

# El delincuente habitual en el Derecho penal comparado

JACQUES BERNARD HERZOG

Abogado fiscal del Tribunal del Sena y Secretario General del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de París, traducción del francés por A. QUINTANO RIPOLLÉS

El método comparatista exige, antes de entrar en otras cuestiones, la de dilucidar sin ambigüedades la «prejudicial» de si es o no correcto considerar a los delincuentes habituales como una categoría criminológica distinta, pues sabido es que distintas opiniones aisladas lo niegan. En el XII Congreso Penal y Penitenciario Internacional de La Haya, en 1950, un eminente criminalista italiano, Giuseppe Bettiol, afirmó que «la figura del delincuente de hábito, verdadero enigma del derecho penal que todavía no ha encontrado su Edipo, no se basa sobre datos de la naturaleza, sino que es meramente una creación artificial con caracteres políticos». Es menester contraponer a esta afirmación atrevida la constatación de que los sistemas legislativos más variados reservan un tratamiento particularísimo a la delincuencia habitual. En la comunicación de información publicado a este respecto en 1948 por la Comisión Penal y Penitenciaria, se contiene la observación de que «son raros los países que se limitan a pretender combatir la criminalidad más constante por los solos medios de la reincidencia». La comunicación cita como excepción el caso de Luxemburgo, aun haciendo ver que la causa de ello sea que en los pequeños países el problema no se presenta con tanta urgencia y acuidad como en los grandes; salvedad que ha dejado de tener razón de ser desde que en 12 de marzo de 1952, el Gobierno luxemburgués ha decidido, asimismo, preparar un «Ante-proyecto de ley de defensa social, según el ejemplo de la belga, en que se comprenda en conjunto el tratamiento de los delincuentes enajenados, anormales y habituales. La verdad es que la noción de la delincuencia de hábito es hoy de derecho común legislativo, y el hecho de que haya sido asimilada por los regímenes políticos más diversos, comprueba su carácter de realidad a la vez que su legitimidad.

El actual estado de derecho es consecuencia de una evolución legislativa cuyo estudio permitirá penetrar más hondamente en el análisis de la noción de delincuencia habitual. Se puede definir dicha evolución diciendo que del concepto de la reincidencia se ha pa-

sado al de la multirreincidencia, y de éste, en fin, al de la habitualidad.

En los albores del derecho penal contemporáneo, es decir, en los de la Codificación de comienzos del siglo XIX, el problema de la reincidencia era el solo que se planteaba, resolviéndose conforme a métodos sumamente simplistas e ineficaces. Se trataba de poner fin a una voluntad criminal que se había mostrado insensible al efecto de una condena, mediante la agravación de la siguiente, para de tal modo obtener un mayor resultado de intimidación que el logrado por la primera. En tal sistema, la criminalidad de hábito, como la profesional, no se consideraba con sustantividad alguna, siendo una modalidad de la reincidencia caracterizada por la multiplicación de recaídas en el delito.

Una primera etapa para superar el mentado estado de cosas, fué intentada al finalizar el pasado siglo mediante el movimiento legislativo nacido al calor de la primera escuela de Defensa Social, a la cual quedan vinculados los nombres de los fundadores de la Unión Internacional del Derecho Penal, Von Liszt, Prins y Van Hamel. Llamando la atención, según la enseñanza de los positivistas, sobre el hecho de que el delito debiera ser valorado más allá de su mera gravedad objetiva, en su significación subjetiva; por ser la manifestación de un estado peligroso del delincuente; dichos autores colocaron en primera fila de sus preocupaciones defensistas las tres categorías de delincuentes: anormales mentales, vagabundos y multirreincidentes.

Tres corrientes legislativas han comenzado entonces a manifestarse simultáneamente, favorecidas por lo acuciante del problema en vista de la creciente progresión de la pequeña y media criminalidad: la ley francesa de 27 de mayo de 1885, instituyendo la pena colonial complementaria de la «relegación», vigente hasta 1942, la *Prevention of Crime Act* inglesa de 1908, obligando a los multirreincidentes peligrosos al internamiento de seguridad denominado «preventive detention», y las disposiciones análogas al tipo francés, como la de Portugal de 1892, y de Argentina de 1903, o las más bien emparentadas al inglés, como las de Australia, Nueva Zelanda y Africa del Sur. Todas ellas presentan caracteres muy similares y fundamentos idénticos, sometiendo a los multirreincidentes a medidas de segregación y eliminación, justificadas por el postulado de su incorregibilidad, apreciada en función al número de delitos perpetrados. No se equivocó por eso Saleilles al denominar a la relegación «la pena de la incorregibilidad».

