

## TEORIA DEL ESTADO PELIGROSO

por LUIS CARLOS PEREZ

### LA PELIGROSIDAD COMO CRITERIO DE PUNIBILIDAD

Uno de los más comunes errores, cuya aceptación simple ha determinado notables desviaciones en la técnica legislativa y judicial, es el que hace aparecer el criterio de peligrosidad criminal como fundamento y medida de la responsabilidad. Ilustres expositores de las ciencias criminales, como Florián y Grispigni, inciden en esta opinión. Recientemente, el profesor Molinario vuelve sobre la materia en unas apuntes publicadas en los *Archivos de Medicina Legal e Identificación*, importantísima revista brasileña que dirige el maestro Leonidio Riveiro. Hablando sobre la controvertida base de la responsabilidad, y criticando luego la solución clásica que buscó en el terreno mudable e incierto de la filosofía general el fundamento de las construcciones destinadas a resolver el problema jurídico, dice: "A la clásica pregunta: ¿por qué puede exigir la sociedad que el delincuente asuma las consecuencias legales de su infracción? Se contestó entonces: el autor de un delito es responsable del mismo si es peligroso, y en la medida de su peligrosidad" (195).

El criterio de peligrosidad no puede funcionar adecuadamente como medida de la responsabilidad porque eso llevaría a resultados escabrosos, de los cuales es muy difícil salir. La responsabilidad penal del delincuente encuentra su punto de partida sólo en el hecho de que el individuo, viviendo en sociedad, está obligado a respetar el minimum de disciplina social garantizado en las leyes penales; de modo que si viola esas normas debe sufrir las sanciones o medidas represivas señaladas para el género de su infracción, consumada o intentada. La peligrosidad es criterio de punibilidad. De manera que quien comete un delito es

víctima de la justicia debido a que vive en sociedad y a la natural necesidad de la defensa por parte del Estado. Pero la sanción que se le imponga debe variar según se trate de un sujeto gravemente peligroso o de uno que no tenga tales características. Por eso se ha dicho que el juicio sobre la peligrosidad es un criterio mesurador de la pena.

Aceptar desde un principio esta orientación es evitar por anticipado los fuertes ataques que se dirigen contra la teoría, según veremos después. El proyecto Ferri de 1921, modelo para la legislación más avanzada en estas materias como es la soviética, en cuanto ésta adoptó los postulados de la responsabilidad legal y de la peligrosidad criminal, fue explicado en lo pertinente por el autor de la Relación, el mismo Ferri, con los siguientes términos: "Todas las categorías de delincuentes están sometidas a la norma de la responsabilidad legal; pero cada uno de ellos debe encontrar sanciones adecuadas a sus características de peligrosidad mayor o menor." Es decir, al lado del delito debe existir, como precedente de la sanción, la peligrosidad, sin la cual la defensa social no tendría firme asidero.

Y en el *Prefacio* al libro de Jiménez de Asúa sobre la peligrosidad, escrito en marzo de 1923, Ferri ratificó nuevamente esta opinión, así: "La razón social y jurídica por la que el autor de un homicidio, de un incendio, etc., debe ser sometido a segregación, es siempre la misma defensa social a la que el Estado no puede sustraerse. El que el reo sea loco, epiléptico, menor, habitual, ebrio, ocasional primario, etc., nada importa para el principio de que debe responder legalmente frente a la sociedad por el hecho realizado; su condición sólo se tendrá en cuenta, dándola grande importancia, en la tarea de adaptar a su personalidad, más o menos peligrosa, la forma de segregación más eficiente" (196).

#### COMO SURGIO EL CONCEPTO DE PELIGROSIDAD

El criterio expuesto se patentiza plenamente con la indagación de cómo surgió la teoría de la peligrosidad criminal, génesis de la que nos vamos a ocupar brevemente en seguida.

Entendida la pena como una equivalencia del mal causado por el delito, de acuerdo con las conclusiones de los juristas clásicos, quedaba el problema de establecer esa correlación científicamente. Esta búsqueda del segundo término de la ecuación era imposible de realizar en la práctica judicial y aun en el dominio

puro de las doctrinas, máxime cuando se remontaba hasta la razón misma de la conveniencia de castigar, hasta la fuente filosófica de la penalidad: ¿por qué se sanciona al criminal? Se le castiga por el escándalo que originó, o por el deber que violó con el delito, o por el grado de su impulso malvado? La proporción entre la pena y el delito, es decir, la medida legal y judicial de la pena es el rompecabezas del siglo XVIII; problema que Claudio José Tisson comparó a la cuadratura del círculo (197).

Carrara creyó que la pena debía acomodarse a la gravedad del delito. Pelegrino Rossi recurrió a la importancia del deber violado para ajustar la pena a las proporciones de esa violación. Romagnosi y Feuerbach pidieron que la pena se impusiera según la intensidad del impulso que ha llevado al delito.

Pero ninguno de estos puntos de vista conduce a resultados eficientes. Quedan, a pesar de su elasticidad y de las grandes constantes aclaraciones sugeridas en su aplicación, muy grandes vacíos.

En realidad, colocar en el daño la medida de los delitos para acomodar una pena a los mismos, es extraviarse en una selva de oscuras e indefinidas hipótesis. Si la represión se quiere medir por el daño tangible, quedarían por fuera de la jurisdicción coactiva del derecho figuras tan decidoras de la intención delictuosa como la tentativa y el delito frustrado, en las cuales no puede hablarse de un daño real, aunque, por otra parte, sí exista un daño moral. Imposible sería encontrar el volumen del daño en el delito que se frustró, como en el ejemplo tan citado: el individuo envenenado toma un antídoto que impide la destrucción orgánica por el tóxico dolosamente suministrado. ¿Dónde el instrumento que registre precisamente las dimensiones del daño para aplicar la pena?

Si, como quieren otros, la gravedad del delito se determina por la alarma que ha ocasionado, se encontrará el jurista en un lugar distinto de aquel en que ha de actuar para el cumplimiento de su misión. Recurrir a la importancia de la alarma es, según Garófalo, caer en el empirismo más vulgar, ya que la importancia del delito dependería de numerosas circunstancias, indecisas, variables, como son: la apreciación popular del peligro, la tolerancia de los demás, su juicio acertado o absurdo sobre el hecho. De aceptar este sistema, se abandonarían las indagaciones antropológicas que es preciso realizar en el delincuente para colocar la razón de la pena en el sitio donde se encuentran y chocan las

corrientes sociales. Desde luego, esto no implica una negación de la importancia que tiene el grado de alarma colectiva en la estimación de los motivos determinantes.

