

Año XIV - Enero - Marzo de 1946 - N.º 55	
<b>Revista de Derecho</b>	
DIRECTOR: DAVID STITCHKIN BRANOVEN SECRETARIO: ORLANDO TAPIA SUAREZ	
<b>SUMARIO</b>	
	<b>Pág.</b>
ESTEBAN ITURRA PACHECO ALFREDO LARENAS LARENAS ALFREDO SILVA SANTIAGO ABRAHAM ROMERO Y. HUMBERTO BIANCHI V. JUAN BIANCHI B. ALFONSO URREJOLA ARRAU ANTONIO ZULOAGA VILLALON MANUEL LOPEZ REY-ARROJO DAVID STITCHKIN B. HECTOR BRAIN RIOJA	Acta de la Sesión Extraordinaria celebrada por la Ilma. Corte de Apelaciones de Concepción 1 Discursos en las festividades del centenario de la Ilma. Corte de Apelaciones de Concepción 13 Centenario de la Corte de Apelaciones de Concepción 31 Concepción, sede de la Primera Real Audiencia 43 Principios jurídicos que deben regir las normas sobre uso de la energía natural 55 Proyecto oficial de Código Penal para la República de Bolivia 65 El mandato Civil (Continuación) 79 Algunas consideraciones sobre la Individualización de la Pena 173
	<b>Jurisprudencia</b>
	Terminación de arrendamiento y ejecución 149 Cobro de pesos 157 Quenda de amparo y restitución 165 Cobro ejecutivo de pesos 171 Indemnización 181 Quenda presentada 187 Nulidad de Contrato y Tradición 195 Funcionarios del Poder Judicial de la Jurisdicción de la Ilma. Corte de Apelaciones de Concepción 213
PUBLICACIONES DEL SEMINARIO DE DERECHO PRIVADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION Y DEL H. CONSEJO PROVINCIAL DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE CONCEPCION	

HECTOR BRAIN RIOJA.

**ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA (\*)**

**S** EÑOR Presidente de la Sociedad de Criminalística de Concepción:

Señores socios:

1. Cumpló, y con agrado, la obligación que todos tenemos de colaborar individualmente, y a medida de nuestras posibilidades, a la difícil, pero importante labor que la Sociedad de Criminalística significa en sus Estatutos: la lucha contra la criminalidad. Sólo esta consideración, pudo más que mi natural resistencia para ser yo quien iniciara el ciclo de trabajos del presente año, y cediera a la petición del señor Presidente. Por ello es que, sin pretensiones, ni siquiera de hacer una "charla", como fué anunciado, sino sólo de traer a esta reunión una breve exposición de lo que otros han dicho, espero confiado en que los futuros trabajos de los socios prestigiosos de esta Institución, suplan las deficiencias de esta modesta disertación, y la benevolencia de Uds., no note sus defectos.

2. He orientado esta exposición, al análisis de algunas modernas instituciones del Derecho Penal de hoy, en materia de penalidad, por estimar que en ellas

---

(\*) Trabajo presentado en la Sociedad de Criminalística de Concepción.

se advierte una visión de conjunto de las concepciones modernas sobre toda la ciencia penal, y de sus proyecciones futuras.

Me refiero a la Individualización de la Pena, y algunas de sus aplicaciones legales, como la Libertad Condicional, la Condena Condicional y la Sentencia indeterminada.

3. Siempre ha existido el crimen, como transgresión de lo que en una época y lugar se ha estimado como respetable, según afirman la mayoría de los penalistas, pero, agreguemos nosotros, no siempre han tenido los hombres un mismo concepto del "crimen" y de su "pena".

Este hecho se ha comprobado mediante el estudio de la historia del Derecho Penal, que acostumbra a dividir en períodos, más o menos determinados, las diversas épocas en que se advierten diferencias notables de la evolución del concepto sobre el delito, sobre el delincuente, y sobre la pena, que, a su vez, representan la trilogía fundamental de nuestra ciencia.

Los períodos y su evolución están remarcados por el concepto de la pena, que, a mi modo de ver, es el aspecto que más interesa analizar en medio de esta trilogía, pues de sus conclusiones obtendremos beneficios eminentemente prácticos, y, por lo mismo, útiles.

4. Se acepta, en general, que hubo un primer período en que no existió concepto, propiamente, de delito, delincuente ni pena. Corresponde a la época en que los hombres no se habían, jurídicamente, organizado, y vivían libres de normas reguladoras de sus actos. Se conoce, también, con el nombre de "período de las prácticas penales".

Se supone, que en tal *modus vivendi*, la pena — como sanción — no existía, pero que, sin embargo, exis-

## INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

125

tía una forma de reacción individual o colectiva en contra de ciertos hechos dañinos al individuo o al grupo. De aquí que esta reacción no fuera propiamente "pena o sanción", sino que "defensa del daño".

Pero, dañino era lo que cada cual así lo estimara; y reacción sería la que cada cual pudiera realizar conforme a sus posibilidades personales. En una palabra, no había reglamentación; sería delito lo que se estimara dañino; sería delincuente, quien ejecutara un acto estimado como tal; y sería pena, o reacción, la que en cada caso se produjera.

Se acepta, por la historia penal, que en este período esa época primitiva de la humanidad toca a su término, y los hombres se organizan, reglamentando sus acciones.

Se acepta, por la historia penal que, en este período tienen especial influencia las ideas religiosas, supersticiosas o no, que, partiendo de la idea de Divinidades sobrenaturales, derraman normas de conducta para los habitantes de la tierra, cuyas infracciones les atraen la cólera de los Dioses y sus correspondientes castigos.