Es en una idea muy diferente en la que se inspiran, frente a las citadas, otras legislaciones más recientes. La irrupción de las ciencias del hombre en el dominio del derecho penal les ha llevado a la conclusión de que la delincuencia de hábito se define menos por la repetición de actos antisociales que por la inclinación de los sujetos activos de ellos y su modo de vivir, factores susceptibles de ser tomados en consideración al margen de la multirreincidencia

propriadamente dicha. La distinción entre ésta, en tanto que noción jurídica, y la de delincuencia de hábito, que lo es criminológica, es una de las tendencias del moderno derecho positivo, que de Italia a Bélgica, de Suiza a Suecia y de Portugal a Alemania, tiende a reafirmarse sin cesar. Conviene, pues, insistir en ello, ya que su análisis permitirá comprender mejor las concepciones en que se inspiran los diferentes sistemas jurídicos en la materia.

Hay que comenzar por constatar que, muy frecuentemente, se da en la práctica actual el tradicional confusiónismo entre el delincuente habitual y el multirreincidente, puesto que, en fin de cuentas, éste es un delincuente de hábito, y viceversa. Pero esta coincidencia concreta no por ser frecuente es necesaria, y la autonomía científica de la categoría de habitualidad es reconocida incluso en países que, como Suecia, la ignoran oficialmente en su legislación, pero utilizan tratamientos a ellas específicos.

Los trabajos emprendidos para diferenciar la delincuencia habitual de la multirreincidencia son numerosos y bien conocidos, gracias sobre todo a la ponencia general presentada por el profesor Belleza Dos Santos al citado Congreso de 1950. Bastará indicar que ciertos reincidentes, aun habiendo perpetrado diferentes infracciones a la ley penal, no han contraído por eso un hábito criminal, no presentando por ello la peligrosidad específica característica de la categoría de habitualidad. Son, pues, los delincuentes «multi-ocasionales», caracterizados notablemente por la repetición de infracciones de menor gravedad. Por el contrario, existen delincuentes que testimonian una tendencia criminal independientemente de que hayan sido o no condenados con anterioridad. La reincidencia no es, por tanto, el punto de arranque necesario para establecer las normas propias del tratamiento de la delincuencia de hábito, aunque hay que reconocer su importancia, siquiera a título de presunción de un estado peligroso sumamente importante y fácil de comprobar. Es por eso por lo que las legislaciones que hacen de la tendencia o de la peligrosidad un elemento en sí mismo siguen siendo excepcionales, predominando en la técnica común legislativa el procedimiento de hacer que la declaración de habitualidad se subordine a la comisión de ciertas infracciones o al pronunciamiento de determinadas sentencias condenatorias. En este sentido puede decirse que el reincidente se trasmuta en delincuente habitual tan pronto como ciertos elementos se combinan con la repetición de la comisión de actos reprimidos por la ley penal.

Es necesario subrayar la consecuencia inmediata que una tal circunstancia pueda originar sobre la evolución penal de la reincidencia. Consecuencia que, por una reversión absoluta del concepto original de la reincidencia, ésta no sea tomada en consideración fuera de la manifestación de habitualidad, ni que sea objeto de una regulación independiente. En efecto, si la diferencia entre la reincidencia y la habitualidad reside en el estado peligroso del delincuente de hábito, no hay razón alguna para agravar la pena del

reincidente que no presente un peligro mayor que el primario. La reincidencia está llamada, pues, a desaparecer del derecho penal, a retirarse, como dice un penalista español, para dejar paso libre a la delincuencia de hábito, en la cual la reincidencia no será más que un elemento de constatación. Esta visión, sin embargo, por defendible que sea, no es todavía más que una anticipación respecto al estado actual del derecho positivo que, en la casi totalidad de sistemas jurídicos, sigue distinguiendo entre la reincidencia como circunstancia agravante y la reincidencia como criterio de la declaración de habitualidad criminal.

Lo dicho hasta ahora muestra claramente que en la definición legal de la delincuencia de hábito concurre un doble elemento: la comisión de un cierto número de infracciones, variable de unas legislaciones a otras, y, además, un estado de peligro resultante de la incorregibilidad o malignidad del sujeto. La combinación de ambos elementos da lugar, a su vez, en los diferentes derechos positivos, a regímenes muy diversos que el estudio comparativo permite agrupar en tres sistemas, cuyos caracteres esenciales van a ser expuestos a continuación.

a) El primer sistema es el que vincula la presunción de estado peligroso al simple hecho de la comisión de cierto número de delitos. El lazo entre la multirreincidencia y la habitualidad queda así visible y entero, derivando directamente de aquélla las medidas que se adoptan contra los habituales. Tal sucedía de modo absoluto en el régimen francés anterior a la ley de 3 de julio de 1954, caracterizado por su automatismo. La pena de relegación era una sanción complementaria, obligatoria para el Juez que debía pronunciarla tan pronto como se acreditare que el reo había perpetrado las infracciones especificadas por la ley en un determinado espacio de tiempo. Criticado ya de antiguo, por lo menos desde Saleilles, ese mecanismo automático fué varias veces corregido, hasta que la citada ley de 1954 ha transformado la relegación en una pena complementaria de carácter facultativo. Así todo, dicho sistema presenta un defecto: el de que la ley no precisa un criterio en función del cual haya el Juez de apreciar la procedencia de la relegación, con lo cual el juzgador puede dejarse llevar para ello de la rutinaria estimativa de la gravedad de los hechos. Sin embargo, la opción que se le deja es en vistas a que el Juez se haga cargo de la realidad de un estado de peligrosidad independiente del carácter objetivo de las infracciones, siendo en este sentido en el que puede afirmarse que la ley de 1954 constituye un notable progreso de la legislación francesa. El hecho de que el régimen anterior, el de la ley de 1885 haya permanecido en vigor durante setenta años, muestra la resistencia tenaz de ciertas legislaciones al movimiento de subjetivización del derecho penal. Idéntica observación puede ser hecha a propósito del grupo de leyes norteamericanas, al que por comodidad se denomina con el nombre de la ley

