

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

~~LIBRO DE...~~
DEFENSA SOCIAL Y PELIGROSIDAD

TESIS DE GRADO

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECAS

PASTO - COLOMBIA

N.º 58373 FI 1

Valor \$600 - Val. _____

Fecha 1962 Don.

Fact. _____ Carje _____

Librería *Centar* Cmp. _____

POR

LUIS FRANCISCO DIAZ ORTEGA

1962

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA GENERAL

ARTICULO 103º DEL REGLAMENTO

"LA UNIVERSIDAD DE NARIÑO NO APRUEBA
NI DESAPRUEBA LAS OPINIONES EMITIDAS
EN LA TESIS; TALES OPINIONES DEBEN CON-
SIDERARSE COMO PROPIAS DE SU AUTOR"

810
T
D 343.2
D 41
Ej. 7

PRELIMINAR

Hasta el siglo XVIII, la validez o legalidad institucional no es recono-
-cible a través de la misma evolución social porque, siendo la institución
el resultado implícito de la actitud feudal y teocrática que se conformaban el
statu-quo dominante de la época, su consecuencia era la soberana arbitrariedad.
Pero la humanidad, contraria al ritmo gregario y primitivo, sonete to-
da aspiración o innovación, dentro de su dialéctica político-social, a la
- eficacia de las instituciones, porque innegablemente sólo la legalidad de
- las mismas garantiza su supervivencia. Así es como los filósofos y juris-
- tas ensayan la modificación de antiguas estructuras institucionales reque-
- ridas para la estabilidad de la clase política entronizada por la injusti-
- cia y la crueldad, y el rescate del hombre de la sumisión imperante, tan-
- to por razones filosóficas como políticas: el individualismo o la ponde-
- ración del ser de la libertad, el utilitarismo y la soberanía contractual de
Rousseau, todo esto como resultado del ideario iluminista.

En el campo penal, Beccaria respaldado por semejantes principios, di-
- rige su aguda crítica al sistema cruel y primitivo de castigar, basándose
en la ninguna utilidad tanto para el reo como para la sociedad. "Castigar
para qué? El fin de las penas no es otro que impedir al reo hacer nuevos
daños a los ciudadanos y alejar a los otros de igual camino." La retribu-
- ción del mal con el mal no es necesaria, obligatoria, para el esquema puro
de la justicia. La pena, expiacionista e intimidatoria, pierde su antigua
severidad y arbitrariedad en su ejecución; sobre los lineamientos del Dere-
- cho Penal, el principio de la legalidad de los delitos y de las penas se hi-
- zo categórico; la lucha contra el delito deberá, en adelante, siempre desen-
- volverse según normas jurídicas preestablecidas.

Ante una justicia acentuadamente política, la obra de Beccaria, "Dei
delitti e delle pene", fue elogiada con entusiasmo, en primera línea,
por Voltaire y Diderot. Su actualidad política, su contenido valeroso

y antitradicional maravill6 al p6blico por su forma clara con que trataba las cuestiones legales antes 'pedant6simas y oscuras'.

Actualmente, ante el grado de complejidad de acciones punibles, resultado de la evoluci6n social, en la que se halla comprometida la supervivencia del hombre, el problema central del Derecho Penal es afrontar la reducci6n de las causas crimin6genas, es decir, que no debe entenderse la represisi6n como 6nico medio de prevenci6n del cr6men, sin tener en cuenta su convalidaci6n por la experiencia de sus resultados, o la justicia de quienes procuran un cambio de la situaci6n existente porque ello implicar6a acudir una sociedad a los recursos de la arbitrariedad, que hace decaer el valor de la ley, convirti6ndola a cada paso ineficaz.

La necesidad de prevenci6n del delito cada vez se hace indiscutible no s6lo ante la diversidad de acciones delictivas o contravencionales sino respecto de conductas antisociales que se sit6an en un campo intermedio. Son aquellas que constituyen atentados contra los intereses comunitarios por su significaci6n antijur6dica, por la potencia de da6ar que llevan envuelta.

Todo este campo de acci6n preventiva es en realidad demasiado problem6tico, por cuanto en 6l inciden muchos aspectos, de orden pol6tico, econ6mico, social. Pero desde el punto de vista penal el aspecto bio-socio-psicol6gico del delito corresponde en gran parte a los medios concretamente protectores de la sociedad que se sintetizan en la defensa social, que no s6lo tiene en cuenta el restablecimiento del orden externo de la sociedad sino tambi6n la necesidad de la reforma del delincuente, a aprovechando todos los medios aptos, principalmente las penas y medidas de seguridad. La teor6a de la defensa social comprende solamente uno de los aspectos de la prevenci6n puesto que otras medidas corresponden a la pol6tica criminal y aun a la total actividad del r6gimen estatal.

La teor6a de la defensa social fue proclamada y enunciada por la Escuela Positiva ante la insuficiencia dogm6tica y penitenciaria de la pena como 6nica instituci6n del Derecho Penal en la lucha contra el delito. Muy excluidos los delincuentes que adolec6an de enfermedades mentales a quienes no se pod6a imponer ninguna medida durable de protecci6n social, a pesar de ser la mayor6a de ellos eficientemente peligros6simos. Por eso la defensa social no puede ser considerada independientemente de los dem6s postulados del positivismo penal y especialmente el de la peligrosidad. Es verdad que en su actual formulaci6n la peligrosidad y la protecci6n social corresponden mas bien a una estructuraci6n jur6dico-penal contempor6nea, pero como el Derecho

en general es también un contenido histórico, no podemos desdeñar las intenciones fecundas, los hechos antecedentes de estas instituciones, que aunque no asimilables a la compleja sistemática doctrinaria moderna, constituyen los basamentos inconfundibles de una orientación del movimiento de defensa social contemporáneo.

Con este propósito el III Congreso de Defensa Social, que tuvo lugar en Amberes, en el año de 1954, llegó a la conclusión de que la defensa social debe orientarse sobre las siguientes bases:

- a) Necesidad de fundar el Derecho de defensa social sobre las enseñanzas de la criminología;
- b) Necesidad de atemperar el rigor científico por la comprensión humana y la solidaridad social;
- c) Necesidad de salvaguardar absolutamente el precepto de la legalidad, aun para las intervenciones predelictuales;
- d) Necesidad de adaptar las reglas procesales según las características de la personalidad." (1)

Pero la defensa social no sólo tiene el sentido de una lucha de la comunidad contra el delito, ni ha eliminado de su estructura todo concepto de la dignidad humana, sino que ese campo ha ido más allá de la simple sanción de la pena, actualizada ese sentido reflexológico de la retribución jurídico-penal para incidir en el reintegro de los delincuentes en la comunidad. De allí que el problema total de la reforma del hombre haya sido planteado ahora, no sólo como prerrogativa carcelaria sino también como un problema que nos pertenece a todos. El criminólogo Henri Joly, con innegable verdad ha dicho: "El momento en que un culpable entra en la cárcel es un momento crítico para él; pero el momento en que sale de la misma es un momento crítico para él y para nosotros".

En concreto, se trata de ese acercamiento paulatino del penado a la vida social, a la que pronto habrá de acceder, que puede ser realizado por múltiples medios, denominando teóricamente por el Profesor Alfredo J. Molinario, 'Régimen de Prelibertad', basado en la observación bio-psíquica y social de cada recluso, evitando, así, el problema de su brusco reintegro a la comunidad social. Este sistema penitenciario se basa en que si bien la defensa social principia en el 'aislamiento' del delincuente, aquella no es completa si el recluso no es vuelto a la sociedad sin la inercia espiritual que le produce el tratam-

na psíquico causado por la sentencia condenatoria y el cumplimiento de la pena; cuya consecuencia parece que fuera reducir su sensibilidad moral hasta el grado de embotamiento, conduciéndolo a un funesto escepticismo moral. "El Régimen de Prelibertad - dice el Dr. Molinario-, así entendido habrá ido acostumbrando al recluso a resolver uno tras otro los pequeños problemas que se suscitan en su vida de relación y de esta suerte, habrá hecho renacer en él su capacidad de iniciativa. Su espontaneidad en el obrar, el sentimiento de la propia responsabilidad y el respeto por la persona y por los bienes de sus semejantes, es decir, que habrá concluido de readaptarle para la vida social quedando así cumplida la suprema finalidad de la pena tal como la concibe la ciencia penal contemporánea" (2).

Nuestro propósito es hacer unas someras investigaciones sobre el tema de la peligrosidad, uno de los mas singulares intentos teóricos de prevención del delito, que se halla inscrito, con rango de prioridad, en el haber filosófico y científico de la Escuela Positiva, cuya influencia principia, en el campo penal, en el último tercio del siglo XIX. Por tanto, ante la magnitud del tema, al tratar de la doctrina positivista y sobre la peligrosidad, habremos comprendido el sentido preventivo de la defensa social.

- (1) Rev. del Instituto de Ciencias Penales y Penitenciarias, Universidad Nacional de Colombia, 1954, Nº 2, p. 74.
- (2) Rev. de Criminología y Ciencias Penales, Universidad Autónoma "Tomás Frías", Potosí (Bolivia), Julio de 1952, Nº 8, ps.60 a 90.

CAPITULO PRIMERO

EL POSITIVISMO PENAL

LA EXPERIENCIA

En el siglo XIX, el dogmatismo basado en los axiomas implantados y las hipótesis aceptadas había llegado a su máximo conformismo en el conocimiento lógico-abstracto, sin preocuparse de la verdad de lo que ha conocido. Representa, dice Külpe, "la concepción menos concienzuda y, a la vez, la más orgullosa, la más positiva y simultáneamente la más ingenua, respecto a la capacidad de nuestra facultad cognoscitiva" (1). El dogmatismo condujo a los iniciadores del saber científico a contrastar muchas de sus conclusiones y principios con la realidad, mediante la experiencia: Bacon y Galileo, el método; Lamarck, Haeckel y Darwin, la evolución; Newton, la atracción; Leibnitz, la composición de los seres (monadas); Comte, la Filosofía Social o Positiva. Digna aristocracia del saber científico experimental; lucharon heroica y genialmente para colocar los nuevos eslabones en el áurea cadena del conocimiento. Es el predominio del dato, la observación, la comparación y correlación. Las hipótesis se convierten en verdad mediante su verificación. El avance científico es seguro si la teoría, como lo quería Feuerbach, ilumina la acción. Por consiguiente, toda ciencia es experimental. Las leyes científicas sólo pueden derivar de los hechos, más allá la Metafísica.

Pero el estudio de la realidad en forma experimental más bien surge como renovación del sistema científico imperante, ya que el conocimiento no excluye ni la deducción ni la inducción; se integra por todos los medios por los cuales el hombre busca la verdad; es inventivo, ordenativo (o constructivo) y expositivo. Inventivo, en cuanto se descubren nuevos hechos o relaciones entre las cosas; constructivo, en cuanto el sistema científico necesi-

ta que esos hechos sean ordenados mediante su coordinación o subordinación, y expositivo, porque expone a los demás la ciencia coordinada (2) .

El valor de la experiencia como método científico ha consistido, ante todo, en devolver al hombre la confianza en su propio poder, dirigiendo el objetivo de su voluntad hacia la conquista de sus esenciales fines, recuperando su autonomía menoscabada por los prejuicios (cosmo-talúricos, raciales, religiosos, morales, etc.).

Esta renovación del método científico, causal-explicativo o 'galileico', fue trasplantada a la gnoseología criminal (y disciplinas criminalísticas, en general) , para enfrentarse a la solución del tremendo interrogante todavía en pie: cuál era la causa del crimen, el método a seguir en esta insólita investigación ? Y el positivismo inicia una de las mas fecundas e inquietantes etapas de la evolución del Derecho Penal.

LOS POSITIVISTAS Lombroso; Ferri; Garófalo. Con estos científicos el Derecho Penal llegaría a su sistematización completa mediante el estudio de la personalidad o constitución del delincuente en forma integral, en su relación con el medio físico y social, para elucidar con mas acierto como es ese ser que comete el delito, que circunvolución, humor o ambiente es la causa de la criminalidad. La moderna corriente penal ha descendido de los fundamentos absolutos e inalcanzables, para formular una teoría mas cercana a la vida, mas en contacto con las fuentes reales de la criminalidad, mas cuidadosa de la observación de las consecuencias prácticas y capaz de renunciar a un principio doctrinario, por sólido que sea en su apariencia, si no es susceptible de verificación.

LOMBROSO Al acometer la autopsia del criminal Vilella, además de las observaciones antropométricas de 6,608 delincuentes, previó el hallazgo de la solución. En el cráneo de Vilella descubrió, en su base, una foseta occipital localizada donde está normalmente la cresta occipital media. Esta foseta occipital es considerada por Lombroso como una rara anomalía: "la anomalía que voy a exponer puede decirse única en la Historia Natural y patológica del hombre" (3), o sea, la que reproduce en el estado actual de la evolución de la especie, caracteres del hombre primitivo, con su ascendencia carnívora.

La presencia de la foseta occipital en el cráneo de Vilella significa una detención del desarrollo del cerebro en estado fetal, por lo que Lombroso cree que es común "en esa variedad infeliz del hombre, que en mi opinión es más patológica que el alienado, es decir, en el hombre criminal" (4). Asimismo, en concepto de Fontán Balceira, esta fosilla vermiana o cerebelosa media, es en realidad una anomalía regresiva, reconocible en los mamíferos y especialmente en los cuadrumanos, aunque se ha constatado su ausencia en los antropoides más semejantes al hombre (5).

A partir de estas investigaciones de Lombroso se consideran decisivas en la identificación del hombre delincuente las diversas anomalías tanto fisiológicas como psíquicas. Negaba así, Lombroso, la imputabilidad moral del reo, considerando de naturaleza patológica la actividad criminal, como una especie de locura o síndrome epiléptico, anomalía cuya tara podía encontrarse en la anatomía patológica y antropológica del criminal (craneometría, fisionomía, anomalías cerebrales, esqueléticas, viscerales, etc).

Lombroso en su empeño investigativo por hallar el tipo antropológico del delincuente ("species generis humani"), descubre dos modalidades muy singulares del crimen: la insensibilidad o locura moral, denominada actualmente psicosis criminal o perversa, y el tipo de la personalidad explosiva o epileptoide.

La psicosis perversa resulta de una manifestación evolucionada, bajo la influencia de factores endógenos, o adquiridos, de la constitución psicopática criminaloide que le sirve de base. Para dar una noción de esta entidad psicopática acudiremos a su concepto actual y a los autores respectivos.

Según el Dr. Uribe Gulla, "la constitución psicopática criminaloide se caracteriza por la amoralidad, impulsividad, inafectividad, egocentrismo, prejuicios, orgullo y vanidad criminal (erostratismo), inadaptabilidad, tendencia a la incorregibilidad y a las reacciones antisociales. En los delinquentes es común el hipertirritidismo y el hiperpituitarismo, con signos evidentes de la secreción interna genital. El desarrollo exagerado del esqueleto, especialmente de los maxilares, y del zigma, que les da a veces un aspecto patibulario o facineroso, y el tamaño de las manos y de los pies, son manifestaciones somáticas del individuo, con hiperfuncionamiento congénito o adquirido de la hipófisis, de importante relación con las fun -

ciones psíquicas. En los individuos pasionales o impulsivos pueden verse los estigmas del hipertiroidismo, comprobados por la hipertriosis total, el desarrollo exagerado de los cabellos" (6) .

El profesor Mira y López observa que la característica básica de esta psicosis es la ' innecesariedad ' que exhibe el loco moral en sus actos amorales, de tal modo que al delinquir no persigue una finalidad, una utilidad objetiva sino de un modo subjetivo, en el placer de realizar algo que sabe que no debe realizar (7) .

Y, finalmente, la personalidad de tipo epileptoide la describe este mismo autor de la siguiente manera: "... Los sujetos de tipo explosivo se caracterizan por la violencia de sus reacciones afectivas, que, lejos de ser superficiales, se concentran o acumulan para descargarse, siempre de un modo desproporcionado a los estímulos que las desencadenaron. Estos sujetos acostumbra exhibir cierta pereza y lentitud (bradipsiquia) que contrasta con la continua y aparente agitación de los tipos anteriores; pero de vez en cuando, sin que pueda lógicamente predecirse su aparición, surge la reacción 'explosiva' que los caracteriza y durante la cual son capaces de llevar a cabo las mayores atrocidades e injusticias, siendo la regla en tales casos la falta ulterior de recuerdo de las mismas. El sujeto niega de buena fe haber pronunciado tales o cuales palabras o llevado a efecto tales o cuales agresiones, y sólo conserva una vaga idea de su anormal conducta.