A otras conclusiones lleva la tesis defendida por Rosi. El sentimiento del deber es apreciable de muy diversas maneras por los individuos y por las clases sociales. El sentido del deber es uno para el hombre honrado y otro para el tahir profesional. Carrara apunta razones concluyentes que es preciso recordar: puede haber, dice, un criterio moral constante para admitir que ciertas acciones son malas; pero no hay seguramente un criterio moral universal y constante para decir que una de estas acciones es más mala que las otras. El sentimiento del deber, como los conceptos del bien y del mal que analizó Ingenieros (198) sólo se aprecia en nuestro juicio utilitario, formado a través de la experiencia.

Entonces, si la pena no puede medirse por estos medios, ¿cuál es el que debe seguirse? Correspondió a Rafael Garófalo dar el primer paso hacia una solución científica del problema. En su obra *De un criterio positivo de la penalidad*, publicada en Nápoles en 1880, favorece conclusiones de mucha sustancia. La pena debe aplicarse en consideración de la *temibilidad* del delincuente. Esa temibilidad se mide por dos elementos: el objetivo del delito y el subjetivo del criminal. El elemento objetivo se relaciona con la gravedad propia del hecho, determinada por las reacciones de temor que produce en los asociados. El elemento subjetivo se particulariza por la mayor o menor persistencia de los móviles. No es científico emplear unilateralmente uno de estos dos criterios. La *temibilidad* del actor radica en la gravedad criminosa acumulada con la calidad de los motivos determinantes (199).

Más tarde, plantea la cuestión en otras palabras: “La investigación de la proporción penal la hemos sustituido nosotros con esta otra: la investigación de la idoneidad del culpable para la vida social en los diferentes casos de delito. Lo que en términos diferentes quiere decir que en vez de medir la cantidad del mal que hay que infringir al criminal, trataremos de determinar la clase de freno que se adapta a la especialidad de su naturaleza.

“¿Cómo, se exclamará: vas 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 sé, porque esta cuestión no puede ser resuelta en abstracto. Lo que a la sociedad le interesa saber es cuál de estos dos ladrones

es más peligroso. Podrá suceder que se declare que el primero es más 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 represivo 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: ¿cuál es el medio para determinar la perversidad constante del delincuente y el grado de sociabilidad que le queda?” (200).

El criterio de peligrosidad surgió, pues, para que la aplicación de la pena tuviera un humano y racional punto de referencia. Esa teoría es la culminación de los nuevos derroteros penales, de aquellos que no reconocen en el delito en sí mismo, como hecho definido y externo, la materia de la persecución punitiva, sino que refieren ésta al delincuente, en su propia y entera realidad, determinada principalmente por lo que el sujeto sea, por el examen de su mundo íntimo. Don Pedro Dorado Montero, el sabio salmantino, decía: “Si es el delincuente y no el delito la materia de la punición, varía forzosamente el diagnóstico de los funcionarios encargados de administrar justicia. No tendrán que determinar la categoría de hechos delictivos a que pertenece el ejecutado, sino qué clase de sujeto es el autor del mismo, qué grado de confianza o de peligro ofrece para lo futuro y qué es lo que con él conviene que se haga” (201).

#### ESENCIA Y CONTENIDO DEL CONCEPTO DE PELIGROSIDAD

A partir de Garófalo se ha venido tratando de tecnificar el contenido del concepto de peligrosidad. Prins, Von Liszt y Von Hamel, en los congresos de la Unión Internacional de Derecho Penal de Hamburgo, Copenhague y Bruselas, reunidos en los años de 1905, 1910 y 1912, respectivamente, sistematizaron la teoría aplicándola a los delincuentes que reincidían y a los que no eran capaces de imputabilidad por enfermedad mental, a fin de tomar medidas de seguridad contra éstos.

El criminalista italiano Felipe Grispigni condensa así su concepto sobre la peligrosidad: “Es la relevante capacidad de un sujeto de ser, con probabilidad, autor de un delito.” El estado peligroso se manifiesta en el delito cometido, pero es necesario también hacer un análisis de la personalidad del sujeto, de su

existencia anterior y de la conducta observada con posterioridad al delinquir.

Para Grispigni, el delito ofrece un síntoma triple: primero, síntoma de una individualidad psíquica; segundo, síntoma de peligrosidad; y tercero, síntoma de un defecto psíquico.

Sobre el primero, explica: en virtud de las leyes de la causalidad, es preciso ver en el delito un resultado que debe tener su génesis. Si en el mundo físico no se presentan efectos sin causas, en el mundo psíquico tampoco hay actos sin explicación. El delito es un reflejo del psiquismo individual. El hombre se conoce por lo que hace. Pero tampoco el delito es índice perfecto de la personalidad. Hay casos en que no existe correspondencia entre la intención y el acto, de donde se desprende que es forzoso recurrir a otras investigaciones coadyuvantes para establecer un juicio completo sobre la peligrosidad.

El delito es también síntoma de una peligrosidad criminal, pues todo delincuente, por el hecho de serlo, revela un estado de peligro. Para la aplicación de la pena son indispensables estos dos presupuestos: delito y peligrosidad. Por último, el delito revela un defecto psíquico; pero defecto psíquico no equivale a enfermedad de la mente. Debe entenderse por tal la desadaptación a un ambiente psico-social determinado. Las personas normales se adaptan a ese ambiente; las anormales, en cuanto quebrantan con sus acciones el *mínimum ético*, demuestran una anomalía en la psiquis en orden al sentido moral.

Al tratar el tema, Ferri le hace al concepto de Grispigni fundamentales reservas. La capacidad de una persona para ser autora de delitos, por ejemplo, sólo se refiere al primer aspecto de la defensa social (prevención) y no al segundo término, esto es, a la defensa social represiva. Aquella noción es exacta en lo que corresponde a la peligrosidad que se expresa antes de la ejecución del hecho punible y que cae bajo el radio de acción policivo, sin merecer sanciones, propiamente. Esta especie de peligrosidad, cuya esencia es la expectativa del delito, debe completarse con la peligrosidad que radica en el delito ya cometido y en la posibilidad de la reincidencia.

Los dos aspectos: defensa social preventiva y defensa social represiva, determinan grados distintos de peligrosidad en quien contraviene las normas de la costumbre o en quien viola la ley. No puede afirmarse que unos delincuentes sean peligrosos y que otros no lo sean. El individuo que delinque es peligroso, si bien

en mayor o menor entidad, según los motivos determinantes, su personalidad y las circunstancias ejecutivas correspondientes.

