero hay que advertir que este mínimo es el *“del tiempo previsto para el delito de que se trate”*, pero no el mínimo señalado para cada clase de pena, *“que en ningún caso puede ser reducido”* (art. 88). El Juez no goza, pues, de absoluta libertad para atenuar la pena, sino que está **(p. 322)** entrabado por el mínimo de la pena prevista para el delito⁶⁴. En esta forma limitativa al arbitrio judicial puede atenuar la pena sólo en los casos de infracciones por error *de hecho y de derecho* (art. 87), arrepentimiento activo (art. 96) y *delito imposible* (arts. 99 y 334 quinto apartado). En el caso contemplado en este último artículo la ley faculta al juez no solo para disminuir la pena hasta límites inferiores al mínimo legal, sino para eximir de pena al delincuente. Podría decirse que este caso- que es el del reo de falso testimonio que rectifica espontáneamente su falsa declaración antes de ocasionar perjuicio a los derechos de otros- es el único asimilable en nuestra ley al perdón judicial.

(p. 726) Pasionales

Art. 153.- *Se impondrá penitenciaria no mayor de diez años, o prisión no menor de un año ni mayor de cinco años, al que matare a otro bajo el imperio de una emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable.*

El código no hace mención expresa de los *pasionales*. Pero se refiere a los *emocionales* a propósito del homicidio por *emoción violenta* (art. 153). Esta referencia oblicua nos obliga a incluir en la

⁶³ El Proyecto Ferri de 1921 regla el perdón judicial de la siguiente manera:

“Art. 82.- El juez puede conceder el perdón a todo el que sea declarado responsable de un solo delito y no haya sido amnistiado o rehabilitado, cuando en su favor concurren circunstancias excepcionales de menor peligrosidad o el delito sea muy leve y esté sometido a una sanción inferior a la segregación simple, a la detención rigurosa o a la casa de trabajo y colonia agrícola para menores.

En el caso del perdón se aplicarán las disposiciones relativas al resarcimiento del daño”.

⁶⁴ El art. 65 del Anteproyecto suizo de 1915 dispone: « En los casos en que la ley autorice expresamente al juez para atenuar libremente la pena, éste no está ligado ni por el género ni por el mínimo de la pena para el delito”.

imperfecta clasificación de los delinquentes, según nuestra ley, la categoría de los *pasionales*⁶⁵, a la cual se haya adscrito el *emocional*.

Sin concebir a los *pasionales* los penalistas clásicos examinaron extensamente el influjo de las *pasiones* en los delitos, subrayando su valor excusante en la determinación de la imputabilidad y la responsabilidad.

Opina Carrara que las pasiones son “la única fuente de las acciones malvadas”.- Según este postulado, todos los delitos (**p. 727**) pondrían reputarse *pasionales*, generalización que por cierto el gran maestro no se atrevió a sostener.

Carrara distingue dos clases de pasiones: las *ciegas* y las *razonadoras*. Las primeras actúan vehementemente sobre la voluntad y traspasan las barreras de la razón, dejando a la inteligencia una menor potencia de reflexión. Las segundas, por el contrario, aguzan los cálculos del raciocinio y dejan al hombre en la plenitud de su albedrío. Las primeras deben admitirse como causas atenuantes de la imputación, porque merece excusa el que es arrastrado al mal por el ímpetu de una perturbación súbita. Las segundas nó, porque el hombre que razona y que calcula está sometido a la obligación absoluta de recordar las prohibiciones de la ley y de reflexionar en las consecuencias de sus acciones⁶⁶.

Es fácil- en concepto de Carrara- distinguir las *pasiones ciegas* de las *pasiones razonadoras*, si se atiende a las causas que las motivan. Las *ciegas* provienen del miedo originado por un mal que amenaza; las *razonadoras* tienen por origen la apetencia o deseo de un bien. Más, para que las pasiones ciegas sean capaces de modificar la responsabilidad deben poseer la condición de ser instantáneas y justas, por lo menos en opinión del agente.

La *ira* y el *temor* son las únicas pasiones a las que el Derecho penal puede conceder la eficacia de atenuar la imputación. “La cólera se produce por la presencia de un mal *sufrido*; el temor, por la visión de un mal que puede sufrirse⁶⁷. “El temor debe atenuar mas que la ira, porque no es un vicio y porque es menos dominable por la voluntad. El temor y la ira cuando concurren juntos deben atenuar en mayor grado⁶⁸. La ira excitada por un mal causado a nuestra persona, constituye la excusa de la *provocación*. La ira excitada por una ofensa a la propiedad o a personas que nos son queridas, constituyen la excusa del *dolor justo*.

“Todo la fuerza excusante de estas pasiones- agrega Carrara- consiste en la vehemencia y en la rapidez de su acción sobre la voluntad. El hombre es responsable de sus determinaciones porque su voluntad esta dotada de razón. Pero la acción de la razón humana es *fría y lenta*. Todo lo que impulsa a obrar precipitadamente roba la *calma* y el *tiempo* necesarios para reflexionar maduramente, desarmando así, momentáneamente, de su garantía (**p. 728**) a la voluntad. Por estas condiciones, prestan en el proceso delictivo una fuerza menos enérgica de maldad, adquiere la pasión un poder excusante. De aquí se deduce como consecuencia lógica que, para que la pasión produzca una excusa, debe reunir, precisamente, los requisitos de *violencia e instantaneidad*.⁶⁹

De todo esto concluye Carrara: “La mayor o menor *gravedad* del mal sufrido o temido que provoca la pasión, la *justicia* mayor o menor de la causa que la despertó, el mayor o menor *intervalo* o os

⁶⁵ Algunos autores excluyen la categoría de los *pasionales* del cuadro de clasificación de los delinquentes, ya porque la pasión puede entrar en el crimen como elemento considerable, pero nó único, ni siquiera preponderante (Joly); ya porque las pasiones jamás excusan, y la excusabilidad del delito depende exclusivamente de la excusabilidad de la causa originaria (Impallomeni); ya porque todos o casi todos los delinquentes lo son por emoción o por pasión (Alimena). Contra estas opiniones sé aduce que toda clasificación de los delinquentes debe tener un valor práctico, o, lo que es lo mismo, servir para guiar el criterio de los jueces al interpretar la ley y aplicar la sanción, y que sólo puede llenar este fin una clasificación que comprenda a todos los delinquentes por estar basada en las causas individuales o ambientales de su tendencia criminal: alienación, semialienación, malvivencia, hábito, reiteración, ocasión, emoción, pasión o instinto. (Peco).

⁶⁶ Carrara.- Programma.- pag. 321.

⁶⁷ Carrara.- Programma.- pag. 323.

⁶⁸ Carrara.- Programma.- pag. 324.

⁶⁹ Carrara.- Programma.- pag. 326.

obstáculos que mediaron entre esta excitación y el acto, son las normas según las cuales se gradúa la atenuante del ímpetu de las pasiones⁷⁰.

En estos párrafos en los que a menudo se confunde pasión y emoción, y en donde no se habla del *delincuente* sino del *delito*, Carrara desenvuelve la doctrina clásica del valor excusante de las pasiones en la determinación de la responsabilidad de los delincuentes, de acuerdo con la tesis del libre albedrío.