neoyorquina que les sirvió de inspiración la *Baumes Act*, de 1926. Si bien ciertas de entre ellas dejan al Juez la facultad de pronunciar el internamiento perpetuo de los delincuentes habituales, la *Baumes Act* misma y otras más, una docena en total, instituyen el internamiento obligatorio bajo determinadas condiciones de multirreincidencia.

b) La ley de 3 de julio de 1954 ha colocado a Francia dentro del segundo sistema, esto es, el consistente en que no sólo la comisión de cierto número de delitos entraña la condición de habitualidad, sino que es preciso que ésta se halle constatada de otro modo. Es el sistema hoy predominante en la legislación comparada, hallándose admitido, además de en Francia, en Bélgica, por la ley de 9 de abril de 1930; en Italia, por el artículo 103 de su Código penal; en Suiza, por el 42 del federal; así como en Suecia, Dinamarca, Finlandia, Alemania, Uruguay, Brasil y Grecia; que lo acoge en su nuevo Código de 1950.

A decir verdad, este segundo sistema no siempre funciona en toda su pureza, combinándose a menudo con el primero. El mecanismo es entonces el siguiente: la ley establece una presunción de estado peligroso en el autor de un cierto número de infracciones determinadas por ella, presunción *ope lege* que obliga al Juez a acordar la declaración del hábito; pero al mismo tiempo, tratándose de otras infracciones, la ley deja al arbitrio del juzgador la facultad de hacer dicho pronunciamiento *ope judicis*, si estima que el delincuente es dado al delito y constituye un efectivo peligro. Es la fórmula mixta adoptada, entre otros ordenamientos, por el Código penal italiano en sus artículos 102 y 103 y por la ley belga de 9 de abril de 1930, en los 24 y 25.

Las legislaciones en que el sistema segundo funciona en su estado puro, es decir, en que la noción de habitualidad es determinada por el juez en función al comportamiento del culpable, no son tampoco raras, pudiendo citarse las de Suecia, Finlandia y Uruguay, si bien el Código federal suizo es uno de los más característicos a este respecto. Su artículo 42 prevé que el Juez pueda acordar el envío del reo a una casa de corrección por tiempo indeterminado siempre que haya sufrido anteriormente numerosas condenas y que sea considerado en estado peligroso en ocasión de una nueva. La facultad de apreciar la peligrosidad *ope judice* es aquí tanto mayor cuanto que la ley no determina el número de condenas previas que el juzgador ha de tener en cuenta, dejándolo a su soberano arbitrio, siendo así que en la mayoría de las demás legislaciones dicho número, siquiera a título de síntoma, es predeterminado por sus textos.

c) En un tercer sistema se consume la ruptura entre la multirreincidencia y la delincuencia habitual, puesto que en él no exige el legislador que tal estado se manifieste por la comisión de cierto número de infracciones anteriores. Se contenta con que exista el pe-

ligro en potencia cuando, independientemente del delito que en la actualidad se somete al juzgador, la tendencia al mal se haya comprobado mediante el examen físico y psicológico del inculpa-do. Es, en suma, el «delincuente por tendencia», que el Código italiano, y a su ejemplo el portugués, asimilan al reincidente, ya que no a los efectos de agravación, sí a los de su internamiento complementario.

En realidad, el Código italiano ofrece una reglamentación triple y sumamente minuciosa de la cuestión al asociar, en régimen coordinado, los tres sistemas de estimativa de delincuencia de hábito o de peligrosidad. En su artículo 102 se acoge al primero al establecer la presunción legal de peligro en función de la multirreincidencia; en el 103 se sienta el segundo, al dejar al Juez tal apreciación bajo el síntoma de la multirreincidencia, y en el 108, en fin, la hipótesis de la «tendencia» se independiza en absoluto de tales condiciones, haciendo de la peligrosidad una categoría aparte.

A pesar de lo dicho es conveniente separar y diferenciar los conceptos de «delincuente habitual» y «delincuente por tendencia», cuyas características pueden ser y son frecuentemente bien diversas. En la concepción italiana las del hábito son predominantemente características exógenas, circunstanciales y sociales, mientras que, por el contrario, las de la tendencia ofrecen un neto dominio de las de tipo endógeno congénito o adquirido, en plano de predisposición natural. En realidad, los delincuentes por tendencia constituyen una categoría distinta de los habituales, habiéndose comprobado numerosas veces que aquellos abundan, sobre todo, en delincuencia contra las personas y las costumbres, mientras que los segundos se limitan generalmente a la de contra la propiedad. Las estadísticas, notablemente las belgas y alemanas, son teminantes a estos efectos.

