

DOS CONCEPTOS IRRECONCILIABLES: PELIGROSIDAD Y LEGALIDAD PENAL

José Luis Guzmán Dalbora

RESUMEN. El artículo realiza un detallado análisis de la única sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se ha pronunciado sobre la categoría de la peligrosidad del individuo. Repasa la trayectoria de la peligrosidad en las legislaciones americanas, sometiendo a crítica su pertinaz conservación en algunos Estados, y contrasta aquel concepto, como hizo la Corte, con otro ajeno a estos países, el derecho penal de autor, para concluir en la completa e insanable contradicción entre la legalidad penal, por un lado, y la peligrosidad y el derecho penal de autor, por otro. Por último, explica la incompatibilidad de la peligrosidad con el auténtico sentido de las penas estatal e internacional: la retribución de los delitos.

Palabras clave: derecho penal de autor, peligrosidad del individuo, garantías individuales, retribución del delito, administración de justicia, jurisprudencia.

ZUSAMMENFASSUNG. Der Artikel nimmt eine detaillierte Untersuchung des einzigen Urteils des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte vor, in dem dieser sich zur Kategorie der Gefährlichkeit des Individuums geäußert hat. Er legt die Geschichte der Gefährlichkeit in den amerikanischen Gesetzgebungen dar, nicht ohne ihre hartnäckige Beibehaltung in einigen Staaten zu kritisieren, und stellt, wie zuvor bereits der Gerichtshof, dieses Konzept einem anderen, in unseren Ländern nicht bekannten, dem Täterstrafrecht gegenüber, um daraus einen vollständigen und nicht zu behebbenden Widerspruch zwischen dem Strafrecht einerseits und der Gefährlichkeit bzw. dem Täterstrafrecht andererseits abzuleiten. Abschließend erläutert er die Unvereinbarkeit der Gefährlichkeitskategorie mit dem eigentlichen Sinn der staatlichen und internationalen Strafen: die Abgeltung der Delikte.

Schlagwörter: Täterstrafrecht, Gefährlichkeit der Person, individuelle Freiheitsrechte, Abgeltung einer Straftat, Rechtspflege, Rechtsprechung.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

ABSTRACT. This work is an in-depth analysis of the Inter-American Court of Human Rights' only judgment which deals with individual dangerousness. The concept of dangerousness in American legal systems is reviewed and some countries are criticized for obstinately preserving its application. Following the Court's reasoning, the article makes a comparison with the offense-based criminal law which prevails in other countries. The article concludes by underlining the incurable contradiction between the principle of legality and the concepts of dangerousness and offender-based criminal law. Finally, it explains that dangerousness is incompatible with the real purpose of national and international penalties: retribution for crimes.

Keywords: actor-based criminal law, individual dangerousness, individual guarantees, criminal retribution, administration of justice, case law.

1 • Un fallo de envergadura en una jurisprudencia claudicante

Al repasar en un trabajo anterior la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,¹ llamamos la atención sobre las deficiencias de técnica penal y el recato jurídico-político de los pronunciamientos de dicho órgano a propósito del artículo 9.º de la Convención de 1969.

Entonces escribimos que su manejo del principio recogido en la disposición —nada menos que el *nullum crimen nulla poena sine lege*— muestra aciertos, algunos dignos de loor, pero también desarreglos que frustran exigencias concretas de la máxima legalista, especialmente cuando se trata de delitos de significación política o trascendencia internacional. Como a propósito de estos la Corte prohíja el sello de adustez de los viejos crímenes de lesa majestad, o bien se rinde a presiones que apetecen el castigo a cómo dé lugar de fechorías que ofenden a la humanidad toda, incluso al precio de desatender requerimientos básicos del derecho penal de los pueblos civilizados,² garantías

¹ Cf. Guzmán Dalbora: "El principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos", en el volumen *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, editado por Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, pp. 171-192.

² Como la irretroactividad de la ley más gravosa, prescripción, amnistía y el indulto. Paradigmática, la sentencia del 26 de diciembre de 2006, en el caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*. Calificado el crimen que segó la vida de Almonacid como uno contra la humanidad, se ordena allí, en franca contradicción con el derecho interno, que "el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio *ne bis in idem*, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad penal, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables" (fundamento 151).

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

que el tribunal, en cambio, honra en el enjuiciamiento de delitos comunes, su marcha sobre el particular no puede sino resultar claudicante. El fenómeno parece tanto más vistoso cuanto que la en palabra es una jurisprudencia antes volcada hacia el derecho condensado en principios que obsecuente doncella de las reglas jurídicas nacionales objeto de denuncia.³

Pues bien, dentro de la no muy numerosa serie de fallos que versan del mandato de legalidad, y el desasosiego que infunden en el ánimo del criminalista, existe uno que resplandece con descomunal potencia. Los categóricos términos de la Corte, si en otros pronunciamientos suenan poco prudentes u oportunos, en el que nos interesa asumen plena justificación, por lo certero del parecer que les sirve de fundamento y la necesidad de imprimir elocuencia a la admonición dirigida a los derechos internos en una cuestión tan importante como la que pasamos a comentar. La argumentación, cuya brevedad no resta un ápice a su contundencia, y el tajante tono de la manifestación formal, son, en efecto, índice fiel de la envergadura del tema para los ordenamientos del continente americano. De hecho, la sentencia ha dado que hablar en la doctrina, aunque no todo lo que sería deseable, y su incipiente influjo se percibe en la jurisprudencia de algunos países del continente, proyectando un haz de luz en el confuso espectro de resoluciones de legitimidad constitucional que ha merecido la atroz disciplina en su inquietante aspecto actual. Pero, además, nuestro fallo permite calibrar en su exacta medida y aproximarse a la solución de notos problemas del fin abstracto y la función concreta de la pena estatal y supraestatal. Su proyección, pues, es bifronte. Importa lo mismo a los derechos penales nacionales que al derecho internacional penal.

Fecha el 20 de junio de 2005, la sentencia de la Corte atañe a un delito común, en el caso rotulado *Fermín Ramírez contra Guatemala*. Resumamos hasta el esquematismo los principales pormenores del proceso y la resolución que recayó en él.

³ La distinción entre principios y reglas, en el sentido que interesa en este contexto (pues su origen es mucho más antiguo), procede de Robert Alexy, principalmente en su obra *Teoría de los derechos fundamentales* (traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2.ª ed., 2008, cf. pp. 63 ss. A primera vista, el principio de que nos ocupamos es una garantía individual consagrada en el Pacto de San José de Costa Rica, al paso que las reglas que entran en consideración son las particulares de los derechos punitivos de los Estados. Sin embargo, hay que tener presente que la legalidad penal representa un *axioma* o *dogma*, no susceptible, por tanto, de excepciones o desviaciones jurídicas que reduzcan su férula. De hecho, el constitucionalista en palabra piensa que tras su formulación en la Constitución alemana (artículo 103, § II) se oculta una regla, "pues lo que exige es algo que siempre puede solo ser o no ser cumplido" (p. 84), por más que lo usual sea llamarlo *principio*, nombre que en nuestro tiempo puede facilitar su perniciosa inclusión entre los "mandatos de optimización". Sin embargo, un axioma es algo más que una simple regla o proposición jurídica. Esta admite o puede acoger excepciones (ídem, cf. p. 80); los axiomas, como el "principio" de legalidad penal, no. Agradezco al profesor doctor Ezequiel Malarino, de Buenos Aires, haber llamado mi atención sobre la primera cita de Alexy.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Ramírez fue detenido el 10 de mayo de 1997 por la muerte violenta de una niña de doce años de edad. El Ministerio Público lo acusó de violación calificada, delito previsto en el artículo 175 del Código guatemalteco, que impone la pena de prisión de treinta a cincuenta años si, con motivo o a consecuencia de la violación, resultare la muerte de la persona ofendida, como a todas luces sucedió en los hechos de aquel día. Sin embargo, el tribunal, en flagrante agravio del principio de correlación entre acusación y sentencia, condenó al reo a muerte, como autor de asesinato, al tenor del segundo inciso del artículo 132, según el cual la pena ordinaria de este homicidio calificado, que va de veinticinco a cincuenta años de prisión, debe ser sustituida por la capital “si por las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor peligrosidad del agente”.