Más, como advierte Ferri, los criminalistas clásicos no llegaron a resolver el problema de las relaciones entre pasión y delito y su correspondiente responsabilidad, "porque, en primer término, se atuvieron al fácil criterio de considerar las pasiones, según la *intensidad* de las mismas, y, posteriormente, siguiendo a Carrara, las distinguieron en *ciegas y razonadoras*"⁷¹. A esto podría agregarse que los criminalistas clásicos tuvieron en cuenta las *pasiones* como entendidas criminógenas, pero no a los *pasionales* como categoría antropológica diferenciada. Y es indudable que a ninguna de las pasiones se le puede asignar en la génesis del delito un valor etiológico determinado, independientemente del sujeto que delinque. Según sean el temperamento y el carácter de los sujetos, las pasiones pueden alcanzar el más alto grado de vehemencia o permanecer en un estado atenuado. Las pasiones *ciegas* (temor, honor, amor, etc.) y las pasiones *razonadoras* (afán de lucro, venganza, ambición, odio, etc.), de que hablaba Carrara, no existen por si mismas, «sino en relación al temperamento-carácter de cada individuo». - Con gran exactitud se afirma, por eso, que no son las pasiones las que matan, sino los sujetos temperamentalmente predispuestos a actuar con violencia o a reaccionar con ímpetu peligroso ante ciertos estímulos.

Inspirados en la doctrina de Carrara, los códigos libero-arbitristas (**p. 729**) hicieron del delincuente *pasional*- que mata por amor- un sujeto de discernimiento disminuido, falta de libertad suficiente, casi un perturbado mental digno no solo de la pena atenuada sino aun de la excusa absolutoria. Mirado por los jueces con no disimulada benevolencia, el *pasional* constituyo categoría privilegiada, en tiempos en que la *causa de honor* tenía mas fuerza excusante de la que ahora le concede el Derecho Penal.⁷² Y por ello, numerosos veredictos llegaron hasta a eximir de responsabilidad al cónyuge homicida (conyugicidio por adulterio), concediendo así un derecho que ninguna ley humana debe conceder: el "derecho de matar"⁷³.

La Escuela Positiva identifica por vez primera al *pasional*. A partir de Ferri y Colajanni, la categoría de los *pasionales* tiene asiento en las más importantes clasificaciones de los delincuentes.

La significación del *pasional* no ha sido siempre la misma. A través de la doctrina antropológica el tipo *pasional* ofrece renovado interés y es objeto de planteamiento diverso. Las concepciones del delincuente *pasional*, distintas en su forma de expresión, pero semejantes y complementarias por su común raíz, el hombre delincuente, pueden agruparse de la siguiente manera:

- Concepción de la Antropología criminal italiana (Lombroso);
- Discriminación cualitativa del *motivo* en el delito de los *pasionales* (Ferri);
- Concepción endocrinológica del *pasional*;
- Concepción sicoanalítica del *pasional*.

Al fundador de la Antropología Criminal debemos una sugestiva aunque imperfecto descripción del delincuente *pasional*. Lombroso nos lo pinta sin anomalías graves, jóvenes y bellas, a veces adolescente, ya que en la pubertad suelen cometerse delitos cuya causa reside en la obnubilación del sentido moral por la potencia de la pasión carnal.

⁷⁰ Carrara.- Programma.- pag. 330.

⁷¹ Ferri.- Principios.- pág. 254.

⁷² Nuestro derogado Código del 63, vaciado en el molde clásico, legislaba sobre el delito pasional:

"Art. 234.- El cónyuge que sorprendido en adulterio a su cosorte, da muerte en el acto a ésta o su cómplice o los dos juntos, sufrirá cárcel en tercer grado (3 años)".

"Art. 235.- Los padres y los hermanos mayores que dan muerte a los que yacen con sus hijas o hermanas menores de 21 años, en el acto de sorprenderlos infraganti, sufrirán cárcel en quinto grado (5 años)"

⁷³ Este derecho prevalece aún en los códigos chileno y mejicano.

El delincuente por pasión es, generalmente, un individuo sanguíneo o nervioso, de extremada sensibilidad y de una **(p. 730)** afectividad excesiva, con reflejos exagerados, que durante la comisión del delito llega a ponerse analgésico y semiconsciente.

Desde el punto de vista moral, es un sujeto honesto, de vida intachable, sin antecedentes penales, generosos y serviciales. Conmovido y excitado antes de la comisión del delito, una vez realizado éste y satisfecho el ímpetu de la pasión, experimenta una reacción inmediata, arrepintiéndose amargamente y desesperándose hasta el punto de intentar el suicidio. Lejos de procurar la coartada y de ocultar su delito, se complace en confesarlo a los jurados y a los jueces para calmar su remordimiento. Condenado, acepta la pena con resignación y con un propósito de expiación que hace de él un recluso ejemplar, de fácil y pronta enmienda que hace de él un recluso ejemplar, de fácil y pronta enmienda. “A la *normalidad* del cuerpo corresponde la *honradez del alma*”, afirma sentenciosamente Lombroso.

Las pasiones que impelen al delito- agrega el maestro de Turín- no son de aquellas que aparecen gradual y pausadamente, y a las que se puede poner un freno más o menos eficaz, tales como *la avaricia* y *la ambición*, sino más bien de las que estallan de improviso como el *amor* o el *honor* ofendido. Mientras en los delincuentes comunes predominan las pasiones más innobles, como la venganza, la codicia, lascivia, a los delincuentes pasionales los impulsan pasiones generosas, a veces hasta sublimes. Y mientras en los delincuentes comunes la causa del delito es a menudo pequeñísima, en los *pasionales* existe una cabal proporción entre el efecto y la causa: tal el caso de un amor traicionado, de la deshonra, del escenario, de una burla cruel e intolerable.

A esto añade Lombroso que el delincuente pasional nunca premedita el crimen, ni obra alevosía, ni con el auxilio de cómplices, ni tiene preparada con anticipación el arma. A menudo procede a la realización del acto homicida alocadamente, pegando a derecha y a izquierda, desarrollando una enorme fuerza y valiéndose de la primera arma que encuentran o usando a veces hasta de las uñas y los dientes. La impetuosidad o instantaneidad con que actúa hace comparables su ímpetu al de los locos impulsivos, o, mejor, al de los epilépticos.

Casi todos los delitos por pasión son delitos contra las personas: lesiones, homicidios, algunos estupro, muy pocos atentados contra la propiedad. Lombroso engloba en esta categoría de delincuentes a las *infanticidas* que delinquen “obedeciendo a un sentimiento exagerado de honra”, y a los reos del delito de *duelo*.

Si Lombroso dibuja la *figura antropológica* del delincuente pasional, Ferri la traduce en términos de Derecho penal.

(p. 731) La discriminación cualitativa de las pasiones, vagamente intentada por Lombroso, lleva a Ferri a distinguir entre *pasiones útiles* y *dañosas*, favorables o contrarias a las condiciones de la existencia social.

Ferri denomina *pasiones sociales* y *antisociales* a las que, desde un punto de vista ético, serían pasiones *morales e inmorales*, y desde el punto de vista del Derecho, serían pasiones *jurídicas* y *antijurídicas*. “El honor, el amor, el afecto familiar, el sentimiento patriótico, la ambición, etc. son sentimientos y pasiones útiles a la especie, es decir, a la colectividad, y por ello de ordinario favorables al consorcio civil”⁷⁴. Estos sentimientos y estas pasiones pueden arrastrar al delito; pero la justicia penal no puede dejar de tomar en cuenta en estos casos “la pasión incitadora”, ya que ésta demuestra un menor grado de antisociabilidad en el acto y de peligrosidad en el delincuente. El que delinque por haber sido ofendido en su honor, por contrariedades amorosas o por afecto paterno o filial, produce en el seno de la sociedad una alarma menor que la que produciría si hubiera delinquido por motivos de lucro, por odio o por venganza. En los primeros casos “todo el mundo piensa que la agresión criminal ha sido provocada a causa de relaciones especiales entre la víctima y el sujeto activo del delito”; en los otros casos “todo ciudadano, sin estar en relación ninguna con el delincuente, se halla expuesto a la agresión del homicida que comete el delito por robar, a la del incendiario, a la del estafador, a la del salteador de caminos, etc.”⁷⁵

Ferri piensa que sólo debe ser considerado delincuente *pasional* el que ha sido impulsado al delito por una de las *pasiones sociales*. Tal delincuente representa “el grado menor de peligrosidad y el mayor de readaptabilidad a la vida social ordenada”.