Aparece aquí, el nuevo concepto de la pena, como un "castigo", por un acto contrario a una norma de conducta, cuya esencia es netamente ético-religiosa.

6. Más adelante la evolución natural de las colectividades y de las ideas, hace perder a las creencias religiosas su puesto privilegiado, y son otras las ciencias que dictan las normas de conducta del hombre. Y vienen la filosofía, la sociología, la política, y, en general, las ciencias jurídicas a regir la vida de los pueblos.

Y aparece el tercer período de nuestra división histórica, conocido con el nombre de "jurídico", en que se forman las primeras concepciones de "lo penal jurídico", y de la "Ciencia del Derecho Penal".



El mérito corresponde a los que hoy día llamamos "los clásicos" del Derecho. Fué el Marqués de Beccariao César de Bonesano, en Italia, como Howard en Inglaterra, y como Carrara y Comignani y otros muchos de su época, quienes dan los primeros llamados para que "lo penal", entre en "lo jurídico", y se rija por las normas de la justicia y del Derecho.

Las ideas traen los conceptos jurídicos del delito, del delincuente, y de su consecuencia: la pena.

Esta, si bien conserva su esencia de "castigo por un acto violador de una norma", encuentra su medida en la moral y en la ley.

Se batalla, ahora, en contra de la arbitrariedad del período anterior; se pide humanidad para aplicar las penas; y se dan normas jurídicas que determinan, en cada caso, la naturaleza de la sanción, su medida de gravedad y de tiempo.

La pena tiene así un conjunto de reglas que la ordenan.

Estas reglas son jurídicas, porque responden a una concepción del derecho, tienen carácter general, y persiguen la justicia.

7. Pero, presentan a la vez, una serie de inconvenientes, que los años venideros se encargan de mostrar. La ciencia penal clásica es demasiado apegada a resabios religiosos antiguos, demasiado sometida a la filosofía inmutable de esos tiempos, y demasiado abstracta en sus concepciones jurídicas.

Se dice, por ejemplo, que el delito es un "ente" jurídico, porque es una mera violación de la ley; que el hombre tiene "libre albedrío", o voluntad libre de actuar, ¡y de cometer delitos!; y que la pena, no es más que la "consecuencia" de los dos elementos anteriores.

La pena, dice Vidal, "es un mal inflingido a nombre de la sociedad"; y agrega Cuello Calón, "es

## INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

127

un "sufrimiento" impuesto por el poder social —en ejecución de una sentencia condenatoria—, al responsable de una infracción de la ley penal".

La pena, bajo el carácter clásico, es así, un "castigo" al autor del acto ilícito, que se impone con la idea de hacer "sufrir" a éste. Pacheco, ilustre penalista español, autor del Código Español de 1848, que sirvió de base casi exclusiva al nuestro de 1874, estima que la pena "es un mal de cualquiera clase, que se deriva de la comisión de otro mal".

Para Carrara —el maestro insigne de la Escuela Clásica Italiana—, la pena es toda especie de dolor o de mal que causa dolor, y tiene por finalidad, "satisfacer la necesidad de la justicia que exige la "expiación" del mal moral".

Esta concepción rememora la que ya existía bajo la influencia ético-religiosa, y determina, lamentablemente, las reglas jurídicas que la nueva Escuela Penal presenta para regir la naturaleza de la pena, y su medida, haciendo perder a éstas su utilidad.

En efecto, partiendo de la idea de que la pena es un "mal", que debe imponerse al autor de otro mal, la Escuela Clásica hubo de reglamentar la pena, teniendo una estrecha relación entre estos dos males, y tomando como base para medir el "mal" que significa la pena, el "mal" que importa el delito.

En otras palabras, la pena se mide por el delito cometido, atendiendo a la naturaleza de la norma violada y a la materialidad del daño causado.

Así, quien viola el más sagrado de los derechos humanos, mediante un homicidio, comete un delito muy grave, y tiene una pena, también, muy grave. Y quien causa inmenso daño, robando especies ajenas de gran valor, comete un delito grave y tiene, correlativamente, una pena grave. Por el contrario, si la violación es de un derecho, no de los más importantes y el daño cau-

sado es leve, como el que hurta una especie de poco valor, tendrá, correlativamente, una pena leve.

Esto es lo que se conoce como el "concepto objetivo y material del delito en relación con su pena", según el cual, el "sujeto" del hecho, o sea, la persona del delincuente no es determinante de la naturaleza y medida de la pena.

Consecuente con lo expuesto, el clásico agrega que la pena debe ser "general", esto es, para todos los que incurran en el mismo delito; e "igual" para todos ellos; que debe ser "legítima", esto es, establecida en la ley para que sea conocida por los hombres; y "determinada" con anterioridad a la comisión del hecho ilícito, para que el delincuente sepa, antes de su ejecución, la pena que el delito le traerá.

Debe ser, además, "aflictiva", porque —según ya explicamos— es un "mal que debe hacer sufrir" al autor del delito, causándole un dolor; como que el vocablo "pena", etimológicamente, significa dolor y aflicción.

La pena debe ser, también, "proporcional", cualitativa y cuantitativamente, a la naturaleza del delito y a la gravedad del daño, según ya hemos explicado; y debe ser "ejemplar", para "intimidar" a los que se sientan tentados a cometer delitos.

Se agrega, por último, que la pena debe ser "individual", pero no en el sentido que modernamente se entiende, sino en el sentido de que debe ser aplicada solamente sobre el responsable del hecho, y no sobre sus familiares, a diferencia de lo que ocurría en la antigüedad, en donde la "responsabilidad penal" alcanzaba a los parientes y se transmitía por la muerte a los herederos.