"...Cual si conscientemente quisiesen reparar los defectos de su temperamento, las personalidades explosivas, como hemos indicado, muestran en muchos casos una afectada amabilidad que se hace incluso pegajosa. Por eso y por la lentitud habitual de sus reacciones intelectuales (factores ambos que han sido reunidos bajo el común calificativo de "viscosidad psíquica") contrastan todavía mas sus crisis de violencia" (7) . Estos sujetos son epilépticos latentes, que frecuentemente sufren crisis convulsivas, siendo tributarios en su mayoría de un tratamiento médico. Desde el punto de vista jurídico las personas de este tipo son las que con mayor frecuencia cometen los denominados delitos de sangre inmotivados (Id.).

Vemos ahora los caracteres somáticos del criminal nato. Importante señaló los siguientes: escasa pilosidad del cuerpo, frente huda, resalte acusado de los arcos superciliares, potente desarrollo de las mandíbulas y

zigomas, prognatismo, fuerte pigmentación, cabello espeso y rizado, anomalías en las orejas, tatuaje, infrasensibilidad para el dolor, precocidad sexual, pereza, inestabilidad, falta de previsión, inclinación al juego y al alcohol, ideas supersticiosas, jerga, lenguaje mímico y onomatopéyico, etc. (8).

Lombroso, con estos antecedentes, llegó a las siguientes conclusiones sobre el tipo antropológico del delincuente: a) , el criminal propiamente dicho es nato; b) , idéntico con el loco moral; c) , con base epiléptica; d) , aplicable especialmente por atavismo; e) , forma un tipo anatómico y biológico especial.

De manera que el sabio varonés no estaba descaminado al escribir "L'Uomo Delinquente", que es el tratado del criminal nato. Pero, hoy, ya no se considera esta criminalidad en el sentido determinístico que le dió Lombroso, sino como una predisposición que puede desencadenar su influencia en muy pocos seres, puesto que el delito es también el resultado de la situación ambiental que concurre a su conformación. La Psicología genéticoevolutiva se ha encargado de tomar su orientación en la tesis de Lombroso.

Respecto de su conclusión de que el delincuente forma un tipo biológico y anatómico especial, se encuentra corroborada por la Psicología constitucional, tipológica o caracterológica, en el llamado somatotipo, que Sheldon y Stevens han considerado como "la cuantificación (estos es, la expresión cuantitativa) de los componentes primarios de la estructura morfológica de un individuo" (9).

En síntesis, dentro de la clasificación de los delincuentes se nos presenta como tipo relevante de la personalidad peligrosa, la del denominado loco moral, que supera al instintivo o por tendencia, ya que puede manifestarse por la influencia de factores adquiridos, al habitual y al impulsivo, por que poseyendo el loco moral una inteligencia normal o incluso superior, se comporta, como lo anota Mira y López, premeditativamente y sin necesidad, contrario a las normas morales; es capaz de engañar a la mayoría de las gentes, exhibiendo una conducta aparentemente normal, pero en su fuero interno se rie de sus semejantes, y aprovecha todas las ventajas que se le presentan para delinquir sin ser descubierto (10).

GAFOFAIO Conocidas las causas de la criminalidad, el delito ya no es el que definen apriorísticamente los Códigos, sino que es un hecho natural o social. La suerte de un delincuente se halla menos condicionada

por su calificación legal que por la acción que sobre su conciencia moral ejerzan los acontecimientos. No demostrada la coincidencia del delito con el criminal nato era necesaria una noción del delito, independientemente de la legal, pero basada en los sentimientos mas perdurables de la humanidad, los de piedad y probidad. Asi es como Garófalo, magistrado del Tribunal de Nápoles contribuye a la innovación con su teoría del delito natural que define de la siguiente manera: "violación de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad, en la medida regular en que son poseidos - por la sociedad civil, por medio de acciones nocivas para la colectividad" (11). Definición que recibió fuertes críticas de Florian y Ferri, en tanto que Jimenez de Asúa ve en Garófalo un original precursor de la teoría de las normas de cultura, formulada mas tarde por Max E. Mayer.

Como ofensas al sentimiento de piedad señala Garófalo, el homicidio, heridas y mutilaciones, malos tratos, las enfermedades voluntariamente provocadas, el exceso de trabajo impuesto a los niños, estupro, calumnia, injuria, etc. Al sentimiento de probidad, robos, hurtos, incendios, estafa, insolencia voluntaria, falsedades, etc. (12).

La noción de delito natural implicaba buscar la antijuricidad o la justificación del hecho antisocial en sentimientos trascendentes al sistema jurídico-penal. Es que la noción de delito conlleva una relación del hecho - proclive con una valoración social traducida en la ley que lo prohíbe y sanciona. Los sentimientos de piedad y probidad serían permanentemente violados y la existencia de la sociedad se pondría en grave peligro, por la ineficacia de la concepción garofaliana de su defensa puesto que el delito natural no tiene sanción. La técnica jurídica requiere, antes que nociones muy generales o vagas, propias de un derecho natural de contenido variable, nociones exactas. Pero esto no significa de ninguna manera que estos sentimientos fundamentales de la sociedad, que de todos modos tienen para Garófalo la finalidad de procurar que no sea menoscabada la convivencia y cooperación humanas, no sean tenidos en cuenta en la elaboración de las normas prohibitivas. Lo que aparece en la concepción del delito natural de Garófalo es una intuición del elemento valorativo que sirve de sustante a la noción legal, puesto que, genéricamente, el delito es la resultante de aquella conducta que lesiona los intereses fundamentales de una comunidad social. De allí que la noción del delito natural, o mas bien del hecho antisocial, desde el punto de vista sociológico no debe contraponerse a la legal, por cuanto en las

diversas legislaciones siempre se reprime como delito toda conducta humana que menoscabe o ponga en peligro la conservación de la sociedad .

La definición de delito natural de Garófalo significa para el positivismo dar un sesgo fundamental hacia el problema sociológico de la delincuencia, que en la investigación de Ferri tomó su máxima relevancia y extensión, culminando con una nueva definición social de delito dada por el mismo Ferri con la colaboración de Berenini, diciendo que los delitos son "aquellas acciones punibles determinadas por móviles individuales y antisociales que turban las condiciones de vida y contravienen la moralidad media de un pueblo dado en un momento dado" (13).

FERRI Las conclusiones de Lombroso y Garófalo son previstas por este profesor de varias universidades de Italia, con intuición de sintetizador, y les eleva a su propia importancia complementándolas con su extraordinario estudio de los factores criminógenos sociales. Estos, son los que resultan del medio social en que vive el delincuente, como la diferente densidad de población, el estado de la opinión pública y la religión, la constitución de la familia y el sistema de la educación, la producción industrial, el alcoholismo, la organización política y económica, la de la administración pública, justicia y política judicial, y en fin, el sistema legislativo civil y penal en general (14).

Como resultado del estudio de estos factores criminógenos o etiología sociológica del delito, tenemos, según Ferri, los substitutivos penales y la ley de la saturación criminal. Los primeros son consecuencia de la misma etiología criminal y tienden a substituir la pena que está en decadencia. Esta, manifestó Ferri, jamás puede combatir los factores del delito. Sólo reconoce la pena como eficaz para los hombres que oscilan entre el delito y la honradez (15).

Ferri dió a su idea un giro congruente. Pensó en un conjunto de correctivos físicos individuales y sociales contra los factores criminógenos de la misma entidad. El estudio de esta amplia gama causal-delictiva es distinguido por el maestro italiano con el nombre de Sociología Criminal, a la que pretendió dar el rango de primacía sobre el Derecho Penal, considerando este sistema subsumido en ella como un capítulo de su monumental investigación. A raíz de la publicación, en 1878, de su obra polémica "La teoría - dell' imputabilità e la negazione del libero arbitrio", el libre albedrío había dejado de existir como fundamento de responsabilidad moral y, a la

vez, de la imputabilidad penal porque el hombre no es libre al delinquir, en estado criminógeno es un anormal. La anomalía psíquica es inseparable de la acción delictiva y los hechos psíquicos quedaban sometidos al principio de la causalidad, en sentido determinístico.

Dice Ferri: "El hombre que comete un delito, sea por impulso propio físico-psíquico dominante (causa endógena) o por el predominio de condiciones de ambiente (causa exógena) se encuentra en condiciones anormales, por lo menos, en el momento en que realiza el hecho. Si así no fuera, la repugnancia que opone al sentido moral y la previsión de las consecuencias dolorosas que han de seguir, le harían abstenerse del delito. Si delinque, ello significa que por condiciones permanentes (congénitas o adquiridas) o transitorias, su actividad psíquica funciona anormalmente, esto es, de manera no adaptada a las condiciones de la existencia social según el ambiente propio en que cada hombre vive y actúa." (16) .

Ferri al afirmar que todos los delincuentes son anormales dejó sin -piso la importante diferencia entre imputables y no imputables. Por consiguiente, gran cantidad de delincuentes anormales, que no eran punibles según la doctrina clásica, quedaron sometidos a la ley penal, relegando a la provincia de las discusiones filosóficas el problema del libre albedrío y la responsabilidad moral. Pero al decir esto Ferri quedaba planteando otro problema penal: la responsabilidad penal en que se detiene? Ferrá contesta: la sociedad tiene derecho a defenderse de los delincuentes; esa defensa se ejerce con independencia de toda consideración de libertad moral en el delincuente; el fundamento de la responsabilidad no ha de buscarse en el autor del delito sino en la necesidad de conservación social. (17) . La responsabilidad social sustituye al antiguo fundamento de penar.

De la doctrina criminal-sociológica de Ferri se puede afirmar lo que se ha dicho del positivismo contencioso, de querer conocer y ordenar la sociedad hasta el punto de prever el futuro.

PRESUPUESTOS FILOSOFICOS Y CIENTIFICOS DEL POSITIVISMO

Según Grispigni son los siguientes:

a) La moral y el derecho son hechos naturales que varían en el tiempo y en el espacio según causas que se pueden reducir a una uni-

formidad legal científica.

b) El libre albedrío es una ilusión. Los hechos psíquicos también están so-

metidos al principio de la causalidad (determinismo psíquico).

e) La criminalidad, como todo otro fenómeno social, depende y varía según la influencia de múltiples causas que actúan en la vida de las sociedades humanas.

d) Todo delito en particular es siempre el producto de un triple orden de causas: antropológicas, físicas y sociales.

e) El delincuente es siempre psicológicamente un defectuoso, temporaria o permanentemente, es decir, que las causas psíquicas por las cuales el delito consisten en las condiciones irregulares en que se desarrollan sus hechos psíquicos.

f) Tal defectuosidad psíquica está con frecuencia acompañada de una anomalía corporal, que aunque no es la causa de la defectuosidad o imperfección psíquica, es sin embargo concomitante con ésta, como efecto ambas de una misma causa.

g) Los delincuentes no son todos iguales, y se pueden distinguir en clases (o tipos), de los cuales son las principales: ocasionales, habituales, natos (instintivos o por tendencia), pasionales y enfermos mentales. (18).

Estos principios del positivismo constituyen la base de tres consecuencias jurídico-penales muy importantes: la anomalía de los delincuentes; la responsabilidad de todos los que violan la ley penal; y la peligrosidad criminal. Nos referiremos solamente a los dos primeros postulados.

LA ANORMALIDAD

Según Ferri, el delito en particular es el resultado de una anomalía, ya sea de orden biológico, social, o biológico-social, que corresponden respectivamente, en su orden, a la anomalía congénita u orgánica, a la desadaptación social y a la resultante de una conformación caracterológica que sería la más grave, porque incide en la constitución o carácter del sujeto, aunque debe entenderse que las simples defectuosidades caracterológicas no son relevantes para el derecho penal.

Es innegable que estas anomalías pueden influir en la comisión del acto delictivo. Sin embargo, Ferri no se refiere a las anomalías que son consecuenciales a la personalidad bio-psíquica, sino simplemente a la anomalía que es inherente al delito por el hecho de cometerlo. Se trata de un criterio psico-social de la anomalía, superficialmente considerado,

o sea, que quien comete un delito es automáticamente un anómalo psíquico o un desadaptado social.

Crispigni, sigue este mismo pensamiento de Ferri, al decir en su Derecho Penal Italiano, V. I², p. 153, lo siguiente: "Naturalmente que no todo defecto psíquico es causa de delito, y por eso no toda persona psíquicamente imperfecta o defectuosa no es peligrosa. Pero es verdad lo inverso, esto es, que no existe delito sin defectuosidad psíquica, porque precisamente el delito, siendo la violación de las condiciones fundamentales de existencia de un pueblo dado, no puede ser cometido sino por quien - por causas psíquicas permanentes o transitorias - está inadaptado a ese determinado ambiente social cuyas condiciones de existencia son aseguradas por medio de las normas jurídico-penales".

Sin embargo, si consideramos la anomalidad psíquica desde el punto de vista de las ciencias respectivas, la psiquiatría y la psicología anormal, resulta que la diferencia entre normales y anormales, por este aspecto, ha sido abandonada aun por la misma psiquiatría como criterio general.

Mira y López, expone en este sentido: "En efecto, el estudio psiquiátrico sirve solamente para convencerse de la artificiosidad de toda separación esencial entre salud y la enfermedad mental; no hay un sólo síntoma psicótico que no pueda encontrarse presente en sujetos normales, de suerte que precisa concebir la mente patológica sólo como resultado de una desviación cuantitativa de la normal; es decir, producida por la desproporción de algunos de los rasgos integrantes de la personalidad común." Asimismo, dice este autor que para la psicología anormal el problema no es descubrir quien es normal y cual no lo es, sino qué clase y grado de anomalidad son los propios de cada persona (19). Porque anteriormente los términos locura e irresponsabilidad; salud mental y responsabilidad eran correlativos. Actualmente ante la nueva concepción psiquiátrica de las enfermedades mentales, el término locura, según el mismo Mira y López, es vago y no significa nada. Un enfermo mental puede ser tan responsable como no lo puede ser quien cometa un delito con los cinco sentidos. Desde este punto de vista, las anomalías que son tenidas en cuenta por la ley penal son las de entidad psicopática en los muy pocos y graves casos, como lo ha previsto nuestro Código Penal en su art. 29 (delincuentes alienados, intoxicados, anormales psíquicos).

Si consideramos el criterio automático de la desadaptación, por el hecho

por el hecho de cometer el delito, ésta para ser comprendida tiene que referirse al medio social en que el sujeto delincuente vive y según los mismos positivistas el medio social varía en el tiempo y en el espacio de acuerdo con la influencia de diversos factores. Este criterio de la desadaptación así entendido, de suyo, es indefinido y queda reducido a una simple opinión. Pero si se aceptara la calificación de la anomalía de un sujeto con el criterio psico-social, todavía no se habrá determinado si cometió el delito con dolo o culpa, porque si todos los delincuentes son anormales, lo que procede es la aplicación genérica de medidas protectoras y no penas, principio que contradice el sistema penal, porque el criterio psico-social de la anomalía es prácticamente irrelevante y sin trascendencia para el Derecho Penal. Además los delitos no son anomalías.

Ahora, si con este postulado de la anomalía inherente a los delincuentes, se quería relevar la diferencia entre normales y anormales para comprender toda la criminalidad, no era necesario, pues, bastaba la peligrosidad para que los delincuentes anormales o débiles mentales fueran considerados pasibles de medidas protectoras tanto para los mismos, como para la sociedad, o la simple responsabilidad social.

Este postulado positivista, como principio general, paradójicamente quedó reducido a muy pocos casos, que no son problemas de opinión sino de la psiquiatría o la psicología anormal, pero de carácter médico-legal.

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL

Consecuencia del postulado positivo de que el delito es un hecho predeterminado por un triple orden de factores: personalidad biosíquica, ambiente físico y social, Ferri llegó a la inevitable conclusión de que la defensa social no podía basarse en una supuesta normalidad, dirigibilidad o intimidabilidad del delincuente. Ya Giovanni Bovio, anterior a Lombroso, había decepcionado a los teóricos de la responsabilidad moral con esta preocupante afirmación:

"La naturaleza descarga toda su culpa sobre sus propios hijos; el siglo, sus vicios sobre sus contemporáneos; la sociedad, sus delitos sobre los individuos. El individuo paga por todos... Y puesto que esas tres necesidades concurren como las Hércules, que parte le queda a la libertad? Dos cosas son innegables: en todo delito participan como cómplices la naturaleza, la sociedad y la Historia; y no existe una matemática que discrimine la parte de esos cómplices." (20).