⁷⁴ Ferri.- Principios.- pág. 255.

⁷⁵ Ferri.- Principios.- pág. 256.

Desde luego, Ferri excluya de la categoría de los *pasionales a los instintivos y a los locos*, que aun cuando pueden delinquir por motivos de honor o de amor, no son por ello delincuentes *pasionales*.

Coincidiendo con Lombroso en la descripción del delincuente pasional, Ferri nos dá de él el siguiente perfil: personalidad de precedentes intachables ; síntomas psíquicos propios de la juventud; motivo proporcionado; ejecución del delito en estado de conmoción, abiertamente y sin cómplices (excepto en los de casos (p. 732) delincuentes por pasión política); presentaciones espontánea a la autoridad ; remordimiento sincero por el mal causado que, a menudo, se expresa en el suicidio inmediato o en la tentativa seria de poner fin a su vida ; conducta irreprochable y reconcentrada en la cárcel, sin relación con los demás reclusos ; reincidencia nula, debido, de un lado, a que no es natural que se repitan las extraordinarias circunstancias que lo arrastraron como en un huracán psicológico, y, de otro, a que los delincuentes pasionales son personas de índole moral casi normal, por más que posean un temperamento nervioso, neurótico o sobreexcitable.

Siguiendo a Severi, Bonnano y Renda, Ferri distingue en la categoría de los pasionales dos tipos psicológicos: el delincuente *por emoción*, que delinque en el raptus vertiginoso de una emoción, en estado agudo; y delincuente *por pasión* que delinque en el estado crónico de una pasión insistente, “que por ser crónica no excluye la posibilidad de la premeditación”.

Ferri admite otra variedad del delincuente *pasional o emotivo*: el delincuente *político-social*. Los delitos de este delincuente pueden ser: o esencialmente políticos (conspiración, alta traición, violencia electoral, reunión sediciosa, delito de imprenta, etc.); o de índole económico-social; o de carácter común (homicidio, hurto, falsificación, daños etc.) En cualesquiera de estos casos, el delincuente *político-social* obra movido no por motivos de provecho propio o ventaja egoísta, “sino por aberración de sentimientos nobles o en el tumulto de un movimiento insurgente”⁷⁶.

De acuerdo con su doctrina, Ferri estableció en su celebre Proyecto de 1921 un tratamiento menos riguroso para los delincuentes político-sociales y para los delincuentes pasionales *in genere*⁷⁷, introduciendo en beneficio de ellos el “perdón judicial”, que no excluye la responsabilidad civil “y que es más sincero que la absolución basada en una enfermedad mental que no existe, o en la negación del hecho mismo, o en la negación de la culpabilidad del procesado”.

Conviene destacar el hecho de haber sido Ferri quien, con su discriminación cualitativa de los motivos, dió asidero a la vigente doctrina que otorga valor excusante a las pasiones o a los (p. 733) estados emotivos tan sólo cuando responden a una *causa justa o a un motivo ético*.

Intentando una explicación fisiológica -y por tanto antropológico- la *Endocrinología* sitúa en un terreno nuevo el delito de los *pasionales*. Postulando general de esta ciencia es que “de la fórmula endocrina individual depende la personalidad psíquica de todo sujeto”. Las hormonas influyen no sólo sobre la organización y morfología del cuerpo, sino también, y de modo esencial, en la constitución y forma del espíritu. Por consiguiente, una disfunción endocrina puede influir en la determinación de la conducta, en la medida señalada por el tipo y grado de anomalía de las glándulas de secreción interna.

El problema de las relaciones de la criminalidad con los estados endocrinos fué entrevisto por Ferri en *L'omicidio*, cuando sostuvo que el análisis de las condiciones anatómicas, histológicas y biológicas de los delincuentes debe completarse con el examen sintético de su personalidad biopsíquica, llamada *temperamento*, de la que fundadamente procede su modo de obrar individual.

Pero es Pende quien, partiendo de la semejanza entre la facies y el tipo morfológico de algunos delincuentes y de ciertos sujetos endocrinopáticos, concluya que hay una relación estrecha entre las anomalías morfológicas y el carácter, relación intuita ya por la Antropología y que la Endocrinología trata de explicar.

De las glándulas de secreción interna, una de las más importantes es la *tiroides*. Las hormonas tiroideas aceleran la percepción, la asociación de las ideas, las reacciones psíquicas y la emotividad. Todo el sistema nervioso simpático está dominado y sensibilizado por estas hormonas, que son las que le dan el tono y producen todo el mecanismo psíquico y fisio-anatómico de las emociones. Hay una absoluta identidad de efectos entre una exagerada secreción del tiroides y una emoción violenta de miedo, de terror, de cólera. Los sujetos de tiroides enérgico se distinguen por su hipercriticismo y

⁷⁶ Ferri.- Principios.- pág. 256.

⁷⁷ Hay que advertir que, en contra de la opinión de Colajanni, Ferri sostiene que el delincuente político no constituye una categoría antropológica per se y que es sólo una variedad del delincuente pasional o emotivo.

por una gran velocidad en los procesos intelectivos. Son hipersensitivos e hipersimpaticotónicos, con escasos o nulos poderes de inhibición. Por tanto, una disposición hipertiroidea es capaz de producir un estado de hiperemotividad, de genio colérico y de impulsividad, juntamente con una disminución de las facultades de dominio y *self-control*, propicios a los crímenes pasionales o impulsivos.

De acuerdo con este cuadro, Pende presenta a los delincuentes *pasionales y emocionales* como sujetos hipertiroideos con (p. 734) sistema nervioso vegetativo excitado, hiperagitación y reflejos vasomotores; de temperamento viable a la emoción; imaginativos y de rápido trámite psíquico; incapaces de una reflexión madura y, por tanto, de control sobre sus actos.

¿Puede derivarse de aquí la afirmación enfática de que existe un tipo delincuente *endocrino-pasional*, un verdadero biotipo criminal condicionado por una anomalía de la tiroides? El profesor Pende y su escuela están muy lejos de afirmar semejante cosa. La fórmula endocrina individual no puede servir de base *exclusiva* a la valoración médico-legal del delito. La fórmula hormonal hay que enlazarla con el estado primigenio de los tejidos, con la constitución general y parcial de los órganos. Mejor dicho, es necesario coordinar las anomalías hormonales con las condiciones autóctonas del cerebro y las de todo el sistema nervioso, y con los factores morbosos de la herencia y los degenerativos del ambiente.

No puede afirmarse -recalca Pende- que la predisposición al crimen o a la inmoralidad dependa únicamente de una influencia endocrina particular. Las anomalías hormonales no constituyen por sí disposiciones suficientes y obligadas para el crimen, sino que representan solamente condiciones facultativas, que pueden ser reemplazadas por otras.

La condición más importante y necesaria del carácter criminal- explica Pende- es una anomalía de la constitución corporal, anomalía que toca sobre todo a la corteza cerebral, como lo prueban los exámenes histológicos del cerebro de los asesinos. Las anomalías endocrinas son manifestaciones de un estado degenerativo general del individuo que alcanza al cerebro y a las glándulas de secreción interna, los dos sistemas más sensibles a todas las influencias degenerativas hereditarias y exteriores. De aquí que, aun cuando las anomalías morales no se hallen subordinadas a las del sistema hormonal, es indudable que éstas últimas agravan, de todo modos, manifestaciones de la constitución mental anormal.

