

---

# La Moderna Política Criminal Latinoamericana

Por: Enrique Bacigalupo



## ENRIQUE BACIGALUPO

El autor de este trabajo nació en Buenos Aires en 1938 y estudió en su Universidad donde alcanzó el grado de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales.

Fue, también en la Universidad de Buenos Aires, Profesor ordinario de Derecho Penal desde 1970 a 1974.

Actualmente reside en la República Federal Alemana y realiza tareas docentes y de investigación en la Universidad de Bonn.

Ha colaborado en la preparación de diversos proyectos legislativos de su materia en la República Argentina y es corredactor del Proyecto de la Parte General del Código Penal Argentino de 1974 / 75.

Sus publicaciones son numerosas y han visto la luz en siete distintos países de América y Europa.

Es Codirector del Centro Internacional de Investigación en Ciencias Penales, (Buenos Aires), y miembro del Consejo de Redacción de Nuevo Pensamiento Penal.

Quiero referirme hoy al tema de la política criminal en América Latina y más especialmente a la política criminal de los últimos veinte años, su expresión a través del sistema de reacciones penales.

Es probable que no haya en nuestras legislaciones códigos más atacados que los códigos penales. Sin embargo, hay que reconocer que tales códigos penales han resistido en nuestros países mucho más de lo que se hubiera pensado. Un ejemplo de ello es el código penal argentino de 1921, que a lo largo de más de 50 años de existencia ha enfrentado con éxito cinco proyectos integrales de reforma.

Pero hay países que se encuentran ahora en una etapa de renovación de la legislación y de los métodos penales. Costa Rica, México, Bolivia, El Salvador y Brasil han dictado nuevas leyes penales (1). El proyecto de Código Penal Tipo para América Latina (2), cuya parte general se ha dado a conocer en los últimos años, es un testimonio de que existe un consenso generalizado de la necesidad de reforma de la legislación penal. El enfoque con que se asume en la práctica la reforma, a veces presenta diferencias notables. Hay países en que la transformación afecta fundamentalmente a la ejecución penal sin que se encare una reforma legislativa del derecho de fondo (tal es el caso de México). En otros, en cambio, —como en Costa Rica— la reforma del código penal va acompañada de una transformación de la práctica penitenciaria.

Si hubiera que distinguir etapas en la historia de la legislación penal latinoamericana, podría afirmarse que existe una primera época, posterior a la independencia, que se caracteriza por la adopción de los modelos hispánicos de legislación penal. En tales modelos, el sistema de penas se componía de un amplio catálogo en el que estaban incluidas las más diversas especies de castigos.

Es probable que esta multiplicidad de penas fuera consecuencia de la idea retribucionista, es decir, de la concepción de la pena como un castigo que no persigue un fin social determinado, sino que procura la realización de una idea de justicia. (3)

A partir de 1920 y como consecuencia de la renovación teórica impulsada en Europa por la filosofía positivista (4), comienza un período de transformación de las viejas legislaciones de origen español, cuya característica central es el traslado del centro de gravedad de la legislación penal desde la idea retribucionista hacia una fundamentación de la pena que la vincula con la obtención de ciertos fines sociales. Estos son los objetivos, no siempre consecuentemente perseguidos, que ha guiado la sanción de los códigos penales de Argentina, 1921/1922, Panamá; Perú, 1924; Venezuela, 1926; México, 1931; Uruguay, 1933; Guatemala, Colombia y Cuba 1936; Brasil, 1940; Costa Rica, 1941. El Código Penal de Brasil de 1940 y el de Costa Rica de 1941, ya no están más vigentes.

Las características fundamentales de esta legislación puede resumirse en las siguientes líneas (5):

En primer lugar se introdujo una institución que tiene un fundamento preventivo especial muy definido: la **condena condicional**, destinada a evitar la ejecución de las penas cortas privativas de la libertad.

En segundo lugar, se dio cabida a la **libertad condicional**, una institución cuyo objetivo es evitar el paso brusco del sistema totalmente reglado de vida de un establecimiento carcelario al sistema de autodeterminación dentro de la sociedad normal, tendiente a evitar de esa manera la aparición de factores que impulsen a la reincidencia.

En tercer lugar, el catálogo de penas fue reducido sensiblemente, por lo general, y salvo algunas excepciones, entre las cuales puede contarse el Código Penal Mexicano. El nuevo catálogo de penas suele contener dos penas privativas de la libertad, prisión y reclusión, pena de multa y pena de inhabilitación. De todas maneras, la utilización de las penas de multa y de inhabilitación es relativamente pequeña, pues el carácter segregador de la nueva concepción de la

pena —así fue entendida entre nosotros, la prevención especial— hizo que estos códigos se basen fundamentalmente en el uso de la pena privativa de la libertad.

En cuarto lugar, aparece una regulación específica del problema de la reincidencia; como tratamiento para el reincidente o habitual se dispone, por lo general, la aplicación de una pena sensiblemente agravada y se llega inclusive, al establecimiento de la pena de duración indeterminada. No es del caso discutir aquí —cómo se lo ha hecho— si esta pena indeterminada constituye en realidad una medida de seguridad.

Por otra parte, en estos códigos, y a veces en leyes especiales, se nota una incipiente introducción de las medidas de seguridad, es decir, se amplía el ámbito del Derecho Penal, clásicamente reducido a las penas, incorporándose ahora la finalidad de la aseguración personal en aquellos casos en que el autor no ha obrado culpablemente. Desde el punto de vista técnico, los sistemas de medidas de seguridad son generalmente defectuosos. En el campo que a ellas les corresponde por antonomasia, en el derecho penal de los menores, se observan habitualmente ideas poco claras respecto a la fundación de las medidas tutelares, para lo que sirve de ejemplo la ley argentina. El sistema de medidas para adultos se reduce, casi siempre, a la reclusión manicomial por el tiempo indeterminado para los inimputables. Esta reclusión manicomial era por cierto conocida en las legislaciones anteriores.

Otra característica fundamental de esta legislación, consiste en la vinculación de la medida de la pena con la peligrosidad del autor, no es la gravedad del hecho, o sea de la culpabilidad, lo que determina la medida justa de la pena, sino que es la peligrosidad del autor la que establece la medida asegurativa que la pena debe cumplir (6).