La fórmula legal del «delincuente por tendencia» la hallamos no solamente en Italia y Portugal, sino en Polonia, por su Código de 1932 y, con ciertas reservas, en Noruega, cuya ley de «detención de seguridad» de 1929 permite eventualmente su aplicación al delincuente primario. En la América latina, si bien el derecho positivo no ha admitido aún la noción de delincuente por tendencia, abunda a lo largo de los proyectos de reforma; así, por ejemplo, en el argentino de Jorge E. Coll.

Por lo que respecta a Francia debe hacerse mención de la ley de 18 de diciembre de 1893, autorizando la relegación, a partir de la primera condena, del individuo culpable de afiliación a determinadas asociaciones criminales, así como del Decreto-ley de 29 de julio de 1929, cuyo artículo 83 admite la relegación, por lo demás facultativa, contra el culpable de delito de aborto si se le considera habitual. Esta última disposición es interesante si se considera que desvincula la noción criminológica de habitualidad de la jurídica reincidencia, pero la Corte de Casación ha reducido su radio de acción al interpretar el hábito en un sentido objetivo.

exigiendo al menos la perpetración de dos abortos, aun sin condenas formales previas.

La definición jurídica de delincuente de hábito no se agota por la mera combinación de los dos elementos constitutivos de la reincidencia y estado de peligro. Es preciso, además, y ello es esencial, determinar la noción de estado peligroso, prevalente en los diferentes derechos positivos, para lo cual parecen capitales tres observaciones previas.

Se puede notar, en primer lugar, que ciertas legislaciones se refieren a un estado de peligro singular, en tanto que otras lo contemplan, más bien, en un sentido de generalidad. Las unas, no se ocupan más que de algunos grupos concretos de infracciones, mientras que las otras describen la delincuencia habitual mediante fórmulas globales. En el primer sistema figura el régimen francés de la relegación, aplicable a las infracciones, crímenes o delitos, especificadas en la ley de 1885 y textos ulteriores. Bien que entrando en una categoría distinta de la de los delincuentes habituales, se puede igualmente señalar como representativos de un peligro determinado, los vagabundos, a propósito de los cuales se ha desarrollado un movimiento legislativo paralelo al de los delincuentes de hábito, que data ya de medio siglo. La ley española de «vagos y maleantes» y las iberoamericanas promulgadas según su modelo, por ejemplo en Uruguay, Colombia, Venezuela y El Salvador, son significativas a este respecto, ya que contienen algunas de ellas, al lado de sus disposiciones específicas, medidas relativas a la multirreincidencia y delincuencia habitual.

Sin embargo, de lo dicho, la mayoría de las legislaciones modernas renuncian a limitar la definición de la delincuencia habitual prefiriendo proceder mediante fórmulas generales. El estado peligroso es considerado en ellas como independiente de la naturaleza de las infracciones cometidas, si no se incluye en las mismas. Así sucede en Bélgica, Italia, Suiza, Portugal, Suecia, Finlandia y Uruguay. Las definiciones, de otra parte, suelen limitarse de modo exclusivo a la delincuencia internacional o dolosa, dejando sin solución los problemas que plantea la delincuencia habitual culposa. El artículo 104 del Código italiano es una de las raras disposiciones que trata de la cuestión de la habitualidad en las contravenciones. Sin embargo, en las leyes de «vagos y maleantes» a que se acaba de aludir, se encuentran igualmente algunas referencias a la negligencia peligrosa.

Una segunda observación conviene hacer en lo tocante a las diferencias existentes en las legislaciones positivas sobre los criterios del estado peligroso en sí. Cuatro fórmulas existen para ello. La primera aprecia dicho estado en función de la amenaza que para el orden público constituye el delincuente, reflejando por eso las preocupaciones fundamentales de la primera escuela de defensa social. Así, en Suecia, el punto de partida para la aplicación de me-

didadas especiales contra el delincuente habitual es el eventual peligro que éste represente para la persona o propiedad del prójimo. Análogas disposiciones se repiten en los derechos noruego y finlandés, donde la ley se refiere expresamente a la condición de que el delincuente sea peligroso para la seguridad pública o privada. Lo mismo puede decirse de la *Criminal Justice Act*, de 1948, que aplica la medida de seguridad de la *preventive detention* a los reos que el tribunal estima conveniente para la protección pública su mantenimiento en prisión.

Otra corriente legislativa tiende, en cambio, a tomar como punto de referencia primordial al género de vida llevado por el delincuente. Fórmula que se aproxima a la anterior en que se pone de relieve el carácter eminentemente social del estado peligroso, pero que se aparta de la misma al contemplar las causas de dicho estado más bien que sus efectos. La ley federal austriaca considera como habitual al multirreincidente que muestre decidida animadversión a la vida honesta y laboriosa. También la abolida *Prevention of Crime Act*, de 1908, exigía que el delincuente hubiera persistido en un género de vida deshonesto o criminal. Asimismo, en las diversas leyes sobre vagabundos abundan disposiciones del mismo o parecido jaez, que con las reservas antedichas pudieran alinearlas en esta sistemática.