El concepto de Grispigni sirve para determinar la peligrosidad que sólo representa la probabilidad de un delito. Esta es la peligrosidad social. En cambio, el delito ya cometido revela una peligrosidad criminal. En la primera hay la expectativa del delito; en la segunda, la posible reincidencia. No se deben disociar las dos nociones, aunque la primera permanezca dentro de la órbita contravencional y la segunda sea, propiamente, la cuestión que concierne a la justicia penal. Esto es, que la consideración de la peligrosidad pre-delictual exige medidas policivas y no sanciones criminales.

En consecuencia, “la peligrosidad criminal consiste en haber cometido o intentado cometer un delito, lo mismo si se trata de un delito voluntario (doloso), o involuntario (culposo), o si se trata de un sujeto de voluntad enferma o aun en estado de inmadurez”. La capacidad para cometer delitos: las acciones que perturben a las personas, la manifestación de la idea criminal por medio de amenazas, el temperamento epiléptico, turbulento, impulsivo, la vida disipada del sujeto, etc., evidencian un estado peligroso *eventual* o *presuntivo*; mientras que el delito consumado o intentado demuestra una peligrosidad real y *efectiva*. Sólo esta última posee función jurídica en la justicia penal (202).

Hemos visto que Garófalo habló de *temibilidad* y que quienes después de él han contribuido a difundir y tecnificar la doctrina, hablan de *peligrosidad*. Los dos términos tienen la misma significación práctica, aunque Rocco los distinga diciendo que la peligrosidad es la causa de la temibilidad. El delincuente “no es peligroso por ser temible; es temible por ser peligroso. Puede temerse al incapaz de dañar sin temer al capaz de dañar”. Luégo, el doctor Peco, de cuyo estudio tomamos esta referencia, agrega: “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 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 huraño.” Con todo, repetimos, los vocablos han terminado por expresar la misma idea.

La segunda parte de la definición de Ferri: “el haber intentado cometer un delito”, es tan importante como la primera, por-

que engloba los grados de intención y de preparación dolosa (tentativa, delito imposible, delito frustrado) que, de otra manera, quedarían por fuera.

Por su parte, Jiménez de Asúa (203) dice que la peligrosidad debe ser una fórmula general, amplia y comprensiva, a fin de que el reconocimiento de ese estado asegure al delincuente un tratamiento tutelar. Este tratamiento se le da no porque al violar la ley fue libre moralmente, sino porque con sus actos revela, en mayor o menor proporción, su temibilidad o peligrosidad. Jiménez de Asúa considera que este criterio debe servir para determinar las medidas de defensa social que se adopten contra el delincuente, dejando a los encargados de administrar justicia el más discrecional arbitrio para resolver si el peligro es grave o leve, genérico o específico, o si es solamente transitorio (203).

#### MEDIDA Y GRADUACION DE LA PELIGROSIDAD

Para hacer un diagnóstico del estado peligroso hay que distinguir, en primer término, el grado de persistencia del impulso: su mayor o menor duración en el tiempo, su fijeza honda o superficial en el individuo. Este pudo obrar influído por causas externas o determinado por su constitución psicopatológica. Si fueron los factores externos los que guiaron su conducta, la temibilidad marcará un grado más alto, pues hay indicios de que repita el acto lesivo del derecho. Pero, si los motivos nacieron en el medio físico-social, el síntoma es leve, pues el mismo carácter contingente está señalando la necesidad de combatir esas circunstancias materiales que presionaron al individuo en su marcha hacia el delito.

De este modo, los factores personales tienen mayor importancia en la realización del evento antijurídico. De allí el que figuren en sitio preferencial. Conocer las fuentes remotas del acto humano es asunto decisivo, pues de otra manera no se acertaría a aplicar al infractor la sanción que merece ni se estaría en grado de idoneidad suficiente para asistirle con los medios de reforma dignos de su personalidad.

Pero no sólo debe tenerse en cuenta la persistencia o fugacidad de los factores que inducen a delinquir. Ya sabemos que la predisposición antropológica tiene vida más larga que las simples incidentes de colorido físico-social. Pero ésta no es la última palabra, sino una parte del razonamiento que debe hacerse el

magistrado o el juez. Hay que enterarse también de la *disposición* del sujeto para desviarse en ejecuciones punibles.

¿Qué es la disposición? Es la capacidad de hacer algo como réplica al estimulante externo. El individuo no dispone de frenos inhibitorios tan templados como para detenerse en el lindero del delito. A la excitación sigue inmediata y directamente la reacción. Los estímulos provocan ímpetus más poderosos que la fuerza de resistencia psicológica. La disposición, en suma, se refiere a la capacidad para delinquir.

Explorado este primer plano debe pasarse al segundo: la *inclinación*. La inclinación suaviza las resistencias que ofrece el acto ilícito. Así la obra del estímulo es más fácil y el sujeto está preparado para responder con la reacción correspondiente. “Esta asonancia entre el infractor y su delito, dice el licenciado mexicano José Almaraz (204), hace pasar de la capacidad de delinquir a la temibilidad. No sólo es posible, sino probable, que el delincuente cometa nuevas infracciones, ya que la asonancia entre estímulos y reacciones indica que no desaparecerán fácilmente las causas criminógenas. No se trata de simples conjeturas, sino de previsiones fundadas en hechos indiscutibles. Por esto, para diagnosticar el estado peligroso se exige, muy justificadamente, la previa comisión de un delito o la existencia de una tentativa. Claro que con nuevas manifestaciones de la voluntad criminal, el diagnóstico será más seguro y la temibilidad se agravará.”

Justamente con la persistencia del impulso y con la inclinación, debe examinarse la *tendencia*. La tendencia no responde precisamente al estimulante externo. Es una dirección fija hacia determinada meta delictiva que puede ser, como anota Ferri, de una especie o de varias especies, como cuando por un proceso de insensibilidad moral se pasa del homicidio al estupro, o del robo al hurto, o del incendio a la falsificación. Pero esta dirección tiene su acicate en el mundo orgánico o en el psicológico, contrariamente a la disposición, que es la capacidad de reaccionar frente a un estimulante externo. La tendencia es, por lo tanto, algo interno, biológico, instintivo.