La pena está destinada, ante todo, a segregar de la sociedad a los que han cometido un hecho punible. La idea de segregación social como finalidad de la pena, y en una concepción monista también de las medidas de seguridad, estaba claramente expresada en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ferri de 1921 (7), que sin ninguna duda ejerció influencias en la legislación comentada. A pesar de que los redactores del Proyecto argentino de 1917 que se sancionó en 1921, no tuvieron oportunidad de conocer el Proyecto de Ferri, no cabe duda de que las ideas del positivismo criminológico italiano eran ya conocidas en América Latina.

El último aspecto que a mi juicio caracteriza a esta legislación se refiere a la forma prácticamente inalterada en que se mantuvieron los presupuestos de la responsabilidad penal; es decir, aquellas características del hecho punible, mediante las cuales, se definen las condiciones para la aplicación de una pena. La legítima defensa, el estado de necesidad, el error, la coacción, y la inimputabilidad constituyeron las causas previstas en esta legislación para la exclusión de la responsabilidad penal. En algunos casos se abunda más que en otros en detallar las causas que excluyen la aplicación de las penas, así como también se encuentran sistemas más acertados que otros en la regulación de las mismas. De todos modos, son siempre prácticamente los mismos supuestos los que se consideran desde este punto de vista.

Estas características constituyen el núcleo fundamental de la legislación, del cual parten los movi-

mientos modernos de reforma, que comienzan en 1960, con el Proyecto de Sebastián Soler para la República Argentina. Antes de esa fecha hubo varios proyectos en países latinoamericanos. Tales proyectos tendieron básicamente a la adopción de modelos provenientes de la legislación italiana. En la primera etapa, ejerció un considerable dominio el Proyecto Ferri de 1921; pero una vez sancionado en Italia el Código de 1930, fue este el punto de referencia fundamental. En 1960 comienza entonces una nueva etapa de la legislación penal en la que los proyectos alemanes ejercieron influencia. Tal influjo existía ya en la dogmática penal y se manifestó notablemente en la interpretación del derecho vigente.

En el código penal italiano de 1930 y principalmente en la obra de su autor, Arturo Rocco, se encuentran ya algunos de los elementos que van a caracterizar los desarrollos más modernos de la legislación penal latinoamericana. Me refiero aquí a la concepción de la llamada escuela "técnico-jurídica", que se definió asimismo como una concepción neutral con referencia a los aspectos políticos del derecho. Conscientemente o no, esta concepción impregnó fuertemente el Proyecto argentino de 1960 con el que se inaugura la etapa más moderna, a la que quiero referirme especialmente. En este período se considera como la función fundamental de la reforma penal, la reordenación de los presupuestos de la pena, sin introducir modificaciones en el sistema de penas y medidas de seguridad.

Con esta actitud de neutralidad político-criminal, el centro de gravedad de la reforma se desplaza de las consecuencias del hecho punible, es decir, desde los medios y métodos del derecho penal, hacia el problema de la adecuación típica, la antijuricidad y la culpabilidad. Dicho de otra manera: lo que caracteriza el Proyecto argentino de 1960 es el intento de codificación de soluciones dogmáticas obtenidas en la interpretación del derecho penal vigente. No es posible aquí abordar la crítica de tales soluciones dogmáticas, pero basta con señalar que ellas siguen siendo por lo general, en sí mismas discutibles. Dentro de esta orientación se han movido también el Proyecto venezolano de 1967; el Código de Brasil, 1969; el Código boliviano de 1972 y especialmente el Proyecto de Código Penal Tipo para América Latina (8). Este último ejerció una visible influencia en el reciente Código Penal de Costa Rica, el Proyecto para Colombia de 1974 y el nuevo Código Penal de la República de El Salvador.

¿Cuáles son las características más salientes del sistema penal de esta legislación?

1.- En ellas se mantiene la tendencia, ya existente, a una prevención especial ilimitada (9). Es decir, la pena continúa determinándose por la peligrosidad del autor. La mayoría de estos proyectos y nuevos códigos se refieren, al regular la individualización de la pena, a la "personalidad del autor"; pero es claro que bajo estas expresiones se entiende "personalidad peligrosa" del autor. De esta manera la "neutralidad" político-criminal tuvo como consecuencia, en realidad, que el tan criticado "positivismo" continuara plenamente vigente.

Sin embargo, todas estas legislaciones suelen hacer profesión de fe respecto del principio de culpabilidad, que no parece conciliable con el mantenimiento de un sistema en el que la gravedad de la

pena proviene de la peligrosidad del autor y puede superar la medida del reproche individual que a este le corresponda. En verdad, el principio de culpabilidad que se ha introducido ha sufrido una importante mutilación. El principio de culpabilidad del Proyecto argentino de 1960, o el que recoge el Código del Brasil de 1969 o el que se encuentra en el Código Penal Tipo para América Latina, tiene una significación limitada: sólo procura excluir la mera responsabilidad por el resultado; es decir condiciona la aplicación de una pena a que el autor haya obrado con dolo o culpa. En el momento de la individualización de la pena, la culpabilidad desaparece y se cae en un puro derecho penal de autor. Lo que se juzga en la última instancia no es el hecho cometido por el autor -tal hecho sólo tiene un valor sintomático en la determinación de la pena- sino la **personalidad peligrosa del autor** de un hecho punible. Desde este punto de vista, entonces, la innovación es relativamente insignificante, porque en general, teoría y praxis habían reconocido en forma unánime que sin dolo o culpa no puede aplicarse pena. Antes y después faltó el reconocimiento de la función limitadora de la medida de la pena que la culpabilidad debería cumplir en un derecho penal que se autodefine como un derecho penal de culpabilidad.

Las limitaciones con que ha sido entendido el principio de culpabilidad se perciben también en el sistema legislativo del error.

El Código Penal de Brasil de 1969, contiene una incongruencia adicional, difundida en parte en torturadas construcciones que suelen encontrarse en la jurisprudencia de varios países. En la Exposición de Motivos, el legislador reconoce que para seguir estrictamente el principio de culpabilidad sería necesario incluir la grave perturbación de la conciencia entre las causas que excluyen la imputabilidad. Pero, como de esta manera la exclusión de la punibilidad alcanzaría generalmente a los casos de ebriedad, se resuelve el sacrificio del principio de culpabilidad antes proclamado. Lo cierto es que resolver el problema de la ebriedad, no es función que corresponda al derecho penal. Se trata de un problema de política social general que no tiene por qué resolverse mediante la aplicación de penas a sujetos que obran sin saber lo que hacen. En todo caso, al derecho penal sólo le cabe prever el tratamiento del autor que delinque en estado de ebriedad mediante una medida de seguridad. La pena carece, evidentemente, de capacidad para resolver este problema. Creer lo contrario, es una ingenuidad.