Los denodados esfuerzos de la defensa de Ramírez por revertir jurídicamente la condena resultaron infructuosos, fuera en la corte de apelaciones, fuera durante el procedimiento de casación ante el máximo tribunal, fuera, en fin, porque la gracia del indulto que se pidió en su favor fue denegada por el presidente de la República. Solo las medidas preventivas dispuestas por la Corte Interamericana permitieron suspender la ejecución, esa terrible amenaza que el infeliz sujeto arrojó durante varios años, con deterioro de su salud mental y daño de su familia.⁴

El fallo sobre el fondo, las reparaciones y costas emitido por la Corte hizo algo más que declarar la trasgresión del Estado a la prerrogativa de la defensa de no ser sorprendida con una recalificación de los hechos cuyo sustento es el cambio abrupto de los que figuraron en la acusación. “El problema que plantea la invocación de la peligrosidad no solo puede ser analizado a la luz de las garantías del debido proceso, dentro del artículo 8.º de la Convención”, eje de la causa hasta ese punto, sino que posee “mayor alcance y gravedad” porque compromete de lleno “el principio de legalidad criminal”. Haciéndose cargo del alegato de los representantes de la víctima y con una fina percepción del trasfondo político-jurídico del problema, la Corte desarrolla un razonamiento cuyos instantes neurálgicos conviene reproducir para ilustración del lector.

⁴ El testimonio del reo y el informe del perito psiquiatra, que se leen en la sección sobre la prueba (número VI, letras a y d) de la sentencia de la Corte interamericana, son de un realismo estremecedor. A Ramírez, quien entre otras tristes peripecias tuvo que seguir por televisión la ejecución de dos compañeros de celda, la antesala de la muerte le produjo serias perturbaciones físicas y psíquicas, acentuadas por el estado de abandono en que se lo dejó en la cárcel. Su familia, estigmatizada y aislada por la condena del padre, perdió al hijo mayor, muy unido a él, amén de sumirse en un crónico deterioro emocional y económico. La *transcendencia* de la pena de muerte, o sea, que ella afecte también a personas distintas del condenado, opera aun antes del golpe del verdugo. Sobre el carácter aberrante del sumo suplicio, véase Guzmán Dalbora: *La pena y la extinción de la responsabilidad penal. Primera parte*, Santiago de Chile: Legal Publishing, 2008, pp. 145-146.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

La categoría de la peligrosidad —así debuta el fallo— “constituye claramente una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo”. “La valoración de la peligrosidad del agente —prosigue la Corte— implica la apreciación del juzgador de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación de los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán [...] En fin de cuentas, se sanciona al individuo [...] no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que [él] es”. Tras asentar este juicio, el tribunal considera evidentes las deplorables implicaciones que acarrea preservar la peligrosidad, “absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos”, y concluye que su previsión en un texto punitivo “es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contraria a la Convención”.⁵

Con efecto, en esto radica precisamente lo medular del asunto, a saber, la completa e insanable contradicción entre el concepto de peligrosidad aplicado al individuo imputable, por una parte, y, por otra, la legalidad de delitos y penas, apotegma que los ordenamientos americanos erigen en clave de bóveda de sus Códigos penales y derecho fundamental de la parte dogmática de sus Constituciones.⁶ Hacia la ilustración de tal tesis, que sirve de título a estas cuartillas, encaminamos las reflexiones siguientes. Al efecto, primero será preciso describir en sus rasgos principales la trayectoria de la peligrosidad en las legislaciones de esta zona del mundo, sometiendo a crítica su pertinaz conservación en algunos Estados, y, después, contrastar el concepto, como hizo la Corte, con otro ajeno en general a estos países, el derecho penal de autor. Entrambos pliegues del problema, que trataremos con brevedad por lo archisabidos que son, convergen en lo inadmisibles que resulta para la mentalidad legalista, y la doctrina política que la anima, acoger en su seno esa pareja de vástagos del derecho penal totalitario. Que haya incurrido en el desliz de aceptarlos sincera u oblicuamente en materias aisladas no debe

⁵ Fundamentos 94-96. Citamos estos y otros párrafos del fallo según la plataforma electrónica oficial de la Corte, disponible en <<http://www.Corte.IDH.or.cr>>.

⁶ También la de Guatemala, de 1985, en su artículo 17, enlistado en el título II (Derechos humanos), capítulo I (Derechos individuales): “No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración”. El Código penal de 1973 lo contempla en el artículo 1.º: “Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean previamente establecidas en la ley”. Nótese que estos textos no aluden a *conductas* o *comportamientos*, por tanto, a la forma de conducirse una persona en su vida, sino que prefieren los términos, precisos y acotados, de *acción*, *omisión* y *hecho*.

ser motivo para aprobar en ese aspecto un Código que se proclama liberal, sino, antes bien, ha de estimular la empresa de una pronta corrección que le extirpe semejantes excrecencias. En fin, de lo incompatible de la peligrosidad con el auténtico sentido de la pena estatal e internacional habrá oportunidad de invertir algunas líneas antes del cierre de este trabajo.

2. Trayectoria, supervivencias y crítica de la peligrosidad en las legislaciones americanas

El término *peligrosidad* se adelantó en algunas décadas a la irrupción de la escuela positiva, su enclave ideológico natural. Basta recordar la oposición de Feuerbach al barrunto de sistema dualista postulado por sus rivales,⁷ con la preservación que este traía de las penas arbitrarias del derecho común. El jurista bávaro traza con sorprendente exactitud el concepto de peligrosidad,⁸ al que combate porque los que ya perpetró un sujeto no son elementos suficientes para deducir la probabilidad de delitos futuros en él, así como por el vivo riesgo de que un derecho de seguridad o de policía perfore la legalidad penal y su razón de ser, la salvaguarda de la libertad individual.

Va de suyo que este criterio sería decisivo a la sazón. Los grandes Códigos decimonónicos establecieron medidas preventivas solo para los inimputables. Conocida la dependencia de los textos iberoamericanos respecto de los forjados en Europa por la escuela clásica, es fácil comprender que la peligrosidad tampoco encontrase reconocimiento en sus disposiciones, que formaban abrumadora mayoría, sobre el acusado imputable. A este se reservó únicamente la pena como sanción de *actos* delictuosos, no por hipotéticos riesgos procedentes del modo de ser, la conducta o la configuración de su personalidad.

En cambio, el positivismo de matriz criminológica, llevado de su obsesión por una defensa social entendida mecánicamente y el proyecto utilitario que imprime a la pena, dio a la peligrosidad el impulso que jamás pudo adquirir al amparo del pensamiento

⁷ Kleinschrod y Tittmann, quienes quisieron profundizar el medio de aseguramiento previsto por el derecho territorial general prusiano, de 1794, para los delincuentes que, después de cumplida su pena, pudieran llegar a ser peligrosos a causa de tendencias reprobables procedentes de su carácter cruel, hecho que permitía al juez mantenerlos encerrados hasta que desapareciese su peligrosidad. Cf. Guzmán Dalbora: o. cit., pp. 56-57.

⁸ Como aquella cualidad de una persona que hace presumir fundadamente que violará, en efecto, el derecho. Cf. Jiménez de Asúa: *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*, Madrid: Imprenta de Juan Pueyo, 1922, p. 33.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

que alumbró los Códigos de la etapa anterior. La noción, que nace propiamente con la *Scuola*, parte de unas bases filosóficas materialistas y una epistemología naturalista donde el lugar del imperativo kantiano, inspirador del ideario liberal, será ocupado por la regla de hierro.⁹ La dureza inherente al sistema penal del positivismo proviene de una concepción orgánica de la sociedad y una explicación del delito cual síntoma de la patología de uno de sus miembros. Mientras la primera demanda el empleo de la pena para tornar inocuos, por corrección, intimidación o neutralización, a los individuos socialmente inadaptados, la segunda postula cuantificarla de acuerdo con la clase y el grado de su peligrosidad.

En efecto, la contribución más importante del positivismo al problema de la medida de la pena fue la temibilidad o peligrosidad, correlato indispensable de la acen-tuación de la prevención especial como único fin de la sanción punitiva.¹⁰ Esta trans-formación del derecho penal, que se desentiende del delito para cifrarse en los aspectos biológico y social del delincuente, cuyo hecho es solo una manifestación de su estado peligroso, requería la formación de tipologías criminológicas de los asociales —como los delincuentes locos, natos, habituales, de ocasión y por pasión, de Ferri—, con los grados que llevan de una a otra clase,¹¹ obtenido lo cual se creyó factible adaptar la pena a la personalidad del encartado. De ahí que la “individualización” de la pena —otro término nacido entonces—, y su correlato en la prevención especial como medio de defensa de la colectividad, no podía por menos que requerir una modificación de los principios de

⁹ Mientras la regla de oro prohíbe hacer a otro lo que uno mismo no desearía sufrir, la de hierro reza: “tienes derecho a exigir a los demás lo que estás dispuesto a exigirte a ti mismo”, por tanto, disciplinarlos, atormentarlos, exponer su vida, incluso matarlos. Es la norma que emana del liderazgo, la del caudillo y sus sacrificios, como explica Bernhard Schlink en su novela *El regreso*; la que lleva a tratar al prójimo con inclemencia, la regla parda del totalitarismo.