La vida de la libertad siempre ha estado pendiendo de una secular disputa

ta entre los deterministas y los que hacen del libre albedrío, formalmente, una cualidad del hombre (los racionalistas y voluntarismo). Gracias a esta discusión nuestro albedrío empieza a dejar su esquema puro para incrustarse en el hombre de donde había sido desubicado. Entonces, lo importante es considerar la libertad como la dinámica vital del hombre, un quehacer constante, y hasta como una posibilidad existencial, impulsada por la necesidad de decidir permanentemente, porque "en la existencia se vive el tránsito de la indeterminación a la determinación, de la carencia de realizaciones vitales a la realización de posibilidades ." (21).

El libre albedrío tomó revuelo en Carrara no sólo como base de responsabilidad moral, sino de todo el sistema criminal. Esta doctrina que había congreñado a los mejores para llevarla a sus últimas consecuencias, fue cortada de un tajo en el campo penal por el principio de la responsabilidad social. La responsabilidad penal quedaba subordinada a este sencillo fundamento: "Los actos del hombre pueden serle imputados, y él es por tanto, responsable de ellos, porque vive en sociedad" (22). Principio objetivo, injusto y abstracto, tanto como el de castigar por el resultado o el de considerar el delito como ente jurídico, fundado aquel sobre la simple relación de causalidad material, que obligó a los positivistas a acudir a la teoría de la peligrosidad que, entonces, ya ligaba el hecho delictivo con un proceso psico-físico. Así el Derecho Penal quedaba liquidado, porque no se imponían penas a los delincuentes sino medidas de aislamiento, o en el peor de los casos, tratamientos médicos, porque sería inútil e ingenuo absolutamente establecer el ordenamiento jurídico si el hombre no fuera dueño de su conducta.

Sin embargo, la nueva base de responsabilidad penal no alcanzó su primacía, pues, al concretarla en las legislaciones que fundamentan la imputabilidad en el dolo o en la culpa, quedó reducida a ser el presupuesto de la imposición de medidas de seguridad, o protectoras, de los delincuentes menores o en estado de inmadurez, de los que sufren anomalías psicopáticas como la grave anomalía psíquica o al enajenación mental, y de la aplicación de sanciones a los contraventores, criterio que sigue nuestro Código en sus arts. 11, 13, 29 y Capítulo II del Título II, del Libro I.

La consecuencia fecunda para el Derecho Penal y la defensa social es que este postulado positivista no implica la negación de la imputabilidad psico-física sino la extensión de sus efectos, pues ahora, todos los delincuentes son imputables aunque diferentemente punibles.

Como síntesis de este capítulo, creemos que el principio básico, la verdadera innovación del positivismo penal es el postulado de la peligrosidad. La sola enunciación de la teoría significaba profundizar en el estudio del reo, tragaluz por donde el dogmatismo penal se despoja de sus rígidos esquemas para incidir en el conocimiento científico-causal del crimen, si es que no quiere ser motejado de reaccionario, para contrarrestar esas causas, haciendo eficaz la prevención del delito y la reforma del delincuente.

Puede acusarse a la doctrina positivista de haber errado en algunas conclusiones y en la escogencia de un método inadecuado al objeto de la ciencia penal, pero también es verdad, como lo ha dicho Husserl, que "las definiciones de una ciencia reflejan las etapas de su evolución".

El mérito eminente del positivismo es haber encarado decididamente al Derecho Penal como ciencia de experiencia, aunque no jurídica, estimativa o valiosa. Pero el método jurídico no es teleológico, puesto que el Derecho no es una ciencia de fines; ni lógico-abstracto, porque el Derecho, al mismo tiempo que es sistemática, es experiencia. El método jurídico, como el de cualquier otra ciencia, es inventivo, ordenativo (o constructivo) y expositivo, según los diversos momentos de la actividad del jurista.

CAPITULO SEGUNDO

LA TEORIA DE LA PELIGROSIDAD

"El principio de la peligrosidad no es un descubrimiento que pueda decirse individual, ni fruto de un rapto de inspiración. Su advenimiento al terreno de la técnica penal estaba ampliamente preparado por un postulado que necesariamente tendía a él, que en él se completa, y que a poco de formularse por la escuela italiana conquistó lugar preponderante como fundamento del derecho de penal." (Soler: Id. p. 11)

DELIMITACION DEL CONCEPTO

Las experiencias antropológicas y psiquiátricas de Lombroso referentes a las causas del delito convencieron a Garófalo de la inutilidad de basar la responsabilidad penal en un factor incierto que había dado lugar a polémica - el libre albedrío -. Entendió en el año de 1880, el hallazgo de un nuevo presupuesto de responsabilidad que tuviera carácter cierto, objetivo, sin que la discusión del momento se introdujera impertinente. Así, dio a conocer al mundo de los que hacen el Derecho y a los jueces una nueva fórmula para enjuiciar a los perturbadores de la sociedad, al publicar su libro "De un criterio positivo de la penalidad". Sostuvo que si la función de la pena es prevenir, ésta debe ser adecuada no a la gravedad del delito (Carrara), ni a la spinta criminosa (Romagnosi), sino a la temibilidad del agente.

Garófalo definió la temibilidad diciendo que "es la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad de mal previsto que debe temerse por parte de él." (1).

Sin embargo, en la aceptación humana hay también vocablos que tienen más suerte que otros y después de las críticas de Rocco y Grispigni, la 'temibilidad' fue definitivamente sustituida por el término 'peligrosidad', de tan dilatada difusión teórica, fundamentalmente porque la peligrosidad no es temor, éste más bien es su consecuencia. Por otra parte, según la misma definición de Garófalo, la 'temibilidad' sólo se refería a la peligrosidad demostrada en el delito, subjetiva o criminal y no a la predelictual, o sea, aquella reconocible aun sin que el presunto delincuente hubiera cometido algún delito, forma de peligrosidad sobre la que se han dedicado la mayor parte de las polémicas.

Rocco ha dicho que el delincuente "no es peligroso por ser temible; es temible por ser peligroso. Puede temerse al incapaz de defiar sin temor al capaz de defiar." . Y el autor José Peco comenta al respecto: "La fina distinción de Rocco es exacta. La temibilidad concierne al efecto, la peligrosidad al origen. La peligrosidad es consubstancial con la temibilidad, pero la temibilidad no lleva ingénita ingénita la peligrosidad. Un alienado dominado por la idea persecutoria es temible por peligroso. Un vago sin ser peligroso puede ser temible. Inofensivo por su abulia, es temible por su aspecto huerfano." (2) .

En la práctica esta somera diferenciación, o, más bien, bifurcación del concepto de peligrosidad consiste en que a los 'peligrosos', se les aplica medidas de seguridad y a los delincuentes 'temibles', penas. Para nosotros la unificación de los dos 'términos' se legitima y justifica en la posibilidad de la lesión de un bien jurídico. Tanto en la temibilidad como en la peligrosidad se da esa misma posibilidad delictiva. Por esta razón, en las legislaciones preventivas predelictuales y penales contemporáneas ha desaparecido por completo esta diferencia formalista, que no de contenido, entre los dos 'vocablos'.

Si Garófalo fue el primero en intentar una sistematización jurídica de la peligrosidad, ésta tiene antecedente de prioridad en Feuerbach, según Ruiz Funes. Ya había definido la peligrosidad como cualidad de una persona que hace presumir fundadamente que violará el Derecho. Asimismo, Carrara sistematizó el problema de la peligrosidad, distinguiendo entre un peligro 'aproximado' no inculparable, y un peligro 'concreto', como fundamento de la punibilidad de la tentativa. (3) .

Garófalo creyó en la superación del viejo molde de la responsabilidad moral, "que es mera ilusión de parte del que la siente y vaga opinión del

que la juzga", concibiendo el delito como hecho natural, no como infracción legal, convencimiento que lo llevó a considerar que en fondo lo que constituye el carácter peligroso es una anomalía de índole psicopática, a la manera de una lesión cerebral, término que viene a designar "la perversidad constante y activa" del delincuente y que hace patente la influencia lombrosiana del tipo criminal patológico, en su definición de temibilidad.

Según la concepción positivista, siendo la criminalidad regida por la causalidad, la peligrosidad era evidente, desde el punto de vista psicobiológico, como probabilidad científica de delinquir, conocidas sus causas.

Muy pronto, la peligrosidad, que parecía una insospechada solución de la prevención del delito, se hizo problemática, principalmente respecto de su génesis. Y el mismo Garófalo plantea el problema:

"Cómo se exclamara: ¿vais a pretender decir que no se necesita castigar de diverso modo a aquel que ha robado mil pesetas que a aquel que ha robado diez céntimos? Contestaré que no lo se, porque esta cuestión no puede ser resuelta en abstracto. Lo que a la sociedad le interesa saber es cual de estos dos ladrones es mas peligroso. Podrá suceder que se declare que el primero es mas peligroso que el segundo; pero también podría ocurrir lo contrario.

"El objeto que nosotros nos proponemos no es fijar la cantidad de dolor que corresponda al robo según tarifa, sino el de designar el medio repressivo exactamente apropiado, esto es, el obstáculo capaz de alejar el peligro. Por lo tanto, para nosotros, el problema debe ser enunciado en los siguientes términos: ¿cual es el medio para determinar la perversidad constante del delincuente y el grado de sociabilidad que le queda?" (4).

Y hemos llegado a bordear el discutido problema de la causa de la peligrosidad. Esclarecerlo, es comprender la propia característica de la peligrosidad.

LA CAUSA DE LA PELIGROSIDAD

Para Crispigni la causa de la peligrosidad está en la defectuosidad psíquica. Por eso había definido la peligrosidad como "la condición psíquica de una persona en cuanto probable causa de delito" (5). Crispigni da tanta importancia y extensión a esta causa que llega a afirmar decididamente: "No existe delito sin defectuosidad psíquica" (6).

Respondiendo a las críticas de quienes rechazaban la anomalía psíquica como causa del delito, considerando ésta como una regresión a una super-

da polémica sobre las anomalías (Florían, Jimenez de Asúa, etc.), y de los que entienden el acto delictivo como resultado de males colectivos que han trabajado una personalidad, Crispigni reafirma su tesis de la defectuosidad psíquica: Respecto de tal imperfección o defectuosidad psíquica, se debe poner en máximo relieve que no se afirma en absoluto que deba ser necesariamente morbosa, o degenerativa o atávica, y que bien puede ser adquirida y de origen social, y especialmente de mínima importancia y temporaria, es decir, debida a causas contingentes y transitorias. Resumiendo: no implica la no imputabilidad del sujeto, porque puede constituir sólo una variedad caracterológica. Por el contrario puede también encontrársela en el hombre normal, siempre que éste, por circunstancias particulares, se halle excepcionalmente en condiciones psíquicas imperfectas o irregulares". (7) .

Los factores físico, antropológico y social, sólo tienen relevancia criminológica para Crispigni en tanto confluyan a la génesis anormal de la psiquis y sólo en este caso. Consecuencia de este principio es convertir la anomalía psíquica en un verdadero "filtro" de la poligénesis criminal, porque puede incidir aquella no sólo en la esfera intelectual, sentimental o volitiva, sino sobre las tres.

La genérica influencia de la anomalía psíquica como determinante del delito y, por tanto, de la peligrosidad, en el sentido crispigniano, implica volver al tan debatido determinismo psíquico de la iniciación positivista. De allí que Florían limitando este concepto de Crispigni, advirtiera que " ni todos los peligrosos son psíquicamente anormales, ni todos los psíquicamente anormales tienen actividades antisociales" (8), porque todo ser humano, por definición, sería peligroso. Se puede conceder que la defectuosidad psíquica sea causa de la peligrosidad, porque es esencial a ella una probabilidad. Sin embargo, en las legislaciones penales como la nuestra, al contrario, la anomalía psíquica ha quedado reducida a muy poca influencia (grave anomalía psíquica, etc. Art.29), y la inferioridad psíquica constituye circunstancia de menor peligrosidad (art. 33).

Sabattini, Jefe de la Escuela Unitaria, radica la causa de la peligrosidad en la inmanencia criminal, o complejo de condiciones biopsíquicopatológicas, integrado por elementos orgánicos y de carácter preponderantemente (de carácter) psíquico (9) . Esta posición de Sabattini en cuanto hace depender la causa de la peligrosidad de un complejo, integrado por elementos individuales de carácter anormal, es cercana a la Crispigni y restringe el concepto de peligrosidad a una categoría de criminales (los anormales).

Para Rocco, la causa de la peligrosidad es la habitualidad delictiva, tesis mas interesante porque el habitual pone de manifiesto su evidente peligrosidad y en su carrera delictiva llegará a ser profesional. La práctica criminal imprime en el sujeto activo una segunda naturaleza, de modo vigoroso y profundo, que hace difícil una acción radicalmente reformadora o liberadora. Sin embargo, la inclinación al delito es valorable éticamente y por eso ha sido considerada como tipo legal-criminológico de fondo represivo, porque su recaída no siendo fatal, como lo sostuvo el positivismo, pudo ser evitada con un mayor esfuerzo personal del sujeto.

Altavilla hace resaltar como causa de la peligrosidad una tendencia congénita acusadamente anormal en el sujeto: "Un delincuente es tanto mas peligroso cuanto menos fue en su delito el concurso de los factores externos a su organización psicoética, esto es cuanto mas directa expresión de su temperamento individual sea el delito." (10). Posición que recuerda la criminalidad atávica, inconfundiblemente positivista.

En nuestra opinión las tesis anteriores sitúan la causa de la peligrosidad en el campo puramente psicobiológico, como una cualidad, complejo o condición de la persona, de carácter anormal, desplazando todo el problema a las investigaciones de la antropología, biología, psicología, etc. Conceptualizar la peligrosidad como anomalía equivale sostener que un sujeto es imputable por su anomalía y no por su peligrosidad. Por esta razón Flo - rian había observado que la imputabilidad no proviene de la anomalía sino de la peligrosidad. Y esto es verdad; la peligrosidad no es anomalía aunque la presencia de ésta no excluye el concepto.

Para nosotros, es lícito decirlo, la causa de la peligrosidad es la total personalidad del agente y no una cualidad, esa personalidad dinámica o Yo actuante que se representa un fin y va excogitando los medios eficientes para realizarlo. Pero la causalidad humana, como lo dice Antolisei, presenta características especiales, por estar el hombre dotado de conciencia y voluntad, que modifican el concepto lógico de causalidad, que le permiten dominar, en su extensa esfera, aun aquellos hechos que " a pesar de no pertenecer ordinaria o regularmente al resultado, pueden ser dominados por él". (11). Sin embargo, la conducta humana no siempre es indeterminada o irracional. Se halla condicionada directa o indirectamente por las normas de carácter jurídico-social, moral o religioso y, en fin, por la geografía. Por eso es tan importante la valoración de la conducta humana a través de su personalidad finalista, porque ésta tiene un sentido, es significativa

y puede ser comprendida no sólo emocional sino conceptualmente por el conocimiento normativo. Esto ^{no} implica abandonar el substrato naturalista de la personalidad porque, como lo dice Bettiol, acabaríamos cayendo en brazos de una verdadera ficción de libertad.

Pero el problema que encierra el nexo jurídico-penal, causal o imputativo de la peligrosidad es esencialmente un problema de relación entre su positividad normativa y su substrato naturalista; entre un sistema del valor y su realización y, en fin, entre el ser y el deber ser. Sobre este punto ha hecho notar Kelsen que "La extraordinaria dificultad que encierra, consiste en la antinomia - inevitable al parecer- de un dualismo (del cual necesariamente hay que partir) entre el ser y el deber ser, entre la realidad y el valor y el reconocimiento ineludible de una relación material entre los mismos sistemas que se presuponen inconexos." (12).

Respecto de la peligrosidad esta antinomia debe resolverse con base en este planteamiento: es evidente, de suyo, que la norma jurídica se refiere a ciertos hechos, a determinados contenidos naturalísticos de la personalidad del sujeto, como componentes dogmáticos de la norma. Entonces, si la peligrosidad, como contenido psicobiológico, ha de ser jurídicamente relevante debe tener el sentido que le da la prescripción normativa y no el de la descripción en forma de conocimiento, unilateralmente.

Tratándose de causalidad humana, el nexo entre la personalidad y la peligrosidad como posibilidad, es indispensable que esa relación causal sea relevante. Esto nos da la clave de la necesidad de estatuir en la ley penal los llamados elementos constitutivos, o índices de peligrosidad y los factores causales, porque, de otra manera, sería imposible una teoría causal-peligrosista sólo reconocible en el caso concreto.

La evaluación de la peligrosidad, como lo expone Olesa Mérida, implica un silogismo "cuya premisa mayor es la norma basada en la inferencia causal - que atribuye esta posibilidad relevante al hecho; la menor, la existencia - del fenómeno, siendo su conclusión la existencia de la probabilidad del acontecimiento." (13).