2.- Otro aspecto significativo de los códigos y proyectos comentados, es que incluyen una definición relativa al **fin de la pena**. En la legislación anterior, hablar del fin de la pena hubiera resultado impropio, desde el momento en que se creía que el objetivo a alcanzar con la aplicación de una pena -si es que existía- estaba más allá de la actividad judicial, en el ámbito de la acción administrativa, a la que se reservó la cuestión de la ejecución penal. Tal vez esto haya sido consecuencia de la influencia ejercida por la obra de Saleilles de 1809 sobre la individualización de la pena (10). Puede decirse que en general, el derecho penal latinoamericano ha distinguido falsamente -desde nuestra perspectiva actual- entre la aplicación de la pena y el fin de la ejecución de la pena. Sin embargo, se retoma ahora la senda ade-

cuada: se define la finalidad de la pena. La finalidad de la pena es, sin duda, una cuestión legítima del derecho penal material.

El énfasis deseable en la adopción de un sistema penal orientado decididamente a la resocialización del autor, de todos modos, se echa de menos. Un ejemplo de timidez en este sentido, es el Proyecto del Código Penal Tipo. Tal vez sea, por ello, que el fin de readaptación social que propone resulte luego frustrado a menudo por un sistema de sanciones que no responde a principios claros (11).

La definición del fin de la pena tiene una implicancia decisiva en la legislación penal, pero no es suficiente con establecer de una manera más o menos programática en algún artículo de la ley. Si el fin de la pena es una materia legítima de la legislación de fondo -como se dijo- también lo será entonces la determinación de aquéllos medios mínimos que en el ámbito de la ejecución penal garanticen el alcance del fin de la pena. También sobre estos medios y límites deberá legislar el Código Penal. Ejemplo de esta concepción es el Proyecto argentino de 1974/75. Sin establecer los medios mínimos de la ejecución penal y los límites que a ésta corresponde para garantizar la obtención del fin resocialización, o por lo menos, para no frustrarlo ya inicialmente, faltará una adecuada resolución legislativa del problema del fin de la pena.

Sería equivocado, de todos modos, creer que con estas normas mínimas referentes a una ejecución resocializadora se habrá alcanzado el objetivo perseguido. Además de estas reglas y definiciones, propias del Código Penal, se requiere una reforma eficaz de la ejecución penal en sí misma.

3.-Otra cuestión importante que surge de la nueva legislación y especialmente del Proyecto del Código Penal Tipo para América Latina, es la que se refiere a la **unificación de las penas privativas de la libertad** (12). El Proyecto argentino de 1960 había insistido todavía en el mantenimiento de la reclusión y la prisión como penas privativas de la libertad.

La forma más grave de la pena privativa de la libertad (reclusión, presidio, etc.), se caracteriza, por lo general, por ciertos elementos adicionales que la distinguen de la forma menos grave (prisión, arresto, etc.). En la reclusión, por ejemplo, el régimen de trabajo es más duro, el aislamiento con respecto al mundo exterior es mayor y el régimen carcelario es más estricto. A veces se caracteriza porque implica también una inhabilitación que supera el tiempo de la privación de la libertad propiamente dicha (así en el Proyecto argentino de 1960).

Pero si parte de la base de que la pena no debe consistir simplemente en un mal que se atribuye al autor, por el hecho ilícito que ha realizado culpablemente, la distinción de formas diversas de la privación de la libertad carece de todo sentido.

Aquellas diferenciaciones estaban vinculadas, como es claro, con la concepción puramente retributiva de la pena, y se mantuvieron sin que hubiera al respecto mayores discusiones, también en los sistemas que se caracterizaron por su inclinación a la prevención especial. Una sola pena privativa de la libertad que tiene por fin lograr la resocialización del autor es entonces la consecuencia de la unificación

del fin de las penas en torno a la idea de la reintegración social del autor.

Sin embargo, y a pesar de lo que surge a primera vista de su articulado, es dudoso que el fin de la unificación se haya logrado aceptablemente en el Proyecto del Código Penal Tipo y en las legislaciones que lo han tomado como modelo (por ejemplo, Costa Rica).

Si se toma en cuenta el sistema total de penas del Proyecto de Código Penal Tipo se comprobará que en él existen dos penas, por lo menos, privativas de la libertad. Una más grave, que consistiría en la pena de prisión más una pena de inhabilitación que supere a la primera en duración (es decir, la "reclusión" del Proyecto argentino de 1960). Otra menos grave, limitada simplemente a la pena de prisión. Como se ve, la facultad otorgada al juez de aplicar una pena de inhabilitación de mayor duración que la prisión y juntamente con ésta, permite mantener en sus efectos el sistema dual de reclusión y prisión, o sea, de dos penas privativas de la libertad de distinta gravedad. De manera entonces que en el Proyecto de Código Penal Tipo para América Latina la unificación de las penas privativas de la libertad se frustra indirectamente como consecuencia de la regulación dada a la inhabilitación como pena accesoria de aquélla.

En resumen, hay unas penas privativas de la libertad en las cuales la inhabilitación sólo alcanza al tiempo que dure la privación de la libertad, y otras, en que la inhabilitación va más allá del tiempo de la privación de la libertad.

Tampoco en este ámbito, entonces, la innovación alcanza a ser tal.

En el Proyecto de 1967 para Venezuela se establecen penas sustitutivas de las cortas privativas de la libertad. La tendencia se ha desarrollado más todavía en el Proyecto argentino de 1974/75. Sobre esta idea habrá que trabajar, sin duda, en las futuras reformas penales.