Ya se ve que para formular un juicio sobre el estado peligroso debe comenzarse por indagar su probable duración, la disposición, la inclinación del autor, y, finalmente, su tendencia. Pero tampoco es esto sólo. Al lado de las anteriores características de la personalidad hay que conocer otros aspectos de la misma: la vida anterior del sujeto, la conducta que observe después

del delito; los factores genealógicos, su herencia, la influencia general del mundo circundante, etc. Interesa repetir con el profesor Soler que la peligrosidad no es un acto, sino un estado que no en todas las ocasiones se revela con el delito, pero que debe ser descubierto siempre (205).

Finalmente, con la personalidad del agente deben tenerse en cuenta la gravedad del delito y los motivos determinantes.

En efecto, el delito, en sí mismo considerado, muy poco habla de la personalidad del agente. El homicidio, por ejemplo, es, en cuanto supresión de una vida, un acto punible. Pero si se comete por la necesidad de defenderse de una agresión injusta, material o moral, entonces varía su contenido ante la ley y ante la conciencia de los demás hombres. Señalamos como sujeto de sanciones al individuo que toma su automóvil y lo lanza a una velocidad excesiva, a pesar de haber previsto la posibilidad de atropellar a un viandante. Pero no encontramos tan peligroso a ese hombre si nos informan que la velocidad era indispensable para llegar a tiempo con las medicinas salvadoras de la vida de un enfermo.

A la ciencia penal interesa el motivo determinante porque él da "la tónica moral y jurídica a todo acto humano", como dice Ferri. Pero los motivos, como las pasiones, deben estimarse por su calidad (buenos o malos, sociales o antisociales), y no sobre su volumen o cantidad (mayor o menor intensidad de los mismos).

Otros elementos preciosos para el juicio sobre la peligrosidad se encuentran estudiando la gravedad y modalidades del delito. Con igual motivo, por ejemplo, el de librarse de un enemigo, dos hombres matan. Pero el uno lo hace en la calle pública, a la luz del sol. El otro recurre a la insidia. Hace ir a su enemigo al campo y al pasar desapercibido por una enrucijada lo asesina con múltiples golpes, con sorpresiva barbarie. Para nadie dejará de ser axiomática la mayor peligrosidad del segundo. Desconectar la gravedad del delito de las demás nociones, es echar a pique el más antiguo de los criterios orientadores de la actividad humana.

De acuerdo con lo expuesto, es fácilmente apreciable la dificultad de hacer un juicio exacto sobre el estado peligroso. Ha sido esta circunstancia la que ha promovido las críticas de que más adelante nos ocuparemos.

El mismo profesor Soler, en su exposición y crítica de la teoría del estado peligroso, da cuenta de cómo se fue extendiendo el concepto desde que se aplicó no sólo a una categoría de delincentes, sino a muchas otras; la fórmula, válida inicialmente para asegurar la defensa contra los locos, se aplica después a los reincidentes, alcohólicos, vagos, mendigos y malvivientes; el criterio de peligrosidad primero funciona como circunstancia que permite graduar la pena y luego se le pretende aplicar como condición jurídica de la responsabilidad, según Florián y Grispigni. Finalmente, ya no sólo se habla de la peligrosidad que se exterioriza con el delito, sino de la peligrosidad predelictual. Jiménez de Asúa es el que con mayor amplitud ha explicado esta doctrina.

Las medidas de defensa contra la peligrosidad sin delito han dado origen a muchas resistencias porque se ve en su adopción la posibilidad de muchos atentados contra las libertades individuales. También se combate este aspecto de la peligrosidad con el argumento de que él no puede tener cabida dentro del código penal, y que si se incluyera en dicho estatuto se crearía con ello una nueva categoría de infracciones.

Con el fin de evitar estos escollos se ha adoptado por los gobiernos la práctica de dictar leyes que traten específicamente de la represión de ciertos estados peligrosos, como la mendicidad y la vagancia. La ley española sobre vagos y maleantes, dictada por el régimen republicano en 1933, es, según expresión de Jiménez de Asúa, un verdadero ensayo legislativo de peligrosidad sin delito.

¿A qué sujetos abarca la fórmula de la peligrosidad sin delito? ¿Cuáles son las personas a quienes es forzoso segregar de la vida en común, por temor de que su estado actual les lleve a delinquir?

El proyecto argentino de 1928 es muy importante al respecto y puede citarse como modelo en orden a las principales categorías de sujetos en estado peligroso, que deben ser detenidas por tiempo indeterminado en una casa de trabajo o en otros establecimientos adecuados para su tratamiento. Entran en esas categorías: los alienados cuya existencia en libertad constituya un peligro social; los ebrios y toxicómanos habituales; los mayores de dieciocho años que observen una conducta desarreglada y viciosa o exploten la mendicidad ajena; los vagos habituales; los mayores de dieciocho años que exploten habitualmente juegos prohibidos, o que

vivan de las actividades deshonestas de una mujer, o exploten en cualquier forma la prostitución; los mayores de dieciocho años que observen una conducta desarreglada y viciosa de la que pueda inducirse inclinación al delito y que se traduzca en el trato asiduo con delincuentes o personas de mal vivir; o en la frecuentación de lugares donde se reúnan los mismos; o en la perpetración reiterada y frecuente de contravenciones de policía.

La declaración del estado peligroso, según el artículo dos, debe hacerse con las formalidades establecidas por las leyes procedimentales para el juicio penal y previo dictamen de peritos oficiales cuando lo requiera la naturaleza de la causa que la determine.

Pero quizá la legislación más avanzada en lo que se relaciona con la peligrosidad pre-delictual es la cubana. El Código de Defensa Social de 1936, inspirado en los postulados positivistas de la responsabilidad legal, de la defensa social, de la reeducación del culpable y de la indemnización a las víctimas del delito, como lo anota José Agustín Martínez al explicar los criterios fundamentales que se tuvieron en cuenta para elaborar el Libro Primero (206), consagra la teoría en el artículo 48, así: "Se entiende por estado peligroso cierta predisposición morbosa, congénita o adquirida mediante el hábito que, destruyendo o envenenando los motivos de inhibición, favorece la inclinación a delinquir de un sujeto."

El mismo artículo autoriza la declaración del estado peligroso predelictual o delictual, cuando se observare en el sujeto los índices de peligrosidad siguientes: la enajenación mental; el cretinismo o la imbecilidad; la embriaguez o la narcomanía habituales; el juego, la vagancia habituales; el matonismo; la mendicidad habitual; las enfermedades de contagio venéreo; la infracción de las reglas de conducta impuestas a un individuo sujeto a la vigilancia de la autoridad; la prostitución de las menores de edad y la trata de blancas, cuando no constituya delito; la explotación de vicios moralmente reprobables.