Los elementos constitutivos de peligrosidad son aquellos presupuestos de base legal que integran el juicio de peligrosidad (el delito, los motivos de tormentos, la personalidad del agente y su conducta). Los factores causales según Crispigni "consisten en todo aquello que ha tenido una influencia condicionante o causal en el proceso de formación de dichos elementos constituti -

vos", como son la constitución orgánica, la herencia o el ambiente. Estos últimos respecto de los factores constitutivos se encuentran en una relación de causa a efecto. Los índices son manifestaciones de la personalidad que permiten inducir su situación peligrosa y, por lo tanto, requieren un proceso valorativo para ser considerados y, en que el estado peligroso es su causa.

Respecto de la relación entre los elementos constitutivos y los índices y entre éstos y los factores causales Crispigni dice lo siguiente:

"Por tanto, la relación entre índices y elementos constitutivos es la misma que existe entre un hecho y su prueba. Es evidente que dicha prueba puede ser también indirecta, como, por ej., la precedente conducta del sujeto.

"En cuanto a la relación entre índices y factores causales, es fácil la diferencia conceptual entre unos y otros, que consiste en ser, los primeros, medios para determinar las condiciones psíquicas, y los segundos las causas de la existencia de éstas." (14).

Los índices constituyen la peligrosidad presunta. Ejemplos de ellos los tenemos en los arts. 37 y 38 del C.P., que permiten una valoración jerarquizada de la peligrosidad criminal, derivados del mismo hecho delictivo, mientras que en la peligrosidad pre-delictual concurre la valoración genérica de los factores causales (perturbaciones mentales, vagancia, toxicomanía, etc.) Es decir, según lo expone Olesa Mufido, "El juicio pronóstico debe aquí afirmarse en la Ley por la sola existencia de la manifestación asocial si bien es necesario ausencia de real constatación de voluntad contraria al delito" (Olesa Mufido: Id. p.154).

Pero el fin del análisis de los elementos constitutivos de peligrosidad es su constatación en la misma personalidad del agente, con carácter de estado. Los factores causales necesariamente tienen referencia a la persona, por la cual son explicables y los índices comprenden las exteriorizaciones de la personalidad en determinada situación.

En síntesis, el elemento esencialmente constitutivo de la peligrosidad es la personalidad del agente. Por lo tanto, la causa de la peligrosidad es la personalidad del sujeto en determinada situación adecuada a un tipo legal-criminológico. Así concebida la causa de la peligrosidad se soluciona el tremendo problema de su aplicación y nos salva del casuismo inmensamente deleznable y, a la vez, inaprehensible de la misma.

Esta referencia a la relación causal de la peligrosidad puede sintetizarse en la siguiente noción de Gleipach, que comprende lo dicho, en general: "El contenido de la peligrosidad es un juicio de probabilidad, que se basa por un lado en la determinación del hecho culpable y de las causas de éste,

y por el otro lado sobre la ley de la causalidad y sobre nuestra experiencia." (15) .

**PELIGROSIDAD
Y
PROBABILIDAD**

Crispigni ha definido la peligrosidad como "la probabilidad de llegar a ser autor de delito" (16) . Este autor tiene en su haber peligrosista una variedad de definiciones, pero la anterior nos parece adecuada desde este punto de vista para la comprensión de su esencial característica, ser la peligrosidad una probabilidad delictiva. Así conceptualizada la peligrosidad cabe hacer se esta pregunta: es función de la norma penal sancionar una conducta probablemente delictiva ? Teniendo en cuenta el aspecto teórico de la normatividad, la norma penal contiene y sanciona todas las posibles conductas que le sean contrarias, es decir, que su validez se proyecta hacia el futuro. Pero en el caso concreto esta extensión del papel de la norma penal, al aplicar la sanción, sería patrocinar una tremenda arbitrariedad e injusticia. Sin embargo, para comprender la justificación de la peligrosidad en el sistema penal es necesario tener en cuenta: 1º), que el Derecho Penal no sólo se interesa ante conexiones causales reales, sino también posibles, como un círculo de protección jurídica contra la negación de lo jurídico que es, también, el daño potencial y, 2º), que la finalidad de la institución peligrosista es prevenir de manera mas adecuada el delito que al mismo tiempo que es una garantía para la sociedad, hace posible que la necesidad de la pena no se asiente tan solo sobre la mera consideración del delito cometido sino sobre su amenaza permanente nacida de la ingénita intemperancia, como diría Romagnosi.

En síntesis, no se aplica la sanción a un delito incierto sino que aquella apunta hacia su probabilidad, que constituye el peligro o acontecimiento temido.

Destacando la característica de la peligrosidad como probabilidad, vemos que no es un acontecimiento ya dado, sino que, ante todo, es el resultado de un juicio valorativo, denominado juicio pronóstico ("pronóstico significa en primer término la transferencia de la investigación de las causas de los pasado a los futuro"), basado en el principio causalista de que a determinado fenómeno corresponde una causa también determinada. Pero este principio entre la frustración del hecho y su realización, dentro de la causalidad humana, admite una posibilidad eminente de resultado.

'Posible' es "un hecho no verificado aún pero que según su particular ley de causalidad es derivable como efecto" (17) . La posibilidad es sus -

ceptible de evaluación y de determinarse por gradaciones, hasta llegar a ser una posibilidad relevante, la probabilidad. La noción de probabilidad que permite el juicio de peligrosidad es la siguiente: "La probabilidad es la posibilidad en grado elevado o, como dice von Kries, la posibilidad relevante" (17), noción adecuada de la causalidad, que por la limitación del conocimiento humano, no permite verificar verdaderas previsiones, sino tan sólo juicios subjetivos basados en un estado de hecho. Así, el juicio pronóstico es subjetivo, en cuanto es una operación mental basada sobre ciertas categorías lógicas y es objetivo en cuanto contempla cierto hecho o conjunto fenoménico. Pero el juicio de peligrosidad se distingue de otros en que no sólo es de naturaleza empírica, es más bien un juicio de disvalor, es lo censurable de determinada situación de la personalidad del agente, al mismo tiempo juzgada desde el aspecto social, ético y jurídico.

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA PELIGROSIDAD

Hemos visto que el contenido de la peligrosidad resulta de un juicio en que intervienen varios elementos, o sea un conjunto causal, que los positivistas integraron con el nombre de "fórmula de la peligrosidad".

A partir de las investigaciones de Ferri los factores sociales fueron considerados preponderantes en la criminalidad. Esta tendencia sociológica introduce la necesidad de tener en cuenta en el estudio de la personalidad del reo, el objeto jurídico o el derecho lesionado con la acción y los motivos determinantes que impulsaron al sujeto a la misma.

Eugenio Florian, "el más glorioso epígono de la Escuela Positiva", concibe la fórmula de la peligrosidad, en la que podrían concurrir las características hasta entonces buscadas: una fórmula positiva, científica y experimental:

1º PERSONALIDAD DEL DELINCUENTE

- a) Antropológica
- b) Psíquica
- c) Moral

2º EL HECHO DEL DELITO

- a) Forma y modo del acto
- b) Calidad del bien jurídico

c) Resultado del daño o peligro
3º CALIDAD DE LOS MOTIVOS (18)

Se observa en la integración de los elementos del juicio de peligrosidad como mas importante el hecho delictivo. Esta "fórmula" no es tan radical hasta suprimir el delito. Estaba concebida para fundamentar la responsabilidad penal en la peligrosidad. Sin embargo, las figuras delictivas, el resultado del daño o peligro y el aspecto moral de la personalidad del delincuente, son aportes clásicos. En esta fórmula están la calidad del bien jurídico lesionado y los motivos determinantes a que aludió Ferri, y el estudio de la personalidad integral, conforme a la tendencia lombrosiana.

Crispigni concuerda, en general, con los elementos de la anterior enumeración en su fórmula, pero da singular prevalencia al delito, como elemento primario del juicio de peligrosidad.

Estos autores han comprendido, de esta manera, la magnitud del tema. También el brillante Jimenez de Asúa está de acuerdo en ello y manifiesta que el juicio de peligrosidad debe contener las siguientes consideraciones:

- a) La personalidad del hombre en su triple aspecto anatómico, psíquico y moral.
- b) La vida anterior al delito o al acto de manifiesto peligro.
- c) La conducta del agente posterior al hecho delictivo o revelador de peligrosidad.
- d) La calidad de los motivos.
- e) El delito cometido o el acto que manifiesta la peligrosidad. (19) .

En esta enumeración de los elementos constitutivos de peligrosidad, al lado del delito funciona " el acto que manifiesta la peligrosidad". Este "acto" no es propiamente de invención positivista sino de los penalistas modernos (Jimenez de Asúa, Prins, Saleilles, Dorado Montero, Molinario).

Su importancia al lado del delito es hacer posible el funcionamiento de la peligrosidad predelictual. Es un acto tipificado que objetiva la peligrosidad sin alcanzar la categoría (cualitativamente) de delito. Se antepone al hecho culpable típicamente antijurídico, y no implica imputabilidad sino una mera atribubilidad que no tiene carácter penal.

Soler, refiriéndose a los elementos constitutivos de peligrosidad que Jimenez de Asúa enumera dice, en síntesis, que son definitivos, puesto que constituyen la esencia personal del sujeto, la fórmula de su vida. (20)

Posteriormente, Adolfo Prins, introduce la necesidad de la libre apreciación judicial del grado de peligrosidad después de haber verificado el aspecto científico de la misma.

Destaquemos la importancia que estas fórmulas de la peligrosidad dan al delito porque, según su escuela, la peligrosidad tendía a sustituir al delito como fundamento de responsabilidad penal, según lo ha dicho Ferri: "el autor de un delito leve puede ser mas peligroso que el autor de un delito grave" (21). Esto significaba incurrir en contradicción: por un lado se mantenían las figuras delictivas como pretexto para la apertura del juicio de peligrosidad y por el otro se quería sustituir el delito por la peligrosidad, siendo al mismo tiempo su elemento constitutivo.

Respecto de nuestro Código Penal, los elementos que integran el juicio de peligrosidad son los siguientes, en nuestra opinión: la personalidad (total) del delincuente, la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, la calidad de los motivos y la conducta del agente. Estos elementos resultan estructurados en varias disposiciones del Código Penal: arts. 33 y 34, sobre concurso de delitos y reincidencia; art. 36 sobre individualización de la pena; arts. 80, 85, 89 y 91 sobre los institutos penales de la condena y libertad condicionales y el período judicial, de gran aplicación en el Código y, en la investigación de los hechos, art. 294 del Código de Procedimiento Penal.

IA PERSONALIDAD

La moderna corriente penal considera el delito no sólo como instituto-jurídico sino en su condición fenoménica. Se orienta directamente hacia la personalidad del delincuente con este objeto, puesto que aquella es el resultado de su constitución biofísica de la cual es demostración el delito, - que precisamente es su efecto. Si el fenómeno delictivo no es una causa en sí mismo, ni un acto aislado sino una reacción condicionada por múltiples factores, es necesario constatar, para adecuarlo a las clasificaciones penales, las causas y las condiciones excluyentes, modificativas o agravantes de la imputabilidad y la responsabilidad, que atribuyen un fin específico a la pena, en relación con la personalidad del delincuente. Esta profundización en el estudio del agente tiene una razón de carácter ontológico: el hombre no nace con el sentido total de su desenvolvimiento, se está haciendo en un continuo presente paralelo a los diversos períodos de su vida.

La personalidad humana ha sido considerada en la actualidad, especialmente por el Profesor Benigno di Tullio, como biotipo, o compuesto indivisible de tejidos de humor y conciencia (cuerpo-alma). Sin embargo, esta unidad vital no excluye la diferenciación de fases entre las cuales, según lo anota el Dr. Uribe Cualla, se encuentra siempre "la faz morfológica, la faz dinámica o funcional, que interesa sobre todo el temperamento; la faz afectivo-emotiva, que influye de una manera particular sobre el carácter; la faz ideativa, que corresponde sobre todo al tipo individual de pensamiento y de inteligencia. La convergencia de las cuatro fases haría el vértice de la imagen plástica de la unidad vital del biotipo." (22).

Esta superestructuración de elementos no siempre conduce a una esfera superior de conducta, cuando prevalecen por causas anormales los elementos primarios de la reacción que compelen a la satisfacción de necesidades biológicas (constitución y temperamento).

La personalidad es, por lo tanto, una conformación histórica y, por ende, compleja; no es unilateralmente biológica o adquirida. Pero la personalidad, aparentemente deleznable, revela un estrato que tiende a la estabilidad, a la permanencia, que es la síntesis del hombre, como su personal modo.

EL CARACTER Toda reacción personal en un momento dado depende de tres clases de factores: heredados, circundantes y el carácter. Pero lo importante no es saber si la causa del delito radica en el sujeto o en el medio ambiente sino el grado de influencia con que estos factores han contribuido a su génesis. La medida de esta influencia solamente es posible inducirla tomando como parangón la conformación caracterológica del sujeto, puesto que el carácter es el resultado definitivo de la interacción de los factores heredados y adquiridos, es mixto. Consecuencia de esto es que una diferenciación entre personalidad y carácter puede ser equívoca.

El carácter ha sido definido por Crispigni diciendo que "es el sistema coherente de los actos de la voluntad", y en sentido moral, como "la síntesis de las resistencias al mal de la persona moral" (23). Por eso toda contradicción entre la manera de reaccionar de una persona y una accidental o circunstancial es interesante como coeficiente de valoración ética y jurídica, porque pone de relieve las causas de tales descompensaciones, que pueden originarse en la influencia ambiental, o en la manera de su percepción, o en una reacción primaria o constitucional y temperamental, haciendo posi-

ble comprender que la responsabilidad y la conciencia moral pueden ser so-
juzgadas por tendencias de contenido vital.

Jimenez de Asta dice al respecto: "En efecto, si un individuo ordina-
riamente pacífico se entrega a actos de violencia; si un individuo, cuya vi-
da transcurrió hasta ¹²¹ cierto instante como modelo de honradez y morigeración
cede a las tentaciones de un acto impúdico, no diremos que esas acciones no
son suyas, pero si las apreciamos como un paréntesis aislado en su vida, -
divorciadas de su carácter, y por ende, su culpabilidad será menor que la
de quien, agresivo y libidinoso, procediera en esos momentos en adecuada con-
ducta con su carácter permanente. Mas aun, cómo negar que la personalidad
del hombre cambia con el transcurso de los años? La acción puede revelar -
nos esas transformaciones e indicar la necesidad de graduarlas en orden a
la culpabilidad..." (24).

La constitución representa, dice Mira y López, "el conjunto de propie-
dades morfológicas y bioquímicas transmitidas al individuo por vía de heren-
cia", y el temperamento es "la resultante funcional directa de la constitu-
ción que marca en todo momento la especial modalidad de la primitiva tenden-
cia de reacción frente a los estímulos ambientales" (25).

Asimismo, Jimenez de Asta expresa que el temperamento se diferencia de-
radicalmente del carácter en que " 'no es, en cuanto tal, ni admirable ni censu-
rable', en frases de Croce, por lo que Marci añade que las calificaciones de
'moralidad' o 'inmoralidad', se refieren al carácter, no al temperamento."
(26). El elemento caracterológico se convierte así en una de las mas importan-
tes bases del juicio de peligrosidad.

EL PROCESO I LA PERSONALIDAD

El estudio de la personalidad del delincuente en nues-
tro estatuto penal se reduce a indagar las condiciones
de vida individual, familiar, social y la conducta del
agente, en forma eminentemente estadística. Cientifi-
camente, por excepción, se verifica el estudio de sus condiciones psíquicas
cuando se trata de casos patológicos, como lo prescribe el art. 256, inciso
2o- del Código de Procedimiento Penal, en su capítulo VII, sobre prueba
pericial: "No es admisible la prueba pericial para establecer el carácter ha-
bitual o profesional del delincuente, ni su tendencia a delinquir, ni el car-
ácter o la personalidad del procesado, ni, en general, las condiciones psí-
quicas independientes de causas patológicas."

Este artículo excluye el estudio, por lo menos psicológico, del carácter o de la personalidad del delincuente. Esta investigación queda de hecho encomendada al saber del juez, a su intuición. Los comisionados al adoptar esta disposición dieron, ante todo, una razón circunstancial, que hoy no tiene justificación científica: evitar los dictámenes de pura palabrería, sin precisión científica, por la falta de expertos en Psicología Experimental (27).

Por eso, se ha encargado de esta singular tarea al juez. Pero entonces hay que indagar la personalidad con el método adecuado de las ciencias del comportamiento. Afortunadamente, para la aplicación de la peligrosidad el legislador tuvo la buena idea de discriminar las circunstancias de mayor o menor peligrosidad en los arts. 37 y 38 del Código Penal. Además, si se quería evitar que por este medio, el dictamen científico, los peritos se convirtieran en jueces, bastaba establecer, como se ha hecho, en el art. 268 del Código de Procedimiento Penal, que el dictamen pericial es de la libre aceptación del Juez, quien puede rechazarlo si no está debidamente fundamentado.