3.- El sistema de la pena de multa no ha sufrido mayores transformaciones. La tendencia iniciada en el Proyecto argentino de 1960 introduciendo el sistema de los días-multa fue seguido más tarde por el Proyecto del Código Penal Tipo para América Latina. La necesidad de un debate sobre los verdaderos alcances político-criminales de esta pena, es imprescindible para la realización de una eficiente reforma penal. La afirmación comúnmente repetida según la cual debe darse una mayor trascendencia en nuestros sistemas penales a la pena de multa, no es tan obvia como a primera vista aparece. Sin perjuicio de ello, es frecuente que estas afirmaciones de las exposiciones de motivos carezcan luego de una realización efectiva en la parte especial (ver por ejemplo, el Proyecto Argentino de 1960).

4.-Por último, se encuentra la pena de inhabilitación. Las posibilidades de una delimitación de su ámbito frente al que corresponde a las medidas de seguridad, son hoy en día problemáticas. A ella me referiré más adelante (13).

5.-Una nota bien característica de la nueva legislación penal latinoamericana es la introducción de un sistema mucho más orgánico de medidas de seguridad.

dad que el del derecho vigente.

Los puntos de partida son, sin embargo, tan poco claros como su forma de realización. Ejemplo de ésta es ya el Proyecto Argentino de 1960 que estableció un muy objetable criterio, según el cual, las penas y las medidas de seguridad se distinguen no ya en función del autor al cual se aplica la medida, ni en función de la esencia misma de la medida, sino según la duración determinada o no (14).

Las medidas de seguridad no se definen obviamente por la determinación o indeterminación del tiempo de la internación, sino por las características personales del autor al que se aplican (no culpabilidad) y por el criterio de su determinación concreta (no se encuentran limitadas por el principio de culpabilidad y en su ámbito rige el de proporcionalidad). De todos modos, este criterio de distinción no ha logrado imponerse: el Proyecto del Código Penal Tipo para América Latina ha establecido términos máximos de duración para las medidas de seguridad que requieren internación. En el Código Penal de Brasil de 1969 se prevén penas de relativa indeterminación temporal (15).

El Código Penal Tipo y los que lo han seguido, han clasificado las medidas de seguridad en **medidas de internación**, de **vigilancia** y de **curación**. Las medidas de internación y vigilancia se destinan por lo general a habituales y profesionales y a los reincidentes. Las medidas de curación se prevén para los que han obrado en estado de imputabilidad disminuida.

Lo primero que resulta objetable en este sistema de medidas de seguridad es la imprecisión de las diferencias entre las medidas de internación y la pena de prisión. Si se analiza, por ejemplo, el art. 57 del Código Penal Tipo, se verá que en él, las medidas de internación se definen por las mismas características de la pena de prisión; la internación debe cumplirse "en establecimientos especiales con régimen de trabajo y de educación". Al definir la pena de prisión en el artículo 43 se dice que la pena deberá ejercer una acción reeducadora. Si se tiene en cuenta que también deberá cumplirse en establecimientos especiales y que no hay reeducación posible sin la realización de trabajo y la participación en un sistema educativo, quedará inmediatamente claro que entre la pena de prisión y la medida de internación no hay diferencia alguna. Ambos se caracterizan por los mismos elementos: establecimiento especial, trabajo y educación. Para peor, los tres elementos resultan demasiado imprecisos para la definición de un régimen de consecuencias jurídicas orientado a la resocialización del autor.

La medida de internación es también criticable desde el punto de vista de la función que se le asigna. Mediante ello, se prevé el reemplazo de la pena privativa de libertad para los autores habituales o profesionales. Este reemplazo carece de sentido en la medida en que ambas consecuencias penales no se diferencian, y por lo tanto, tampoco aquí hay innovación alguna con respecto al tratamiento clásico de habitualidad y profesionalidad. Al establecerse que la medida de internación puede llegar hasta quince años de privación de la libertad, en verdad se introduce una pena relativamente indeterminada de hasta quince

años para este tipo de autores. La compatibilidad de las penas indeterminadas con la idea del estado de derecho es decididamente problemática.

Otro aspecto criticable del sistema de medidas de seguridad es el que se refiere a las reglas de ejecución. Cuando de una manera muy escueta, el Código Penal Tipo en su artículo 57 hace referencia a los medios de ejecución de la medida de internación, menciona solamente la aplicación de la laborterapia en establecimientos agrícolas y al aire libre. Lo cierto es que la laborterapia como única forma de tratamiento, precisamente reservada a los casos más difíciles, y que presentan mayores dificultades de tratamiento, es más que insuficiente. El tipo de tratamiento que debe practicarse durante la ejecución de medidas de seguridad destinada a este tipo de autores, es en realidad mucho más compleja que la terapia ocupacional y no se alcanza como consecuencia de la agricultura ni el aire libre. Las razones por las cuales los autores del Proyecto han atribuido a la agricultura y al trabajo al aire libre propiedades curativas y resocializadoras tan amplias, son difíciles de aclarar. Detrás de ellas debe verse ante todo una simplificación excesiva del problema de la ejecución de las medidas de seguridad destinada a los casos más difíciles.

procurar adaptar a un medio rural a un hombre que, en muchos casos, no tendrá ninguna otra posibilidad que la de continuar viviendo en un medio urbano. Este tipo de tratamiento, como se ve, puede producir en la práctica más mal que bien. Al proyectarse el Código Penal Tipo para América Latina era ya patrimonio de la ciencia el conocimiento de que estos métodos habían envejecido y que con ellos no podrían alcanzarse los fines propuestos por la moderna política criminal. Precisamente en esa época, se disponía ya de los conocimientos necesarios para la creación de institutos de terapia social sobre la base de experiencias satisfactorias en Holanda y en Suecia. Aunque tal vez con inconsecuencias en su realización práctica, estos institutos han sido incorporados en la reciente reforma penal alemana y también en el Proyecto Argentino de 1974/75.

La ejecución de las medidas de seguridad en los institutos de terapia social debe practicarse en la forma de una terapia médico-psicológica intensiva mediante personal especializado compuesto por médicos, psiquiatras, psicólogos, pedagogos y trabajadores sociales (16). Fundamentalmente debe llevarse a cabo en pequeños grupos terapéuticos diferenciados por las características personales de sus componentes. Si bien no es posible describir aquí en forma completa las características de estos tratamientos, lo dicho es suficiente como para afirmar que de otra manera sería probablemente imposible lograr la resocialización de autores que presentan estructuras de personalidad muy complicada y con respecto a los cuales -puesto que se tratará en gran parte de reincidentes- la aplicación de la pena ya ha demostrado no ser el medio adecuado de tratamiento.