Los estados peligrosos dan lugar a la aplicación de medidas de seguridad *post-delictivas* o *pre-delictivas*, decretadas, las primeras, por el juez o tribunal que conociere del asunto; y las segundas, por el juez correccional correspondiente.

A la teoría de la peligrosidad criminal se le han hecho las siguientes objeciones importantes:

1ª La doctrina es imposible de captar en una fórmula. Alejandro Raitzin, docente de medicina legal de la Facultad de Ciencias Médicas de Buenos Aires, y el profesor Juan P. Ramos, han resumido las críticas muchas veces expuestas contra la teoría. Estima el primero de los catedráticos citados (207) que un juicio sobre la peligrosidad sólo podrá establecerse completamente mediante un sondeo médico y psicológico de la personalidad, pero que ese sondeo es impracticable, pues los fenómenos mentales son de una extraordinaria complejidad y amplitud. Hasta ahora no se ha logrado descubrir el método ni el principio para valorar los signos que la clínica aporta, ni tampoco la correspondencia entre estos signos con la verdadera fisonomía psicológica o modular de la personalidad; personalidad que no es estática, ni anatómica, ni siquiera fisiológica, sino dinámica, inestable y cambiante como la vida.

Según Ramos, un juicio sobre el estado peligroso sólo puede fundarse en un conocimiento íntimo y completo del hombre. Pero resulta que el hombre es un desconocido. Lo ignoran la psicología, la sociología, la historia. Y si hoy, al aplicar un simple artículo del código penal se incurre en tan deplorables errores, ¿qué no sucederá cuando el fallo del juzgador recaiga sobre el pasado, el presente y el futuro del sujeto?

2ª La doctrina de peligrosidad disgregaría las figuras delictivas, pues en lugar de quedar establecidas éstas en los códigos, se resolverían en fórmulas generales que llevarían al más amplio arbitrio judicial, y con ello a la persecución y el abuso.

Sustenta esta tesis el profesor Sebastián Soler. Si el delito, arguye, sólo comporta un valor sintemático, si la infracción objetivamente grave puede ser subjetivamente leve, o viceversa, se sigue que la confección de un reglamento punitivo, sin delito ni dosimetría, conviene más a los principios generales de la peligrosidad. Si la noción del delito va camino del olvido para que surjan en su reemplazo los elementos estructurales de la peligrosidad, la consecuencia directa es la ineficacia de la norma para avaluar el hecho concreto, toda vez que el hecho concreto no se capta en preceptos generales.

Ahora bien: el reemplazo de la figura delictiva traería como consecuencia un límite arbitrario a la acción del juzgador, al

mismo tiempo que haría imposible el interés de juzgar al individuo. Por consiguiente, la aceptación incondicional de las tesis sobre peligrosidad conduce al establecimiento de normas reglamentarias elásticas, instrumentos perjudiciales en las manos del juez. No habría en los códigos artículos para especificar el delito, ni menos para sancionarlo (208).

#### REPLICA A LAS OBJECIONES SOBRE LA PELIGROSIDAD CRIMINAL

Al recomendar las excelencias de la teoría, Prins (209) rebate las objeciones que se le han hecho. La aceptación del concepto del estado peligroso, dice él, de ninguna manera evita las posibilidades de lo arbitrario. Nadie negará que los derechos individuales puedan ser injustamente lesionados, ni que el estado peligroso pueda ser declarado abusivamente. La posibilidad de error es inherente a la justicia humana y todo sistema que autorice a unos hombres para juzgar a otros, contiene una parte de aproximación.

“Por muchas que fueren las precauciones tomadas por la ley positiva, no se podría impedir la posibilidad del abuso. Una declaración de enajenación mental o de curación de un alienado no escapa a las controversias, pues no ofrece certeza absoluta; y el error no es menos grave cuando el local donde injustamente se retiene a una persona lleva la denominación de asilo que cuando toma el nombre de cárcel, o casa de trabajo o de preservación.” De igual modo, la decisión del juez no será más que una presunción de verdad, cualquiera que fuere el motivo para dictarla; ya se trate de una providencia civil sobre la inhabilitación de un mayor de edad, o de una determinación penal acerca del grado de discernimiento de un menor, o de un auto sobre detención preventiva, o de una sentencia condenatoria, el juez puede engañarse. También puede suponer injustamente el estado peligroso de un delincuente y hacerle sufrir sin motivo una larga prisión.

El doctor Peco considera que los argumentos opuestos a la doctrina no sólo van contra los sistemas empleados para la determinación de la peligrosidad, sino que están dirigidos contra todo lo que se ha edificado en el campo del derecho penal y en el de las pruebas judiciales. Naturalmente, captar la peligrosidad en fórmulas es problema bastante difícil de resolver, porque la misma diversidad de tipos humanos no se presta a generalizaciones o al establecimiento de leyes abstractas.

Ampliando las opiniones de Prins, dice el mismo Peco que si se descartara lo aproximado de la administración de justicia, y si se pidiera su reemplazo por fórmulas tangibles o matemáticas, sería impracticable inclusive la normal aplicación de los códigos. La ley penal da reglas. No siempre se ajustan los casos a estas reglas, lo mismo en lo sustantivo que en lo procedimental. Por algo existe la lógica. En presunciones reposan las principales instituciones del derecho penal: la condena y la libertad condicionales, el perdón judicial, la prescripción. La presunción de que la pena no agregará nada al que delinque por sentimientos altruistas, inspira el perdón judicial; la certidumbre de que el individuo no volverá a delinquir y de que el cumplimiento de las tres cuartas partes de la sanción ha conseguido corregir al reo, origina la *libertad condicional*. Todo el edificio del derecho se levanta sobre lo presuntivo y conjetural. Referir las objeciones a la tesis sobre la peligrosidad a lo imposible de su definición, es combatir de raíz el sistema general del derecho (210).

Tampoco puede decirse que desaparezcan las figuras delictivas. La comisión de cualquiera acción punible autoriza la apertura del juicio de peligrosidad que puede ser perfectamente coetáneo al proceso que hoy se instaura por la comisión del delito. Por otra parte, el hecho de que se cambie la casuística legal por normas ágiles, susceptibles de interpretaciones doctrinarias, no significa que se va a acabar por completo con la configuración de los delitos. Por lo mismo, es inocua la objeción de que el arbitrio judicial llegaría a extremos perjudiciales, porque esa facultad no es soberanía absoluta del juez para disponer del delincuente como quiera, sino un medio para individualizar el tratamiento criminológico del infractor.