Las normas fundamentales de nuestro estatuto penal presuponen el estudio científico de la personalidad del delincuente. Hace falta adaptar las normas procesales a este fin.

LA GRAVEDAD Y MODALIDADES DEL HECHO DELICTUOSO

Para los positivistas que creían incompatible, heterogéneo, el volumen del delito con la pena, la gravedad objetiva era anacrónica, insuficiente, como medida de la sanción. La gravedad objetiva del delito tenía que ser sustituida por el grado de temibilidad del agente. Es estrictamente al delito, en sí, no tendría más importancia que la ser el supuesto previo, formalista, de la apertura del juicio de peligrosidad. Sin embargo, este punto de vista de los positivistas, al considerar el hecho antes que la fórmula, tiene un fundamento real: el hecho delictivo descubre o revela la personalidad, porque la acción, en su concreción, exterioriza al sujeto delictivo.

Este contenido delictivo, la gravedad objetiva, es más positivamente evaluable como perturbación social, o cualitativamente (importancia del bien jurídico lesionado), y desde el punto de vista cuantitativo, o magnitud de daño o perjuicio (intensidad de la lesión). Pero la gravedad del delito, cualitativamente considerada, ya está contenida en las diferentes es-

calas de penalidad (homicidio, hurto, lesiones, etc.) y, por lo tanto, no es del caso considerarla nuevamente al aplicar la sanción. Esto no significa que el rigor objetivo o cuantitativo del delito sea prevaeciente en la adecuación de la pena porque implicaría aceptar que aparte del grado y entidad de la lesión nadie puede considerarse delincuente.

Cuando el Código Penal remite a la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, se refiere a la forma como se manifiesta o exterioriza el delito, aunque no es esencial a su concepto un resultado material, perceptible por los sentidos. Se trata de esa conexidad inconfundible entre el sujeto y el acto, porque la sola gravedad del hecho no es suficiente para elevar la sanción cuando las modalidades que lo acompañan no hacen aconsejable su aumento.

Respecto de la peligrosidad, el código se refiere a la gravedad y modalidades del hecho delictuoso pero en conexidad con los motivos y la personalidad del agente. Algunas de las manifestaciones delictivas han sido calificadas expresamente como circunstancias de mayor o menor peligrosidad (arts. 37 y 38).

LA CALIDAD DE LOS MOTIVOS

Desde von Liszt, los motivos son tenidos en cuenta en la valoración del crimen, distinguiendo los de negligencia, temeridad, amor, compasión, egoísta defensa personal, sensu- lidad, pasión, ambición, deseo de gloria, vanidad, envidia, fanatismo, concupiscencia y avaricia.

Según Crispigni, la expresión motivo para delinquir puede ser tomada en sentido lato y en sentido estricto. En el primer sentido es sinónimo de causa psíquica, y comprende indistintamente los estados o actos de la psique que originan el delito en concreto (orgullo, irreflexión, egoísmo, estado de profunda melancolía, etc.).

En sentido estricto, motivo para delinquir, en cambio, es "la finalidad a la cual mira ^{el agente} al cometer el delito, es decir, la utilidad que se propone conseguir con su propia conducta. En este caso la representación del acontecimiento deseado hace las veces de causa final de la acción." (28).

Para Ferri, los motivos determinantes son de la esencia de la personalidad del delincuente y de su punibilidad, llegando al extremo de pretender que cualquier hecho delictivo deja de ser punible cuando ha sido cometido por motivos sociales. Pero esta supervaloración del motivo para delinquir no siempre elimina la punibilidad, porque muchas veces los criminales mas gra -

ve y objetivamente despreciables, el parricida, el asesino, o el ladrón homicida, pudieron obrar en un momento dado por estímulos no necesariamente inmorales, y no presuponer, por lo tanto, ausencia de sociabilidad, o moralidad en el sujeto.

Ferri definió el motivo diciendo que "es el acto psíquico (sentimiento e idea) que precede y determina la voluntad, y se identifica, casi siempre, con el objeto." (29).

Teniendo en cuenta las anteriores nociones sobre la naturaleza del motivo, en nuestro concepto, debe admitirse la conceptualización del mismo, en sentido estricto, por las siguientes razones: a), porque al considerar el motivo como fin es mejor reconocible y evaluable desde el punto de vista social, moral y jurídico, puesto que es el móvil lo que mueve a actuar al agente; b), porque el motivo no se presenta como causa del delito en el sentido absoluto o causal-explicativo, realmente inevitable de la tendencia positivista, sino que permite entre la idea y su realización la deliberación o duda (discriminación de motivos); y, c), porque el acto voluntario es, por definición, un acto realizado en vista de un fin.

Pero al conceptualizar el motivo como fin, no puede apreciarse como una representación en estado puro, simplemente premeditativa, ni totalmente impulsiva, porque la manifestación vital de la personalidad no es solamente fisiológica o psicológica, sino fisiológica y psicológica, al vez. Este principio, como lo afirma Pende, rige también para las funciones humanas las mas elevadas, las mas autoconscientes, las mas creadoras.

Es cierto, que dentro del tipo corriente de transgresión legal, muchas veces el motivo puede ser significativo ante todo por el grado de fuerza o intensidad de incitación con que se ha presentado en la conciencia del agente (anhelos, deseos, tendencias, pasiones, emociones), pero esto de ninguna manera presupone que estos contenidos afectivos o sentimentales sean el motivo, aunque la determinación de la voluntad resulte disminuida. En este caso, el acto delictivo del sujeto demuestra una gran impulsividad que es síntoma de una mayor peligrosidad, o sea, mas bien que el delito es el resultado de anomalías caracterológicas, propias de los delincuentes alienados o por tendencia, o de circunstancias ocasionantes que activan la resolución criminal. Y esta es la razón por la que se ha creído que existen delitos con motivos inmeducados o desconocidos, lo que no es correcto, porque de esta manera se confundiría la calidad, social o moral, del móvil con el proceso psicológico del

delito.

Esta conceptualización del motivo como fin es acogida por los penalistas modernos, porque según Max E. Mayer, las especies y grados de culpabilidad son, — sin excepción, especies de una motivación censurable. Y Jiménez de Asúa a su vez se expresa: "Válgase al móvil ahora: pero no para decidir la clase de penalidad únicamente sino para fundamentar la atenuación o agravación del dolo." (30).

De allí también que el mismo Ferri acabara por aceptar que para concretar el dolo, elemento psicológico del delito, es necesario tener en cuenta la voluntad, la intención y el fin (31). Por esta causa, para la determinación o comprobación del motivo deben apreciarse según las circunstancias reales y personales anteriores al delito, su ejecución y la actitud y conducta del agente antes y después del delito.

Si el motivo, como lo considera Ferri, es de la esencia de la personalidad, esto nos lleva a darle eminente importancia como base para ahondar y afinar el juicio de peligrosidad.

Los motivos son nobles o sociales si no son opuestos a las condiciones morales o jurídicas de la convivencia social. Innobles los censurables, que no corresponden a la utilidad social ni favorecen el sentido de cooperación, son los que constituyen un disvalor social. Los motivos egoaltruistas no siempre son antisociales. Sin embargo los motivos egoístas, innobles o fútiles, cuando existe desproporción en la reacción, demuestran una personalidad que adolece de perturbaciones afectivas tanto cualitativa como cuantitativamente.

En efecto, los motivos innobles que corresponden a lo vil y abyecto, lo bajo, despreciable, indigno o torpe, y los fútiles, que carecen de importancia, o son nimios, demuestran: "1º, la violencia excesiva de los mecanismos instintivoemocionales primitivos; 2º, debilidad excesiva de los mecanismos inhibitorios que aseguran la condicionalización refleja negativa de aquellos; 3º, coincidencia de ambos factores. En el primer caso, el delito adquiere caracteres de impulsividad desbordante y avasalladora; en el segundo se observa una total identificación del sujeto con su tendencia delictígena; en el tercero no existe conciencia de culpa." (32) Pero si psicológicamente, la transgresión legal es el resultado de un proceso psíquico de paulatina — gran peligrosidad, estas tres clases de reacción representan un índice de tóxicas y autosuficientes, porque constituyen tendencias delictivas propiamente su — eficiencia o ausencia del sentimiento moral.

Nuestro Código Penal da mucha importancia al motivo en cuanto de su calidad hace depender la adecuación de la pena y aun su no aplicación, cuando además sea tal su naturaleza que haga desaparecer en el acto ejecutado toda huella de peligrosidad en el agente (arts. 364, 369, 382, 430), y también como elemento constitutivo de peligrosidad, o como circunstancia de mayor o menor peligrosidad, según que los motivos sean inóhiles o fútiles, y nobles y altruistas (arts. 37 y 38).

LA CONDUCTA
DEL
AGENTE

La personalidad del hombre tiene una doble función de mutación y permanencia. Esta última demuestra la identidad personal, su constante, a través de los cambios. La primera una posibilidad. La coexistencia de estas dos características es la base fundamental de la comprensión de la conducta humana. Si la buena conducta se identifica con la permanencia de la personalidad, cualquier modificación, que no era previsible, tiene mucha significación y más cuando esa variante personal depende de un acto delictivo. Este, tendría que ser evaluado como un paréntesis en la vida del hombre, o en fin, en la mayoría de los casos, como una descarga de su fuerza impulsiva. La sociedad no considera peligroso a quien por circunstancias no imputables a su buen comportamiento, fue llevado al delito, que se considera como un querer excepcionalmente contrario a su personalidad. La buena conducta se convierte así en un alto coeficiente de menor peligrosidad, porque la readaptación de este delincuente casi siempre no se hace necesaria. Por eso el Código Penal tiene la buena conducta anterior o posterior al hecho delictivo como circunstancia de menor peligrosidad (art. 38, 1º).

Al contrario, cuando la conducta depravada o disoluta es la constante de la personalidad el resultado delictivo, indudablemente, tiene el carácter de culminación de esa conducta, o la previsión de nuevos delitos en sus manifestaciones de indiferencia, crueldad, sevicia, cinismo y hasta canibalismo en la ejecución. El art. 37, numeral 1º, contiene como circunstancia de mayor peligrosidad la conducta depravada.

En concepto de la Corte Suprema de Justicia, "En el ordinal 2º se define el agravante constituido por anteriores delitos o contravenciones que no constituyen reincidencia; en el ordinal 1º se expresa la conducta moralmente desenfrenada que por sí sola no alcanza a constituir delito, pero que sin duda representa en el delincuente un elemento de que no puede prescindirse para apreciar su personalidad. No se diga que con esto se invade en

CAPITULO TERCERO

LA PELIGROSIDAD EN EL CODIGO PENAL

Con este objetivo hemos de partir de algunas concepciones sobre la condición jurídico-penal de la peligrosidad, que se han reducido a tres: la peligrosidad como fundamento de responsabilidad, la peligrosidad necesaria de los delincuentes y la teoría sintomática.

LA PELIGROSIDAD FUNDAMENTO DE RESPONSABILIDAD PENAL

Posición sostenida principalmente por Florian, Grispigni y Prins, consecuencia del principio positivista según el cual el autor

de un delito leve puede ser mas peligroso que el autor de un delito grave.

Para Florian, la responsabilidad en concreto depende de un atributo subjetivo peculiar del reo, distinto del elemento subjetivo tradicional, el estado de peligrosidad:

"No hay razón para aplicar la pena y los institutos afines cuando no sean necesarios o al menos, fútiles. Donde no hay peligrosidad no deben funcionar los mismos. Se podría decir que la peligrosidad es el título mediante el cual se perfecciona la responsabilidad criminal." (1)

A su vez, Grispigni manifiesta que entre la peligrosidad criminal y la pena existe una correlación jurídica en cuanto el derecho hace depender de la peligrosidad la naturaleza de la pena; "es decir que la peligrosidad criminal es la "causa jurídica", el "título jurídico" para la aplicación de una determinada pena." (2)

En síntesis, el autor de un delito es penalmente responsable si es peligroso y en la medida de su peligrosidad .

En nuestro concepto, si el Derecho Penal recae en la propia personalidad del delincuente o en las consecuencias de ella, únicamente, y no sobre la conducta anti-jurídica que efectivamente acaece, la base de la responsabilidad o todo el sistema penal se desplazaría a las imprecisas y complejas conclusiones de la antropología criminal, olvidando la positividad del Derecho como punto de referencia, cuyo objeto es determinado tramo de conducta, supuesto que, al contrario, no excluye el conocimiento del substrato de esa misma conducta, en la que se intercalan elementos fácticos por cuanto la acción, al mismo tiempo que es un hecho de la voluntad es un hecho de la naturaleza, no en relación de sucesión sino de compenetración.

Así, cuando la Ley impone este precepto: "Quien comete un homicidio es castigado con esta pena", este interés violado ha servido para hacer una amenaza ciertamente eficaz para la mayoría, pero si se dice: "el homicidio se castiga de tal manera en los delincuentes de constitución a), y de tal modo en los de constitución b)", no se consigue nada, porque ninguno sabe tener ésta o aquella constitución, y mucho menos sabe si es corregible o incorregible, un delincuente de ocasión o un criminal nato.

Admitir esta función de la peligrosidad implicaría el desquiciamiento del Derecho Penal, laboriosamente edificado sobre los esquemas delictivos, el dolo y la culpa, y los principios individualistas de la legalidad de los delitos y de las penas, previos al proceso penal, serían marginados o seguramente destruidos.

Algo más, si se considera la peligrosidad como fundamento de responsabilidad penal, cual sería la razón o nexo causal de esa imputación? Hasta aquí se trata de una relación entre el hecho y su autor, pero así no es más que una relación entre el hecho y el sujeto de carácter causal-explicativo y no imputativo, o mejor, no constitutivamente condicionada. El fundamento de la imputación es, pues, un hecho jurídicamente ilícito. Entonces, la peligrosidad aun no imputada justifica esa imputación por el delito del cual depende su valor subsidiario por definición, puesto que a través del hecho criminoso toma vida.

Ultimamente, penalistas, como Alfredo J. Molinatto (3), argumentan que la comisión de cualquiera de las acciones punibles solamente autorizaría la apertura del juicio de peligrosidad, que puede ser coetáneo al proceso. Pero al hablar de "acciones punibles", en realidad no se justifica más la sen-

ción por el delito cometido que por la presencia de la peligrosidad? El jurista preferiría naturalmente el delito como base incontrovertible de Punibilidad.

Por otro aspecto, la naturaleza de la peligrosidad es ser un estado individual eventual, que sólo caso por caso puede discernirse, y mientras tanto la defensa social se cargaría de delincuentes imputes, o habría que aceptar la peligrosidad necesaria de los delincuentes como garantía social. Pero esto no debe ser así ya que este postulado estaría en contradicción con la función de la peligrosidad como fundamento de responsabilidad, teniendo en cuenta que si un individuo no es peligroso tampoco es responsable. En fin, desde el punto de vista de la responsabilidad social- principio positivista- la peligrosidad ha venido complementándolo.

Esta tesis nos deja una conclusión aceptable desde el ángulo utilitario de la sanción y de la readaptación del delincuente, basada en que se debe evitar toda excesiva facilidad para conminar penas, pues un mas amplio uso de ellas disminuye su eficacia. Es el principio enunciado por Floriani: "La aplicación del Derecho Penal comienza donde hay imputabilidad psico-física, y cesa cuando el delincuente no presenta ningún peligro social."

(4).

LA PELIGROSIDAD NECESARIA DE LOS DELINCUENTES

Tesis interesante por sus consecuencias penales que se debe a Ferri. Su fundamento, según este autor, es el siguiente :

"No es que existan delincuentes peligrosos y delincuentes no peligrosos: todos los delincuentes por el sólo hecho de haber delinquido, se muestran socialmente peligrosos. Inclusive el delincuente pasional es peligroso, si bien en un grado mínimo: tan cierto es esto, que no todos los amantes desgraciados ni todos los sujetos que han sufrido ofensas en su honor recurren a cometer lesiones u homicidios. Lo que sucede es que esa peligrosidad, que siempre existe, puede ser diversa: desde un máximo que exige la sanción eliminadora del consorcio civil, a un mínimo que puede hacer posible la condena condicional e incluso el perdón.