En los establecimientos de terapia social también pueden ser internados los autores que han obrado con imputabilidad disminuida, cuando sus características hacen presumir la eficacia de un tratamiento como el que allí puede llevarse a cabo. Hay autores, sin embargo, que requieren tratamientos específicos por el tipo de afección que los ha conducido a la comisión

del delito. En estos casos, la especialidad del tratamiento requiere establecimientos diferenciados; (es principalmente el caso de los alcohólicos y drogadictos). Ellos no pueden ser tratados eficazmente en institutos de terapia social, aunque allí pueda realizarse alguna, clase de tratamiento complementario sin lograr previamente superar el problema de su afección específica mediante desintoxicación y la creación de un mecanismo psicológico de adversión a la droga y al alcohol. Todo esto hace que sea recomendable el tratamiento en establecimientos especiales. Este ha sido el criterio seguido por el Proyecto Alternativo en Alemania y adoptado luego por el Proyecto argentino de 1974/75 (17).

Tampoco las medidas curativas del Proyecto del Código Penal Tipo presentan un cuadro positivo. En principio se diferencia un muy poco de las viejas reclusiones manicomiales. La práctica -frecuentemente inhumana- con que se trata estos casos en nuestros actuales establecimientos es determinante de una tarea legislativa bien precisa. Los Códigos Penales deben establecer límites al tipo de tratamiento que se lleva a cabo en aquéllos, deben fijar las líneas básicas de los mismos en un régimen científico de ejecución y por último determinar, el control judicial sobre la aplicación de ciertas técnicas de tratamientos, que frecuentemente, lejos de tender a la recuperación del paciente, producen daños irreparables, que son consecuencia de su utilización abusiva. Un ejemplo de esto es la utilización exagerada de ciertas técnicas, como el electro-shock, la lobotomía -que en principio parece lesiva del respeto que merece la personalidad humana-, etc. La utilización de la psicología profunda, que por su naturaleza afecta el ámbito de intimidad personal protegido por garantías constitucionales, debería someterse a control y autorización judicial y en ocasiones también al consentimiento del propio interesado. En parte, al menos, el Proyecto Argentino de 1974/75 ha contemplado estos aspectos, sobre los cuales de todos modos es preciso la realización de estudios especializados sin los que la reforma penal no alcanzará resultados duraderos.

Por último, se contempla en el Código Penal Tipo la medida de seguridad llamada de vigilancia. Ella constituye, probablemente, la que merece un mayor número de críticas. El artículo 57 del Código Penal Tipo, o el artículo 101 del Código Penal costarricense, o el artículo 72 del Proyecto del Código Penal colombiano de 1974 concretan esta medida en el establecimiento de una serie de limitaciones que se imparten al condenado; por ejemplo, se le impone la obligación de no consumir alcohol o drogas, de no vivir sino en un lugar determinado, de no frecuentar ciertos círculos de personas, de presentarse periódicamente ante la autoridad, etc. La simple lectura de estas disposiciones demuestra que más que de un sistema de medidas de vigilancia se trata de un sistema de medidas de autovigilancia. Es decir, un sistema por el que se establece a ciertos sujetos una serie de prohibiciones adicionales, cuyo quebrantamiento se amenaza con la transformación de la medida en internación en el caso del Código Penal Tipo, con su prolongación o transformación en internación en el Proyecto de Código colombiano, o bien como ocurre en el Código Penal costarricense con la reanudación del tratamiento a

que estaba sometido el sujeto (artículo 100, último párrafo). Si se tiene en cuenta que estas prohibiciones adicionales se dirigen a sujetos que frecuentemente manifiestan una marcada dependencia del alcohol, de las drogas o bien que están asimilados a círculos sociales marginales, se demostrará que es ingenuo creer que un sujeto de estas características va a superar su problema simplemente por la imposición de de una prohibición de ingerir alcohol, drogas o de ser antisociales. Con ello se demuestra que las medidas de vigilancia son en realidad medios totalmente ineficaces en relación a los fines que se proponen obtener y que con ellas no puede reemplazarse la necesidad de tratamientos específicos de los que debe hacerse cargo el Estado. Puede decirse que en general el problema criminológico que presentan estos autores no se resolverá aplicándoles determinadas prohibiciones pues sus características personales les impiden cumplirlas: no se trata de que **no quieren** cumplirlas, sino de que normalmente, **no pueden** cumplirlas. Aquí se requieren tratamientos y no la simple multiplicación de prohibiciones.

Pero el punto sin duda más criticable de las medidas llamadas de vigilancia es que se las ha reservado nada menos que para los autores habituales. Ello resulta doblemente falso: no sólo la medida es intrínsecamente dudosa -como se demostró más arriba-, sino que además se la utiliza respecto de un grupo de autores para el que es evidentemente ineficaz.

Por lo demás, estas medidas de autovigilancia se confunden prácticamente con la pena de inhabilitación, que en sí misma da lugar a otro tipo de crítica.

La conservación de la pena de inhabilitación en el Proyecto del Código Penal Tipo, resiente todavía más el sistema de consecuencias penales que ha proyectado. A estas críticas no escapa tampoco el Proyecto argentino de 1974/75, que procedió de igual manera. La pena de inhabilitación es una manifestación de supervivencia de las penas infamantes cuyo objeto era la exclusión del condenado del núcleo social. Su fin era, precisamente, todo lo contrario de la resocialización.

El uso que hace el legislador de la pena de inhabilitación como pena principal en la parte especial de los códigos, demuestra hasta qué punto no se le tiene confianza en lo que respecta a sus efectos preventivos generales. Por ello, si se me permite ejemplificar con el Código Penal argentino vigente, se verá que el uso de la pena de inhabilitación es excepcional como pena principal y que prácticamente no existen casos en los cuales un delito aparezca amenazado solamente con pena de inhabilitación. Es por ello que generalmente su uso se reduce al de una pena accesoria o conjunta con la pena privativa de la libertad, que es a la que se atribuye el verdadero efecto preventivo general, es decir, asegurador, que la vincula más con la función de las medidas de seguridad que con las penas. De ello se deduce, a mi juicio, que la inhabilitación debe excluirse definitivamente del catálogo de las penas y que sus objetivos deben alcanzarse a través de medidas de seguridad. Como pena conjunta con la pena privativa de libertad (y esto rige también si se la considera como pena accesoria) su acción es totalmente inocua durante el tiempo que dure la privación de libertad. Su prolongación por

encima de este término operará neutralizando los efectos resocializadores que se quieren alcanzar con el tratamiento a que se somete al autor durante la pena privativa de la libertad.