Planteada la cuestión en este terreno, es imposible negar la influencia de la disposición hipertiroidea en la inclinación a los crímenes por pasión o impulsivos de ciertos sujetos degenerados. La experiencia demuestra, efectivamente, que una gran cantidad de delincuentes presentan, de un lado, anomalías de la constitución corporal y, sobre todo, cerebral; y, de otro lado, desordenes del equilibrio hormonal que disminuyen la resistencia y el *self-control* de los centros mentales superiores y su acción sobre los (p. 735) instintos de la preservación, de la propagación, de la defensa y del ataque, ya debilitados por un desarrollo inferior.

Con igual cautela Pende se produce el profesor Marañón, quien sostiene que las glándulas de secreción interna, "reguladores y adaptadores del conflicto perpetuo entre el ambiente y la trayectoria individual, tienen una responsabilidad importante, pero sólo parcelaria, en la resultante social de la vida de cada uno".⁷⁸

En la determinación de los actos humanos y, sobre todo, en los de carácter excepcional, influye poderosamente el fondo emocional del individuo. Y como la cantidad y la calidad de la emotividad son, en parte, función de la constitución endocrina, el estudio de ésta será también importante para el juicio de aquellos actos. Un hipertiroideo no dará un solo paso en su vida- dice Marañón- sin que el temblor emocional le aligere o le haga tropezar.

La emoción es la atmósfera de lo excepcional. Y como todo delito es un acto de excepción, su atmósfera hay que buscarla en el mecanismo neurohumoral que rige la capacidad del delincuente.

Especialmente en los niños y en los jóvenes afectados de un desequilibrio de las glándulas paratiroideas, hay una indudable y estrecha relación entre la irritabilidad, el humor áspero y arbitrario y la propensión a las actuaciones incorrectas o francamente antisociales, y las frecuentísimas formas de insuficiencia de esas glándulas, con su obligatoria hipocalcemia.

Pero de aquí a hacer emanar la responsabilidad de nuestros actos, de nuestra situación endocrina- concluya Marañón- hay una distancia que ni en los momentos orgiásticos de las hipótesis es dado

⁷⁸ Prólogo de Marañón al libro Nueva Criminología, por Quintiliano Saldaña, pág. 13.

franquear. Está ya lejano el tiempo en que llegó a suponerse que cada pecado manaba de una glándula de secreción interna, como una más de sus hormonas.

Por su parte, explicando el tipo *pasional* en términos de psicología profunda, el *Sicoanálisis* nos dá de él una imagen trágica y doliente, que unos criminalistas rechazan por falaz, y otros aceptan con reparos. Quintiliano Saldaña cree que la *Criminología sicoanalítica* "llegara acaso un día a explicar el misterio psicológico del criminal instantáneo, el *Augenblicksverbrecher* (p. 736) de Von Liszt, cuyo crimen es un paréntesis absurdo en toda una vida de honradez".⁷⁹

Todo delito en cuanto expresión de inadaptación social se explica no sólo por los antecedentes hereditarios y la constitución endocrina del sujeto, sino también por ciertos episodios emocionales de la evolución infantil de la psiquis. En el caso del delito de los *pasionales* - especialmente en el crimen pasional por amor- se advierte una inferiorización del Ego debida a la pérdida del objeto amado- que escapa a la aplicación de la libido- y a la consiguiente herida narcísica. El Ego se siente disminuido porque es menos amado. El origen de esta inferiorización del Ego por ofensa a su narcisismo radica o en la censura del Super-Ego individual o en la censura del Super-Ego colectivo o en un impedimento opuesto directamente por el medio. Tanto la fuerza del Super-Ego, como la acción directa del ambiente, determinan un refrenamiento del impulso sexual y, por tanto, la hipertensión de los impulsos no liberados y la angustia ante el peligro de no ser amado. En este estado el Ego busca compensación a su narcisismo lesionado, tratando de resolver el conflicto entre el ideal contenido en el Super-Ego y la realidad del Ego inferiorización. La carga de la libido que no puede ser aplicada sobre el objeto amado, se aplica, entonces, sobre Ego, en cuyo caso el Super-Ego sucumbe al dolor, conformándose a la inferiorización bajo la forma melancólica del sentimiento de culpa (ensimismamiento, tristeza, abatimiento); o determina una violenta reacción del Super-Ego, que se exterioriza en impulso agresivo, criminal, dirigido contra el rival o contra el objeto amado o contra el propio Ego (suicidio), en un oscuro deseo de liberación o de rehabilitación del Ego, que es el fin profundo que en todo delito pasional se cumple.

Sea que se acepte o rechace la interpretación que del *pasional* nos dá el Sicoanálisis, algo evidente se desprende de esta doctrina, y es que el delito de los *pasionales* debe ser estudiado en termino psicológicos. Solo un análisis de los complejos psíquicos que presiden el delito pasional puede conducirnos al conocimiento de su bizarro proceso. Y solo este conocimiento puede permitir enfrentar *el pasional* a la ley penal y adaptar la sanción a su característico estado peligroso. Desde luego, el afirmar que el tipo *pasional* es de traza y raíz psicológicas no comporta desdén por los datos biológico que, ya se ha visto, ayudan, como (p. 737) las huellas en un camión, a explorar el alma del delincuente por pasión.

Un examen psicológico del *pasional* debe servir, además, para discriminar lo que atañe a la *emoción* y lo que atañe a la *pasión* en delito de los *pasionales*. Ya Ferri distinguió con exacta valoración en esta categoría de delincuentes, el *delincuente por pasión* y el *delincuente por emoción*. Nerio Rojas interpretando con rigor técnico el inciso a) del art. 81 del Código argentino- pareja del art. 153 de nuestro Código- distingue entre delincuente por pasión- estado ideo-afectivo prolongado-y delincuente por emoción- estado brusco, fugaz, de conmoción afectiva (Ribot, Gomez, Loudet). Esta distinción es, pues, una exigencia tanto de los textos legales como de la doctrina, que no acuerdan la misma consideración penal a ambos tipos, ya que el *pasional* es más peligroso que el *emocional*.

El *emocional*, hemos dicho, se halla adscrito a la categoría de los *pasionales*. Esto no significa que un delito por *pasión* pueda confundirse con un delito por *emoción*. Mientras el *pasional* delinque siempre bajo el imperio de una *pasión*, hay *emocionales* cuyo delito instantáneo no proviene de pasión. En el primer caso, es posible que la pasión desemboque en la emoción, que es entonces como la puerta abierta por donde el torrente de aquella, largo tiempo contenido, se lanza al exterior. En el segundo caso, la súbita reacción emocional carece de pasado pasional y es absolutamente presente en cuanto el impulso agresivo no obedece sino a una representación actual que sirve de estímulo liberador de la capacidad de violencia de un sujeto en cierto modo predispuesto a obrar impulsivamente (constitución emotiva).

Pero ¿que es la pasión y que es la emoción? Conviene definir estos términos psicológicos en su exacto sentido, a fin de interpretar correctamente el texto legal.

La pasión es un estado afectivo de cierta duración que tiende a romper el equilibrio de nuestra vida sentimental, una *forma secundaria y compleja* que surge de la reflexión aplicada a las tendencias y

⁷⁹ Quintiliano Saldaña, Nueva Criminología, pág. 249.

está dominada por una idea. Si se le compara a la emoción, resulta una “emoción prolongada e intelectualizada” si se le compara a la idea, actúa a manera de “una idea fija” que rompe en su provecho el equilibrio mental.⁸⁰

La pasión es el pensamiento al servicio del instinto y de las tendencias; esta hecha en parte de reflexión y de cálculo, de **(p. 738)** voluntad fría, razonada, sistemática; y se caracteriza por su *estabilidad y duración*: es un estado crónico⁸¹.