"El problema, por tanto, no consiste en precisar cuales sean los delincuentes peligrosos para los que proceden especiales medidas asegurativas, sino mas bien en valorar el grado de peligro de cada delincuente por el sólo

hecho de haber cometido una acción delictiva de la que debe responder." (5)

La tesis de la peligrosidad necesaria de los delincuentes, por el hecho de cometer el delito, configura una presunción juris et de jure, verdaderamente objetiva, que no permite la indagación a través de sus elementos constitutivos, consecuencia ineludible del postulado de la responsabilidad social y del determinismo psíquico, que sin la peligrosidad quedarían en el vacío. El inconveniente de esta posición peligrosista es su absolutismo, que excluye especialmente los institutos penales de la condena y libertad condicionales y el perdón judicial, de gran aplicación que requieren la ausencia de peligrosidad.

Con el fin de complementar su concepto de peligrosidad, Ferri la definió de la siguiente manera:

"Para la justicia penal, la peligrosidad consiste en haber cometido o intentado cometer un delito." (5). Esto no debe ser así, porque cometer o haber intentado cometer un delito no es definir la peligrosidad. Al conceptualizarla en forma retrospectiva lleva a la negación e ineficacia de la misma como instituto preventivo. Además la tentativa de cometer un determinado delito ya es una forma penal reprobativa.

La peligrosidad necesaria de los delincuentes, últimamente, aparece renovada por el jurista y profesor de la Universidad Nacional de La Plata, Enrique R. Aftalión, en su pequeño libro titulado "Peligrosidad y Existencialismo", al señalar que las anteriores concepciones y asimismo sus críticas, al dar por sentado que delito (acción culpable) y peligrosidad son expresiones que aluden a cosas distintas, substantes, escindibles, se han fundamentado en un pseudo problema.

Plantea la revaloración jusfilosófica de la peligrosidad como la reprobación jurídica del futuro existencial de la persona humana, en la que se intercala un nuevo ingrediente en la comprensión de la conducta, el tiempo existencial que es un presente en que consisten el pretérito y el futuro sin solución de continuidad, concepción que relievra este autor en su conclusión 7^a de la misma obra, en la siguiente forma:

"El fundamento para la imposición coactiva de medidas penales (sanciones, lato sensu) no puede ser otro, en consecuencia, que la comisión de ciertos actos valorados no sólo en cuanto conducta realizada (delito) si-

no también en su futuro existencial (peligrosidad). No es lícito impugnar la legitimidad de la noción de peligrosidad sobre la base de que no es posible pronosticar con certeza lo que hará un hombre ya que no se trata en realidad de un "pronóstico" (necesidad física), sino de la valoración de una conducta (de la que no se puede eliminar la libertad)." (6).

En nuestra opinión, para una concepción jurídico-penal de la peligrosidad es irrelevante el tiempo existencial, puesto que no se trata en este caso de presumir lo que el hombre hará en el futuro, sino de su potencialidad actual de delinquir, que admite una especie de esquematización o fijación de una determinada situación del agente, como resultado de un análisis en que intervienen elementos fácticos. Si bien la personalidad es el fin de la investigación, no nos es acertado hacerla depender de concepciones filosóficas sobre la vida del hombre.

En síntesis, no puede hacerse una confusión absoluta entre delito y peligrosidad, porque sería como confundir el delito y el delincuente. El delito es un acto concreto que resulta del choque de una determinada conducta con una norma y la peligrosidad es un estado individual, que se inicia en la consideración de esa conducta antijurídica. Con razón ha dicho Antolisei, que perdería todo valor la peligrosidad si todos los delincuentes son considerados peligrosos. (7)

IA TEORIA SINTOMATICA

Grispigni, al contrario de Ferri, no consideró el delito como causa de la peligrosidad, pero sí como su elemento sintomático primario, siendo otros (motivos para delinquir y carácter del reo, antecedentes y conducta anterior al delito, conducta contemporánea y subsiguiente al delito, y las condiciones de vida individual, familiar y social del reo), secundarios.

Grispigni concreta su punto de vista así:

" El delito no es solamente el síntoma revelador de una individualidad psíquica sino que evidencia también una peligrosidad criminal. A este propósito debe advertirse que nada induce, por cierto, a considerar a priori que el autor de un delito ya cometido, siempre y en todos los casos, sea también un peligroso criminal, es decir, un probable delincuente futuro."

(B).

Si el delito es acción humana y la acción es la expresión o revelación de la personalidad del delincuente, la teoría sintomática de Grispigni se ha-

sa en la consideración realista de que no siempre existe una relación o nexo causal inequívoco entre el delito como manifestación de la personalidad y la peligrosidad del sujeto. Es indispensable para su constatación tener en cuenta otros elementos coadyuvantes: ahondar en la indagación de la personalidad misma con referencia a las modalidades de la ejecución, la calidad de los motivos, la gravedad del daño causado y la conducta del agente.

Por otra parte, en la consideración de la peligrosidad no es preciso que se sepa que el sujeto viola la norma penal en particular, sino que ha de versar sobre el complejo de factores, por los cuales la ley penal considera ilícito y, por consiguiente, delictivo un hecho.

IMPORTANCIA DE LA PELIGROSIDAD EN EL CODIGO PENAL

Teniendo en cuenta las anteriores tesis sobre la naturaleza jurídico-penal de la peligrosidad, vemos que el legislador colombiano de 1936 acogió la tesis de la peligrosidad como base de la responsabilidad penal, sostenida principalmente por Crispigni y Florian, porque en nuestro estatuto aquella tiene su fundamento en el delito cometido, pero en su imputabilidad psico-física objetiva (Art. 11), o en su imputabilidad psico-física dolosa o culposa (Art. 12).

No admite, el Código Penal, la peligrosidad necesaria de los delincuentes, por cuanto ha establecido como requisito para la suspensión y prescripción de la sanción, la inexistencia de la peligrosidad en el agente, como resultado de un juicio valorativo de sus elementos constitutivos, por parte del Juez, y de las manifestaciones o circunstancias que rodean la acción criminal, antes que el delito en sí, el legislador ha constituido expresamente las circunstancias de mayor o menor peligrosidad (Arts. 37 y 38): unas se refieren al sujeto que delinque, otras a los motivos determinantes de la acción, otras a las condiciones desfavorables de la víctima, otras al tiempo, el lugar, los instrumentos o el modo de ejecución del delito, otras a las circunstancias personales o familiares del victimario, etc.

Se adapta nuestro sistema penal, en su directriz, más bien, a la teoría sintomática o presuntiva de Crispigni, pero se aparta en cuanto no hace del delito, en sí, elemento primario de peligrosidad, sino que se atiende más a la gravedad del hecho delictivo y sus modalidades, a la personalidad del agente y a los motivos, en cierta forma autónomos, pero sin perder su conación valorativa, sin que exista una preeminencia de éste o aquel factor.

Para comprender la importancia que el Código da a la peligrosidad debemos tener en cuenta que de acuerdo con sus disposiciones pertinentes, la peligrosidad es uno de los criterios para apreciar el grado de responsabilidad del delincuente y para determinar la cantidad de pena, y en ciertos casos para suspenderla o prescindir de su aplicación.

**LA PELIGROSIDAD COMO CRITERIO PARA APRECIAR
LA RESPONSABILIDAD Y MEDIR LA SANCION**

Hemos visto que el Código Penal no acepta la tesis de la peligrosidad como fun-

damento de responsabilidad penal, pero sí como uno de los criterios para apreciar el grado de responsabilidad del delincuente, y por tanto, para determinar la cantidad de pena.

Algunos penalistas como el Dr. Luis Carlos Pérez, en su Tratado de Derecho Penal Colombiano, volumen IV, p. 510, parece que no admiten la función de la peligrosidad como criterio para graduar la responsabilidad, al expresar: "El art. 36 sitúa la peligrosidad criminal nada más que como una 'circunstancia' para graduar la pena, entre el mínimo y el máximo señalados en la respectiva disposición penal."

En cuanto a que la peligrosidad es nada más que un criterio mensurador de la sanción, no estamos de acuerdo porque la sanción no es sino una consecuencia de la responsabilidad y la mayor o menor gravedad de ésta influye en aquella. La sanción de acuerdo con la doctrina de la defensa social no es sino la reacción de la sociedad ante la acción nociva del delincuente. Por lo tanto, esta reacción debe ser adecuada a la responsabilidad del agente y el criterio para apreciar el grado de dicha responsabilidad no es otro que el de la peligrosidad, que es una consecuencia punitiva de la imputabilidad. Además sirve para escoger la clase de sanción que debe aplicarse al individuo, a fin de que ella corresponda al concepto de una justicia más humana idónea y científica.

**LA PELIGROSIDAD
Y LA
SUSPENSION DE LA SANCION**

Entre las instituciones establecidas por nuestro Código Penal, se encuentra la condena condicional, que consiste en la suspensión de la ejecución de la sanción cuando dentro de un determinado proceso penal obran ciertas circunstancias. Tal institución la es-

estructura el art. 80 del Código que dice:

" Cuando se imponga la pena de arresto no mayor de tres años o la de prisión que no exceda de dos, podrá el Juez suspender la ejecución de la sentencia por un período de prueba de dos a cinco años, si concurren las siguientes circunstancias:

" a) Que sobre el procesado no haya recaído ninguna condenación por delitos;

" b) Que su conducta anterior haya sido siempre buena;

" c) Que su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho delictivo y los motivos determinantes, den al Juez la convicción de que el individuo que va a gozar de este beneficio no es peligroso para la sociedad y de que no volverá a delinquir."

De la lectura de la disposición transcrita se concluye que la suspensión del agente de un delito juega un papel importantísimo en la suspensión, por parte del juzgador, de la ejecución de la sanción.

Es necesario advertir, eso sí, que la concesión del beneficio de la condena condicional no implica la ausencia de responsabilidad penal, y por consiguiente ella no exime al delincuente de la obligación de reparar el daño causado con el delito. Esto se comprueba con los artículos 81 y 84 del C. P. El primero establece lo siguiente:

"Al otorgar la condena condicional deberá el Juez imponer las obligaciones inherentes a la caución de buena conducta, de que trata el artículo 55, y la de reparar, dentro de un término prudencial, los daños ocasionados por el delito, salvo el caso de que sea imposible cumplir esta obligación dentro de ese término."

El segundo de los artículos citados dispone:

" La suspensión de la condena no exime en ningún caso de la obligación de reparar los daños causados por el delito."

LA PELIGROSIDAD Y LA INTERRUPCIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA SANCIÓN

Otro de los beneficios establecidos por el C. P. es la libertad condicional, que consiste en la interrupción de la ejecución

de la sanción en determinados casos y en ciertas circunstancias. Este beneficio se halla previsto por el artículo 85 del C. P., en los siguientes términos:

"Podrá concederse la libertad condicional al condenado a las penas de

prisión o arresto no menores de dos años, que haya cumplido las dos terceras partes de la condena, o a la pena de presidio, que haya cumplido las tres cuartas partes, siempre que su personalidad, su buena conducta en el respectivo establecimiento carcelario, sus antecedentes de todo orden, permitan al Juez presumir fundadamente que ha dejado de ser peligroso para la sociedad, y que no volverá a delinquir.

"La providencia judicial que conceda la libertad condicional deberá dictarse previa audiencia del Ministerio Público y concepto favorable y motivado del Consejo de Disciplina del establecimiento donde haya descontado su pena el condenado."

En relación con el beneficio establecido en el artículo transcrito, también podemos observar que la peligrosidad del delincuente juega un papel de singular importancia.

LA PELIGROSIDAD Y LA PRESCINDENCIA DE LA PENA

El Código Penal establece, además, otro beneficio para cuya concesión u otorgamiento se tiene en cuenta también el criterio de la peligrosidad: el perdón judicial. Se ha-

lla previsto por el art. 91, en la forma siguiente:

"En los casos que se señalan en la parte especial, siempre que se reúnan los requisitos de que trata el artículo 80, y previsto los trámites de procedimiento para proferir sentencia definitiva, podrá el Juez, mediante providencia motivada, otorgar al responsable de un delito, el perdón judicial, que consiste en prescindir de aplicarle la sanción correspondiente."

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 2 de febrero de 1951 citada por Ortega y Torres, en su Código Penal y Código de Procedimiento Penal, dice los siguiente:

"El perdón judicial es una gracia de carácter excepcional, que implica condiciones especiales para ser acreedor a ella. No sólo requiere una situación jurídica carente en absoluto de circunstancias de mayor peligrosidad, sino, aun más, que las modalidades especiales del hecho demuestren la carencia absoluta de peligrosidad del responsable. Se trata de un problema en cuya determinación entran en mucho, no sólo las comprobaciones procesales, sino el concepto que se forme el Juzgador acerca de la personalidad de quien va a disfrutar de aquella gracia, de sus particularidades psíquicas, teniendo que hacer un verdadero pronóstico consistente en la previsión

del futuro comportamiento criminal del sujeto favorecido con tal beneficio."

Además del Título III del Libro I del C. P. y las normas a que hemos hecho alusión, anteriormente, se refieren a la peligrosidad: el Capítulo IV, Título I del Libro I; arts. 61 a 74, sobre medidas de seguridad; arts. 18, delito imposible, 32, 33 y 34, sobre delito continuado, concurso de delitos y reincidencia, en que la constatación de la peligrosidad se remite al poder discrecional del Juez. Art. 364, homicidio piadoso; 362, sobre homicidio y lesiones personales cometidos en defensa del honor; 369, aborto por honor; 430, sobre delitos contra la propiedad, cometidos por impulso de la necesidad y de la miseria, por cuanto la calidad del motivo demuestra una menor peligrosidad y aun puede borrar toda huella de la misma.

APLICACION DE LA PELIGROSIDAD

En su aplicación la peligrosidad aparece como una presunción (hecho, derecho o voluntad que se tienen por ciertos antes que la voluntad, el derecho o el hecho se prueben), porque al funcionar como criterio puro sería inalcanzable. En su praxis el Derecho ineludiblemente ha tenido que recurrir a las definiciones, presunciones y construcciones jurídicas complejas, para adecuarse a todos los posibles contenidos de la conducta humana, pero siempre teniendo en cuenta datos externamente apreciables, susceptibles de prueba, y en vista de la esquematización simplificadora de las relaciones.

Así muestra legislación penal admite la peligrosidad como presunción *juris tantum* y *hominis*. La primera, cuando la misma ley señala los grados o índices de peligrosidad como ocurre en los arts. 37 y 38, o cuando contemplados los estados a que se refiere el art. 29, esta peligrosidad debe considerarse como presunta. La presunción *hominis* se refiere a que el Juez debe presumir o deducir, por su propia convicción, en los casos en que la ley lo ha previsto, la peligrosidad y en que funcionan principalmente los elementos constitutivos de la misma.

EL ART. 36 DEL CODIGO PENAL

La norma fundamental del Código Penal que influye en la determinación de la pena está dada por este precepto, que ordena:

"Dentro de los límites señalados por la ley, se le aplicará la sanción al delincuente, según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente."

El Dr. Luis Carlos Pérez, en sus "Nuevas Bases del Derecho Criminal", señala que a la elaboración del art. 36 le sirvió de antecedente el art. 20 del Proyecto Ferri de 1921, que dice:

"Dentro de los límites establecidos en la ley, la sanción se aplica al delincuente según su peligrosidad. El grado de peligrosidad se determina teniendo en cuenta la gravedad y modalidades del hecho delictivo, los motivos determinantes y la personalidad del delincuente." (9)

Según este mismo autor, el hecho de haber colocado en el art. 36 la peligrosidad al lado de otras circunstancias, olvidando que aquella es el resultado de tales elementos, ha llevado a confusiones que todavía no ha logrado aclarar nuestra práctica judicial. Agrega que "hubiera sido más lógico aceptar la disposición aconsejada por Ferri y los demás italianos al Ministro de Justicia, afirmando rotundamente que la pena se aplicaría según la peligrosidad y que, a su vez, el estado peligroso se determina teniendo en cuenta las tres circunstancias ya expuestas. Lo que ha sucedido es, sencillamente, que se ha tomado el todo (peligrosidad, que envuelve los demás) por una de las partes." (10)

A su vez, el tratadista doctor Gutiérrez Anzola, al referirse a las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, se expresa en los siguientes términos:

"Así las cosas, el criterio de la peligrosidad previamente instituido por la ley, fijando taxativamente los motivos que implican una conducta peligrosa quitan al Juez todo poder de iniciativa en cuanto, como atrás se vio, la peligrosidad es una condición puramente individual que en cada sujeto se expresa según su personalidad y dejan librado a una especie de automatismo contable todo al problema de la peligrosidad. El sistema tradicional de las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho se compagina mejor dentro del criterio de la responsabilidad moral pues estas circunstancias indican, con respecto a la acción, modalidades que permiten agravar o atenuar la sanción en razón de la mayor o menor intensidad objetiva o subjetiva en la ejecución del delito." (11)

Teniendo en cuenta estos autorizados antecedentes doctrinarios, pretendemos, aunque sea superficialmente, expresar nuestra opinión. Como puede observarse, es evidente que el texto del art. 36 considera la personalidad del delincuente, los motivos determinantes y la gravedad y modalidades del hecho delictivo, que son precisamente factores constitutivos de la peligro-

sidad, como categorías en cierta forma autónomas, además de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad.