## Capítulo VIII

### LA PELIGROSIDAD EN LA LEGISLACION COLOMBIANA

Cómo funciona la teoría del estado peligroso en la legislación colombiana.—Circunstancias de mayor y menor peligrosidad aceptadas en el código.—Cómo deben estimarse judicialmente las circunstancias de mayor y menor peligrosidad.—El ministerio público y el juicio sobre la peligrosidad.

#### COMO FUNCIONA LA TEORIA DEL ESTADO PELIGROSO EN LA LEGISLACION COLOMBIANA

Dentro del sistema jurídico-penal colombiano, la peligrosidad del delincuente no es criterio que sirva para fundar la responsabilidad, sino que funciona como uno de los instrumentos para graduar la pena dentro del máximo y el mínimo establecido para cada delito en el código. A diferencia de otras, por ejemplo de la ley penal soviética (211), la nuestra no dice: “Se aplicarán las sanciones a los que hubieren ejecutado acciones peligrosas”, o “la pena se aplica de acuerdo con el grado de peligro que el sujeto demuestre”, sino que ordena considerar las modalidades del hecho delictuoso, la personalidad del individuo, los motivos determinantes y las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que asistan al sujeto y a su obra. La peligrosidad es, pues, una agravante genérica de la responsabilidad, y no la responsabilidad misma. En esta materia, nuestro código se guió a grandes trazos por el proyecto Ferri de 1921, aunque al adoptar el criterio se hicieran algunas inexplicables variantes, como pasa a verse.

En efecto: según lo expusimos en el número 134, la peligrosidad se diagnostica mediante estos tres factores esenciales: gravedad del delito, motivos determinantes y personalidad del agente. Desde esta triple dirección se enfoca al delincuente para conocer su grado de peligro social. Si se trata de una infracción objetivamente grave, por ejemplo, el robo de una considerable suma de dinero, y la causa fue el deseo de enriquecerse para emplear al dinero en la usura o el agio; y si esto fue promovido o adelantado por un mal viviente o por un tahur profesional, estaríamos en presencia de un sujeto altamente peligroso, pues el delito fue grave, los motivos determinantes antisociales y relajada o inexistente su moralidad. Los tres factores revelan una condición anormal, tanto desde el punto de vista jurídico, como desde el punto de vista moral y social.

Puede ocurrir que el delito sea grave, pero que la fuente del acto radique en una persona correcta, intachable en su conducta y que se hubiera visto obligada a proceder así por nobles motivos de conveniencia personal. En este caso la peligrosidad es menor que en el primero; pero existe siempre.

Porque el juicio sobre el estado peligroso es un resultado del análisis de aquellos tres factores, la comisión italiana propuso en el artículo 20 del proyecto de 1921: "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." En cambio, el artículo 36 del código colombiano, prescribe: "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 y menor peligrosidad que lo acompañan y la personalidad del agente."

En otros términos: "El proyecto italiano que sirvió de modelo para la elaboración del nuestro estima la peligrosidad como lo indican las exigencias teóricas de este concepto, esto es, como criterio de punibilidad. El código de Colombia coloca la peligrosidad nada más que como una circunstancia, al lado de otras circunstancias, como son: la gravedad del delito, la personalidad del agente, y los motivos determinantes, olvidando que la peligrosidad es precisamente el resultado de la convergencia de esa triple categoría de factores. Esto ha llevado a confusiones que todavía no ha logrado aclarar nuestra práctica judicial. 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 determinaría teniendo en cuenta las tres circunstancias ya expuestas. Lo que ha sucedido es, sencillamente, que se ha tomado el todo (peligrosidad, que envuelve lo demás) por una de las partes.

La peligrosidad predelictual no es admitida en el sistema penal nuestro. Sin embargo, el concepto logró penetrar subrepticamente en nuestras instituciones e incorporarse a la ley 48 de 1936 "sobre vagos, maleantes y rateros". El artículo primero contiene la presunción de vagancia contra "el que habitualmente y sin causa justificativa se dedique a la mendicidad", lo mismo que contra el que no tenga oficio lícito o tolerado "y cuyos ante-

cedentes den fundamento para considerarlo como perjudicial a la sociedad"; y contra el que ejerza la mendicidad habitual induciendo para ese fin a sus hijos, parientes y subordinados, o menores, en general.

El artículo 6º define como maleantes, entre otros, a "los que sin causa justificativa no ejercen profesión, ni oficio lícito, y adoptan habitualmente para su vida y subsistencia medios considerados como delictuosos; o los que aun ejerciendo profesión o teniendo oficio lícito, hayan sido conducidos con frecuencia ante las autoridades como presuntos responsables de delitos contra las personas o contra la propiedad, y respecto de los cuales, además, se haya pronunciado, siquiera por tres veces, sobreseimiento de carácter temporal, por delitos contra la propiedad".

Existe, pues, un claro reconocimiento de ciertos estados peligrosos sin delito. El tratamiento consiste en la condenación a una colonia agrícola penal por un término que varía entre dos y seis años. Esta reglamentación parcial de la peligrosidad sin delito tiene una falla enorme: haber encomendado a los alcaldes municipales tan delicada labor de saneamiento y hacer de los gobernadores una especie de tribunal de segunda instancia. Estos funcionarios de orden político y administrativo están incapacitados por muchas causas para ejercer con cuidado y competencia aquella función de defensa colectiva contra las posibilidades del crimen. En ocasiones los fallos proferidos indican un grado de peligro mucho más alarmante que el de la persona contra quien se dirigen esas providencias. Indispensable es crear los jueces de prevención para acabar con los abusos que se cometen en las alcaldías y gobernaciones, en nombre de una mal entendida o ignorada noción del *orden social*.

#### CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR Y MENOR PELIGROSIDAD ACEPTADAS EN EL CODIGO

De las dieciséis circunstancias de mayor peligrosidad que enumera el artículo 37, unas se refieren a las modalidades de la ejecución criminosa, como la quinta, la sexta, la séptima, la octava, etc; otras dicen relación a las condiciones personales del sujeto, como las cuatro primeras, y la tercera se refiere a la calidad de los motivos determinantes. En esos dieciséis incisos está contenida, por sus diversos aspectos, la peligrosidad. Razón de más que exalta la consistencia del artículo 36, tal como está redactado.

El artículo 37 hace la enumeración de este modo:

“Son circunstancias de mayor peligrosidad que agravan la responsabilidad del agente, en cuanto no se hayan previsto como modificadoras o como elementos constitutivos del delito, las siguientes:

1ª Sus antecedentes de depravación y libertinaje.