¹⁰ La temibilidad como criterio de mensuración procede de Garófalo, con terminante liquidación del criterio de la proporcionalidad de la pena al delito, y la presenta cual principio que transformará la legislación penal. A ella se plegó Ferri, que habla de una “inadaptabilidad social”, no sin reconocer la prioridad del primero. Cf. Garófalo: *La criminología. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión* (traducción de Pedro Dorado Montero), Montevideo y Buenos Aires: B. de F., 2005, pp. 258-259, y Ferri: *Sociología criminal*, 2 vols. (traducción de Antonio Soto y Hernández, con un prólogo de Primitivo González del Alba), Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1907, t. II, pp. 166-167.

Sin embargo, su elaboración técnica es posterior. El concepto de peligrosidad, que reemplazó las imprecisas nociones de Ferri y Garófalo, pertenece al neopositivista Grispigni y a Jiménez de Asúa, en cuyas páginas aparece definida como la *capacidad de una persona de transformarse con probabilidad en autora de delitos*. Cf. Grispigni: *Diritto penale italiano*, 2 vols., Milán: Giuffrè, 1952, t. I, p. 174, y Jiménez de Asúa: o. cit., p. 42.

¹¹ La mentalidad materialista considera que, como en la historia natural se pasa por grados y matices del mundo inorgánico al orgánico, así también entre los tipos de criminales existe una diferencia de grado y modalidad, con numerosas variedades intermedias, las cuales, en sentir de Ferri (loc. cit., p. 188), no impiden, sino solo dificultan, la precisa clasificación del sujeto. Habrá que colocarlo según el mayor número de rasgos criminológicos presentes en él.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

igualdad y legalidad. Lo que importa no es más la igualdad ante la ley abstracta, sino la desigualdad en función de las características criminológicas del sujeto activo, la desigualdad igualitaria de la individualización.¹² También en el molde germánico, de la escuela sociológica liderada por Franz von Liszt, se proclamará la reorientación de la pena hacia la persona del acusado. La “lucha contra el delito”, ese título de regusto bacteriológico y proyección bélica tan grato a aquel, suponía individualizar las sanciones y, por ende, castigar, no el hecho, sino al autor; el uso de la pena como mecanismo intimidante, correctivo o inocuizador, según lo aconseje el tipo de criminal; abandonar la proporción entre delito y pena, para ajustar la segunda a la disposición interior del delincuente, o sea, transformarla en *Gesinnungsstrafe*.¹³

El concepto de peligrosidad, en contacto del cual el individuo queda degradado a la condición de objeto, y la defensa social a través de la prevención particular, acompañados del naturalismo social del positivismo criminológico, su visión determinista y disposición insufrible hacia el *nullum crimen nulla poena sine lege*, ejercieron gran influjo en Iberoamérica. En el período a caballo entre finales del siglo XIX y principios del XX, la influencia se manifestó de momento solo en el *élan* cultural de los grupos dirigentes,¹⁴ espoleada por sus intereses políticos, poco o nada proclives a mejorar la condición social de las clases menesterosas, relativamente a las cuales las medidas postuladas por el positivismo ferriano venían a pedir de boca ya que permitían mantener bajo control a líderes obreros y otros sujetos considerados indeseables o simplemente molestos. De ahí que la manifestación circunstancial de la repercusión legislativa del positivismo consistirá en el modelo de peligrosidad sin delito, tomado del proyecto italiano de 1921 a través de la Ley española de Vagos y Maleantes de 1933.¹⁵ Decimos *circunstancial* puesto que,

¹² Cf. Drost: *Das Ermessen des Strafrichters. Zugleich ein Beitrag zu dem allgemeinen Problem Gesetz und Richteramt*, Berlín: Heymanns, 1930, p. 184, y Bettiol: *Diritto penale. Parte generale*, 12.ª ed. (cuidada por Luciano Pettoello Mantovani), Padua: Cedam, 1986, p. 859, quien subraya el trasfondo netamente naturalista y criminológico de ella.

¹³ De la frase de Liszt (“no es el concepto el que debe ser castigado, sino el autor”) procede aquella de que habría que penar no el hecho, sino al autor, emblema bajo el que militaron autores muy distintos por orientación científica y credo político. Véase Liszt: *La idea de fin en el derecho penal* (traducción de Enrique Aimone Gibson, con revisión técnica y prólogo de Manuel de Rivacoba y Rivacoba), Valparaíso: Edeval, 1984, p. 129.

¹⁴ Que asumieron el positivismo con una extraordinaria capacidad mimética, esto es, adaptándolo a las condiciones particulares de cada país. Su huella sería particularmente acentuada en Argentina, Brasil, Colombia y México. Cf. Jiménez de Asúa: *Tratado de Derecho penal* (7 vols. publicados), Buenos Aires: Losada, 2.ª ed., t. II, 1950, pp. 76-82.

¹⁵ Se trata de las leyes sobre vagancia, mendicidad y estados afines aprobadas en Colombia (1936), Venezuela (1939), Uruguay (1941) y Chile (1954), sin nombrar proyectos que quedaron huérfanos de sanción legislativa. Estas disposiciones “dieron a las policías facultades de imponer penas violatorias de toda garantía”, como apunta Zaffaroni: “Los códigos penales de Latinoamérica”, en el volumen *Códigos penales de los países de América Latina*, publicado por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

por extensa que fuese su vigencia, no serían las leyes de peligrosidad *ante delictum*, que caerían en descrédito algunas décadas después, las destinadas a llegar hasta nuestros días. En cambio, al ascendiente del anteproyecto suizo de 1893 y el Código italiano de 1930, con sus sistemas de doble vía, se remonta la inclusión de la peligrosidad del individuo imputable en los Códigos del Perú (1924), México (1931), Uruguay (1933), Colombia y Cuba (1936), Brasil (1940) y Costa Rica (1941).¹⁶ Incluso el Código argentino de 1921, no enfeudado en el positivismo, pese al abrumador ambiente que dominaba a la sazón en las universidades del país, admite todavía la consideración de la peligrosidad del hechor nada menos que como factor de la conmensuración de la pena.

Ahora bien, es verdad que con el proceso de recodificación iniciado en los años setenta del siglo XX las medidas de seguridad propiamente dichas empiezan a batirse en retirada, incluso en los Códigos donde subsiste, con un alcance mucho menor que antaño, el modelo de la doble vía, como los de Costa Rica (1970), Bolivia (1973), Panamá (1982), Perú (1991), Paraguay (1997) y Colombia (2000). Sin embargo, la más patente demostración de la terca resistencia del clima positivista aparece precisamente allí donde la peligrosidad no cumple su función genuina, de fundamento de las medidas, sino que figura como criterio de graduación de la pena, condición de procedencia de la prisión preventiva o agravación específica de algunos delitos. Son ejemplos de lo primero los textos argentino (artículo 41, número 2), uruguayo (artículo 86) y, en el último tiempo, peruano (artículo 46, números 12 y 13).¹⁷ Por cierto, los esfuerzos doctrinales por

del Delincuente, México, 2000, pp. (13-132) 82. La ley chilena de estados antisociales nunca entró en vigor, de modo que aquella función la cumplirían las disposiciones sobre extranjeros, seguridad del Estado y detención por sospecha. Esta última fue la de mayor empleo. Que la previese el Código de Procedimiento Penal de 1906 no es para extrañarse. El derecho procesal penal se adecua mejor que el penal material al propósito de preservar las estructuras sociales, y su impacto en los cotidianos hechos de criminalización es mucho más grande, sobre todo cuando se asume, como en el caso de ese Código, un proceso inquisitivo pletórico de licencias policiales en la fase de investigación.