Los Comisionados, al redactar el actual Código Penal, adoptaron como criterio básico para graduar la pena el peligro mayor o menor que presente la personalidad del agente para las condiciones de existencia de la sociedad, antes que la gravedad objetiva del acto ejecutado (12)

Entonces, cabe preguntarse, por qué el legislador colombiano al adoptar el art. 36 se apartó de la concepción ferriana de la peligrosidad, que le sirvió de antecedente, y, más exactamente, de la propia estructuración de los elementos constitutivos de peligrosidad ?

El hecho de que el legislador colombiano no haya seguido, tal cual es, el Proyecto Ferrí de 1921, no obedece a una confusión sobre el contenido de la peligrosidad, sino que más bien existe una discrepancia doctrinaria y en cuanto a su aplicación judicial. En primer lugar, resulta claro, que el Proyecto Ferrí parte de una verdadera ficción de peligrosidad que emana por el sólo hecho de cometerse un delito. Precisamente, la valoración de la peligrosidad no resulta de sus elementos constitutivos, la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes y la personalidad del agente. Con estos elementos, en la teoría ferriana, sólo se determina el grado de peligrosidad, y ello estaría bien. Pero pensemos un momento sobre la dificultad de graduar discrecionalmente, por parte del Juez, esa escala de peligrosidad si el legislador no le señalara pautas precisas, para deducir el grado de peligrosidad, porque como en el Proyecto Ferrí no basta, para la praxis judicial, decir que un sujeto delincuente es ya peligroso. Con esto no se habría solucionado la anhelada proporción entre el delito y la sanción, tan cara al positivismo. Había que señalar, para una aplicación integral de la peligrosidad, grados: mayor, menor, o ninguna peligrosidad.

En cambio, nuestro Código, con gran acierto, ha señalado esos grados de peligrosidad, pero no como un escala formalista o esquemática simple -- mente, sino como índices de su existencia, que es necesario constatar teniendo en cuenta las peculiaridades de cada delito y de cada delincuente, no teniendo, de esta manera, igual valor sintomático, o incorrectamente ficticio, sin ser simples agravantes o atenuantes de la sanción, como se ha dicho por los expositores citados, porque, precisamente, nuestro Código no sigue la peligrosidad necesaria de los delincuentes, ni considera

la sanción como una reacción automática de la sociedad. Pero aun, esquematizados, esos índices no son una pura ficción de peligrosidad, por cuanto el legislador ya se ha representado ^{el} dato jurídicamente relevante, que demuestra la peligrosidad, como resultado del conocimiento de la conducta o manifestación delictiva. No conceptualizada así, la peligrosidad se carga de una tremenda y embarañada confusión tanto la labor del jurista como la del Juez, al pretender aprehender la peligrosidad de los elementos de los que resulta y al mismo tiempo su grado. Indudablemente, sería aceptar un indeterminismo peligrosista sin mérito y eficacia que justifique su incorporación en los Códigos.

Por otra parte, como ya vimos, el legislador respecto del art. 36 admite la pleigrosidad como criterio para apreciar el grado de responsabilidad y medir la sanción. Si estos elementos no fueran, en cierta manera, independientes, si se hallaran en una conexión absoluta, al determinarse la sanción, en el caso concreto, se violaría siempre el principio 'ne bis in idem', puesto que tanto unos elementos como otros pueden referirse a las mismas circunstancias personales o materiales (genérica o específicamente agravantes, atenuantes, o eximentes), que ya han sido consideradas en los tipos delictivos o escalas de penalidad. De otra manera, al adecuar la sanción el problema se haría complejo, ante la discriminación de estas circunstancias para no apreciarlas doblemente dentro del mínimo y el máximo de cada infracción.

Para comprobar esta observación, nos remitimos a los arts. 37 y 38 de nuestro estatuto penal. Al analizar dichas disposiciones en concordancia con el art. 36, se llega a la valoración o apreciación doble de una misma circunstancia. En efecto, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, en algunos casos, hacen referencia a la personalidad del agente, en otros, a la gravedad y modalidades del hecho delictivo y a los motivos determinantes.

De consiguiente, como lo advierte el Dr. Agustín Gómez Prada, en su Derecho Penal Colombiano, "Lo importante es que no se tome como sujeto más o menos peligroso al que se va a sancionar, por una de esas circunstancias y, además, por la misma pero encajándola doblemente, ya en las modalidades del hecho, o en los motivos o en la personalidad, cuando todos estos factores convergen hacia la dicha personalidad del delincuente y su peligrosidad." (13).

Es decir, que en la aplicación del art. 36, más que en ningún otro -

aspecto del sistema penal tiene plena función el principio 'ne bis in idem', consideración necesaria para que la aplicación de la sanción no se convierta en violación de los principios de equidad y de la técnica jurídica.

En tales condiciones, observamos también que los elementos del art. 36 no son tan independientes como parece. Esta norma no puede considerarse simplemente como una superposición de sumandos heterogéneos. Existe entre ellos una correlación o conexión cual es la sanción en concreto, que se dirige hacia su centro de gravedad que es la personalidad del delincuente. Interpretar este artículo de otra manera sería dar un significado meramente formal a los términos empleados por el legislador, ya que, en síntesis, todos sus elementos concurren en varia medida en la determinación de la sanción y de la génesis de la delincuencia.

Por eso, ahora, se puede decir que los elementos del art. 36 son, directa o indirectamente, elementos constitutivos de peligrosidad, porque como lo ha dicho el doctor Parmenio Cárdenas, uno de los redactores del Proyecto del Código penal vigente, "Dentro de la teoría de la peligrosidad, es lógico dejar al Juez el arbitrio de graduar la pena, según la personalidad del agente y demás circunstancias que hayan rodeado el hecho delictivo; pero que es bueno dejar fijado un criterio para hacer aquella graduación." (14)

Esta afirmación encuentra, además, respaldo en dos importantes artículos, que son el 18 y el 39, del mismo Código. El primero preceptúa :
" Si el delito fuere imposible, podrá disminuirse discrecionalmente la sanción establecida para el delito consumado, y hasta prescindirse de ella, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 36."

En primer lugar debemos dejar fijado que la sanción para el delito imposible se deriva de la doctrina positivista sobre la peligrosidad del agente. Por tanto, en nuestro concepto, esta norma, siguiendo el sistema del Código sobre la determinación de la carencia de peligrosidad, si prescindiendo de la pena cuando todos los elementos del art. 36 son favorables al reo, - partiendo, claro está, de la exclusión de circunstancias de mayor peligrosidad, debe entenderse que la disminución discrecional y aun la prescindencia de la pena establecida en el art. 18, se determinan por el grado de peligrosidad.

Sucede que aquí también se parte del mismo concepto en el análisis para prescindir de la sanción, que en otras ocurrencias, como el perdón judicial. En efecto, para su aplicación se deben tener en cuenta los siguientes requisitos, que son los mismos del art. 80, según el 91, como ya lo vimos:

- a) Que sobre el procesado no haya recaído ninguna condenación por delitos;
- b) Que su conducta anterior haya sido siempre buena;
- c) Que su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho delictuoso y los motivos determinantes, den al Juez la convicción de que el individuo que va a gozar de este beneficio no es peligroso para la sociedad y de que no volverá a delinquir.

La buena conducta anterior a que se refiere el aparte b), ya aparece como circunstancia de menor peligrosidad en el art. 38, 1ª; la ausencia de antecedentes delictivos del aparte a), constituye un elemento de valoración de la buena conducta; como en el aparte c), de esta misma disposición, en el art. 36, en concordancia con el 18, la determinación de la ausencia de peligrosidad se deduce de sus elementos constitutivos, mediante el poder discrecional del Juez, a saber: la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, la personalidad del delincuente, los motivos determinantes y la conducta del mismo agente. En estas condiciones, ya no juega papel ni el mínimo ni el máximo de la sanción establecida para el delito. Así, pues, dentro de la sistematización del Código no puede existir oposición entre sus normas. Tanto se cumple el criterio peligrosista en otras disposiciones, como en el art. 36. La única diferencia formal que existe entre la aplicación del perdón judicial y la prescindencia de la pena conforme al art. 36, es que en este último la apreciación de las condiciones para no aplicar la pena principia en cualquiera de las circunstancias de menor peligrosidad establecidas en el art. 38, en tanto que en la aplicación del perdón judicial, las circunstancias de menor peligrosidad son las establecidas específicamente en los apartes a) y b) del art. 80.

El artículo 39 del Código Penal dice:

"Sólo podrá aplicarse el máximo de la sanción cuando concurren únicamente circunstancias de mayor peligrosidad y el mínimo cuando concurren únicamente de menor peligrosidad."

Se ha creído ver en este artículo, en forma unilateral, una referencia

exclusiva a las circunstancias de mayor o menor peligrosidad y no a los demás factores del art. 36. A ello se debe que la Corte Suprema de Justicia haya dado al art. 39 la siguiente interpretación:

"Además de esas que se llaman circunstancias de mayor o menor peligrosidad hay otras "modalidades del hecho delictuoso", no catalogadas en la ley, que deben tenerse en cuenta por los falladores al hacer uso del arbitrio judicial en la aplicación de las penas. De lo contrario carecería de sentido la enumeración de factores que hace el art. 36, como criterio para individualizar las sanciones. Por eso la Corte, al interpretar el artículo 39, ha dicho que "al Juez tiene el arbitrio o facultad de señalar la cuantía de las penas justipreciando según su prudente criterio las dichas circunstancias. ("podrá", dice el Código), pero sin olvidar los demás factores que indica la norma general para el señalamiento de las penas, que es el artículo 36 del Código, esto es, (subraya en seguida la Sala) la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes y la personalidad del delincuente". (Sentencia de 12 de septiembre de 1950, IXVIII, 197)." (15)

En concepto maestro, al referirse el art. 39 a las circunstancias de mayor o menor peligrosidad únicamente, ya ha correspondido al fallador la facultad de fijar la cuantía de la pena en consideración de los demás factores del art. 36, la que se halla implícita, por la propia razón de que, en la mayoría de los casos, el Juez, al tener en cuenta todos los elementos del art. 36, en el caso concreto, éstos pueden dar lugar a la apreciación de circunstancias de mayor o menor peligrosidad exclusivamente, o de ambos grados.

Entonces, resulta claro que, la personalidad del delincuente, la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes y las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, son agravantes o atenuantes en la determinación de la pena, pero siempre teniendo en cuenta el principio 'ne bis in idem', o en razón de que algunas de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad ya han sido consideradas de otra manera, de acuerdo a los arts. 37 y 38. De allí que sea lógicamente la norma del art. 39, por cuanto siempre existe la posibilidad de considerar dichos factores, conforme lo ordena el art. 36. De otra manera, sería perfecta la oposición entre estas dos disposiciones.

EL CASO Se ha cometido un homicidio en el que el agente actuó en estado de ira causada por grave e injusta provocación; la persona de la víctima es pariente en segundo grado de afinidad legítima, de la línea transversal (Art. 47 del Código Civil), del victimario; éste se hallaba, además, en estado de embriaguez y reaccionó en condiciones que dificultaron la defensa del ofendido.

En primer lugar, vemos que la actuación del sujeto encaja en el art. 362 del Código Penal, que prescribe:

"El que con el propósito de matar ocasione la muerte a otro, estará sujeto a la pena de ocho a catorce años de presidio."

Por haber cometido el hecho en condiciones que dificultaron la defensa de la víctima y en la persona de su pariente, recaen contra el reo las circunstancias de mayor peligrosidad 4ª y 6ª, del art. 37 del C. P., - que transcribimos:

"4ª Los deberes especiales que las relaciones sociales o las del parentesco impongan al delincuente respecto del ofendido o perjudicado."

"6ª El tiempo, el lugar, los instrumentos o el modo de ejecución del delito, cuando hayan dificultado la defensa del ofendido o perjudicado, o demuestren una mayor insensibilidad moral en el delincuente."

La reacción ha sido consecuencia del estado de ira o impulso instintivo emocional. La ira, considerada como una locura breve, no merma intensidad al delito sino cuando es justa. Entonces no puede atribuírsele plenamente al sujeto la obra que ejecuta, puesto que su psiquismo estuvo alterado fuertemente, y no por causas propias sino como resultado de una indebida intervención ajena. En tales condiciones no le es posible discernir sobre los actos que ejecuta, ni sobre los instrumentos empleados para la reacción, o sobre el modo de ejecutarla; o sobre la calidad de la víctima.

Una alteración mental de tal magnitud, priva de razonar o de valorar consideraciones morales, que hacen funcionar socialmente los frenos inhibitorios de la voluntad, sobre elementales deberes de respeto al parentesco, sobre beneficios recibidos de la víctima, etc.

Dentro del caso, vemos que entre los factores de penalidad a que se refiere el art. 36 del Código Penal, solamente hay lugar a computar las circunstancias de mayor peligrosidad a que hemos hecho mención, por la ausencia de otros factores agravantes. Pero resulta también que no se han de computar definitivamente dichas circunstancias, porque lo impide la circunstancia no-

dificadora de la responsabilidad a que alude el art. 28 del Código Penal, que dice:

" Cuando se cometa el hecho en estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación, se impondrá una pena no mayor de la mitad del máximo ni menor de la tercera parte del mínimo, señalados para la infracción."

Al hacer mención a la personalidad del agente, se ha de apreciar la embriaguez al cometer el hecho, y su buena conducta anterior, circunstancias de menor peligrosidad (Art. 38, 1ª y 5ª).

Por ministerio de lo preceptuado en el art. 39 y ante la ausencia de otros elementos de agravación (art. 36) debe imponerse la pena mínima contemplada en el art. 28, supuesto también que contra el reo no obren circunstancias de mayor peligrosidad y en cambio si de menor peligrosidad.

Como resultado de la consideración de los factores del art. 36 tenemos únicamente circunstancias de menor peligrosidad. Por lo tanto, aplicando el art. 362 del Código Penal, en concordancia con el art. 28 de la misma obra, se ha de imponer al reo la pena mínima establecida para la infracción, o sea, la de treinta y dos meses de presidio.

NATURALEZA JURIDICA DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR O MENOR PELIGROSIDAD

Respecto de la esfera de aplicación propia de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad (arts. 37 y 38 del C . P .), de ben apreciarse siempre que no estén previstas de otra manera, es decir, como modificadoras o elementos constitutivos del delito, en los casos que tales circunstancias encarnen factores de responsabilidad (constitutivos, eximentes o modificadores).

Las circunstancias modificadoras del delito son aquellas que inciden en la estructura misma del tipo delictivo, que implican un aumento de la pena o su disminución, en tanto cuanto el agente haya demostrado una intensidad de ilicitud proporcionada a la empresa criminal por él ideada y realizada, y que se encuentran establecidas en muchas disposiciones del Código Penal, tanto en la parte general como en la especial, tales como los arts. 28, 363, 364, 365, 366, 382, 384, 385, 389, etc.

Al contrario, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad son consideradas principalmente en relación con las necesidades de la vida social, mas que con el carácter o la voluntad desplegada por el sujeto. Su grado de evaluación está dado por la falta de adhesión a las normas de convivencia — manifestada por el sujeto pero, claro está, como consecuencia de la —

la antijuridicidad del hecho. Por ejemplo, entre las circunstancias de mayor peligrosidad tenemos la 3ª, 4ª, 10ª, 15 y 16, y entre las de menor peligrosidad la 1ª, 6ª, 7ª, y 11, que relieván mejor esta condición, básicamente de orden social.

En cuanto a las diferencias que existen entre las circunstancias modificadoras del delito y las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, la Corte Suprema de Justicia ha expuesto lo siguiente:

"Las primeras son verdaderas modalidades del delito, que sirven para distinguir las diversas especies dentro del género correspondiente, y generan una variación de la escala penal, que en virtud de concurrencia experimenta un aumento o una disminución, según sean agravantes o atenuantes, del mínimum y el máximum de la sanción conminada para la figura básica, o siquiera de uno de tales extremos. Ellas son, pues, elementos estructurales del tipo respectivo, por lo cual deben figurar en la parte motiva del auto de proceder (de "las circunstancias que lo especifiquen" habla el art. 451 del C. de P. P.) y ser propuestas al jurado en las causas en que interviene (artículo 28 de la Ley 4ª de 1943). Mes aun, si son agravantes y no se han imputado en el enjuiciamiento o no han sido admitidas por el Tribunal popular, no pueden ser apreciadas en la sentencia, porque al sindicado se le condenaría por un cargo que no se le hizo, o que no fue aceptado por la única entidad que tenía facultad para ello, y el fallo no estaría "en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder", en el primer caso, o resultaría "en desacuerdo con el veredicto del jurado", en el segundo supuesto, y quedaría en ambos, por el consiguiente, afectado de invalidez (artículo 667, 3ª, del C. de P. P.)