Además hay dos cuestiones que desde mi punto de vista resultan también criticables en el sistema de las medidas de seguridad.

El primero, se refiere a la extensión de la pena de inhabilitación, a la patria potestad que se dispone en el art. 49 del Código Penal Tipo y en el art. 57 del Código Penal costarricense. De esta manera la inhabilitación absoluta, destinada generalmente a la sanción de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, alcanza una marcada incidencia en el ámbito familiar. La necesidad de afectar los derechos familiares, es desde el punto de vista político-criminal totalmente desaprobable. El problema que presenta la pena de inhabilitación al afectar tanto los derechos que se refieren al ejercicio de cargos públicos y electorales y los familiares hace imposible una coherente aplicación de esta pena en la parte especial.

Qué sentido tiene sancionar la omisión de un delito familiar con la pérdida de derechos políticos y de ejercicios de cargos públicos, o delitos en el ejercicio de la función pública con la incapacidad de ejercer la patria potestad. No cabe duda que la actual concepción del artículo 49 del Proyecto de Código Penal Tipo provocará estas dificultades cuando en la parte especial el legislador quiera hacer uso de esta pena. En este sentido es preferible el criterio seguido por el artículo 61 del Anteproyecto de Código Penal colombiano de 1974, que toma en consideración la pérdida de la patria potestad, según la naturaleza del delito al que se aplique la pena. El otro punto que parece criticable es la exclusión de la posibilidad de amnistía que se prevé para las medidas de seguridad en el artículo 100 del Código Penal costarricense, y el artículo 80 del Anteproyecto del Código Penal colombiano. Ambas disposiciones reconocen como antecedentes el artículo 62 del Proyecto del Código Penal Tipo para América Latina. No hay ninguna razón que permita justificar el mantenimiento de consecuencias penales por hechos que han dejado de ser un delito. La concepción que respalda las disposiciones criticadas es, probablemente, —ya que nada expreso se dice sobre los fundamentos de tales disposiciones— la que considera a las medidas de seguridad como consecuencias regidas por el derecho administrativo antes que por el derecho penal criminal. Tal concepción no merece actualmente aprobación.

Una cuestión que está íntimamente ligada al tema de las medidas de seguridad es el del tipo de autores al que estas se destinan. En este sentido el caso del reincidente y el habitual adquiere especial significación. Por lo general, el reincidente ha sido tratado sobre la base de una significativa agravación de la pena por el sólo hecho de la recaída en el delito (ver p. e. el Código Penal mexicano artículo 65 y 20). El Código Penal argentino (artículo 50 y siguientes) establece para el reincidente por segunda vez, en principio sólo una forma agravada de la ejecución de la pena, pero no una agravación de la escala penal misma. Tal agravación estaba destinada a los que han sufrido por lo menos tres condenas, y entre ellas una

de reclusión, por más de tres años, o un número mayor de condenas (artículo 52). Para estos casos establece la reclusión por tiempo indeterminado. El Código mexicano no establece una agravación especial para los habituales, pues sólo determina que la pena no podrá ser menor que la que les correspondería a los reincidentes (artículo 66). De esta manera deja de tener sentido la distinción que establecían los artículos 20 y 21, entre reincidentes y habituales. Tal diferenciación sería importante únicamente en el caso de que se establecieran reglas diversas, en el ámbito de las consecuencias penales. El criterio respecto al número de reincidencias necesarias para hacer surgir la agravación no es uniforme. El Código argentino de 1921, todavía vigente, pero recientemente modificado el 25 de julio de 1976, siguió el criterio clásico de requerir que el autor sea "reincidente por segunda vez".

El Código Penal mexicano de 1931, en cambio, agrava la pena desde la primera reincidencia. La redacción de los textos legales deja frecuentemente dudas respecto a si se requiere la ejecución —aunque fuera parcial— de las condenas anteriores o si, por el contrario, es ya suficiente con la pronunciación de la sentencia condenatoria.

Los sistemas reseñados son el producto de las orientaciones seguidas por la legislación penal europea de los principios de siglo: un ejemplo bien claro de ello son el Código Penal suizo y el Anteproyecto de Código Penal alemán de 1909 (artículos 87 y 89 inclusive).

La que aquí hemos llamado legislación moderna no ha modificado las ideas básicas del sistema de la reincidencia. Se percibe ante todo una tendencia a extender sus efectos ya a la primera reincidencia. Una fundamentación del sentido político criminal de esta ampliación es hasta ahora desconocida. Tal tendencia se venía manifestando en la Argentina, por ejemplo ya desde el proyecto de 1937. Por otra parte, se suele distinguir entre **reincidentes, habituales y profesionales**. La reincidencia se determina, por regla, de una manera puramente objetiva a través de la sola reiteración de condenas (Proyecto de Código Penal Tipo, artículo 69, Código Penal costarricense, artículo 39, Anteproyecto colombiano, artículo 87). La habitualidad requiere por lo general un cierto número de condenas (Código de Costa Rica: 2, artículo 40, Anteproyecto colombiano: 4, artículo 89) y un aspecto subjetivo: "la tendencia persistente al delito" (artículo 89 del Anteproyecto colombiano) o la "inclinación a delinquir" (artículo 40 del Código Penal de Costa Rica). Este componente ya había sido introducido en los Proyectos argentino de 1937, 1942 y 1960. La definición del Profesional difiere a veces significativamente: el Proyecto de Código Penal Tipo deja la cuestión totalmente abierta, lo mismo que respecto a la habitualidad (artículo 72); el Anteproyecto colombiano, por su parte, califica de profesionales a los habituales que deriven su subsistencia o, parte de ella, del delito" (artículo 90); el Código Penal costarricense, por último, considera profesionales a los que "hayan hecho de su conducta delictuosa un modo de vivir" (artículo 41). Las reformas argentinas de 1967 y 1976 no han distinguido estos tres supuestos y consideran todas estas hipótesis bajo el único punto de vista de la reincidencia.