Estas son las principales características de la reglamentación acerca de la pena, que los clásicos idearon, en donde se puede apreciar que son normas de buena inspiración, orientadas en la idea de la justicia, y que

## INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

129

pueden comprenderse como un sistema "jurídico-legal-matemático", nacido como reacción a las arbitrariedades reinantes y necesario y útil en su nacimiento.

Tiene, pues, este mérito la escuela clásica de Derecho Penal, que no puede serle desconocido, sino a fuer de ser desagradecidos con los que dieron el primer paso, que es el más difícil, hacia la orientación "jurídica" de la pena, que ha permitido que hoy puedan otros, siguiendo bajo la égida de la justicia, dar nuevas orientaciones y normas para el progreso de la Ciencia Penal.

Por ello es que recuerdo la expresión de Van Hammel, que dijo: "la Escuela Clásica enseñó a los hombres a conocer la Justicia; como más adelante, la Escuela Positiva, enseñará a la justicia, a conocer a los hombres".

8. Pero, hoy en día, las normas clásicas son discutidas, y reemplazadas por otras, porque si bien fueron aceptables para la época en que aparecieron, como un progreso en lo existente, el tiempo se ha encargado de demostrar que ellas, a pesar de sus buenas intenciones, no han ni eliminado el delito, ni siquiera disminuído la delincuencia.

Se sostiene hoy, que la reglamentación penal clásica tuvo graves defectos. Entre ellos, se anota el hecho de haber conceptuado la pena, como "un resultado" o efecto producido por el delito: como una consecuencia de su ejecución; y el de haberla reglamentado en relación directa con la materialidad del delito, olvidando así, dos elementos fundamentales de la penalidad; uno, que la pena no es sólo consecuencia del delito, como el humo de la llama, sino que tiene en sí misma "un fin", consistente en impedir la delincuencia, por medio de la eliminación o reformatión del delincuente; y otro, en que para llenar este "fin", la pena debe ser reglamentada en consideración directa de la persona del delincuente, más que de la naturaleza del delito.



La reglamentación clásica fracasó, pues, en atención a que orientó su penalidad sin considerar estos elementos, e hizo de la pena, algo abstracto en su esencia, y matemático en su realización; por estimar que la pena venía de una ecuación matemática, en que sus términos eran: hecho ilícito, más ley, igual pena; por haber sostenido que existían delitos, pero haber olvidado que, también, existían delincuentes.

Resultados: "reincidencia"; "delincuencia juvenil"; aumento incontrolado de la criminalidad.

9. Estos resultados han sido comprobados por las estadísticas, en forma hoy día indiscutible.

Y así, por ejemplo, no podemos olvidar lo que comprobó la "Howard Association" de que "de veinticinco licenciados en un día, cuatro quintos habían estado castigados ya, de 30 a 50 veces".

Y que en la prisión de Liverpool se encontraba una mujer que cumplía su condena "número 140", según afirma Julius Vargna. Y en una cárcel de Alemania, se conoce el caso de un penado que cumplía la suya "número 146".

En las cárceles de España —cuenta José María Valdés, en su texto de Derecho Penal—, que ha visto con sus alumnos, varias veces en la llamada "cárcel modelo", jovencitos de doce años de edad, que allí estaban ¡décima tercera vez!

Las estadísticas han comprobado, además, que en pleno vigor de las penas clásicas, la reincidencia tenía en Italia un aumento de término medio general de 19 % alrededor del año 1880; el 59 %, en Francia; y 59 %, en Austria; y así en los demás países de Europa; y lo mismo ocurría en América y en Chile.

Es hecho cierto y conocido que las cárceles no dan abasto para encerrar los delincuentes que reinciden; y este hecho, es la prueba más decidida de la inutilidad

## INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

131

de la pena abstracta, que no considera la personalidad del delincuente, sino como el objeto sobre el cual hacer recaer el dolor de la pena.

Podemos, aún, decir más, y sostener que el sistema penal, actualmente existente, unido a las horrorosas prácticas penitenciarias, son las únicas y generosas causas de la reincidencia.

10. Lo expuesto fué observado por juristas que buscaban combatir la criminalidad alarmante de Italia, de Francia, de Inglaterra, y demás países del mundo, y en esta búsqueda creen encontrar la fórmula penal, de orientar hacia otro horizonte la ciencia penal moderna, dirigiendo sus investigaciones a la "persona" del delincuente, y a los "factores" del delito.

Los tres evangelistas de esta nueva orientación científica, como han sido llamados, Lombroso, Ferri y Garófalo, tienen el mérito de ser los primeros en cambiar el rumbo, y aunque sus detalles científicos sean discutidos, y hoy día, en parte abandonados, sin embargo, reconócese a ellos este mérito.

A partir de entonces, y con ayuda de otras ciencias como la biología, las ciencias sociales, la estadística, vienen otros conceptos del delito, del delincuente y de la pena, en que se estima el delito "como hecho que viola el interés colectivo" y es producido por factores varios; el delincuente, como el hombre que actúa determinado por motivos distintos; y la pena, "como la medida de "defensa social" aplicable al delincuente con la mira de su "readaptación".

Se acepta, entonces, que no hay delitos, sino delincuentes; y que la pena no es un castigo resultante del delito y estrechamente ligada a él, sino un medio de defensa de la colectividad contra los delincuentes, estrechamente ligado a la personalidad de éstos.

Lanzada la nueva orientación, los conceptos se desenvuelven en una grande e interesante discusión, en que vanse transformando y corrigiéndose sus extremismos, desapareciendo, por ejemplo, la creencia en el "criminal nato" de Lombroso, y tomando las nuevas concepciones un lugar de avanzada científica, sin exagerar sus términos.