"Las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, en cambio, no tienen influencia sobre el delito en sí, sino sobre la responsabilidad del agente para agravarla o atenuarla. No dan lugar a la formación de especies dentro del género pertinente, ni modifican la escala penal señalada para la figura básica, sino que le permiten al juzgador individualizar la pena correspondiente, en cada caso concreto, entre los límites (mínimo y máximo) de aquélla (artículo 36 del Código Penal). Y por la menor importancia que ellas tienen respecto de las otras, la ley no exige que se mencien en el auto de proceder ni se propongan al jurado de conciencia, si no que expresamente atribuya su apreciación y calificación al Juez de Derecho (artículo 499 íbidem)." (16).

IAS CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR
O MENOR PELIGROSIDAD Y LA ANALOGIA

Hemos visto los elementos de que resulta la determinación de la pena, según el art. 36 del Código penal. Para regir el poder discrecional del Juez, específicamente, se hallan establecidos la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes y la personalidad del delincuente. Pero analizando la función de estos elementos, como agravantes o atenuantes, se observa que el Código la ha circunscrito o limitado por las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, por cuanto no es permitido sobrepasar el máximo y el mínimo de la respectiva infracción penal, regidos por estas mismas circunstancias, de acuerdo al art. 39.

Pero esto no ha sido establecido por el tenor tradicional a la arbitrariedad, o con el propósito de coartar la autonomía propia del Juez en la consideración del caso, sino en razón de una mayor aproximación a la equidad y a la técnica individualización de la pena que, el mismo tiempo, dentro de los límites legales permite una graduación de la peligrosidad hasta obtener, y ahora se debe decir, una peligrosidad promediada, en consideración de que todos los factores del art. 36 son elementos constitutivos de peligrosidad, como antes los habíamos anotado.

En tales condiciones, cabe preguntarse, por qué el Código Penal no dispuso sencillamente que la pena se individualice conforme a las circunstancias de mayor o menor peligrosidad? A este respecto se debe tener en cuenta que si el delito como tal no es un índice perfecto de peligrosidad, menor podía serlo una circunstancia de éstas, a priori, sin referencia a otras modalidades del delito, que representa un aspecto de la peligrosidad, una pauta por donde el arbitrio judicial es conducido al análisis de la personalidad del agente y demás circunstancias que rodearon el acto delictivo, en concordancia con el art. 36. De no ser así, se incurriría en una apreciación simplista o parcial de todo el problema de la peligrosidad.

Invocando las doctrinas de la defensa social ha sido criticado el art. 40 del Código, porque al mismo tiempo que ha permitido la analogía para las circunstancias de menor peligrosidad ha impedido su extensión respecto de las circunstancias de mayor peligrosidad. Esta norma dice:

"Fuera de las circunstancias especificadas en el art. 36, debe tenerse en cuenta cualquiera otra análoga a ellas."

Refiriéndose a este artículo el doctor Luis Carlos Pérez se expresa de la siguiente manera:

"En verdad, si la aspiración era apenas la de fijar un criterio, de modo que se dejara campo abierto al arbitrio judicial, debió decirse lo mismo de las agravantes, cuya enumeración es taxativa. Por una parte, se aplica la interpretación analógica, y por otra, se recorta.

"Silvio Longhi advierte que pueden ser síntomas del estado peligroso los hechos que no sean considerados como delitos por la ley penal en el momento en que se cometieron; y aquellos otros respecto de los cuales haya recaído providencia definitiva, de no haber lugar para proceder, o de absolucíón. Pero esas circunstancias no podrían tomarse como síntomas agravantes, por impedirlo expresamente nuestra ley.

"El proyecto italiano de 1921 incluyó entre las causas de mayor peligrosidad "las condiciones anómalas y psíquicas anteriores al delito, durante su ejecución y después de ella, que no constituyan enfermedad mental y que revelen tendencias criminosas", considerando que aparte de los tipos siquiátricamente catalogables a quienes se aplica una medida de seguridad, existen otros con alteraciones menores que no figuran en el cuadro de los grandes desequilibrios síquicos.

"A estos no es posible aumentarles la pena como mas peligrosos, por análoga razón. Quedan, pues, por fuera de las agravantes, entre otros muchos, el que padezca ciertas aberraciones sexuales que no alcanzan a elevarse al cuadro de las enfermedades previstas en el art. 29." (17).

Nosotros no creemos que el art. 40 sea censurable por este aspecto porque si el Código Penal no ha permitido la analogía para las circunstancias de mayor peligrosidad, que son agravantes taxativas, ello se debe en primer lugar, a que esta norma se halla en concordancia con el art. 3º del mismo Código, que preceptúa:

"La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable."

Por otra parte, si el Código permite al Juez determinar la sanción teniendo en cuenta los demás factores del art. 36, claramente está admitiendo no la analogía de las circunstancias de mayor peligrosidad, pero si la consideración de otras circunstancias agravantes, y aquí caben todas las hipótesis a que hace referencia el doctor Luis Carlos Pérez y que hemos transcrito. De otra manera no tendría objeto el art. 36.

Además, si analizamos mejor la norma del art. 39, en concordancia con el art. 36, se llega a la conclusión de que puede agravarse o atenuarse la

la pena conforme a los demás elementos de esta última disposición, dentro de los límites señalados por el art. 39, hasta bordear el mínimo y el máximo de la sanción establecida para la respectiva infracción, regidos por las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, concediendo, de todas maneras, el art. 39 un amplio arbitrio al Juzgador para determinar la pena, haciendo un juicio más aproximado a la realidad jurídica.

Reflexionando sobre la praxis de la individualización de la pena, conforme al art. 36 del Código Penal, podemos decir que el legislador ha procurado una técnica y balanceada coexistencia entre el poder discrecional del Juez y la Ley, porque sólo es posible exigir al juzgador una mayor aproximación a la equidad y a la certeza en la aprehensión del caso, y aun, a pesar de la ley, resulta que su interpretación, como lo ha dicho Carlos Cossio, es un problema constante e ineludible en cada caso judicial y, por eso mismo, uno de los problemas más apasionantes de la ciencia del Derecho.

CONCLUSIONES

1a) Históricamente, la peligrosidad aparece como el presupuesto científico más significativo de la Escuela Positiva, que caracterizó la verdadera innovación de la geométrica proporcionalidad de la aplicación de las penas, basado en el conocimiento científico-causal del crimen.

2a) En las legislaciones modernas la peligrosidad es el principio jurídico-penal de la individualización de las penas y de la lucha contra el delito, mediante la emulación de las tendencias antisociales que se conocen, del que no puede prescindir el Derecho Penal si es que quiere realizar su pretensión de traer al delincuente al primer plano en el juicio penal.

3a) El art. 36 del Código Penal refleja una síntesis del acto delictivo, porque la acción reúne allí todas sus calidades dinámicas y entraña los conceptos de agente, fin y objeto, en donde el Derecho Penal encuentra su más honda raíz.

4a) Si estas sencillas argumentaciones son tal vez inconsistentes, ello se debe nada más que al afán de demostrar que la personalidad del delincuente y la peligrosidad no se han convertido en nuestro estatuto penal en verdaderos esquemas mentales o frases ingeniosas, y en el que la peligrosidad

criminal aparece tal cual es, como resulta ser ella de hecho en la legislación y en la práctica, superando nuestro Código Penal, por su técnica peligrosista, a Ferri, Crispigni y, aun, al mismo positivismo.

CAPITULO PRIMERO

- (1) - *Giulio Cesare* Introducción a la Filosofía, Buenos Aires, 1911, p. 207.
 CIL. por Martín T. Julio Herrera Filosofía del Derecho, Buenos Aires, 1904,
 p. 37.
- (2) - *Luigi Crispigni* Derecho Penal Italiano, Buenos Aires, 1908, v. 1.^o,
 p. 22.
- (3) - *Giulio Cesare* Estudios de una nueva concepción científica del delito
 de un delincuente, en " *Indicador Jurídico Argentino*", 12 mayo 1911, 311.
 por Crispigni Id. p. 211.
- (4) - *Giulio Cesare* Id. CIL. por Crispigni, p. 211.
- (5) - *Giulio Cesare* Estudios de Derecho Penal (Introducción y Parte General),
 Buenos Aires, 1911, p. 11.
- (6) - *Giulio Cesare* sobre el delito de homicidio del delincuente, por Crispigni,
 en Id. *Indicador*, Julio de 1911, p. 304.
- (7) - *Giulio Cesare* y *Luigi Crispigni* de *Introducción general*, Buenos Aires, 1911,
 p. 10, 11, 12, 13, 14, 15.
- (8) - *Giulio Cesare* de *Introducción general*, Buenos Aires, 1911,
 p. 10, 11, 12, 13, 14, 15.
- (9) - *Giulio Cesare* y *Luigi Crispigni* de *Introducción general*, Buenos Aires, 1911,
 p. 10, 11, 12, 13, 14, 15.

BIBLIOGRAFIA

CAPITULO PRIMERO

- (1) Oswald Külpe: Introducción a la Filosofía, Buenos Aires, 1931, p. 167.
Cit. por Martín T. Ruiz Moreno: Filosofía del Derecho, Buenos Aires, 1944,
p. 17.
- (2) Filippo Grispigni: Derecho Penal Italiano, Buenos Aires, 1948, V. I^a,
p. 22.
- (3) Cesare Lombroso: Existencia di una fossa occipitale mediana nel cranio
di un delinquente, en " Rendiconto Instituto Lombardo", 12 enero 1871. Cit.
por Grispigni: Id. p. xii.
- (4) Cesare Lombroso: Id. Cit. por Grispigni: Id. p. xii.
- (5) Carlos Fontán Balestra: Derecho Penal (Introducción y Parte General),
Buenos Aires, 2ª Edición, 1953, p. 19.
- (6) Guillermo Uribe Qualla: La personalidad del delincuente, Rev. BOLIVAR,
Nº 10, Bogotá, junio de 1952, p. 908.
- (7) Emilio Mira y López: Manual de Psicología Jurídica, Buenos Aires, 4ª
Edición, 1954, pgs. 120, 365, 366.
- (8) Luis Jiménez de Asúa: Tratado de Derecho Penal, 5v. Buenos Aires,
1952, t. I, p. 91.
- (9) Emilio Mira y López: Id. p. 19, 384, 385.
- (10) " " " " p. 120

- (11) Luis Carlos Pérez: Derecho Penal Colombiano, Parte General, t. IV. Bogotá, 1959. p. 232.
- (12) Sebastián Soler: Exposición y Crítica de la Teoría del Estado Político, Buenos Aires, 2ª Edición, 1929, p. 143.
- (13) Carlos Fontán Balestra: Id. p. 217.
- (14) " " " " p. 27.
- (15) Luis Jiménez de Asúa: Id. t. I, p. 133.
- (16) Enrico Ferri: Principios de Derecho Criminal, Madrid, Ed. Rous, 1933, p. 244-245. Cit. por Vicente Iaverde Aponte: Temas Penales y de Procedimiento Criminal, Bogotá, 1960, p. 5.
- (17) Enrico Ferri: Sociología Criminal, t. II, p. 92, Madrid. Cit. por Fontán Balestra: Id. p. 98.
- (18) Filippo Grispigni: Id. Vol. I², p. 130, 131.
- (19) Emilio Mira y López: Id. p. 20, 21.
- (20) Giovanni Bovio: Saggio critico del diritto penale, Napoli, 1876. p. 79, (2ª edición). Cit. Por Grispigni, Id. Vol. I¹, xvi.
- (21) Luis E. Nieto Arteta: Hacia una Ontología de la Existencia, Rev. Ideas y Valores, del Instituto de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional, Bogotá, 1951, No 2, p. 126.
- (22) Enrico Ferri: Sociología Criminal, t. II, p. 92, Cit. Por Carlos Fontán Balestra, Id. p. 98.

CAPITULO SEGUNDO

- (1) R. Garófalo: Di un criterio della penalità, Nápoles, 1880. Cit. por Balestra, Id. p. 99.
- (2) Citados por Luis Carlos Pérez: Nuevas Bases del Derecho Criminal, Bogo-

- tá, 1947, p. 237.
- (3) Citados por Enrique R. Aftalión: Peligrosidad y Existencialismo, Buenos Aires, 1954, p. 22, 23.
- (4) R. Garófalo, Id. citado por Luis Carlos Pérez, Nuevas Bases del Derecho Criminal, p. 234, 235.
- (5) F. Crispigni: Id. Vol. I², p. 89.
- (6) " " Id. " " P.153
- (7) " " Id. " " p. 119
- (8) Eugenio Florián: Note sulla pericolosità criminale en "Scuola Positiva", 1927, p. 401. Citado por Francisco Olesa Muñido: Las Medidas de Seguridad, Barcelona, 1951, p. 69.
- (9) Guillermo Sabattini: La pericolosità criminale en "Scuola Penale Unitaria", 1927, fas. III, pag. 15. Citado por Olesa Muñido, Id. p. 71.
- (10) Citado por Carlos Lozano y Lozano: Elementos de Derecho Penal, Universidad Nacional, Bogotá, 1950, p. 75.
- (11) Francesco Antolisei: Manuale di diritto penale, Milano, 1947, p. 157. Citado por Balestra, Id. pag. 245, 246.
- (12) Hans Kelsen: Teoría General del Estado, Editora Nacional, S. A. México, D. F., 1951, p. 24.
- (13) Olesa Muñido, Id. P. 58.
- (14) F. Crispigni: Id. vol. I², p. 116, 117
- (15) Citado por Crispigni: Id. vol. I², p. 95 (Notas)
- (16) F. Crispigni: Id. vol. I², p. 94.
- (17) F. Olesa Muñido: Id. p. 58.
- (18) Eugenio Florián: "Dei Reati e delle Pene, in Generale", citado por Sebastian Soler: Id. p. 25.

- (19) Luis Jimenez de Asúa: "La Peligrosidad. Nueva Fórmula para el tratamiento penal y preventivo", Madrid, 1922, citado por Soler, *Id.* p. 28.
- (20) Sebastian Soler: *Id.* P. 29.
- (21) Ferri, "La justicia humana" en *Rev. Pen. Arg.*, 1924, p. 19. Citado por Soler, *Id.* p. 131.
- (22) Uribe Cualla: *Id.* p. 902
- (23) Grispigni: *Id.* vol. I², p. 161
- (24) Luis Jimenez de Asúa: *Id.*, t. V. p. 247, 249, 253.
- (25) Mira y López: *Id.* p. 34.
- (26) Luis Jimenez de Asúa: *Id.* t. V. p. 247, 249.
- (27) Trabajos Preparatorios del Nuevo Código de Procedimiento Penal (Actas de la Comisión, Nos 114 a 200), Tomo II, Bogota, Imprenta Nacional, 1940, p. 159.
- (28) Grispigni: *Id.* vol. I², p. 158.
- (29) " " " " " " . Cita (Notas)
- (30) Luis Jimenez de Asúa: *Id.* t. V. p. 237, 238, 246.
- (31) Filippo Gramática: Principios de Derecho Penal Subjetivo, Madrid, 1951, p. 229, (Cita).
- (32) Mira y López: *Id.* p. 158, 159.
- (33) G. J. t. LXV, Bogotá, Colombia- Diciembre de 1948- Enero y Febrero de 1949 - Nos 2068- 2069, p. 462.

CAPITULO TERCERO

- (1) Eugenio Floriani: Parte General del Derecho Penal, vol. Ip. 334. Citado por Luis Carlos Pérez: Derecho Penal Colombiano, *Id.* p. 494.
- (2) Filippo Grispigni: *Id.* vol. I², p. 91.

A.N.

T.

58373

343.2

Díaz Ortega, Luis Francisco

Ej.1.

Defensa social y peligrosidad. VENCE

NOMBRE Oscar Mayra

Nº del Carnet

NOMBRE Patricia Lopez

Nº del Carnet

NOMBRE José L. Checa Ch.

Nº del Carnet

NOMBRE Leonel Rosero

Nº del Carnet

NOMBRE Oscar Martínez R.

Nº del Carnet

NOMBRE Lucio Rodríguez Ch

Nº del Carnet 902566

NOMBRE

Nº del Carnet

NOMBRE

Nº del Carnet

NOMBRE

Nº del Carnet

NOMBRE

Nº del Carnet

NOMBRE

T
343.2
D41
Ej.1.

58373

58373