La mayoría de las legislaciones adoptan, sin embargo, un tercer método, según el cual, el estado peligroso se aprecia por la tendencia persistente al delito. No es tanto la conducta social como las inclinaciones personales del sujeto lo que en ellas se toma en consideración, con lo que se aproxima tal sistema al criterio de la personalidad antisocial, como factor determinante. Se encuentran tales definiciones en la ley belga de defensa social, que se refiere al agente que presentare una tendencia persistente a la delincuencia, en el Código penal italiano y en el suizo, para el cual el habitual es el delincuente multirreincidente en quien se acredite la tendencia al delito, la mala conducta y la vagancia. Una de las fórmulas más detalladas, al punto de resultar confusa, es la adoptada por el artículo 48, número 3 del Código uruguayo. En todas ellas hay que retener, como esencial, el hecho de que el estado social peligroso sea, según dice el artículo 103 del Código italiano, una probabilidad de la ulterior perpetración de actos delictivos, posibilidad que es, a su vez, una función del grado de antisociabilidad de la persona del reo.

Se encuentra, en fin, un último criterio del estado peligroso muy digno de atención: la incorregibilidad del sujeto por la pena ordinaria. Es una definición finalista que vale, sobre todo, en el terreno de la política penitenciaria y cuyo valor general es el de servir de justificante al tratamiento infligido al delincuente de hábito. A pesar de eso tiene el defecto de ser insuficiente para caracterizar la habitualidad, puesto que puede ser igualmente aplicable a otras categorías de delincuencia. La hallamos, sin embargo, en las leyes

suecas, las que, por considerar al multirreincidente como habitual, no se contentan con que éste sea peligroso para la persona o propiedad ajenas, sino que exigen, además, que el mismo sea incorregible por la pena.

El examen comparativo de la noción de estado peligroso en derecho positivo conduce todavía a una tercera observación. Son numerosas las legislaciones que establecen distinciones expresas entre la grau delincuencia y la menos grave de hábito. Hay grados en el estado de peligro que el legislador tiene en cuenta, pudiéndose tomar por ejemplo, a este respecto, los casos de Noruega, Alemania e Inglaterra. En el primero de dichos países, aparte de las disposiciones del Código penal revisado en 1929, referentes a la criminalidad persistente y particularmente peligrosa, hay una ley que reprime el hecho de entregarse a la vagancia, llevando un género de vida que haga prever que el culpable se dedica a actividades criminales o de explotación ajena. De otra parte, toda la legislación sobre el vagabundismo se inspira en estos principios de la llamada «pequeña delincuencia de hábito», siendo bien clara la regulación francesa de la relegación que tiene en cuenta diversos casos de pequeñas infracciones contra la propiedad o las buenas costumbres. En Alemania se distingue entre el delincuente habitual que fué ya condenado varias veces y el que lo fué menos de dos. Particularmente instructivo es el ejemplo inglés. La *Criminal Justice Act* de 1948, al reemplazar la *preventive detention* de la de 1908, lo ha hecho creando dos instituciones complementarias: la *preventive detention*, propiamente dicha, aplicable a los mayores de treinta años cuando a su reincidencia unen la cualidad, apreciada por el tribunal, de suponer un peligro público, y la *corrective training*, aplicable a ciertos reincidentes menores de dicha edad y mayores de veintiún años, dirigida primordialmente a su corrección y prevención de ulteriores delitos. Esta distinción sirve no solamente para delimitar los campos de la grande y pequeña delincuencia, sino que explica la razón de la misma, a la vez que rompe la tradición de la incorregibilidad que fué el fundamento del movimiento legislativo en la materia durante la etapa de 1880 a 1910. El derecho y la práctica toman en consideración, sin duda y cada día con mayor certeza, el hecho de que existan grandes delincuentes de hábito que son incorregibles y otros que no lo son, a condición de que se emplee con ellos un tratamiento apropiado. Es una cuestión que se encuentra inevitablemente cuando se estudia los problemas referentes a la sanción de la delincuencia habitual, pero la solución inglesa no por ello resulta de ser muy característica. La señora Margery Fry no se ha equivocado, ciertamente, al expresar su pensamiento en una fórmula sintética bien expresiva, la de que «la *preventive detention* parece ser el consejo de una desesperación próxima, mientras que la *corrective training* es como el consejo de una esperanza».

Antes de concluir el examen de las modalidades definidoras de

la delincuencia habitual en derecho comparado, no será sin interés: el contemplar la existencia de grupos limítrofes, poniendo de relieve lo que Vassali ha denominado su «interferencia con la categoría de los delincuentes de hábito». La dificultad es particularmente delicada en lo que concierne, de una parte, a los psicópatas, y de la otra a los profesionales.