¹⁶ Cf. Jiménez de Asúa: "Las medidas de seguridad. Su naturaleza y sus relaciones con la pena. (Consideraciones de Derecho comparado)", en *El criminalista*. 2.ª serie, Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, t. II (XII de toda la colección), 1958, pp. (219-239) 225. En todo caso, la previsión de la peligrosidad *post delictum* difiere en cada Código, desde una limitada acogida en el colombiano, que acumula elementos heterogéneos tomados de la culpabilidad y la peligrosidad, hasta su amplia entrada en el Código del Perú, que la enuncia en numerosos pasajes de sus partes general y especial. Cf. Rivacoba y Rivacoba: "El nuevo Código penal de Colombia (1980)", en la revista *Doctrina Penal*, de Buenos Aires, año 4, n.º 13, enero-marzo de 1981, pp. (85-159) 91, y Guzmán Dalbora: "El nuevo Código penal del Perú (1991)", en *idem*, año 14, n.ºs 55-56, junio-diciembre de 1991, pp. (631-731) 634.

¹⁷ La situación del Perú es particularmente alarmante. Señalado mérito del Código de 1991 fue suprimir la reincidencia de las circunstancias de agravación, como hizo el de Colombia en 1980. Sin embargo, en mayo de 2006 y en el marco de un acuerdo de promoción comercial entre el país y los Estados Unidos de Norteamérica, reaparecieron la reincidencia y la habitualidad del delincuente como factores de graduación de la pena (artículo 46) y circunstancias agravantes comunes (artículos 46-B y 46-C). Este afán "de demostrar una garantía de seguridad jurídica al capital extranjero", recibido con una lluvia de justificadas críticas, mereció, empero, la aprobación del Tribunal Constitucional en enero de 2007. Del rebrote del derecho penal de la peligrosidad, con sus raíces

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

hallar acomodo dogmático a la intrusa o, lo que es igual, de uncir la peligrosidad a un entendimiento normativo de la culpabilidad han ido al garete o culminan en gestar una estructura heterogénea, jánica, semejante a las del proyecto de Sebastián Soler (1960) y el Código Penal tipo para Iberoamérica.¹⁸ Sin embargo, este era el corolario inevitable de un concepto que no admite vestiduras jurídicas, como diremos pronto.¹⁹ A su vez, la consulta de la peligrosidad del sujeto como situación que faculta para encerrarlo durante el proceso es el resultado de la desnaturalización de las cautelas personales, secuencia iniciada cuando la prisión preventiva, que el Iluminismo aceptó de mala gana y solo para finalidades estrictamente procesales, derivó insensiblemente hacia una burda medida de prevención o pena sin condena. Merced a este triunfo del pensamiento peligrorista, que supo darse maña para aprovechar un quiste de la inquisición rampante en el proceso penal reformado, no solo se ensombreció con una atmósfera punitiva la medida en palabra, cuyas condiciones y, a menudo, paroxística extensión la tornan más temible que la pena propiamente dicha, sino que se hizo preciso arbitrar otros medios con que conseguir idéntico designio, no ya el procesal —garantizar la presencia del imputado en el juicio—, desdibujado en el ínterin, sino, precisamente, la “seguridad de la sociedad”,

históricas en el positivismo y lazos actuales con la ideología de la seguridad ciudadana, discurre inteligentemente Urtecho Navarro: “Reconstruyendo el derecho penal de la peligrosidad: apuntes sobre la pretendida legitimación de las asistemáticas figuras de reincidencia y habitualidad en el ordenamiento peruano”, en el volumen *El penalista de la América austral. Ofrenda académica al prof. E. R. Zaffaroni*, dirigido por Julio Armaza Galdos, Arequipa: Pangea, 2010, pp. (169-203) 190 ss., del que recogemos la frase entrecomillada (p. 169).

¹⁸ El artículo 73 del proyecto de Soler, conocido enemigo del positivismo, ordenaba graduar la pena según la gravedad relativa del delito y “la personalidad del autor”, aunque cualquiera podía ver que tras esta cláusula se ocultaba la personalidad peligrosa del último. Sobre el particular, cf. Bacigalupo: “La moderna política criminal latinoamericana”, en la revista *Ilanud al día*, San José de Costa Rica, año 1, n.º 2, agosto de 1978, pp. (20-28) 22, y Donna: *La peligrosidad en el derecho penal*, Buenos Aires: Astrea, 1978, pp. 53-58. En cuanto al Código Penal tipo, su adscripción al neopositivismo del Código de Rocco es ostensible en el generoso abanico de medidas de seguridad, el endurecimiento de la pena para los reincidentes, delincuentes habituales y profesionales, y la individualización según “las condiciones personales del autor” (artículo 73, número 5). Que él “se abstenga de emplear la palabra, no significa que no acepte la idea de peligrosidad”, incluso para fundamentar la conmensuración de la pena. Rivacoba y Rivacoba: “Pensamiento penal y criminológico del Código penal tipo para Iberoamérica”, en *Doctrina Penal*, año 10, n.º 40, octubre-diciembre de 1987, pp. (713-734) 729.

¹⁹ El primero en buscarle asilo en la parte caracterológica del juicio de reproche, basándose en Eberhard Schmidt y Max Grünhut, fue Jiménez de Asúa: *Tratado de derecho penal*, o. cit., cf. t. V, 1956, pp. 252. Le sigue Rivacoba y Rivacoba: “Culpabilidad y penalidad en el Código Penal argentino”, en *Teorías actuales en el derecho penal. 75º Aniversario del Código penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, pp. (291-309) 38, siquiera reconociendo que la valoración simultánea de culpabilidad y peligrosidad, del hecho y del autor, “resulta insatisfactoria y criticable por combinar elementos poco compatibles entre sí”. Últimamente, Zaffaroni propone una interpretación constitucional de la peligrosidad, no aherrojada a los criterios positivistas ni, por ende, dependiente de pronósticos sobre el comportamiento futuro del sujeto, que la vincula al delito cometido como resultado del esfuerzo del agente por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad. Eugenio R. Zaffaroni, con la colaboración de Alejandro Alagia y Alejandro Slokar: *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Ediar, 2.ª ed., 2002, cf. pp. 1043-1046.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

que se lee, entre otros, en el artículo 140, letra c, del Código Procesal Penal de Chile.²⁰ En fin, si el empleo de la peligrosidad en el proceso penal escamotea auténticas medidas de prevención, aquel que se le reserva en la parte especial de los Códigos Penales desproporciona hasta lo indecible puniciones que pueden ser de suyo graves en la forma básica del maleficio, como en el caso de Guatemala, o bien, sin la invocación de la odiosa etiqueta, opera como subterfugio para castigar el modo de ser de la persona, como en el ejercicio ilegal de la medicina y otros delitos *habituales*.²¹

Estas supervivencias penales deben hacerse cargo de la profunda crisis que atraviesa hace tiempo el concepto de peligrosidad, del que con razón se ha escrito ser un lastre científicamente caduco, un cuerpo extraño en los textos legales, imposible de verificar, inconstitucional y contrario al derecho internacional de los derechos fundamentales.²² La crítica puede atacarlo con éxito desde cuatro flancos. Por lo pronto, en su consistencia dentro de las ciencias naturales. La peligrosidad, concepto naturalista, nació en un ambiente de fascinación por las causas y reacciones, de reducción biológico-social de todos los fenómenos del mundo, donde el hombre era considerado como un engranaje más en el gran circuito de la vida. Concebirlo, pues, cual causa más o menos libre de determinados efectos sonaba a completo sinsentido.²³ Sin embargo, semejante determinación dejó hace tiempo de ser compartida por las ciencias que se ocupan de la conducta humana. De que el comportamiento del hombre no es predecible al igual que los sucesos naturales y, antes bien, cela siempre un pliegue que alberga los dominios del azar, brinda rotundo testimonio la criminología clínica. Ningún método científico de prognosis criminal está en condiciones de asegurar que, dadas ciertas condiciones, es probable que un sujeto delinca o se repita en el delito.²⁴ Tales métodos ofrecen a lo

²⁰ Al respecto, cf. Guzmán Dalbora: "El abono de las medidas cautelares a la pena", en *Ars iudicandi. Estudios em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, 4 vols., Coimbra: Coimbra Editora, 2009, t. II, pp. (515-532) 517.

²¹ En efecto, no por desaparecer formalmente de los textos legales americanos se prescinde de la idea misma de peligrosidad. Cf. Zaffaroni: "Los códigos penales de Latinoamérica", o. cit., p. 105. Ella pulsa detrás del delito habitual, pero también de los delitos llamados de posesión y de estatus, como la tenencia de drogas o armas y las asociaciones ilícitas, respectivamente.