La emoción es un estado afectivo que destaca pujante por encima de la tonalidad afectiva corriente, causa un desorden de cierta duración en los sentimientos y va acompañado de modificaciones orgánicas fáciles de discernir.⁸²

La emoción es un “estado primario y bruto, un movimiento instintivo, una reacción brusca y súbita (ej. la cólera ante el golpe de una afrenta o el miedo a la vista de un peligro), un estado agudo que se caracteriza por su brevedad y su violencia.”⁸³

Toda emoción se presenta sucesivamente bajo dos formas: bajo la forma aguda de un choque o “sobrecogimiento” y bajo la forma crónica de un “estado o manera de ser”. A la primera se le da el nombre de *emoción-choque*; a la segunda, el de *emoción-sentimiento*. Estos dos fenómenos se presentan a menudo en fusión íntima y, casi siempre, el uno sigue al otro.

La *emoción-choque* tiene como carácter esencial el de “romper los procesos de nuestra ideación actual y el de tropezar con una serie más o menos considerable de tendencias y de hábitos”. “La *emoción-choque* se traduce esencialmente, desde el punto de vista intelectual, en un desfallecimiento brusco de la atención, desfallecimiento que puede entrañar una serie de desordenes secundarios”. “El juicio, el razonamiento, son temporalmente imposibles y la memoria misma se turba, pues el sujeto no puede disponer de una atención suficiente ni para fijar nuevos recuerdos, ni para evocar los antiguos”.⁸⁴

La *emoción-sentimiento* se presenta siempre de la misma manera es decir, como un estado complejo que se compone esencialmente de tendencias contenidas y de tendencias en vías de adaptación y reorganización, a menudo mezcladas con impulsos, como en la cólera y en la pena, y siempre acompañadas de modificaciones orgánicas difusas y de un estado de conciencia correspondiente que puede ser, según los casos, agradable, penoso o mixto.⁸⁵

La emoción -dice Kant- opera como una corriente que rompe su dique; la pasión, como un torrente que profundiza más y más su lecho. La emoción es como una embriaguez que fermenta; **(p. 739)** la pasión, como una enfermedad que resulta de una constitución viciada o de un veneno absorbido.

La emoción y la pasión son esencialmente distintas, “pese a un fondo común “que proviene de un origen común: la tendencia. Algo más: “no son solamente diferentes sino contrarias “. Allí donde hay mucha emoción- decía Kant- hay generalmente poca pasión. Los temperamentos impulsivos y explosivos, sujetos a emociones bruscas y violentas, no son proclives a experimentar verdaderas pasiones.⁸⁶

Para Ottolenghi, la emoción es un estado agudo de excitación psíquica, en tanto que la pasión es un estado emocional crónico. Todo estado emocional agudo, nacido por excitación sentimental, debilita la acción de las demás excitaciones sentimentales, y disminuye y aun aniquila todo poder de inhibición, de donde se sigue la reacción intensa y fulminante. En el estado pasional- estado emocional continuo- todas las excitaciones pasionales pueden engendrar un estado singularizado por una emoción sub-aguda permanente o por una limitación notable del proceso intelectual.

⁸⁰ Jorge Dwelshauvers.- Tratado de Psicología, pág. 608.

⁸¹ Dumas.- Traité de Psychologie, T. I, pág. 481.

⁸² Jorge Dwelshauvers.- Tratado de Psicología, pág. 236.

⁸³ Dumas.- Traité de Psychologie, T. I, pág. 481.

⁸⁴ Dumas.- Traité de Psychologie, T. I, pág. 461 y 462.

⁸⁵ Dumas.- Traité de Psychologie, T. I, pág. 462 y 463.

⁸⁶ Dumas.- Traité de Psychologie, T. I, pág. 481.

Si la pasión y la emoción son distintas ¿a qué se debe el que se las haya confundido? Se debe a que a menudo se producen *conjuntamente*, están ligadas, derivan de un mismo principio y en apariencia tienen los mismos efectos.

Es claro que la pasión no exime de la emoción, antes bien predispone a ella: la pasión tiene, como la enfermedad crónica, retoños imprevistos que empujan a una forma aguda, esto es, al fracaso de la emoción: “una pasión de larga duración esta atravesada por accesos de emoción”.

Las emociones son propiamente lo que Stendhal llamaba “estados de pasión”. Como la pasión presenta siempre estos estados y se manifiesta con estos y por estos, es natural confundirla con ellos. “Hay- dice Stendhal- *pasiones*: el amor, la venganza, el odio, el orgullo, la vanidad, el amor a la gloria; y hay *estados de pasión*: el terror, el miedo, la furia, las penas, la alegría, la tristeza, la inquietud. Yo las llamo estados de pasión porque muchas pasiones diferentes pueden hacernos miedosos, furiosos, apenados, alegres, etc.”⁸⁷.

Finalmente, aquello que distingue la pasión de la emoción no es solamente que la una es durable y la otra pasajera, sino, **(p. 740)** sobre todo, que la primera es compleja, atraviesa fases diferentes y reviste formas variables y aun contrarias; en tanto que la segunda es simple y cursa un proceso invariable. Así se dirá que el *amor* es una *pasión*, en razón no solamente de su duración, sino de su complejidad, complejidad que resulta de la multiplicidad de sentimientos experimentados por el sujeto: esperanza, temor, alegría, tristeza, inquietud, ternura, etc.; en tanto que se llamara a la *melancolía* o mas bien al *estado melancólico*, una emoción, pues aun cuando este estado se prolongue y se haga permanente, no deja de ser por ello un modo simple de reaccionar y de sentir, pobre de contenido, siempre semejante a si mismo. Todo es, en efecto, para un melancólico, pretexto para nuevas crisis de desolación: nada la eleva al entusiasmo, ni la cólera, ni con mayor razón, la alegría. La *emoción* es, pues, *uniforme*, en tanto que la *pasión* es *proteiforme*.⁸⁸

Si se busca el origen de la emoción y de la pasión, se aprehenderá mejor todavía su naturaleza, sus caracteres propios y distintivos. En tanto que la emoción es un estado realizado, caracterizado por la suspensión, satisfacción, desadaptación o readaptación de las tendencias, la pasión es una tendencia privilegiada o elegida que, destacándose de las demás, se organiza, se impone, deviene el centro de atracción de todos los sentimientos y tiende hacia la realización. La una es una fuerza centrífuga; la otra, una fuerza centrípeta; la una semeja la abulia, la otra la voluntad.