Los delincuentes anormales mentales, trátase de semi-enfermos o de los que la terminología alemana y norteamericana denomina psicópatas, y a los que Crispigni y otros psiquiatras modernos prefieren el nombre de «timo-abnormales»), constituyen una de las categorías de delincuentes peligrosos cuyo estatuto se halla más imperfectamente regulado en derecho comparado. En las legislaciones que continúan reflejando las ideas psiquiátricas del siglo XIX, no se aplica ninguna previsión legal respecto a la última categoría, ya que el delincuente es considerado normal en absoluto y sometido por ende a las penalidades ordinarias, o plenamente anormal mental, en cuyo caso se acuerda su exención de responsabilidad y tratamiento curativo. Es el principio dominante en el artículo 64 del Código penal francés, si bien la práctica médica y la jurisprudencial han ido introduciendo un sistema intermedio de atenuación en los casos de desarrollo mental insuficiente. En ciertos casos la pena disminuída se completa con una medida de seguridad, como acontece en Italia, mientras que en otros, dicha medida sustituye a la penal propiamente dicha, que es lo que se hace en Suiza y Uruguay. Esta evolución se completa por una tendencia legislativa moderna hacia el tratamiento en conjunto de los delincuentes anormales mentales, que vemos adoptado en la ley belga de 1930, cuyas disposiciones comprende, asimismo, el tratamiento de los habituales, y en las de las vigentes en los países escandinavos.

El estado de cosas que queda esbozado, importante en sí mismo, lo es también en lo que toca a la delincuencia de hábito, dado que la distinción de esta categoría con la que acaba de examinarse es frecuentemente ardua y delicada. Puede decirse, resumiendo la cuestión, que la coexistencia legal de ambas categorías no cabe decidirse sin un cierto margen de interpretación práctica y, por tanto, penitenciaria. Es incuestionable que la anomalía del sujeto es independiente en sí misma de la reiteración o no de actos delictivos, pero no lo es menos que son muy numerosos los habituales para los cuales la etiología del hábito denota una anomalía del espíritu, de la voluntad, de la inteligencia o del carácter. Basta estudiar la población penitenciaria para convencerse de ello y las experiencias que han sido llevadas a cabo en Francia sobre los sujetos a relegación, acordando su triple clasificación en sociables, antisociables y asociables, han puesto de relieve la importancia de un grupo cuya característica es la de ser anormales en la efectividad y voluntad, aunque normales en la esfera del conocimiento y la inteligencia. Los unos son perversos o grandes desequilibrados difícilmente recuperables;

los otros, alcohólicos, o bien, débiles no susceptibles de comportamiento social correcto sin una tutela eficaz. Se opera así, por la necesidad de las técnicas del tratamiento, una aproximación penitenciaria entre las categorías que la definición legal distingue más o menos cuidadosamente. Lo prueba, sobre todo, el caso de Suecia, donde la ley de 1927 ha distinguido dos medidas diversas: la «detención de internamiento» para los delincuentes habituales y la de «seguridad» para los anormales. Dicha ley, en cambio, no define ninguna de las dos categorías, limitándose a prever las condiciones que, caso de ser cumplidas, conducirían a la elección de una u otra medida de internamiento, considerándose que, de haber concurso o duda, ha de prevalecer la reservada a los delincuentes de responsabilidad reducida. De donde se deduce que, prácticamente al menos, esta segunda forma de tratamiento ha de suplantar con frecuencia a la primera. En verdad es un hecho notado que los delincuentes llegados a un grado tal de criminalidad que justifique la detención de internamiento son casi siempre sujetos cuyas anomalías justificarían la de seguridad. Estadísticas sucetas aportadas por el ponente del Congreso de La Haya muestran que el número de delincuentes internados como anormales pasa anualmente del centenar, mientras que el de los habituales viene a ser de dos o tres tan sólo. De donde se deduce que, prácticamente, la delincuencia de hábito suele ser absorbida por la de anormalidad. Hay que decir, sin embargo, que la experiencia belga no confirma estos resultados de la sueca, puesto que en Bélgica las dos categorías han conservado también, de hecho, su plena autonomía atribuida por la ley. Aunque parcial, empero, el fenómeno no deja de llamar la atención, al menos sobre el carácter heterogéneo del grupo de los delincuentes habituales.

Observaciones idénticas ofrece el examen de la delincuencia profesional en el propio Código penal italiano, que admite, en su artículo 109, tal especie diferencial de la de hábito, a la que Grisigni denomina «sub-categoría». Generalmente, sin embargo, los sistemas positivos consideran la profesionalidad unas veces como un elemento constitutivo de determinados delitos y otras como mera circunstancia agravante. El delincuente profesional es el que habitualmente hace del delito su forma normal de vivir. Es el lucro, pues, el factor predominante, pero ello no le impide, en modo alguno, una separación de la habitualidad; antes bien, facilita su inclusión en la etiología de ésta. Hay que añadir que la referencia al carácter profesional se encuentra más frecuentemente que en los textos relativos a la multirreincidencia en los referentes al vagabundismo; circunstancia que confirma la interpretación criminológica de ambas nociones jurídicas, como ya más arriba fué esbozado.