La Tercera Escuela, o positivismo crítico, sucede al positivismo antropológico italiano, y se siguen una serie de tendencias eclécticas, que marchan entre extremos inconvenientes. Y quizás sus mejores expresiones se encuentran en la llamada Unión Internacional de Derecho Penal, cuyos organizadores principales los encontramos en Prins, Listz y Hammel, y que reúne en su seno, y en sus Congresos, a los penalistas de todas las tendencias; y en donde, después de las discusiones de rigor, la Unión toma acuerdos y acepta como suyos principios que se consideran, por la mayoría, fuera de toda discusión, y como esenciales para la ciencia penal moderna.

Y en este sentido, se acepta que el hombre actúa motivado y determinado por factores diversos, pero también se reconoce que el hombre tiene, por lo menos en potencia, facultades propias bastantes para sobreponerse al medio criminal y a los factores del delito. Ni determinismo absoluto ni libre albedrío.

Se concluye, así, que no todos los delincuentes son iguales; y que es necesario propender al desarrollo de cada potencialidad para vencer el delito.

Agrégase a lo anterior, el concepto del delito como hecho concreto de variados matices, y no una mera abstracción jurídica, y se obtiene definitivamente la fórmula de: "no hay delitos sino delincuentes"; fórmula que, en mi opinión, es el "sumum" del Derecho Penal moderno.

Unense a estas nuevas concepciones, las ya existentes sobre la idea de que la pena debe tener un aspecto

## INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

133

correcionalista, como las tan conocidas teorías de Carlos David Augusto Roeder, y todas fundidas en un mismo crisol de la fórmula ya mencionada, producen la concepción más importante: la individualización de la pena.

11. Esta concepción consiste en que la "pena", debe estar en relación directa con la "personalidad individual" del delincuente, más que con la naturaleza y gravedad del delito.

Si la fórmula es que "no hay delitos sino delincuentes", la pena debe ser reglamentada, pues, en relación con los delincuentes.

No pertenece la fórmula sólo al Derecho Penal; ya la Medicina había mucho tiempo antes, expresado que "no había enfermedades, sino enfermos".

Y el propio Platón, adelantándose a su época, sostuvo que "los legisladores deben considerar a los criminales como enfermos del alma, debiendo procurar su curación. Si alguien, agrega, ha cometido un crimen, la ley debe enseñar a no repetirlo".

Tomaso Natale, precursor, para algunos, del ilustre Beccaria, decía en 1895: "los sabios legisladores deben comportarse como los buenos médicos que usan los remedios para curar las enfermedades del cuerpo humano. Estos no sólo aplican medicamentos, según la diversidad de los diversos males, sino, según la diversidad de los diversos temperamentos, complexiones, hábitos y edad".

El propio Roeder, en su obra, "Fundamento Jurídico de la Pena Correccional", explica que: "la pena será mayor o menor, según sea el curso variable de la enfermedad, enteramente como el médico obra respecto del cuerpo humano", motivo por el cual no debe ser prefijada por la ley, ni en solo consideración del delito.

12. Los Congresos Internacionales, hacen suyas estas consideraciones y poniéndolas a tono con el nuevo



Derecho Penal, aprueban, ya en 1870, en Cincinnati, que la "individualización de la pena, es fundamental para la lucha contra el crimen, y que su mejor expresión, son las sentencias de duración indeterminada".

Colaboran en el perfeccionamiento del sistema individual, Listz, en Alemania; Saleilles, en Francia; Dorado Montero, en España, y otros muchos. El Congreso Internacional Penal de Bruselas de 1900, reafirma su fe en la individualización, sin discusión alguna.

13. Por su parte, las legislaciones, van introduciendo en sus textos el nuevo concepto y vemos que en Alemania, en 1799, y por ley especial, se le aplica parcialmente a "los ladrones" de especies de poca monta; y en Estados Unidos de América del Norte, varios de sus Estados Federados la incluyen en sus leyes penales en forma más o menos integral. Así, el Estado de Nueva York dicta su ley de 1876, creando el hoy famoso "Reformatorio de Elmira", inspirado por la idea "individual" de la pena.

Y el Congreso Internacional Penitenciario de Londres, en 1925, aprueba el voto presentado por Enrico Ferri que dice: "La sentencia indeterminada, es la consecuencia necesaria de la "Individualización de la pena", y uno de los medios más eficaces, para asegurar la defensa social contra la criminalidad".

14. Sin embargo, son muchas las legislaciones hoy día vigentes que se inspiran, todavía, en el sistema penal clásico, y entre ellas está la nuestra, contenida en el Código Penal de 1874, calcado sobre el Español de 1848, cuyo inspirador fué el eminente jurista Francisco Pacheco, émulo del clásico italiano Carrara.

En estas legislaciones la pena es castigo al delito cometido, y se encuentra contenida en el texto legal, dictado con anterioridad al hecho delictuoso. Tiene carácter rígido, fijo e invariable, en relación directa con

## INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

135

el delito y su daño. Se aplica, por medio de la sentencia judicial, de carácter irrevocable.

En nuestro país, bajo el imperio del solo Código Penal clásico, cuando se comete un delito, en ese mismo instante se sabe la pena que habrá de aplicársele. Y, según la gravedad, la pena será mayor o menor. Por ejemplo: a quien hurta una especie ajena de valor de más de cien pesos, pero menos de mil, el Art. 446 del Código Penal le fija una pena de presidio menor en su grado medio; y el Juez deberá en su sentencia aplicársela, y enviarlo a presidio por tres años, irrevocablemente, sin mayores consideraciones de los móviles del delito, ni sobre la personalidad del delincuente, lo mismo sea un hombre pobre e ignorante, como un culto y rico; lo mismo sea un normal o un débil mental, o un alcohólico.