Tanto la emoción como la pasión divergen, partiendo de un mismo punto (la inclinación). No puede confundírselas sino por aquellos que no ven a la pasión sino a través de sus manifestaciones sensibles, de las cuales las emociones son parte, o por aquellos que no ven en la pasión sino la violencia de los sentimientos. El error es por lo demás frecuente: es así como grandes emotivos del tipo de Mirabeau, Byron, Chateaubriand, Alfieri, Berlioz, han sido tomados por apasionados. Pero ello no resiste el más leve examen.⁸⁹

La pasión es distinta no solamente de la emoción sino también de la inclinación. ¿En qué difiere de la inclinación? ¿Por naturaleza o gradualmente? Parece que difiere sólo de modo gradual. La pasión es una inclinación llevada al exceso, que se **(p. 741)** hace predominante, que subordina a todas las demás o las excluye. Si ella no es una desviación de la naturaleza, en fenómeno patológico, es por lo menos artificial (artificial en el sentido de adquirida). ¿Como se forma? puede admitirse que, en su origen, “todas las tendencias existen” en el hombre normal, que ninguna es impetuosa, que todas se hallan en el mismo nivel de mediocridad. Pero este equilibrio afectivo no dura, salvo quizá en el tipo amorfo, que es contrario al apasionado. Tan pronto como una o varias tendencias aparecen como mas fuertes que las demás, imprimen al individuo una marca o “modalidad afectiva” (mood, Stimmung), la cual no es todavía pasión, pero constituye “el suelo en el cual esta germina”. (Ribot)

En efecto, la pasión entendida como la ruptura del equilibrio de las tendencias y el predominio de una de ellas sobre todas las demás, debería ser- en un sentido- un hecho accidental, que en rigor podría muy bien no haberse producido; pero ella no deja de ser en otro sentido, innata, fatal; la pasión esta inscrita de antemano en el temperamento, tiene su base en las condiciones orgánicas.⁹⁰

⁸⁷ Dumas.- Traité de Psychologie, T. I, pág. 481-482.

⁸⁸ Dumas.- Traité de Psychologie, T. I, pág. 481-482.

⁸⁹ Dumas.- Traité de Psychologie, T. I, pág. 482-483..

⁹⁰ Dumas.- Traité de Psychologie, T. I, pág. 482-483.

Puede concebirse, con los estoicos, como una enfermedad del alma. Pero toda enfermedad supone, de una parte, la introducción en el organismo de un elemento patógeno; de otra parte, una predisposición del temperamento o "diatesis". "Fisiológicamente, una causa exterior, insignificante, sin influencia sobre el hombre sano, opera sobre el diatesico en el sentido de su diatesis. Psicológicamente, un suceso fútil, sin importancia para un carácter frío y reflexivo, obra sobre un predispuesto en el sentido de la menor resistencia. Despierta la tendencia latente que hace erupción bajo este ligero choque...y, en vez de producir el estado difuso que es propio del sentimental o las explosiones múltiples y variables orienta la vida afectiva del apasionado en una dirección única, de la que mana, formando un dique para el efecto de un drenaje enérgico que desecha todo lo demás. (Robot)⁹¹.

Las pasiones es, pues, fatal. Se nace apasionado o por lo menos sellado por la pasión. La fatalidad de la pasión es la del temperamento: esto es evidente en las pasiones ligadas a los apetitos (del bebedor, del gastrónomo, del amoroso). Todas las pasiones tienen una base orgánica, como lo prueba el hecho de que son (p. 742) hereditarias. La más espiritual en apariencia como la pasión religiosa, puede materializarse, lo mismo que las más orgánicas, como el amor sexual, son susceptibles de "alcanzar un intelectualismo sutil y refinado". -De aquí se sigue que no hay pasión a la cual no pueda o más bien no deba asignarse causas físicas.⁹²

Sin embargo, la pasión no está sino bosquejada o virtualmente contenida en el temperamento; es preciso, para que nazca y se desarrolle, el concurso de circunstancias: un medio favorable, el arrebató, el ejemplo, las tentaciones. Esto último lo prueba el hecho de que cada época, cada sociedad, cada grupo social tiene sus pasiones.

Esta distinción psicológica entre *pasión* y *emoción* nos permitirá precisar mejor la diferencia entre delincuente *pasional* y delincuente por emoción violenta.

El punto de partida del *delito pasional* es una pasión que se enseñorea del alma del sujeto con la tiranía de una idea fija, obsesionante e irresistible. Esta pasión, cuya vehemencia aumenta gradualmente, determina una invencible excitación nerviosa y un estado de efectiva perturbación psicológica que no permite al infeliz torturado dormir ni entregarse a sus ocupaciones habituales. Las más encontradas ideas agitan su mente, girando como en dantesca ronda alrededor de la ingrata representación que ha desencadenado el torbellino pasional. Semejante estado no puede durar mucho tiempo. Se hace necesaria la evasión a través del cauce de una voluntad que, vacilante entre la venganza y el perdón, entre el respeto a la norma y su violación, entre el amor y el deber, acaba por ser vencida. La determinación final tiene el sentido de la única solución posible: matar ¿Pero matar de qué modo, en qué forma, en qué momento y lugar, y con qué arma? El sujeto premedita, entonces, el delito.

El delito del *pasional* "no es el producto de inopinado designio, ni de decisión espontánea", sino consecuencia de maduras reflexiones, serias vacilaciones y transcurso de tiempo que, en vez de apaciguar el ánimo y atemperar el estímulo, exacerba este y exalta el temperamento. La pasión no es incompatible, como se cree, con la premeditación, ni inconciliable con la reflexión. La pasión más intensa permite comprender toda la ilicitud del acto. "La experiencia demuestra la existencia de (p. 743) delincuentes pasionales que simulan calma o disimulan su agitación, hecho que muestran bien a las claras el imperio de la reflexión para encubrir sus designios. El delincuente agitado por violenta conmoción de ánimo no carece de reflexión, sino de frenos para reprimir el designio criminal"⁹³. Generalmente, el uxoricida pasional mata con posterioridad al descubrimiento del adulterio de su mujer, embargado por honda preocupación. La premeditación del *pasional* no es igual a la del instintivo; esta "representa la fría y calculada preparación del delito", aquella "implica la lucha entre el estímulo de la pasión y la defensa del sentido moral que resiste".

El tiempo que media entre la incubación del propósito criminal y el estallido de la reacción varía según los sujetos. El clima, el medio ambiente, la herencia, los hábitos, el temperamento ejercen ascendente sobre la reacción. Los hombres fuertes y plétóricos ceden más fácilmente a las tentaciones y a los estímulos del instante. El bilioso es pronto en la reacción como tardo el linfático.

⁹¹ Dumas.- Traité de Psychologie, T. I, pág. 483, 484, 485..

⁹² José Peco.- El uxoricidio por adulterio.- pág. 48.

⁹³ José Peco.- El uxoricidio por adulterio.- pág. 49.

Durante la ejecución del hecho, el *pasional* evidencia la impulsividad de su decisión en la forma ya descrita por los positivistas. Por mucha que sea la violencia empleada, no hay ensañamiento tampoco hay copartícipes ni cómplices. Más bien, franca ejecución del delito. Confesión sin evasivas ni coartadas. Profunda conmoción que no se aquieta y que conduce muchas veces al suicidio.

En cuanto al móvil, la verdadera figura del *pasional* no admite sino móviles sociales. Por eso los criminalistas definen el delito pasional como “el delito desinteresado que reconoce como factor preponderante el imperio de una pasión no repudiada por la conciencia colectiva.

El punto de partida del *delito emocional* es una emoción violenta, o sea un súbito y repentino estado de ofuscación y de exaltación aguda y, por tanto, de perturbación psicológica profunda. El estímulo y el frenesí emocional coincide en una relación inmediata de causa a efecto, que conduce de modo fulminante a la comisión del hecho delictuoso.

Todo impulso emotivo es de suyo rápido. Se engendra como reacción inmediata ante el estímulo externo que suscita en la conciencia un estado de ira, temor o dolor. La intensidad de esta reacción es mayor en el anormal y su forma de expresión (**p. 744**) destructora y delictuosa, en razón de la falta de frenos inhibitorios.

El arrebató emocional es incompatible con la premeditación. Es una brusca sacudida del sistema nervioso que impide el normal funcionamiento de la atención, de la reflexión y de la voluntad y que priva al sujeto del control sobre si mismo. El estado de ofuscación alcanza a veces tal intensidad, que el autor no puede dar detalles completos de la forma como el hecho se produjo por haberlos olvidado.