2ª El haber incurrido, anteriormente, en condenaciones judiciales o de policía.

3ª El haber obrado por motivos innobles o fútiles.

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

5ª La preparación ponderada del delito.

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.

7ª El abusar de las condiciones de inferioridad personal del ofendido, o de circunstancias desfavorables al mismo.

8ª El ejecutar el delito con insidias o artificios, o valiéndose de la actividad de menores, alcoholizados, deficientes o enfermos de la mente.

9ª El obrar con la complicidad de otro, previamente concertada.

10ª El ejecutar el delito aprovechando una calamidad pública o privada, o un peligro común.

11. El abusar de la credulidad pública o privada.

12. El hacer más nocivas las consecuencias del delito.

13. El perjudicar u ofender con una misma acción, y no por mero accidente, a más de una persona.

14. En las culpas, el haberse ejecutado el daño en circunstancias que lo hacían muy probable o fácilmente previsible.

15. La posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad por su ilustración, riqueza, dignidad u oficio.

16. La ejecución del delito sobre objetos expuestos a la buena fe del público, o custodiados en oficinas públicas, o destinados a la utilidad, defensa o reverencia públicas.”

Las circunstancias de menor peligrosidad están enumeradas en el artículo 37, cuyo texto dice:

“Demuestran menor peligrosidad y atenúan, por tanto, la responsabilidad —en cuanto no hayan sido previstas de otra manera— las siguientes circunstancias:

1ª La buena conducta anterior; 2ª El obrar por motivos nobles o altruistas; 3ª El obrar el estado de pasión excusable, de emoción determinada por intenso dolor o temor, o en ímpetu de ira provocada injustamente; 4ª La influencia de apremiantes y excepcionales circunstancias personales o familiares en la ejecución del hecho; 5ª La embriaguez voluntaria, cuando el agente no haya podido prever sus consecuencias delictuosas; 6ª El haber obrado por sugestión de una muchedumbre o tumulto; 7ª El procurar espontáneamente, después de cometido el hecho, anular o disminuir sus consecuencias; 8ª El resarcir el daño, aunque sea parcialmente; 9ª El presentarse voluntariamente a las autoridades después de cometido el delito y confesarlo; 10ª En las culpas, causar el daño en circunstancias que lo hacían muy improbable o difícil de prever; 11. La indigencia y la falta de ilustración, en cuanto hayan influido en la ejecución del hecho; 12. Las condiciones de inferioridad psíquica, determinadas por la edad, por el sexo, o por circunstancias orgánicas transitorias.”

Además de estas circunstancias de menor peligrosidad, puede tomarse cualquiera otra análoga a ellas, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 40, artículo que se aprobó en la comisión redactora a pesar de las propuestas del doctor Carlos Lozano para que se suprimiera, puesto que con esa disposición se consagra la arbitrariedad y se permite “que el juez tenga en cuenta circunstancias que no han sido previstas por la ley, y a las cuales puede darse tal valor de apreciación que haga variar completamente la penalidad que hubiera correspondido al delito si sólo se tuvieran en cuenta las circunstancias enumeradas en el artículo 38, en el cual tan sólo se da un criterio al juzgador, pero no una enumeración de carácter obligatorio” (212).

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 circunstancias de mayor peligrosidad, cuya enunciación es taxativa. Por una parte se permite la analogía, y por la otra se recorta. Silvio Longhi (213) 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 absolución. Pero esas circunstancias no podrían tomarse como síntomas de mayor peligrosidad por impedirlo nuestra ley.

Ferri había introducido en su proyecto una circunstancia de mayor peligrosidad que la comisión colombiana no reprodujo ni mencionó. Es la siguiente: "Las condiciones anormales y psíquicas anteriores al delito, durante su ejecución y después de ella, que no constituyan enfermedad mental y que revelen tendencias criminosas." Su explicación parece muy elemental: aparte de los tipos psiquiátricamente catalogables a quienes se aplica una medida de seguridad por encontrarse "en estado de enajenación mental" o padecer "grave anomalía psíquica", según el artículo 29 del código penal colombiano, existen otros víctimas de alteraciones de menor entidad que no figuran en el cuadro de las locuras o de los grandes desequilibrios psíquicos. A éstos no es posible considerarlos como más peligrosos, por análoga razón: la ley lo impide, pues el criterio extensivo lo dejó solamente para que el juez pueda apreciar únicamente circunstancias de menor peligrosidad.

¿Qué sitio ocupa en nuestro código, por ejemplo, el delincuente que, además del estado de peligro que demostró con el delito, tiene marcadas aberraciones sexuales? ¿O el que delinquiró influido precisamente por tales aberraciones? ¿Dónde se va a residenciar a los sádicos, a los masoquistas? La ninfomaníaca, el satiriático, llevan consigo una buena dosis de peligrosidad. Sin embargo, el juez no podrá reconocer ese estado como circunstancia que agrave la sanción. Sólo cuando constituya "grave anomalía psíquica" podrá prescindirse de la pena y aplicarse una medida de seguridad.

Hay una disonancia entre la facultad de apreciar las circunstancias de mayor y menor peligrosidad que no se compadece con las doctrinas de la defensa social.

#### COMO DEBEN ESTIMARSE JUDICIALMENTE LAS CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR Y MENOR PELIGROSIDAD

Sin conocer la teoría general de la peligrosidad, ni los medios para determinarla en el sujeto, no es posible lograr judicialmente una científica y humana aplicación de la ley.

Lo primero que debe tenerse presente por el juzgador es que, tanto los hechos que tipifican un delito como las circunstancias de peligrosidad, deben estar probados plenamente. Si se instruye un proceso para concluir con la declaratoria de responsabilidad, y, por consiguiente, con la aplicación de una pena, es forzoso

incluir entre las diligencias de ese proceso las que procuren una información de las condiciones personales del agente, de los motivos que han determinado o precedido su acto y de las consecuencias derivadas de su consumación. Si la responsabilidad debe estar demostrada con plenitud, de tal manera que el fallo que recaiga sobre el delincuente proceda de una base cierta e inequívoca, las circunstancias que modifican esa responsabilidad, agravándola o atenuándola, deben también estar probadas porque su aceptación se traduce en un aumento o en una disminución de la penalidad señalada para la infracción en el respectivo artículo del código.

No es suficiente con limitarse a enumerar las circunstancias que concurren en el delincuente para aumentar la sanción, o para aplicar el mínimo. Es indispensable que se haga un análisis pormenorizado de cada una de ellas para ver qué valor sintomático pueden tener. No todas las circunstancias que agrupa exhaustivamente el artículo 37 representan un índice igual de peligro, de modo que es erróneo aumentar la pena en proporciones determinadas de antemano.