Y sin averiguar si dichos tres años de presidio serán bastante para reformar al delincuente, o por el contrario, si serán pocos y si, aún, serán muchos.

Sin duda, que la parte más vulnerable de la teoría clásica, es la relativa a la "penalidad".

Por eso es que hoy se acepta que el que comete delito está sujeto a una "pena", más bien llamada "medida", que ejercita la sociedad como defensa, para impedir la continuación del delito, para reformar el delincuente, y para impedir su repetición. Medida de seguridad o defensa, cuya naturaleza, duración y variedad, no están predeterminadas en la ley, sino que se determinarán una vez averiguada la personalidad del delincuente, y susceptibles de alterarse mientras sea necesario a su fin.

15. Largo sería, y también difícil, analizar la teoría de la individualización de la pena en sus diversos aspectos, orientaciones y aplicaciones; y menos posible hacerlo, en una "charla" de esta naturaleza; por eso,

séame permitido limitarme a esta pequeña exposición de los antecedentes históricos que, hemos visto, rodearon su nacimiento y, a un breve recuerdo de su esencia, y de algunas de sus más conocidas aplicaciones prácticas.

Y en este sentido, podemos recordar que la individualización de la pena, opone a cada uno de los principios clásicos de la penalidad, una nueva concepción, que puede reducirse a tres aspectos fundamentales:

1) A la pena igualitaria, según la cual todos los delincuentes quedan sometidos a las mismas penas, se opone la pena desigual, que es más jurídica, en cuanto cada delincuente queda sometido a la pena que corresponda a su personalidad individual, a sus tendencias peligrosas, y a sus posibilidades de reforma;

2) A la predeterminación legal, según la cual la pena debe estar determinada con exactitud y fijeza en la ley, promulgada con anterioridad al hecho, y aplicada por sentencia judicial irrevocable, se opone, la "indeterminación" o determinación a posteriori, que es más justa, hecha por el Juez y por la Administración penitenciaria, conforme a las manifestaciones reformativas o no corregibles del sujeto del delito; y

3) A la relación material objetiva de la pena con la gravedad y daño del delito, se opone la relación subjetiva de ella con la personalidad individual del delincuente, que es más útil a la sociedad.

16. De mayor lógica jurídica, la individualización de la pena es, a la vez, más justa porque considera una serie de situaciones subjetivas del delincuente que influyeron en la ejecución del delito; y es más útil, porque persigue la reformatión de los delincuentes reformables, y, por ende, la eliminación de la delincuencia y de la reincidencia, como una de sus formas más alarmantes.

## INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

137

Comprende, entonces, la individualización, tres funciones, y se ejercita por tres órganos: la ley, el juez y la administración penitenciaria; y no se limita en la ley, a la simple consideración de circunstancias atenuantes o agravantes, ni en lo judicial, a la regulación de ellas, sino que va hacia la indeterminación legal, y al arbitrio judicial, que produzcan una determinación de la pena, pero en forma posterior, según sea la conducta del penado y sus manifestaciones personales.

17. Los principios de la pena individual y la consideración de la personalidad del delincuente, han encontrado una serie de fórmulas para su aplicación práctica.

Las más conocidas e importantes son:

La Libertad Condicional, la Condena Condicional y la Sentencia Indeterminada.

Las dos primeras, la libertad y la condena condicional, son fórmulas prácticas y legales de individualización, de carácter más o menos incipiente, muy temerosamente en la primera, algo más valientemente en la segunda. Y, por lo mismo, han encontrado alguna acogida y menos resistencia.

Por lo que toca a la "sentencia indeterminada", es la fórmula propia de la individualización, quizás si su máximo perfeccionamiento. Es resistida y aún está en comienzos.

Veámolas separadamente.

18. La Libertad Condicional es el primer paso dado por la legislación hacia la individualización de la pena, y consiste, según definición de Jiménez de Azúa (Nuevo Derecho Penal, p. 600), "en el hecho de poner en libertad anticipadamente, por la autoridad administrativa, a los individuos condenados a una pena privativa de libertad".



En otros términos, el que obtiene el beneficio de ella, sale de la prisión antes de terminar el plazo fijado en la condena de la ley y de la sentencia.

Su origen es indeterminado en el tiempo, y discutido en su nacionalidad. Unos la estiman de origen francés, por ley de 1832, en que se la estableció para menores de 16 años.

Otros, como Vieites, jurista cubano, le asignan la nacionalidad de los Estados Unidos del Norte. Y hay quienes, como Jiménez de Azúa, le reconocen un abo-lengo inglés, por encontrar su antecedente en el "ticke-of-leave, que se concedía a los deportados de la Metrópoli Inglesa y de Australia en los años 1847 y 1853.

Cualquiera que fuese su origen, lo cierto es que, al amparo de las ideas modernas, se propagó rápidamente, como un sistema carcelario reformista, y hoy día se encuentra establecida en la casi totalidad de las legislaciones, aun en aquéllas que mantienen sus códigos penales del sistema clásico.

Así, en Chile, fué establecida en 1925, por medio del Decreto Ley N° 321, de Marzo de ese año, modificado en Setiembre de 1926 y reglamentado en Octubre del mismo año.

19. La fórmula legal de la Libertad Condicional persigue devolver a la sociedad, a los individuos que, habiendo delinquido, aparecen corregidos y reformados. Para ello, establece un sistema educativo penitenciario, pero enmarcado siempre en la penalidad clásica, de la cual mantiene la sentencia determinada por la ley con anterioridad al hecho delictual, en forma general y material; conserva la limitación del arbitrio judicial, en cuanto el Juez no puede salirse del marco legal, ni interviene en la posible libertad futura; y requiere el cumplimiento y ejecución de, por lo menos, una parte de la pena impuesta por la ley y la sentencia.

## INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

139

20. Sin embargo, significa progreso, y en parte un desconocimiento novedoso, de la "cosa juzgada" o cualidad esencial de la sentencia judicial antigua, en cuanto una vez dictada no puede ser alterada, modificada o dejada sin efecto por otra autoridad, ni aun por la misma que la dictó, debiendo cumplirse íntegramente.

La libertad condicional, que es facultad de la autoridad administrativa penitenciaria, vulnera dicho antiguo principio en materia penal, desde que, después de fijada una pena por la sentencia y conforme a la ley, otra autoridad puede disminuir su duración y aun ponerle término anticipadamente, si estima que el penado se ha hecho acreedor al beneficio.

Lo que antecede ha tenido resistencia y se ha esgrimido la santidad de la cosa juzgada en contra de la libertad condicional, pero también se ha dicho de contrario, que no es posible invocar apotegmas añejos, para cerrar el camino de las nuevas prácticas, según las palabras de Aramburu, ni es cuerdo, agreguemos nosotros, detener, en nombre de dogmas teóricos, el avance de una institución, cuyos beneficios y utilidades todos reconocemos.

21. Muchas son las formas como se encuentra reglamentada en las legislaciones la Libertad Condicional, pero, en general, podemos anotar algunos de sus elementos más notables.

1) Respecto de la pena legal, establecida conforme a la naturaleza y gravedad del delito; 2) aplicación integral de la pena legal en la sentencia judicial; 3) cumplimiento de la pena impuesta, durante cierto lapso, en un establecimiento penitenciario; 4) vigilancia y enseñanza del penado por medio de Juntas de Vigilancia, Patronatos de Reos, etc., y sometimiento a un régimen de trabajo; 5) calificación de la conducta y apro-

vechamiento del penado por autoridad técnica administrativa y especializada, y decisión por "dicha autoridad" sobre la procedencia o improcedencia de la libertad condicional; 6) concesión de la libertad, por la vía administrativa, durante cierto plazo fijado por la ley o por reglamentos, durante el cual el penado liberto queda sujeto a condiciones cuyo cumplimiento o no cumplimiento, le traerán la libertad definitiva o la vuelta a la cárcel.

22. Sobre estas mismas bases está reglamentada la Libertad Condicional del Decreto-Ley del año 1925, dictado en nuestro país, que ha tenido el cuidado de expresar que la libertad condicional es "un medio de prueba de que el delincuente está corregido y rehabilitado para la vida social", "un modo particular de cumplir la pena en libertad" y "una recompensa a los penados por conductas intachables y esfuerzos de reforma".

Agrega, además, que se la concederá a los penados afectos a penas superiores de un año; no reincidentes; y que hayan sido aprobados en el cumplimiento de sus requisitos reglamentarios.

No limita el máximo y puede aplicarse aún a las penas perpetuas y de muerte y para cualquiera clase de delitos.

23. Siendo un progreso científico y práctico, la Institución de la libertad condicional presenta, sin embargo, una serie de inconvenientes, ya porque envuelve un criterio jurídico contradictorio, al mantener ideas absolutas de lo antiguo; ya porque significa mucha reglamentación dificultosa y engorrosa; ya porque deja entregado exclusivamente a la administración penitenciaria, más política que judicial, la determinación

## INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

141

de su procedencia. En Chile se concede por Decreto Supremo del Presidente de la República.

Llevada al máximo de perfección, como ocurrió en el famoso reformatorio de Elmira, puede tener éxito, pero tampoco podemos desdeñar la observación de que, por extraño que parezca, los mejores y más delincuentes son los mejores presos, según se ha advertido en larga experiencia penitenciaria y lo asegura Bernardo de Quirós, de modo que la conducta que pueda observarse en el condenado durante el cumplimiento de la primera parte de la pena en la cárcel, y que ha de servir de criterio para concederle la libertad, puede no revelar su verdadera personalidad, temibilidad, peligrosidad o delincuencia.

De aquí, entonces, que aparece la conveniencia de otra institución que fundada también en la teoría de la pena individual, trata de salvar estas dificultades. Me refiero a la Condena Condicional.

24. Esta otra institución significa otro paso en la aplicación integral de la teoría individualista, y consiste en "suspender la ejecución de una pena ya pronunciada" o, al decir de Jiménez de Azúa, "en la suspensión de la pena, principalmente de la privación de libertad, en que el delincuente incurrió por un período de tiempo, y el perdón definitivo, si el reo no delinque en un período de prueba que se establece". Se la llama, también, Remisión Condicional de la pena.

Se distingue de la libertad condicional antes expuesta, en que por la "condena condicional" se suspende la ejecución o cumplimiento de la pena, desde el mismo momento en que se dicta, y por decreto del propio Juez que la dictó, quien también será el que en definitiva la remita, previo informe de autoridad técnica administrativa.



No se cumple, pues, parte alguna de la pena; y es la autoridad judicial la que determina la remisión.

25. El origen de la institución se ha creído encontrarlo en el Derecho Canónico, en la llamada fórmula de "la absoluteione ad reincidentiam", según sostiene Löffler; pero, en general, se acepta como su origen próximo y legislativo a la legislación penal de Massachusset, de los Estados Unidos de América del Norte, en el año 1869, de donde pasa a Europa, Inglaterra, y vuelve después a América, sufriendo una serie de cambios interesantes en sus aplicaciones.