En los casos de delito por emoción violenta la pericia médica constata casi siempre los mismos datos: sujeto excesivamente nervioso, excitación psicomotriz acentuada, tensión muscular, temblor fibrilar, imaginación rápida, ofuscación de las ideas, carencia de self-control.

Para que el *delito emocional* sea objeto de una consideración penal especial, ha de obedecer a motivos éticos, es decir, sociales y justos, como en el caso del que mata perturbado por el inmediato descubrimiento del adulterio de su mujer.

Se dice que hay gran semejanza entre el *delito pasional* y el *delito emocional* o por emoción violenta. Ello es indudable, pero no debe olvidarse un dato que permite excluir la semejanza total, y es la premeditación que caracteriza a todo *homicidio pasional*, así como el transporte súbito y la falta de reflexión madura caracterizan el *homicidio por emoción violenta*.

Dibujadas claramente las dos figuras cabe preguntar ¿cuál es más peligroso: el delincuente pasional o el delincuente *emocional*?

A la luz de la Psiquiatría los “estados pasionales” van apareciendo como una entidad clínica, o, mas propiamente, como una forma de psicosis que se viste- según Heuyer- con los iridescentes colores de amor, de los celos, del odio, de la avaricia.

Los delincuentes *pasionales*, a quienes el público rodea de un nimbo romántico, suelen ser en la mayoría de los casos sujetos degenerados, egoístas, alcoholistas crónicos o desequilibrados con perversiones, peligrosos para la sociedad. Sin estas taras- dice Nerio Rojas- es más que excepcional que la pasión pueda llevar al crimen.

Refiriéndose al homicida que mata por amor, Feré precisa: “no se enloquece por amor sino cuando se tiene un amor de loco”.

El pasional no es propiamente un loco- salvo aquellos *raros casos* en que las pasiones “revisten tal violencia que sus (**p. 745**) manifestaciones asumen el gesto y las modalidades propias de la enfermedad mental”.⁹⁴

Mario Carrara afirma que resulta casi siempre artificioso y forzado reconocer en los estados pasionales una verdadera y propia enfermedad mental. No se olvide que positivistas y neolombrosianos consideraron a los pasionales como sujetos normales. Solo por excepción podría un pasional acogerse a una causal de exención de la responsabilidad como la contenida en el inciso 1.º del artículo 85 de nuestro código, (estado de enfermedad mental, de idiotez o de grave alteración de la conciencia ; y falta, en el momento de obrar, de la facultad de apreciar el carácter delictuoso del acto o de determinarse según esta apreciación), regla que habría necesariamente de ser concordada

⁹⁴ Mario Carrara.- Il delinquente per passione nel nuovo Codice Penale Italiano.- Archivio di Antropología Criminale.- Vol. LIII.- (1933).

con la del art. 89 que determina la imposición de la medida de internamiento en hospital u hospicio, en razón de la peligrosidad del agente.

El *pasional* es nada más que un sujeto predispuesto a obrar con ímpetu destructor. La pasión no anula en el la individualidad, sino que hipertoniza la conciencia, sin abolir el temperamento. “Los celos -dice Jiménez de Asúa- pueden originar actos incontenibles, escándalos, tormentas morales, cambios imprevistos, brusquedades de humor, ansiedad de pesquisa; pero el delito, no, salvo cuando prenden en un hombre temperamentalmente propenso a la violencia”.⁹⁵

Sin ser pues, un enfermo mental en el sentido legal de la palabra, el *pasional* es un sujeto peligroso, imputable y responsable, cuya represión habrá de disciplinarse según la naturaleza del motivo que lo hubiera determinado a delinquir. Si se trata de una pasión innoble, índice de una mayor peligrosidad. Si se trata de una pasión social, de un motivo justo, excusante -índice de una menor peligrosidad- la pena será menor. En todo caso, la afirmación de la peligrosidad del pasional tiene una utilísima consecuencia práctica: evitar los escandalosos veredictos absolutorios por medio de los cuales los jurados y los jueces crearon en el pasado una situación de privilegio para el crimen por pasión.

Si el delito de los *pasionales* (homicidio pasional) es considerado como una categoría subjetiva, a menuda altamente (p. 746) peligrosa, el delito de los *emocionales* (homicidio por emoción violenta) es considerado como una entidad objetiva que se vincula a la conducta de los hombres normales y que en muchos casos no revela peligrosidad. De los emocionales dice Rojas, que “tienen la justificación de su reacción brusca, inesperada, impulsiva que cualquier hombre puede sufrir con mayor o menor intensidad”.

Identificando a los *pasionales* con los alienados, Sighele afirma que el huracán psicológico que impulsa al *pasional* a cometer el delito, es un estado transitorio, instantáneo de locura, por virtud del cual el hombre normal se convierte en alienado; y que así como el alienado tiene intervalos lucidos que lo identifican con el hombre normal, así el hombre normal tiene intervalos oscuros que lo identifican con el alienado. Comentando esta cita⁹⁶ Peco, sostiene que la explicación de Sighele conviene al *emocional* pero no al *pasional*.

¿Puede, en efecto, identificarse el *emocional* que mata por ímpetu con el alienado?

Parece evidente que la reacción desproporcionada del *emocional* ante el estímulo determinante de su acto, revela en todo caso una predisposición neuro-psicopática, que es lo que conforma la llamada *constitución emotiva*. Esta *constitución*- como la *ciclotímica*, *asténica*, *paranoica*, *esquizoide*, *mitomaniaca* y demás de la clasificación de Dupré, condiciona la personalidad psicológica en equilibrio inestable de mucho sujetos fronterizos⁹⁷- es una *constitución patológica* reconocible por síndromes específicos. Esos síndromes son: *Síndrome psíquica*: timidez o meticulosidad, escrupulosidad, panofobias, tendencia a la duda; *síndrome neurológica*: hiperkenesia músculo-tendino-perióstica, viveza de las reacciones pupilares y sensoriales; *síndrome neuro u órgano-vegetativo* vinculado por lo general a un distiroidismo mas o menos frustráneo :hiperparasimpaticotonía o vagotonía habitual, dermatografismo dorsal o ventral, ereutofobia, sialorrea, hipercrinea, sudación excesiva, espasmos gastro intestinales, temblor, etc. Según Dupré, el desequilibrio neuro-vegetativo a predominio vagal constituya el substrato fisiopatológico de la *constitución emotiva*.

¿Puede deducirse de aquí que la *constitución emotiva* es una forma de alineación mental? En este caso como en el de los (p. 747) *pasionales*, la respuesta esta sujeta a discriminación. En principio, el *emocional* no es un loco en la acepción legal de la palabra. Pero autores como Rojas aceptan, al lado del *emoción violenta fisiológica* prevista en el art. 153 de nuestro código, la *forma patológica* de la emoción estudiada por Kraff Ebing, bajo el rubro de “estados de inconsciencia patológica “y que se caracteriza por su gravedad y fugacidad, obnubilación de la conciencia y amnesia consecutiva, dato este ultimo que no se da en la emoción pura. Por consiguiente, solo los *estados de inconsciencia por emoción patológica*, equiparables a estados *transitorios* de alineación mental, podrían acogerse a la exigente del inciso 1.º del art. 85 de nuestro código, concordado, desde luego, con la regla defensiva del art. 89.

⁹⁵ Jiménez de Asúa.- Derecho Penal.- pág. 338.

⁹⁶ José Peco.- El uxoricidio por adulterio.- pág. 47.

⁹⁷ Benjamín B. Spota.- Emoción violenta ante el Código Penal.- Revista Penal y Penitenciaria.- Año II.- N° 3.- Buenos Aires.