Por otra parte, la misma circunstancia puede no decir nada sobre la peligrosidad de un individuo, y decir mucho del estado peligroso de otro. Su valor no es, pues, uniforme, y pecan contra la técnica quienes aprecien como manifestaciones idénticas, por ejemplo, “el haber obrado por motivos innobles o fútiles” y “el tiempo, el lugar, los instrumentos o el modo de ejecución del delito”.

La primera de las circunstancias citadas se refiere a la motivación del sujeto, es decir, que es de índole psicológica. Pero, no por saber esto debe terminar aquí la investigación. Es forzoso saber si esa actuación influida por motivos bajos o antisociales tuvo un carácter accidental, o, si por el contrario, responde a un modo de ser permanente. ¿Ese sujeto se guía siempre por tan apocados estímulos? Entonces el índice de peligro será más alto que el que acusa el acto aislado o único. Además, no hay que perder de vista que el motivo puede ser también insignificante. La *futilidad* se refiere a su insignificancia, a su cantidad. La *innobleza* se refiere a su calidad. Una misma circunstancia puede determinar un aumento mayor de la pena si las acciones bajas son constantes, o menor en el caso de que la motivación innoble haya sido transitoria.

La segunda de las circunstancias antes transcritas, a manera de ejemplos, se refiere a las cualidades ejecutivas del delito. Hay en ella muchos elementos por estudiar. *El tiempo* no sólo es el tiempo cronométrico, sino el social; el lugar desolado o solitario; los instrumentos empleados, sólo constituyen causa para agravar la pena en dos casos: cuando hayan dificultado la defensa de la víctima, o cuando demuestren una mayor insensibilidad moral en el victimario. La concurrencia de esta circunstancia, su demostración con prueba plena o completa dentro del juicio, ¿indica un grado de peligro igual al que evidenció el individuo que siempre procede por móviles nimios o antisociales? Indudablemente no. Siendo desigual el síntoma, desigual tiene que ser el tratamiento.

#### EL MINISTERIO PÚBLICO Y EL JUICIO SOBRE LA PELIGROSIDAD

Este criterio, por fortuna, ya ha sido aceptado por las entidades superiores del ministerio público. Con fecha 2 de junio de 1944 la procuraduría para lo penal —ejercida entonces por el autor de esta obra—, en vista que rindió a la Corte Suprema de Justicia dentro de la casación interpuesta por Agustín Barrera Niño, critica el fallo de un tribunal en el que se dijo apenas:

“No encuentra el tribunal circunstancia alguna de las expresadas en el artículo 38, que atenúe la responsabilidad del procesado; y sí considera establecidas las agravantes del artículo 37 de la misma obra, consagradas en los numerales primero, tercero, cuarto y quinto. Por tanto, conforme al artículo 19 de dicho código, corresponde a Barrera la pena máxima de presidio durante catorce años.”

La procuraduría opuso a las consideraciones de dicha sentencia numerosas razones de índole doctrinario. Entre otras, las que siguen:

Nada más se dice, afirma el representante del ministerio público. Con una sencilla afirmación de estructura dogmática se vuelcan sobre el condenado las agravantes de la penalidad enumeradas en el artículo 37, sin que el reo sepa qué juicio merece al juzgador su personalidad; ni cuáles son los defectos de su conformación moral que inspiran desconfianza a la justicia; ni qué accidentes de su comportamiento externo, existentes antes del delito, concordantes con el delito y sobrevivientes a su consumación, son los que mueven en contra suya el aparato de la defensa social.

Tan ligero proceder es causa de frecuentes errores al agravar el rigor de la pena aceptando la concurrencia de circunstancias de mayor peligrosidad. No son raras las exageraciones que se cometen en el ejercicio del relativo arbitrio que la ley pone en manos del juez para apreciar tales circunstancias. A veces se confunden unas con otras, o se les da un valor uniforme que no se compadece con su contenido ni con el índice de temibilidad que cada una de ellas acusa.

Uno de los criterios orientadores para fijar la sanción lo suministra la peligrosidad del sujeto cuando se ha exteriorizado en cualquiera de las formas que señala el artículo 37 del código. Este estatuto, al revés de la obra que le sirvió de modelo (el proyecto Ferri de 1921), no exige el juicio sobre el estado peligroso como elemento central, medular, dijéramos, de la punición. Apenas toma la peligrosidad como una de las circunstancias agravantes de la pena.

Pero, si bien es cierto lo anterior, no por ello debe descuidarse el análisis de los estados peligrosos, esos atributos necesarios del que ya delinquiró. Ni se deben estimar las circunstancias del artículo 37 con un simplista y rígido sistema igualitario que forzosamente conduce al extravío y a la injusticia.

La apreciación de los síntomas de peligrosidad varía tanto como los actos de donde derivan. Para nadie será un problema declarar mucho más nocivo socialmente al sujeto que obra delictivamente por motivos fútiles, que aquel que ocasionó un hecho culposo en condiciones que lo hacían previsible con facilidad, o que aquel que hizo más gravosas las consecuencias de su acto inicial. Puede que en ambos casos sea larga la persistencia del impulso. Pero, mientras en el primero acusa una marcada falta de resistencia al incentivo, en el segundo se relleva solamente el defectuoso mecanismo de la atención que oscurece y perturba la capacidad previsiva. Naturalmente, lo último tiene vigor en casos comunes y no en los que actúan aquellos delincuentes culposos carentes de sentido moral, según Angliolini, pues éstos casi se encuentran en las fronteras del dolo.

De allí el que Ferri hubiera advertido que la diversidad de circunstancias corresponde a la diversidad de síntomas. Unos son de carácter definidamente antropológicos, como los antecedentes de depravación y libertinaje; el irrespeto por los vínculos familiares; la futilidad en el obrar punible. Otros delatan las formas que asumió el delito: su preparación ponderada; el tiempo y el

lugar en que se consumó; los instrumentos empleados: el abuso de las condiciones de inferioridad del ofendido; la insidia; los artificios; el operar valiéndose de la actividad de menores, alcoholizados, deficientes o enfermos mentales; la complicidad preordenada. Otros, como el mencionado en el número 12 del artículo 38, se refieren a la conducta del procesado después de cometer el delito.

Cada síntoma, como puede notarse, ocupa un plano diferente, de acuerdo con su gravedad; y siendo esto así, el aumento de la pena tiene que ser correlativo a esa gravedad sintomática.