Así, pues, el solo examen de las legislaciones positivas permite poner de relieve los problemas criminológicos y jurídicos planteados por la delincuencia habitual. No se trata en ella de una pura creación artificial, sino, como ha dicho Vassalli, de una categoría,

nacida irrevocablemente de la evolución del derecho penal. Sin embargo, es quizá exacto afirmar que tampoco nos encontramos en ella ante un resultado natural en sí, al menos en el sentido aludido de que la delincuencia de hábito no es, en absoluto, homogénea. Su interferencia son las categorías limítrofes, la diversidad de grupos en que se ramifica, la complejidad de su etiología muestran suficientemente que, si se habla de delincuencia de hábito, es a los hábitos criminales a los que hay que prestar atención precisamente a la hora del tratamiento.

La evolución del trato prestado a los delincuentes de hábito ha sido paralela a la de noción de habitualidad misma. Se puede definirla afirmando que ha evolucionado de la medida de eliminación a la de defensa social, previa la desaparición del dogma de la incorregibilidad. Al mismo tiempo que se verificaba en un plano general el fenómeno de transferencia de la noción de sanción a la de tratamiento, el prejuicio de la incorregibilidad cedía el sitio, a su vez, a la creencia en el diagnóstico criminológico. Con lo que el problema de la delincuencia habitual no implica ya tanto una segregación de los habituales como un tratamiento que tenga en cuenta sus posibilidades de readaptación.

Si se examinan los derechos positivos se observa en ellos la inmediata proyección de las ideas sobre las instituciones, lo que lleva consigo la presencia de tres orientaciones complementarias. La primera consiste en la renuncia general a la pena en tanto que tratamiento de los delincuentes habituales. La segunda está constituida por la tendencia a poner fin al sistema de aplicación acumulada de pena y medida de seguridad. La tercera, en fin, se caracteriza por la individualización de tratamiento aplicado a los multirreincidentes en función a los factores de su antisocialidad.

La insuficiencia de la pena sobre los delincuentes de hábito no es prácticamente contestada por nadie, puesto que si la habitualidad se da, ello es la mejor prueba de que la pena se comprobó ineficaz. Hasta tal punto es esto cierto, que se pudiera intentar una especie de equivalencia entre las nociones de delincuencia habitual e inutilidad de la pena. Es lo que han querido expresar los sistemas que, como el sueco, definen el estado peligroso en función a la incorregibilidad del sujeto mediante la pena. Incluso las legislaciones que ignoran oficialmente la denominación de «medidas de seguridad» recurren a ellas cuando se trata de combatir la delincuencia habitual, que es lo que sucede en Inglaterra con la *preventive detention* y en Francia con la *relegation*, las cuales son penas únicamente de nombre. Por lo que a la relegación atañe, la posibilidad de aplicar al penado la libertad condicional y las diversas modalidades de la ejecución de dicha pena, teóricamente de eliminación perpetua, la constituyen en una medida de seguridad de tipo de las indeterminadas.

El problema del dualismo o binarismo pena-medida de seguridad no es específico de la habitualidad, sino cuestión de índole

general a estudiar en sus aspectos múltiples tan discutidos por la teoría italiana, singularmente en el VI Congreso Internacional de Derecho Penal de Roma. Por lo mismo no he de insistir sobre ello en este lugar, limitándome a constatar que la sustitución del sistema acumulativo por el alternativo se halla comprobado en la evolución penal, constituyendo una de las vías de acceso a la defensa social. Ciertamente que la corriente dominante sigue siendo fiel, en la realidad positiva, al sistema acumulativo, que se encuentra no solamente en Francia, sino en Bélgica, Italia, Portugal, Holanda, Argentina, Noruega y Brasil, pero no por eso puede decirse que se tenga por dirección definitivamente consolidada. La solución contraria, en efecto, responde a los votos de los Congresos IV y VI de Derecho Penal y a los del VII Penal y Penitenciario. Ciertos países se han decidido a someter directa y únicamente al delincuente habitual mediante medidas de seguridad. Otros dejan al tribunal la facultad de optar entre la aplicación de dichas medidas y las penas. Otros admiten la medida de seguridad única de internamiento para el delincuente de hábito, pero disponiendo la mayoría que su duración mínima sea, por lo menos, igual a la pena correspondiente al hecho. En fin, algunas legislaciones disponen que la pena sea purgada en establecimientos especiales y que su ejecución dure todo el tiempo que exija la situación personal del internado.

Entre los países que han renunciado al procedimiento de acumular la medida de seguridad a la pena, en materia de habituales, hay que citar a Dinamarca, Suecia y Gran Bretaña, siendo los sistemas de estos dos últimos los que merecen mayor atención. En Suecia la ley de 1927 no permitía al tribunal sustituir la medida de seguridad a la pena antes de haber pronunciado ésta, pero la reforma de 1937 autoriza el envío directo del habitual a un establecimiento de seguridad. Del mismo modo, la *Criminal Justice Act* inglesa, de 1948, ha constituido también a este respecto un cambio rotundo respecto al sistema instituido en la de 1908. Así como en ésta se establecía la *preventive detention* después de cumplida la pena, en la de 1948 el juez tiene la facultad de elegir entre la aplicación de la pena o la de las dos medidas ya señaladas que la ley autoriza, con la particularidad que no ha lugar a pronunciar la primera cuando se ha decidido el empleo de una de las segundas.