²² Así, Zaffaroni: *Derecho penal*, o. cit., cf. p. 1043, y *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5 vols., Buenos Aires: Ediar, 1987-1988, t. II, p. 192.

²³ Bettiol: o. cit., cf. pp. 30-31.

²⁴ Se trata de los métodos clínico, estadístico y estructural. Especialmente el segundo deja en la ambigüedad el campo medio, que es el más rico en casos judiciales, entre los extremos cuantitativos. Obsérvese, asimismo, que la psiquiatría forense ha desmentido que una grave patología mental sea sinónimo de delitos violentos en el enfermo. Cf. Kaiser: *Introducción a la criminología*, 7.ª ed., reelaborada y completada (traducción de José Arturo Rodríguez Núñez, bajo la dirección de José María Rodríguez Devesa), Madrid: Dykinson, 1988, pp. 154-165, y Ponti: *Compendio di criminologia*. Milán: Libreria Cortina, 2.ª ed., 1980, pp. 639-644 (en p. 641 advierte que, al

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

sumo regularidades estadísticas, y estas, por lo demás, aniquilan la individualidad del concepto sujeto, porque la peligrosidad es una noción absolutamente individualizada, no la magnitud generalizadora propia de las tipologías de criminales. De modo que el hundimiento del paradigma etiológico deja al justiciable, cuya peligrosidad se sospecha, a merced de la capacidad intuitiva de sus jueces, a un procedimiento de tanteos y aproximaciones apoyadas en inciertas máximas de la experiencia o el perniciosísimo “sentido común”.²⁵ Pero entonces la peligrosidad se nos muestra en su sempiterna esencia, la de una “cómoda etiqueta que canaliza una necesidad emocional de tranquilidad respecto de personas a las que se percibe como una amenaza para la sociedad”.²⁶ La intuición tampoco puede parapetarse con suceso en factores objetivos, en supuestos índices de peligrosidad predeterminados por la majestad impersonal de la ley. Nada menos que en Italia, la patria de esta categoría, se piensa que los motivos para delinquir, el carácter del reo y su conducta anterior, contemporánea y posterior al delito, o sea, los elementos de que el juez ha de deducir la peligrosidad social del hechor (artículos 133 y 203 del Código de 1930), están dotados de una generalidad tal que los priva de todo significado revelador de la probabilidad de reincidencia. Por eso los tribunales de ese país se abstienen actualmente de formular declaraciones de peligrosidad, con la consiguiente derogación fáctica de las famosas medidas.²⁷ Esto vale tanto más respecto de los criterios rudimentarios que enuncia el Código guatemalteco para los candidatos al cadalso como asesinos peligrosos.

Enseguida, aun si existiese un procedimiento seguro con que establecer y medir la peligrosidad, así como la voluntad de emplearlo en serio, la aplicación de la pericia criminológica requeriría una competencia técnica, un tiempo y unos recursos con que no cuenta judicatura alguna en el mundo, sin mencionar que el proceso penal tampoco se presta para estos manejos, cuyo éxito presupone una intromisión en la intimidad del reo bajo todo punto inaceptable en un ordenamiento para el cual “il giure penale è protettore della libertà umana così esterna,

revés, la formulación de un pronóstico desfavorable de conducta puede influir negativamente sobre el comportamiento del sujeto, como pronóstico “peligroso”).

²⁵ Que, en realidad, es solo un conjunto mejor o peor ordenado de prejuicios. Incluso en el panegírico que le dedica William James, las categorías del sentido común, esas “máximas de la experiencia” tan socorridas en el proceso penal moderno a falta de conocimientos científicos “no son sino sublimes ardidés del pensamiento humano, nuestros medios de escapar al desconcierto en medio del irremediable flujo de la sensación”. *El Pragmatismo* (traducción del inglés y prólogo de Luis Rodríguez Aranda), Buenos Aires: Aguilar, 6.ª ed., 1975, p. 147.

²⁶ Fiandaca y Musco: *Diritto penale. Parte generale*, Bolonia: Zanichelli, 5.ª ed., 2007, p. 812. Negar que en dicha necesidad emotiva fluyan los prejuicios sociales y el ayuno criminológico de los juzgadores sería tan ingenuo como atribuir a la intuición el nombre de método científico de prognosis delictuosa. Es más, en la mayoría de los casos no lleva a resultados necesariamente correctos. Cf. Kaiser: o. cit., p. 159.

²⁷ Fiandaca y Musco: o. cit., cf. pp. 816-817.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

così interna".²⁸ Con lo que de nuevo volvemos a las teorías ingenuas o cotidianas de la conducta del hombre, a su ilimitada fe en la objetivación suministrada por el pasado criminoso del reo y la capacidad humana de vaticinar la conducta ajena, solo que en el acto de sentenciar o dentro de los apretadísimos términos de la audiencia en que se decide una prisión preventiva. Se comprenderá que, siendo así, el vaticinio, incierto en sí mismo, degenera en un oráculo o cábala.²⁹

Donde peor parada sale la peligrosidad es en la apreciación filosófico-política. Siendo fundamental en el Estado de derecho el reconocimiento de la dignidad humana, consustancial a todo ordenamiento de matriz liberal la posición preeminente del individuo dentro del grupo, y por reposar ambos axiomas en la libertad que conviene al hombre, entonces la peligrosidad debe desaparecer de las leyes penales, porque mientras su concepto desfigura la personalidad de aquel, bifurcándola en una escisión jurídica y moralmente inadmisibles —el hombre como persona, por ende, inocente o culpable, y, a la vez, como fragmento de la naturaleza, por tanto, peligroso o inocuo—, sus efectos jurídicos lo castigan por delitos que no ha cometido ni sabemos si perpetrará, tratándolo pues, “como simple *medio* para alcanzar fines que interesan a la mayoría”,³⁰ con paladino menosprecio de su autonomía. Y puesto que la dignidad, esto es, la pertenencia a sí mismo y la disposición de sí, es atributo constitutivo de la persona humana, como reza el Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos, bien cabe calificar como opuestas a una Constitución personalista, las disposiciones legales que imponen medidas de seguridad o agravan la pena del imputable calificado de peligroso.³¹ La

²⁸ Carrara: *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena*, Bolonia: Il Mulino, 1993, p. 44.

²⁹ Cábala, porque es “un cálculo de probabilidades que conforme a su naturaleza resulta inverificable, pues nunca pueden serlo los hechos futuros, y es obvio que la justicia penal solo puede juzgar hechos pasados”. Zaffaroni: *Derecho penal*, o. cit., p. 1044.

³⁰ Bettiol: “Aspetti etico-politici delle misure di sicurezza”, en sus *Scritti giuridici*, 2 vols., Padua: Cedam, 1966, t. I, pp. (514-523) 520.

³¹ O reincidente. El rechazo de la peligrosidad por la Corte Interamericana fue argumento central de la Corte Suprema argentina para declarar, en sentencia del 5 de septiembre de 2006, la inconstitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado que contempla el artículo 52 del Código Penal, “en tanto dicha regla se fundamenta en la *peligrosidad social* del multireincidente”. Ziffer: “La idea de ‘peligrosidad’ como factor de la prevención especial. A propósito del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ‘Fermín Ramírez’”, en el periódico *La Ley*, de Buenos Aires, suplemento de *Derecho Constitucional* del 19 de diciembre de 2006, p. 4. En su aguda crítica del fallo de la Corte Interamericana, Patricia Ziffer argumenta, entre otros extremos, que la total exclusión de la peligrosidad del Estado de derecho no sería factible, ya que, por lo pronto, haría caer por su base las medidas preventivas que los derechos civil y administrativo consultan para situaciones o personas que representan, según un cálculo de probabilidades, un peligro para sí mismas o terceros. Véase *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal* (prólogo de Marcelo A. Sancinetti), Buenos Aires: Hammurabi, 2008, especialmente pp. 139 y 145. Ahora, las medidas civiles o administrativas que se refieren a objetos peligrosos, como un edificio que amenaza ruina, se sustraen a la observación de la colega rioplatense, porque las cosas no actúan. Pero también resisten con éxito su crítica el internamiento de enfermos mentales y las medidas

peligrosidad, pues, es inconstitucional en un Estado de derecho, pero también inválida a la luz del derecho internacional sobre las prerrogativas fundamentales de las personas.