El tratamiento dispensado a los reincidentes es coincidente en los ejemplos que venimos analizando: agravación de la escala penal (Código Penal de Costa Rica, artículo 78, Proyecto de Código Penal Tipo artículo 69, Anteproyecto Colombiano, artículo 87, reformas argentinas de 1967 y 1976). El Anteproyecto colombiano establece para el habitual y para el profesional una agravación mayor de la pena que para el simple reincidente (artículo 88). Con ello coincide, en parte, con el Proyecto de Código Penal Tipo. Pero éste, a diferencia del anterior prevé alternativamente, el reemplazo de la agravación por la aplicación de las medidas de internación o vigilancia (artículo 72). Ya hemos señalado lo desatinado que parece esta última alternativa y no es necesario volver sobre ello. El Código Penal costarricense sigue, en contraposición a los dos restantes, otro criterio: dispone para los reincidentes, habituales y autores de delito imposible su internación en colonias agrícolas o establecimientos de trabajo. La mezcla de los probablemente no muy peligrosos autores de delitos imposibles y de los seguramente peligrosos habituales reincidentes resulta ante todo muy difícil de explicar.

Tal vez este capítulo de las nuevas legislaciones sea un síntoma de dos circunstancias bien concretas de nuestra evolución legislativa: en primer término de lo lejos que se está, en los problemas concretos, de la unificación que se persigue: cuatro legislaciones siguen cuatro sistemas distintos, igualmente criticables, lo segundo es la falta de claridad de las ideas sustanciales que imperan en este ámbito tan claramente sustancial de la legislación penal.

El Proyecto argentino de 1974/75 siguió en este punto lo del Proyecto Alternativo alemán: dispone la internación en institutos de terapia social (artículo 48).

La reseña de los modelos legislativos analizados demuestran la necesidad de proceder en este terreno cuidadosamente y sobre la base de estudios previos que aclaren precisamente los fines que se quieren alcanzar y estudien los métodos eficaces para lograr estos resultados. No me cabe duda de que las discrepancias y marcados desaciertos que se perciben son una parte del precio que nuestra ciencia del derecho penal está pagando por su encierro de casi medio siglo en una concepción de la ciencia del derecho formalista y ajena a los conocimientos de la criminología y otras ciencias sociales sin cuyos presupuestos es imposible emprender hoy una tarea reformadora. Lamentablemente nuestros científicos tienden por lo general a posiciones intolerantes: abolir la dogmática y proclamar como única ciencia la criminología o bien hacer lo contrario. Pero, sin comprender la necesidad de integración de los diversos conocimientos faltarán en lo sucesivo las bases para encontrar una profunda renovación de la legislación penal latinoamericana.

Desde un punto de vista programático parece que una tarea necesariamente previa a toda reforma es la caracterización de los defectos y aspectos disfuncionales del derecho vigente. Luego deberán definirse los medios adecuados para superar la situación indeseable y finalmente deberán llevarse a la ley proyectada con una clara explicación de sus fundamentos. La compatibilidad del proclamado principio de culpabilidad y el sistema destinado al tratamiento de la reincidencia es, a no dudarlo, un punto previo que no podrá soslayarse en el futuro.

Por último quiero referirme, aunque sea muy brevemente, a una notable carencia de nuestras legislaciones penales recientes. Todas ellas han tomado partido por un sistema de doble vía, es decir, por un sistema diferencial en lo que se refiere a penas y medidas de seguridad. Con ello se definen a favor de uno de los sistemas que ocuparon a la ciencia penal en los últimos años. Me parece difícil, sin embargo, que pudiera afirmarse que de esta manera se ha superado realmente la fuerte influencia que el monismo ejerció entre nosotros. Una prueba de ello es que —con excepción del Proyecto argentino 1974/75— no se ha establecido el principio regulador de las relaciones entre penas y medidas. Por medio de la interpretación puede llegar a sostenerse quizás que el Proyecto de Código Penal Tipo habría seguido un método acumulativo. Pero también en él se carece de una definición precisa.

El Proyecto argentino de 1974/75 ha seguido, en cambio, el principio vicariamente que da preponderancia a los fines preventivos especiales respecto de la función retributiva de la pena.

El sistema fue seguido también por el Proyecto Alternativo alemán. De esta forma, el tiempo de las medidas de internación es computado para el cumplimiento de la pena, la medida es ejecutada prioritariamente y se establece la manera en que se sustituye el resto del tiempo de la pena privativa de la libertad no cubierta por el tiempo de internación requerido por la medida. A estos fines entran en consideración las normas que regulan la libertad condicional.

La elección de un sistema de doble vía requiere la solución de las relaciones entre penas y medidas de una manera expresa y por ello es preciso que, también en este punto, se profundicen los fundamentos de las soluciones que van a proyectarse y se haga una evaluación clara de los resultados que pueden obtenerse.

Como se verá, el balance no me parece positivo. De todos modos, es necesario destacar que la supresión de la pena de muerte (18) en el Código Penal Tipo es un avance significativo que lamentablemente no han tenido en cuenta el Código Penal boliviano de 1972, ni el reciente Código Penal de El Salvador ni los últimos instrumentos legislativos sancionados en lo que va de este año en la Argentina. Otro aspecto positivo del Proyecto de Código Penal Tipo, que se refleja también en el artículo 51 del Código Penal costarricense, y en menor medida en el artículo 55 del Anteproyecto de Código Penal colombiano de 1974, es la exclusión de penas perpetuas privativas de la libertad. No cabe duda, sin embargo, de que penas privativas de la libertad que alcanzan un máximo de 25 o 30 años (que es el caso del Proyecto colombiano) se diferencian en la práctica sólo formalmente de las penas perpetuas. En este sentido, el Proyecto argentino de 1974/75 ha ido más lejos y ha reducido el límite máximo de la pena privativa de la libertad a 20 años (19). Sin embargo, si se toma en serio la idea de resocialización, es posible que deba darse razón al Proyecto Alternativo para la República Federal Alemana y la pena privativa de la libertad no deba superar el máximo de 15 años.