26. Prácticamente se le conoce en dos formas: El Sistema Americano o Probation Systems; y el europeo-continental.

Este último mantiene la idea antes expuesta, de suspender la ejecución de la sentencia dictada, dejando en libertad al condenado por cierto tiempo, hasta que se le conceda por sus méritos la remisión definitiva.

En el sistema americano se va más lejos, y se suspende aun la dictación de la propia sentencia, mediante la paralización del procedimiento o enjuiciamiento, en el momento en que el Probation Officier, o funcionario encargado y técnico, convencido de los buenos antecedentes del procesado y de su probable reforma, así lo solicita, fundamentadamente, al Juez.

Tiene de ventaja sobre el europeo, que elimina el factor depresivo moral que significa la sentencia condenatoria en el penado y que podría impedirle su reforma por decaimiento moral.

En lo demás, ambas formas eliminan el sistema penitenciario, tan inconveniente, manteniendo en libertad al inculcado, y probando las fuerzas morales del mismo, sin la influencia de la cárcel; persiguiendo el "self-control", por el cual los jóvenes delincuentes,

## INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA.

143

los reos ocasionales, los autores de delitos leves, librándose del contagio de las prisiones, ejercitan su voluntad moral, encontrando en ella su mejor tratamiento.

Se individualiza la pena, así, conforme a la real personalidad del inculpaado desarrollada en su propio medio libre.

27. Ha sido muy discutida, por destrozar una serie de dogmas legales y procesales, y por el peligro que significa en la práctica la impunidad de algunos delitos.

Pero sus defensores aumentan, y desde que la Unión Internacional de Derecho Penal hizo de ella, según la expresión de Listz, "su hija muy querida", los Congresos, los penalistas y las legislaciones la adoptan entre sus preceptos esenciales, y en general, como un sustitutivo de las penas de corta duración, sobre las cuales se está de acuerdo, son impotentes para reprimir a los pequeños delincuentes y, por el contrario, llevan a la reincidencia, por el contacto carcelario.

28. En Chile habíamos sido negligentes, para considerar el establecimiento de esta institución tan útil, a pesar de los requerimientos de los penalistas chilenos en sus obras.

Es de recordar, sin embargo, que el Código de Procedimiento Penal de 1907 conocía la institución, como que en su Art. 603 de la antigua numeración (564 de la actual), establece: "Si resulta mérito para condenar por faltas a un reo, contra quien nunca se ha pronunciado condenación, el juez le impondrá la pena que corresponda; pero si aparecen antecedentes favorables, podrá dejarla en suspenso, hasta por tres años, declarándolo en la sentencia misma, y apercibiendo al reo para que se enmiende. Si dentro de este plazo, éste reincide, el fallo que se dicte en el segundo proceso, lo condenará a cumplir la pena suspendida, y la que co-

responda a la nueva falta, simple delito o crimen de que se le juzgue culpable".

Se refiere, pues, sólo a las faltas, y ha tenido poca aplicación por los Tribunales.

También podemos recordar el proyecto oficial de reforma del Código Penal del año 1929, en cuyo Art. 68 y bajo el título de "remisión condicional de la pena", se reglamenta la institución, siguiendo las ideas aquí expuestas; pero, lamentablemente, desde esa fecha el proyecto duerme en los archivos de nuestro Cuerpo Legislativo.

Por último, sólo hoy día aparece la ley 7821, del 29 de Agosto del año 1944, trayéndonos una aplicación más o menos efectiva de la Condena Condicional.

Inspirada en el sistema europeo, faculta al juez para "suspender la ejecución de la sanción que imponga la sentencia condenatoria", según expresa su artículo primero. Y sus siguientes cinco y breves disposiciones, quizás demasiado breves, que todavía no han tenido aplicación que permita ver su utilidad, la presentan un poco exigua de claridad.

Cabe observar que se aplica sólo a las penas cortas de no más de un año; que atiende a los antecedentes personales del reo y a su conducta anterior al delito; y a la naturaleza, modalidades y móviles del delito; que entrega al juez la apreciación y facultad de concederla; que sujeta al reo liberto a una conducta determinada en su reglamento, y lo obliga a satisfacer la responsabilidad civil proveniente del delito; que entrega la vigilancia al patronato respectivo, quien, quebrantada alguna condición por el reo, pedirá al Tribunal la revocación de la suspensión, y para el caso de nuevo delinquirimiento, esta revocación se produce por el ministerio de la ley; y que, de cumplirse por el reo las condiciones impuestas, se "tendrá por cumplida la pena".

## INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

145

La institución de la libertad condicional, en general, y a pesar de sus notables ventajas, adolece de algunos defectos. Entre otros, mantiene el concepto de la pena legal, determinada en la ley, con relación al delito; y conserva la pena de máximo, según lo cual, una vez terminado su plazo, el penado queda enteramente libre, sin consideración a si está o no reformado, a si es todavía un peligro social, a si volverá a cometer nuevos crímenes.

A solucionar los inconvenientes de las instituciones vistas y a llenar sus vacíos, viene una última fórmula legal de aplicación práctica de la individualización de la pena.

Me refiero a la **sentencia indeterminada**.

En homenaje a la brevedad, sólo recordaré sus aspectos más salientes.

29. Por esta fórmula se persigue que la pena sea realmente relacionada con la personalidad del sujeto autor del hecho ilícito, y el reflejo fiel de su peligrosidad social.

Mediante ella, se trata de alcanzar la idea de que a las cárceles, establecimientos penitenciarios o institutos de reformatión, sólo lleguen y estén los que realmente los necesitan; salgan de él los que ya están reformados; y "nunca" salgan de él los incorregibles.