3. Peligrosidad y derecho penal de autor

El derecho penal liberal, fruto del liberalismo político, presenta, entre otras características, la legalidad de delitos y penas, la proporcionalidad de estas a la gravedad objetiva de las infracciones, el reconocimiento del principio de culpabilidad, un acusado realismo y capturar en sus descripciones típicas, o supuestos de hecho, actos singulares y delimitados espacio-temporalmente del hombre.

Liberalismo penal es sinónimo de derecho penal de acto. Si a todo ordenamiento punitivo de esta inspiración ha de parecer monstruoso el considerar modos de ser de las personas, la manera en que han conformado su personalidad o decidido su vida, eso obedece a una triple explicación. Por lo pronto, unas estampas o arquetipos humanos no podrían ser vaciados en las leyes punitivas sin serio quebranto del mandato constitucional de determinación (nullum crimen sine lege certa). Enseguida, la función de la pena en la sanción del delito tampoco puede cumplirse frente a personalidades o caracteres, pues solo cabe desvalorar penalmente, por tanto, retribuir, lo que alguien hace, no aquello que el individuo agente es.³² Sobre todo, la pretensión de arrastrar al ciudadano a una rendición general de cuentas sobre la conducción de su existencia implicaría degradarlo al papel de súbdito o cosa y elevar al que exige la cuenta, el Estado, a la categoría de una entidad omnisciente, capaz de indagar en los pliegues infinitos de la individualidad del acusado, y todopoderosa, por su aptitud de llevar a término la operación con los toscos medios del proceso penal. La mentalidad liberal responderá que la pretensión en palabra, amén de irreal, sería tiránica; que el Estado pasa así a ser el todo, lo único que posee valor e importancia, y el individuo queda rebajado a elemento accidental, caduco y errátil, cuya entidad no interesa

cautelares acordadas en el proceso civil contra el demandado. El internamiento no cosifica al enfermo, a diferencia de la etiqueta de peligroso; se limita a sentar una condición necesaria para el tratamiento médico. A su vez, las medidas precautorias tienen como primerísimo fundamento la eventual pérdida o deterioro de cosas, o que los bienes del demandado no ofrecen suficiente garantía de que este responderá a los resultados del juicio; en otras palabras, aquí se pretende asegurar la integridad del patrimonio, antes que formular vaticinios sobre la conducta futura de su titular.

³² Beling, *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*. Scientia Verlag Aalen, 1978 (reimpresión de la edición de Leipzig en 1908), cf. p. 52.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

sino en la medida en que puede ser absorbido por el poder transpersonal y sustancialista engendrado por esa elucubración, el cual, por ende, podrá fulminar contra la molesta categoría infinitesimal representada por el hombre las sanciones que desee, sin tener que parar mientes en la gravedad de lo que este realizó ni en su disposición subjetiva acerca del hecho.

Más allá de la concreta manifestación de sus versiones históricas en la Alemania nazi, la Italia fascista y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas,³³ distinguen siempre al derecho penal totalitario rasgos completamente antagónicos al tipo de ordenamiento abocetado en el párrafo precedente. Al totalitarismo repugnan la legalidad, la proporción de las penas a los delitos y, muy especialmente, detener el aparato punitivo ante soluciones de continuidad en la conducta del hombre.

Recibe el nombre de *derecho penal de autor*, ingénito a la ideología totalitaria en el terreno jurídico, la tendencia a castigar maneras de ser o de obrar del individuo, así como estas se transparentan en la continuidad de su desarrollo individual y social. Este objetivo pudo alcanzarse en la historia contemporánea a través de dos mecanismos. Uno consiste en el empleo de la noción de peligrosidad y los tipos naturales de autor resultantes: delincuentes habituales, profesionales o por tendencia. El segundo, a su vez, fragua tipos normativos de autor, estereotipos sociales del modo en que estos serían percibidos y vivirían en el magín de la comunidad, colocándolos en el corazón de las figuras delictuosas o interpretándolas según ellos. Dicho procedimiento permitió sancionar penalmente, durante el predominio nacionalsocialista en Alemania, no el acto de matar a un hombre, sino al asesino; no la adquisición de especies hurtadas a sabiendas de su origen delictivo, sino al receptor; no al que se apropia de cosas ajenas, sino al ladrón, etcétera. Sin embargo, por encima de sus diferencias, ambos procedimientos convergen en no admitir límites a las injerencias del poder del Estado en las personas, para hacer del delito una forma de deslealtad, y de cada delincuente, por ínfimo que fuese su hecho, un traidor, un enemigo del conglomerado social y de su intérprete infalible, el Estado.³⁴ De ahí que la persona deja de ser culpable por sus actos; ahora lo será por su personalidad, carácter o la conducción de su vida: parafraseando a Erik Wolf —el creador de los tipos

³³ Sin nombrar las todavía presentes en Cuba, Corea del Norte y China. Los países de la antigua Europa del Este (Albania, 1994; Eslovenia, 1994; Croacia, 1997; Rusia, 1997; Polonia, 1998, etcétera) han cambiado sus Códigos de la época comunista, de modo que ya no se inscriben en este círculo. Cf. Palazzo y Papa, *Lezioni di diritto penale comparato*. Giappichelli, Torino, 2000, pp. 48-49.

³⁴ "La concepción totalitaria percibe el delito, sobre todo, como una acción de desobediencia o de traición, como violación de deberes o manifestación de rebeldía". Hurtado Pozo, *Manual de Derecho penal*. Parte general, I. Grijley, Lima, 3.ª ed., 2005, p. 775.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

normativos de autor—, se trata del castigo del delincuente como “miembro personal de la comunidad de derecho con una decaída actitud interna jurídica”.³⁵ Pero de ahí, también, que en la punición, no de lo que el sujeto hace, sino de lo que él es —la esencia del derecho penal de autor, bien sintetizada por la Corte Interamericana en su fallo—, desaparece la individualidad de la persona, de la que solo queda el generalizador encasillamiento resultante de su cotejo con grupos naturalísticos o abstracciones intuicionistas revestidas con ropajes de ética social.³⁶

Prescindiendo del episodio de derecho penal de autor que maculó la reforma faciosa al Código de España en 1944,³⁷ y del bien conocido caso cubano, lo cierto es que el derecho penal codificado de los países iberoamericanos ha permanecido en general al margen de aquel lamentable espectro. La excepción, empero, asoma en la legislación especial y los pasajes ya citados de algunos Códigos, con la idea de la peligrosidad, que fue también el primer intento histórico, emprendido por los positivistas, de reemplazar la tipología de acciones con una tipología de delincuentes.³⁸ Las leyes de peligrosidad sin delito, las medidas de seguridad propiamente tales y la agravación de la pena para el imputable peligroso son prueba, en nuestro continente, de que la distinción entre tipo criminológico y tipo normativo de autor es una sutileza tan pseudocientífica como la pareja de conceptos en que se basa, perfectamente idénticos en sus consecuencias prácticas. El tipo normativo de delincuente tiene fines represivos, eso es indudable; pero también el tipo criminológico posibilita tanto una evaluación preventiva como un desenlace represivo.³⁹ Y es este último el que ha signado precisamente el destino penal de reincidentes, delincuentes habituales, profesionales, etcétera, amén del sujeto cuyo delito particular revelarían en él propiedades espantables, como el reo de asesinato en el Código guatemalteco. Bien mirada, la peligrosidad como factor de graduación de la pena o elemento constitutivo de agravaciones específicas de delitos singulares no es sino el medio con que

³⁵ “Sobre la esencia del autor”. Traducción y Nota preliminar de José Luis Guzmán Dalbora, en la *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, de Granada, 2008, número 10, disponible en internet <<http://criminnet.ugr.es/recpc/10/repc10-r4.pdf>>, 25 de agosto, p. 7.

³⁶ “En ambos planteos el criminalizado es un ser inferior y por ello es penado (inferioridad moral: estado de pecado; inferioridad mecánica: estado peligroso), pero no es su persona la única que se desconoce, pues *el curso del Derecho penal de autor propone a los operadores jurídicos la negación de su propia condición de personas*”. Zaffaroni: *Derecho penal*, o. cit., p. 66.

³⁷ Sobre la que es clásico el estudio de Juan del Rosal: *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, Valladolid: Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, 2.ª ed., corregida y aumentada, 1953, pp. 98 ss.