Cabe decir a este respecto que ningún código disciplina mejor la imputabilidad y responsabilidad de los *pasionales* que el Código Rocco, que en su art. 90 establece como principio general que los estados *emotivos o pasionales* no excluye ni disminuyen la imputabilidad. Este principio no riñe con la especial consideración que el código otorga a ciertos *estados emotivos o pasionales* derivados de “móviles éticos”, a fin de atenuar la pena (art. 62 n.2 y 3). El propio código Rocco al referirse especialmente al homicidio por *causa de honor*, atenúa la responsabilidad del que causa la muerte, ya sea del cónyuge, de la hija o de la hermana en el estado de ira determinado por la ofensa hecha a su honor o al de la familia; ya sea de la persona que mantenga con las personas nombradas dicha relación carnal. (art. 587). La tesis del código italiano es la más lógica, porque aún cuando el móvil de la pasión sea profundamente justo no puede proclamarse la absoluta exención de responsabilidad, y es preciso que, aun en este caso, se imponga la pena como una manifestación de censura legal, que no excluye por cierto la atenuación.

Es ya tiempo de preguntar si nuestro código incluya a un tipo de pasional *in genere* o solamente a los *pasionales* o a los *emocionales* en forma excluyente.

Atendiendo a su tenor literal la regla del art. 153 es aplicable únicamente al homicidio cometido “bajo el imperio de *una emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable*”, nota calificativa atenuante del homicidio. Según este precepto claramente restrictivo, sólo los delincuentes por *emoción* pueden beneficiarse con la atenuante que en él se otorga. El *pasional* no aparece por ningún lado en nuestro código, ni siquiera bajo la especie del *homicida por causa de honor*, lo que contrasta con (p. 748) la vieja ley del 63. Podemos decir, entonces, parodiando el juicio que sobre este particular expuso Mario Carrara, respecto del Código Rocco: “*el delincuente por pasión no ha tenido la ventura ni el honor de ser tomado en cuenta*”.

Es ésta una falla de la ley que puede permitir y permite que los delincuentes pasionales se cobijen en la regla del art. 153, debido a que los jueces, dando a esta regla una interpretación demasiado lata, entienden que en ella está incluido el delincuente por pasión. Semejante interpretación requiere de un principio genérico que no puede sentarse, a saber: que los pasionales que obran bajo el impulso de una *pasión social* y los *emocionales* que delinquen por justos motivos son equiparables en peligrosidad y responsabilidad y por tanto, en el quantum de la pena.

Es digna de ser relevada la manera como el reciente Proyecto Coll-Comez menciona a los pasionales y a los emocionales. Fijando una norma digna de ser adoptada por cualquier proyecto de código penal que en adelante se formula, el proyecto argentino, en el Título III que tiene por rubro “el delincuente”, después de hacer la enumeración taxativa de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, introduce en el art. 20 una completa clasificación de los delincuentes que incluya a los pasionales y a los emocionales de la siguiente manera:

Art. 20.- *En razón de las circunstancias previstas... el tribunal establecerá, de una manera fundada, la relación existente entre el delito cometido y las condiciones personales de su autor, para determinar.*

a.) ...

b.) *Si cometido el delito en el ímpetu de una pasión social o en un estado de emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable.*

La fuente del art. 153 de nuestro código es la regla del art. 100 del anteproyecto suizo de 1918 convertido recientemente por pasión. Semejante interpretación requiere de un principio Suizo. Dice ese artículo:

Art. 100.- *si el delincuente hubiere matado hallándose dominado por una emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable, será castigado con reclusión hasta diez años o con prisión desde uno a cinco años.*

De acuerdo con el punto de vista de sus autores, el texto suizo trae como rubro de este artículo el de “homicidio por pasión”. A este equivocado rubro se debe tal vez el que nuestro (p. 749) legislador se olvidara por completo del verdadero *delincuente pasional*, o entendiera que el art. 153 podía ser regla genérica capaz de reemplazar a los artículos. 234 y 235 del código derogado que, al legislar sobre el crimen pasional, otorgaba la atenuación tanto en el caso del conyugicidio por adulterio como en el del homicidio *honoris causa* (padre o hermano mayor que da muerte al que yace con sus hijas o hermanas menores de 21 años).

Los elementos que integran la figura del homicidio por *emoción violenta* incluida en el art. 153 son:

1. °- Un acto de homicidio;

2. ° Un estado de emoción violenta bajo cuyo imperio se comete el hecho.

3. ° Motivos éticos que justifiquen dicho estado y sus consecuencias.

Nota característica de la figura es "*el imperio de una emoción violenta*" que determina causalmente el homicidio.

El texto que antes que otro alguno inserto el concepto de la *emoción violenta* fue sin duda el anteproyecto suizo de 1916. Las formulas en que los codificadores de 1912 trataron de acuñarlo fueron las siguientes:

1. ° *Fórmula Lang.- Homicidio por pasión.* -"Si el autor ha decidido y realizado el hecho en una *emoción violenta*, sea castigado con prisión de dos a cinco años o reclusión hasta ocho".

"Si la emoción fuere excusable, especialmente si el autor hubiera sido provocado por la víctima, sin una grave responsabilidad de su parte, la pena consistirá en prisión no menor de seis meses".

2. ° *-Fórmula Hafter. -Homicidio por pasión.* -"Si el autor mata en una justificada emoción violenta, la pena será de reclusión hasta diez años o prisión de uno a cinco".

3. ° *-Fórmula Thormann. -Homicidio por pasión.* -"Si el autor mata en el arrebató de la cólera o de un dolor violento producido por una provocación o por injustas ofensas, la pena será de reclusión...".

De las discusiones brotó el texto definitivo, que es el que hoy se aloja en el art. 100 del vigente Código Penal Federal Suizo.

(p. 750) La adopción del concepto de *emoción violenta* se debe a que se ha querido disponer de una fórmula que siento más ventajosa que las de "justo dolor", "ímpetu de ira", "arrebató momentáneo", "estado de obcecación", "provocación injusta" y "móvil de honor", no presente tantas dificultades practicas, ni suscite discordias en la doctrina, ni provoque vacilación en los jueces. Es ésta la razón- se dice- por la que las legislaciones van dejando de lado el enunciado de la pasión, reaplazándolo por el de la emoción violenta que permite enfocar mejor diversos aspectos del homicidio por ímpetu.

El haberse adoptado en nuestro código la fórmula de la *emoción violenta* no puede merecer sino rendida aprobación, porque ella permite identificar mejor a cierta clase de homicidas y adoptar con justeza la sanción a la personalidad del delincuente. Pero esta formula no debe tener un carácter de generalidad tal que la haga aplicable a los casos de homicidio por pasión.

Ante los hechos que la crónica del crimen pone al alcance de la observación, constituye defecto de técnica, cuando menos, el incluir indiferenciados, en un mismo precepto, dos conceptos distintos como son los de *pasión* y *emoción*, y dos modalidades de una categoría de delincuentes, como *las del delincuente por pasión* y *el delincuente por emoción violenta*, que, aunque semejantes no deben confundirse.

No porque el delincuente pasional delinca en estado de emoción debe considerársele equiparado al delincuente por *emoción violenta* que antes del hecho no estuvo animado por pasión alguna. Más que la confusión la que se impone es la distinción, con el objeto de poner de acuerdo a la Psicología con el Derecho Penal, ya que tratándose de esta categoría de delincuentes, aquella suministra a éste índices de valuación que se traducen en índices de peligrosidad. Apreciados debidamente estos índices de, el pasional resulta de todos modos, y cualquiera que sea su categoría, más peligroso que el emocional. Y es este importante principio el que la ley debe traducir en explícito precepto.