Se ha observado frecuentemente que, al mismo tiempo que las instituciones penales y penitenciarias se unifican en su forma exterior, tienden a diversificarse en su contextura interna. De este modo se ve que la unificación de la pena privativa de libertad se acompaña a menudo de una correlativa diferenciación en el tratamiento penitenciario. De modo semejante, la unificación de las medidas adoptadas para los delincuentes de hábito sufre, en su fase de ejecución, diversas modificaciones que la matizan y diferencian; en vistas a las necesidades de individualización peniten-

ciaria. Se asiste, en efecto, a muy notables tentativas de estudio profundo sobre el comportamiento de los delincuentes habituales con el fin de aplicarles con todo discernimiento el tratamiento apropiado al diagnóstico y pronóstico acordados. No insistiré sobre las consecuencias que se pueden obtener mediante la yuxtaposición, propio del sistema inglés, de las dos medidas sujetas a regímenes enteramente diferentes. Tampoco he de profundizar en las enseñanzas ofrecidas por las experiencias de la administración penitenciaria francesa, que a la salida de cada centro de observación agrupa los relegados según que hayan sido estimados como sociables, asociables o antisociables, los unos en centros de reeducación, los segundos en prisiones-asilo y los terceros en casas de seguridad (*maisons de force*). Son numerosísimas las iniciativas tomadas por doquier para acordar a los habituales el tratamiento apropiado a su estado en establecimientos especializados: casas de cuidados, de trabajo o de detención de seguridad. De todas estas tendencias, tanto de las legislaciones como, aún más, de las prácticas penitenciarias, es lícito sacar como consecuencia a los fines comunes de readaptación del delincuente habitual la precisión de llegar a la personalidad real del delincuente al que haya de aplicarse el tratamiento. Es esto lo que presta tanta importancia al problema de la elección de la autoridad encargada de hacer seguir el tratamiento y, sobre todo, de poner fin al mismo, sea por la liberación condicional, sea por la definitiva. El derecho comparado acusa a este respecto una gran diversidad. Unas veces se atribuye la competencia a la autoridad judicial, lo que acontece en Italia, Portugal, Bélgica y Argentina; otras, a la administrativa, como en Francia y Noruega; otras, en fin, a una autoridad especializada, como el llamado «Tribunal Penitenciario» de Finlandia, sin hablar del sistema de «commandos» norteamericano, por desbordar su competencia el ámbito del tratamiento de la habitualidad. Esta cuestión particular evoca el movimiento legislativo y doctrinal tendente a asocial al juez, escabinos especializados llamados a aconsejarle sobre la elección de medidas a tomar y control de su ejecución, si bien dejando a dicha autoridad la definitiva libertad de decisión.

El análisis comparativo de las disposiciones tomadas en las distintas legislaciones con el fin de conceder una autonomía legal a la delincuencia de hábito y luchar así eficazmente contra la multirreincidencia y contra las inclinaciones criminales, permite deducir, a la vez, ciertas tendencias fundamentales comunes y reglamentaciones diferentes. Pero lo que sobre todo enseña es que el Derecho penal se ha orientado, bajo la influencia de las ciencias del hombre, en una dirección que ha de ser, quizá, muy diferente de la que hace años imaginaron los sabios cuya obra estableció el alcance científico del estado peligroso, y en que se ha inspirado la legislación en su trato de la multirreincidencia. El conocimiento de la personalidad de los delincuentes muestra la

necesidad de que, por encima de todo prurito de generalización en las clasificaciones, se atienda a la realidad criminológica que impone al derecho positivo la precisión de acordar un carácter relativo a ciertos conceptos de los cuales la legislación actual extrae sus ideas básicas. Tal es el caso, quizá, de la noción de estado peligroso, que, una vez franqueada la etapa de eliminación indiscriminada, no tiene otro significado que en la medida en que la ley toma en cuenta sus causas a fin de combatir sus efectos. La peligrosidad del delincuente no es más que la consecuencia de la personalidad, siendo de ésta de la que el derecho ha de preocuparse preferentemente. Se puede preguntar si será oportuno ir aún más allá y si, al colocar la personalidad antisocial en ese plano, se da nacimiento a un movimiento antinómico al que concierne a la delincuencia habitual. Es menester referirse, en lo tocante a todo esto, a la tendencia que consiste en tener en cuenta la antisocialidad independientemente del delito y en desenvolver por todos los medios la campaña de prevención del crimen. El movimiento científico tiene conciencia de dicho movimiento, en el que se alista con prudencia sobre las rutas de la prevención de la criminalidad, y las ciencias penales toman su vigor del hecho de ser sometidas a una constante renovación doctrinal y legislativa.