³⁸ Bettiol: “Azione e colpevolezza nelle teorie dei ‘tipi’ di autore”, en sus *Scritti giuridici*, o. cit., t. II, cf. pp. (535-564) 542.

³⁹ *Ibidem*, cf. pp. 559-560, y Del Rosal: o. cit., cf. p. 51.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

la prevención especial de las infracciones ha conseguido imponer su faz más grosera, como inocuización o eliminación de personas indeseables, en radical contraste con el sentido que imprime a la ejecución de las penas privativas de la libertad el Pacto de San José de Costa Rica, y desprecio de las enseñanzas de la historia, cuya meditación debiera “contribuir a que los gravísimos errores político-criminales del pasado, algunos de ellos de catastróficas consecuencias, no sigan reproduciéndose en el presente y desaparezcan en el futuro”.⁴⁰ Evitarlos es lo que pretende la sentencia que venimos glosando.

4 ● Peligrosidad y legalidad penal

Nuestro fallo declaró incompatible la valoración de la peligrosidad del sujeto imputable con el principio de legalidad penal. Pues bien, a la luz de nuestras consideraciones sobre la primera y el tipo de derecho penal que le es propio, el de autor, quedamos en condiciones de desplegar las razones del antagonismo. Pensamos que su mérito demuestra lo que insinuamos al principio, o sea, que la en palabra es una antítesis radical y sin remedio; pero nos releva también que el estado peligroso, contemplado desde la perspectiva de los conceptos jurídicos fundamentales, es una noción no jurídica o ajena a las posibilidades regulativas del derecho *tout court*.

Vayamos de inmediato a lo último, por su crucial carácter. Es imposible en teoría e impracticable para las tareas legislativas configurar *determinadamente*, como “tipos de peligrosidad”, las situaciones subjetivas que aquí interesan. Se trata de un impedimento que sobrepasa el estrecho ruedo del derecho penal, con sus exigencias de completitud en el corazón de las descripciones delictuosas —el núcleo de los tipos—, y afecta a las leyes en general y las normas de derecho en su conjunto, con lo que queremos decir que el principio de actividad, que los penalistas manejamos en la faceta que nos incumbe, como *nullum crimen nulla poena sine actione*, atraviesa de cabo a rabo los distintos sectores del ordenamiento cual exigencia constitutiva de su ser jurídico. En efecto, “por su propia entidad, el derecho no puede regular maneras de ser de los hombres, ni tampoco la manera como conformen su personalidad o su vida, ni hacer recaer sobre un hombre las consecuencias jurídicas que se sigan del obrar de otro o de acontecimientos naturales, sino únicamente los actos, positivos o negativos, que haya producido como individuo

⁴⁰ Gómez Marín: *¿Tiene cabida el derecho penal de autor en un Estado liberal?* (prólogo de Santiago Mir Puig), Managua: Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, 2007, cf. p. 309.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

y que posean significación intersubjetiva, o sea, que hagan relación con otro”.⁴¹ Que no puedan darse supuestos de hecho y consecuencias desfavorables⁴² sin un *acto* susceptible de atribución al infractor de las normas jurídicas, se debe a la estructura lógica de estas, que depende, a su vez, del concepto lógico-abstracto del derecho y de una de las nociones fundamentales o *a priori* derivadas de él, a saber, la juridicidad y su anverso, lo antijurídico. El derecho es un ordenamiento regulador del obrar interindividual de los hombres, nota que recibe de antiguo el nombre de *alteridad*. De este valer frente a otros, *hominis ad hominem*, que “no es un elemento sobrevenido o complementario, sino la misma esencia lógica del Derecho”,⁴³ emerge que los actos que solicitan su intervención, precisamente porque vienen considerados por su efecto entre una pluralidad de sujetos, no pueden consistir en situaciones unilaterales de uno de los individuos jurídicamente vinculados, como la peligrosidad. Lo único que el derecho está en condiciones de cumplir a su respecto es calificar las manifestaciones externas que suponemos desprendidas de ella, o sea, los actos singulares en que se expresa, con lo cual, empero, su concepto es indigno de atención y, en definitiva, desaparece. La contraprueba viene ofrecida por el binomio formado por la juridicidad y la antijuridicidad. El sentido tutelar o de garantía del derecho en la relación intersubjetiva implica que para que el obrar de un individuo pueda ser considerado como antijurídico o conforme a derecho es preciso que asista a otros la facultad de impedir la actuación correspondiente o, al revés, el deber de dejarla incólume.⁴⁴ Por de contado que no existe ni podría extenderse la autorización jurídica

⁴¹ Rivacoba y Rivacoba: “Introducción al estudio de los principios cardinales del Derecho penal”, en la *Revista de Derecho penal y Criminología*, Madrid, 2.ª época, n.º 4, 1999, pp. (735-751) 745.

⁴² O favorables, en el caso del derecho no sancionatorio o *premial*, siquiera entre sus estudiosos se habla también, a veces, de “sanciones” positivas para el que cumple ciertas normas jurídicas en cuya observancia existe un especial interés del Estado. Cf. Bobbio: *Contribución a la teoría del derecho* (edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel), Madrid: Debate, 1990, pp. 374-376 y 387-391. Para el derecho penal sigue conservando valor Jiménez de Asúa: “La recompensa como prevención general. El derecho premial”, en *El criminalista*, o. cit., t. VI (XVI de toda la colección), 1964, pp. 10-75.

⁴³ Del Vecchio: *Filosofía del derecho*, 9.ª edición española corregida y aumentada (revisada por Luis Legaz y Lacambra), Barcelona: Bosch, 1974, p. 335.

⁴⁴ “Ser conforme a Derecho significa lo mismo que *no impeditible*”. *Ibidem*, p. 334, a lo que añade, significativamente: “pero no es lo mismo que ser conforme con la ley moral”. Se trata de una conocida regla de la axiomática jurídica. Cf. García Máynez: *Introducción a la lógica jurídica*, México: Colofón, 2.ª ed., 1989, pp. 246-247. Y puesto que la lógica jurídica no es nunca meramente formal, sino de contenidos valorados, la regla se vincula con el concepto de *bien jurídico*, como en la definición de Alexy: “[...] los bienes protegidos son las acciones, propiedades o situaciones y posiciones de derecho ordinario que no pueden ser impedidas, afectadas o eliminadas” (o. cit., p. 264).

Sobre la juridicidad (y lo injusto) como concepto fundamental jurídico, véanse Stammler: *Tratado de filosofía del derecho* (traducción de la segunda edición alemana por Wenceslao Roces), Madrid: Reus, 1930, pp. 294-296, y Radbruch: *Filosofía del derecho* (traducción de José Medina Echavarría), Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 3.ª ed., 1952, p. 50.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

para *evitar* la *peligrosidad* ajena. Lo mismo la estructura bilateral de las relaciones de derecho que la función de valoración de sus normas, base del concepto de antijuridicidad, hace de la pretensión de impedir que una persona sea peligrosa una quimera tan vana cuanto la suposición de que habría una norma de derecho que se lo prohíbe.⁴⁵ De ahí que tampoco quepa encajar con precisión “conductas” o “comportamientos”, términos que en el idioma castellano aluden a actuaciones continuadas de un sujeto,⁴⁶ en el papel de supuesto de hecho de los tipos penales. La manera de conducirse el individuo y lo que ella deja adivinar, sea venturoso o espeluznante, es asunto reservado al foro de la conciencia y al confesionario. No está de más recordar que por debajo de la doctrina de los tipos normativos de delincuente, que nos ocupó en el párrafo anterior, permanecía en sordina, aún más oculta que las categorías naturalistas fraguadas por el positivismo criminológico, la idea religiosa del pecador.⁴⁷

Enseguida, admitiendo que la ley pudiese captar en los tipos formas de manifestación de la peligrosidad, eso no significa que con tales indicaciones estén realmente presentes los datos de que el juez podría inferir sin ambages la disposición peligrosa del malhechor. El impedimento ontológico de ajustarle a porfía estados o situaciones personales, con la ilimitada riqueza de facetas que ellos amadriegan, obstáculo que asoma no bien el derecho pretende intervenir penalmente en la personalidad de los justiciables, aniquila el valor sintomático de pretensos factores como los que enuncian los Códigos de inclinación peligrosista, aun el de haber el sujeto cometido delitos en el pasado.⁴⁸ La

⁴⁵ “No existe precepto alguno que imponga a un individuo no ser peligroso”, escribió Bettiol (*Diritto penale*, o. cit., p. 953). En su certera refutación a la idea de Grispiñi y otros neopositivistas, para quienes la peligrosidad debía ser considerada como un estado antijurídico, el profesor de Padua hizo ver que el juicio de antijuridicidad no es posible sino con referencia a un acto; “en cambio, el hombre, en cuanto ‘peligroso’, es pasible únicamente de una calificación jurídica que no posee los caracteres de la desaprobación ni del reproche” (ibidem, p. 454).