Se funda en la idea de la individualización, y se la persigue a través de la ley, de la sentencia judicial y de la administración penitenciaria.

Se conoce, también, con el nombre de "pena indeterminada", o pena "determinada a posteriori", que le parece más apropiado a Jiménez de Azúa, su más claro expositor y entusiasta defensor, para quien, en su sentido general, significa "un sistema por el cual se somete una persona al régimen penal, exactamente como un enfermo es enviado a un hospital, hasta que su curación sea absolutamente completa".



Sus predicadores argumentan que el sistema antiguo "de establecer una medida fija para cada delito, es tanto como si un médico prescribiese un tratamiento a un enfermo, imponiéndole el día en que había de salir del hospital, estuviera o no curado", que manifestado en el Congreso de Cincinnati, en 1870, ha sido una de las frases más explicativas y recurridas por sus defensores; y que Jiménez de Azúa, parodiándola, pretende mejorar en su alcance con esta otra: "la pena prefijada es tan absurda, como lo sería el que un maestro dijera el día en que comenzase la educación de su discípulo, la fecha cierta en que esta sería ya completa"; y, agrega, "pena individualizada, supone pena indeterminada, así en su naturaleza y especie, como en lo que respecta al quantum de la misma". "Y así como los rostros humanos, son todos distintos, que no hay "ningún" hombre "igual" a otro, exactamente pasa con la parte moral en la cual "todos" los hombres se "diferencian" también".

Y por eso es que el propio Saleilles agrega, "que por muchas clasificaciones de delincuentes que se hagan y de penas adaptables a esos delincuentes" no podrá conseguirse la individualización, pues dentro de los grupos criminales hay infinitas variedades que no es posible determinar a priori, para poner la pena a tono con el temperamento moral de los que la vayan a sufrir".

30. Debo advertir que la bibliografía actual sobre esta materia es abundante y variada, y por lo mismo, grande es la discusión y un tanto difuso el marco y los lindes del cuadro; pero, en general, se acostumbra distinguir dos tendencias dentro del gran sistema de la indeterminación: la absoluta y la relativa.

En la primera, se persigue la eliminación total de toda determinación anticipada de la medida penal, y el reo entra al reformatorio o establecimiento, para salir sólo una vez que la técnica autorizada lo declare re-adaptado.

## INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

147

Se acepta generalmente respecto de ciertos delin-  
cuentes, como los enfermos mentales, habituales, reinci-  
dentes, etc., y en este sentido está establecida en el Có-  
digo Penal Argentino, en el Italiano y en el Alemán.

31. El sistema indeterminado, relativo, es aquel  
en que el Juez fija la duración de la pena dentro de un  
mínimo y máximo. Antes de cumplir el mínimo no  
puede concederse al reo libertad alguna; y pasado el má-  
ximo no puede retenérsele en prisión.

Dentro de los mínimo y máximo, una comisión  
administrativa técnica actúa concediendo la libertad, o  
estableciendo las medidas y tratamientos penitenciarios  
que estime convenientes.

Los mínimo y los máximo, son fijados en forma  
muy general por la ley, según el delito; y más en par-  
ticular por el Juez, según su propia observación de la  
personalidad del condenado.

De manera que este sistema armoniza la individua-  
lización legal, con la judicial y con la administrativa.

32. Así se encuentra establecida, en todos los  
estados de América del Norte, desde el año 1889, y su  
texto legal expresa la siguiente idea: "toda sentencia  
que en lo sucesivo se pronuncie, enviando al Reforma-  
torio a una persona, por "felony", u otros crímenes,  
habrá de ser una sentencia que condene en general, al  
encarcelamiento en el Reformatorio que en Elmira tiene  
el Estado de Nueva York; por lo tanto los tribunales  
que pronuncian tal sentencia no fijarán límite alguno a  
la duración de la misma. Los managers del Reformato-  
rio quedan autorizados por esta ley, para señalar el mo-  
mento en que ha de concluir la prisión de las personas  
sobre quienes recaigan sentencias en la forma dicha; pero  
esa prisión no excederá nunca del máximo de duración  
señalado por la ley para el delito por el cual ha sido con-  
denado el prisionero de que se trata".

En 1907, Uruguay establece la pena indeterminada para los reos condenados a la pena de muerte. La República del Perú lo hace en 1924, para algunos delitos más graves. México, en 1931. La Unión Soviética, en 1927, y muchos otros Estados la tienen acogida y reglamentada.

33. En Chile tenemos algo, aunque poco, de estas aplicaciones de la indeterminación penal.

El Art. 10 del Código Penal, en su actual texto, dispone: "cuando un loco o demente hubiere ejecutado un crimen o incurriere en reiteración de simples delitos, el tribunal decretará su reclusión en un establecimiento destinado a enfermos de esa clase, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo tribunal".

La ley que reglamenta el uso de bebidas alcohólicas, creando los Institutos de Reeducción Mental, establece, cierta indeterminación, en las medidas aplicables a los internados.

Por su parte, la Ley de Protección de Menores, dispone una serie de medidas especiales que pueden tomar los jueces de menores sobre los que hayan cometido delito, las cuales no tienen duración fija ni plazo determinado, pudiendo el juez, en conformidad con el Art. 20 de la misma ley "alterarlas, modificarlas o revocarlas, si así lo exigieren nuevas circunstancias, previo informe de la Dirección de Menores".

34. La indeterminación de la penalidad, como medida de individualización de la pena, no es, pues, mera divagación de juristas bien intencionados, sino que ya las legislaciones se preocupan de ella, y sólo falta que una mayor aplicación práctica y espíritu de estudio haga de ella la fórmula salvadora contra el aumento de la delincuencia.