América Latina ha realizado en estos últimos años la importante tarea de emprender una modernización y humanización de sus sistemas penales. Esta tarea no es sólo un trabajo técnico sino también y princi-



palmente, una empresa de transformación de la conciencia pública en torno al tratamiento que el Estado deba dar al problema del delito. Es conveniente, por ello, desterrar ciertas expresiones que, como "defensa social", contribuyen a darle a la legislación penal el sentido de "arma" en la "lucha contra la delincuencia". El problema penal es hoy en día ante todo, no una cuestión de lucha contra enemigos, sino de política social, que debe encararse desde puntos de vista muy distintos si es que realmente quiere encontrarse una solución que a la vez no sea un peso sobre nuestras conciencias. Hace ya tiempo dijo Nietzsche: "nuestro delito contra los delincuentes es tratarlos como canallas" (Menschliches, all zumenschliches, 66). Sólo a partir de estas consideraciones encontraremos el camino de la futura reforma penal latinoamericana.

#### NOTAS

- (1) Código Penal de Costa Rica, sancionado el 15-11-70; ley que establece las normas mínimas para la readaptación social de sentenciados, México, 1971; Código Penal de Bolivia de 1972, promulgado por el decreto-ley 10.426 del 23-8-72; Código Penal de El Salvador, 1973, en vigencia desde el 1-1-74; Código Penal del Brasil, 1969, para entrar en vigor el 1-8-70.
- (2) Ver nuevo pensamiento penal, 1972 / 1, pág. 153 y siguientes. El Anuario de Derecho Penal, Madrid 1976, ha comenzado la publicación de la parte especial.
- (3) Sobre la historia penal latinoamericana ver Luis Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal, Tomo I, 2da. ed., pág. 911 y 1000 siguientes; y del mismo, Códigos Penales Iberoamericanos, Caracas 1946, I y II.
- (4) La significación de la filosofía positivista en la cultura latinoamericana y especialmente en la filosofía es tratada en general por Augusto Salazar Bondy, "¿Existe una filosofía de Nuestra América?" 3ra. ed., México, 1975.
- (5) Conf. Bacigalupo, en "Strafrecht und Strafrechtsreform", editado por K. Madlener, D. Papenfuss y W. Schone, 1974, pág. 129 y siguientes.
- (6) Conf. Bacigalupo, "Acerca de la personalidad y la culpabilidad en la medida de la pena", en N.P.P., 1973 / 3 pág. 305. (hay traducción al portugués por Yolanda Catao en Rivista de Direito Penal, Nº 15 / 16, 1974, pág. 34 / 43).
- (7) Ver Ferri, Principii di Diritto Penale, 1928, Pág. 608 y también Garófalo, Criminología, 4a. ed. francesa, 1895, pág. 254.
- (8) Conf. Jescheck, en Fest. fur heinitz, 1972, pág. 717 y siguientes y Novoa Monreal en ZSTW 81 (1969) págs. 752.
- (9) Ver Bacigalupo, "Bemerkungen zur Schuldlehre im Strafrecht", en Fest. fur Hans Welzel, 1974, pág. 477 y siguientes.
- (10) Raymond Saleilles, L'individualisation de la peine", París, 1898.
- (11) Conf. Bergalli, ¿"Readaptación Social por medio de la ejecución penal?", Madrid 1976.
- (12) El Proyecto Argentino de 1960 (Sebastián Soler) mantuvo la prisión y la reclusión; el de 1974 / 75 (Acevedo, Aftalión, Bacigalupo, Levene, Masi, Porto) se pronunció, en cambio, por la unificación; el nuevo Código del Brasil prevé reclusión y detención; el Anteproyecto de Código Penal para Colombia mantiene prisión y arresto; el Código de Costa Rica tiene sólo la pena de prisión, lo mismo que el Código Penal Tipo.
- (13) Sobre los inconvenientes de esta pena, ver Bacigalupo en N.P.P. 1975 / 5, pág. 86 y siguientes.
- (14) En igual sentido, Fontán Dalestra, tratado de Derecho Penal, III.
- (15) Conf. Ramos Mejía, en N.P.P., 1973 / 2, pág. 355 y siguientes.
- (16) Conf. Kaiser y otros, Strafvollzug, 1974, pág. 114 y 224 y siguientes Mauch G. "Sozialtherapie in Strafvollzug" en Tagungsberichte (1969), pág. 88 y siguientes.
- (17) La circunstancia de que estos establecimientos tengan por razón de ser la especialidad del tratamiento de desintoxicación y aversión que debe practicarse en ellos deja sin fundamento alguno la propuesta de la minoría de la Comisión Redactora del Proyecto Argentino 1974 / 75 (Aftalión, Levene, Porto) tendiente a incluir también aquí a los homosexuales. Suponiendo que tales autores debieran ser sometidos a algún tratamiento, no cabe duda de que no es este el lugar donde el mismo se debería llevar a cabo (ver la Ed. oficial del Proyecto Argentino 1974 / 75, pág. 27 y mi crítica en N.P.P. 1975 / 4 Pág. 98).
- (18) Conf. Las colaboraciones de Marino Barbero Santos, J. Berdugo, G. de la Torre, en "La Pena de Muerte, 6 Respuestas", 1975.
- (19) No han faltado críticas, sin embargo, por que ello contribuiría al "debilitamiento del sistema penal". Ver en este sentido Guillermo J. Ouviaña, en La Ley, año XLI, Nº 242, del 17-12-1975, coincidiendo ampliamente con la posición de la Policía Federal Argentina (Conf. Revista Argentina de Ciencias Penales, 1975 / 1, pág. 168 y siguientes). La conclusión de que debe haber pena de reclusión (inclusive perpetua) por que ella "comienza ser el sucedáneo de la pena de muerte y el sustituto de las penas restrictivas de libertad más severas, que en nuestros precedentes seguían a la pena capital" (Ouviaña, loc. cit.), es evidentemente falsa. Ella presupone que debe haber pena de muerte o alguna pena que la reemplace y que tal sistema penal es inmodificable... "El alto poder intimidatorio" invocado por Ouviaña en favor de la reclusión es ante todo dudoso y corresponde a la exacerbación de la prevención general que no se apoya en ninguna base empírica. Más bien puede afirmarse lo contrario: la seguridad pública no depende del terror penal (Conf. Hilde Kaufmann, en conferencias en el Centro Internacional de Investigación en Ciencias Penales, BsAs. 1975, trad. de Bacigalupo, Bergalli y Schiffrin, en Prensa).