Digamos por nuestra cuenta que falta asimismo una norma jurídica que prohíba ser reincidente, contrariamente a lo que piensa Mir Puig, tras la estela de Armin Kaufmann. Cf. *La reincidencia en el Código Penal*, Barcelona: Bosch, 1974, p. 533.

⁴⁶ “Decir ‘conducta’ resulta lógico para quienes patrocinan el concepto sintomático de acción y la culpabilidad del carácter, pero no para quienes pensamos que en el juicio de culpabilidad este se *refiere* a un *acto* concreto”. Jiménez de Asúa: *Tratado*, o. cit., t. III, 1958, p. 331, nota 2 bis.

⁴⁷ En el derecho penal proyectado por el régimen nazi seguían presentes los criterios biológicos sobre la personalidad heredados del positivismo peligrosista. Véanse las inequívocas expresiones de Roland Freisler, secretario de Estado del Ministerio de Justicia del Reich y, durante la guerra, presidente del siniestro Tribunal del Pueblo, en Gripigni y Mezger: *La reforma penal nacional-socialista* (traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni y Rodrigo Codino), Buenos Aires: Ediar, 2009, pp. 91-92.

A su turno, la asociación entre *Täterschuld* (culpabilidad de autor, no por el hecho singular) y pecador se remonta a uno de los principales teóricos del *Täterstrafrecht* (derecho penal de autor), Paul Bockelmann, como lo destaca Bettiol: *Azione e colpevolezza nelle teorie dei “tipi” di autore*, o. cit., cf. p. 556.

⁴⁸ Criterio también cuestionado en su mérito indiciario de peligrosidad por los criminalistas italianos. Cf. Marinucci y Dolcini: *Manuale di Diritto penale. Parte generale*. Milán: Giuffrè, 2.ª ed., 2006, p. 56.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

comisión de delitos, incluso graves, no es sinónimo de que volverá a delinquir, como en la vieja admonición de Feuerbach. Redondeando su pensamiento, digamos que presumir legalmente de la ocurrencia de graves maleficios el carácter peligroso de su autor es una trapacería lógica, un mentís de la individualidad del paciente del rótulo y un ingenio que desconoce el signo realista del derecho penal. La presunción jurídica, uno de los muchos recursos que el derecho toma a préstamo de la lógica formal, “es un medio técnico material que consiste en un juicio general inferido por medio de un razonamiento inductivo a partir de lo que efectúa o la manera como se produce comúnmente en determinadas circunstancias el obrar humano”.⁴⁹ O sea, que el razonamiento por presunciones llega al hecho ignoto, que busca despejar, tomando como base otro conocido y anudándolos con la máxima *id quod plerumque accidit*. El problema radica en la especial complejidad del razonamiento inductivo en el campo del derecho. Pues al versar este sobre actos del hombre, no de fenómenos sometidos a la necesidad y constancia de las leyes naturales, es evidente que falta la base lógica de la inducción y, por tanto, que la conclusión resultante tampoco puede poseer la validez universal de las primeras, mucho menos fuerza apodíctica. “Si los diversos estados psicológicos pudieran ser objeto de una determinación exacta y numérica”, acaso habría tenido éxito el instrumento que ideó Bentham, un decígrado para computar aritméticamente la probabilidad moral; pero la experiencia no podía rendir fruto⁵⁰ porque “la misma naturaleza del espíritu humano se opone a semejantes particiones y numeraciones”.⁵¹ De donde el alcance de lo que se presume queda en el derecho reducido a una posibilidad, sin mengua de que el razonamiento de que fluye el juicio, no apoyado en la inducción incompleta —característica de las ciencias naturales—, acaba por ser una argumentación por analogía. Como sea, el procedimiento en cuestión violenta la individualidad de las situaciones a que se aplica, un defecto inherente a este modo de razonar e incompatible con la noción totalmente individualizada de la peligrosidad. Dice con razón Engisch que es absurdo someter un real caso individual a un concepto lógico. Una cosa solo puede ser subsumida bajo otra

⁴⁹ Rivacoba y Rivacoba: “El principio de culpabilidad en el Código penal chileno”, en *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del Código Penal chileno* (edición y prólogo de Manuel de Rivacoba y Rivacoba), Valparaíso: Edeval, 1975, pp. (49-126) 86.

⁵⁰ Salvo en la literatura, como el tribunal electrónico, “un conjunto mecánico, animado solamente por la corriente eléctrica, que pretendía resolver, a fuerza de números, los misteriosos problemas del alma humana”, descrito con horror por Giovanni Papini en la serie de narraciones *El libro negro*, que citamos según las *Obras* del escritor florentino, con recopilación, prólogo y notas de José Miguel Veloso y traducción de Antonio de Ben y José Miguel Veloso, 4 vols., Madrid: Aguilar, t. I, 1957, p. 664.

⁵¹ Ellero: *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal* (traducción del italiano por Adolfo Posada), Madrid: Reus, 1953, p. 35.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

igual a ella. Pues bien, en el concepto lógico de la presunción solo puede haber otro concepto, o los datos naturales que sirvieron para construirlo, no conductas del hombre.⁵² Esto aparte, para un ordenamiento eminentemente realista, como es el derecho penal, al que interesa aquello que realmente ocurrió en un supuesto fáctico particular, no lo que pudo o puede suceder con arreglo a cómo acontecen de ordinario las cosas, las presunciones tampoco son admisibles, tanto las que ceden a prueba en contrario como, sobre todo, las absolutas.⁵³ Se explica, pues, la derogación, en 1986, de las presunciones de peligrosidad que macularon el Código italiano,⁵⁴ cuyo efecto irrefragable, propinquo a la ficción, consumió algo que sobrepasaba las esperanzas más risueñas del positivismo: la peligrosidad como *certeza* de que el sujeto delinquirá.⁵⁵

Se afirma que las objeciones que preceden podrían allanarse mediante una flexibilización de los requerimientos legalistas, en otras palabras, moderando para la peligrosidad el reclamo de determinación que emana del *nullum crimen sine lege*, so pretexto de que la proporción de la pena (o medida) de seguridad al estado peligroso y la jurisdiccionalidad de su imposición bastarían para poner a buen recaudo la libertad del acusado ante eventuales abusos de sus jueces.⁵⁶ Sin embargo, jurisdicción y proporción, separadas de la vigencia absoluta del principio de legalidad, no eliminan el arbitrio que esta procura circunscribir, además de que semejante flexibilización tampoco se acomoda a la legalidad según su verdadero sentido, el ser un *axioma* o *dogma*. ¡Pues cómo poner atajo a sus violaciones, cada vez más comunes en la moderna reforma penal, si se la considera un simple postulado o, según la dicción de muchos escritores, cual principio informador, constitucional o limitador del derecho penal! La legalidad penal no se compagina con tales adjetivaciones sin merma de su integridad. Principios son razones, proposiciones o verdades fundamentales. Por eso Beccaria, al abordar la división de los delitos y, después, la tranquilidad pública, no trepida en calificar la legalidad de fundamento o

⁵² *Introducción al pensamiento jurídico* (traducción de Ernesto Garzón Valdés y presentación de Luis García San Miguel), Madrid: Guadarrama, 1967, cf. p. 77.

⁵³ Para otros pormenores del asunto nos permitimos remitir a nuestro artículo "Las presunciones de responsabilidad penal: su vigencia o invalidación relativamente al sistema de enjuiciamiento criminal", en la *Revista Procesal Penal*, Santiago de Chile, n.º 47, mayo de 2006, pp. 9-17.

⁵⁴ Cuya base la suministraban "elementos ciertamente *no sintomáticos* de una real peligrosidad y, a veces, la *mera gravedad del delito*". Romano, Grasso y Padovani: *Commentario sistematico del Codice Penale*, 3 vols., Milán: Giuffrè, t. III, 1994, p. 387.

⁵⁵ A propósito de esto, es de notar que el determinismo del positivismo criminológico fue embustero. Reducir, como hizo Grispigni, el pronóstico de peligrosidad a una mera probabilidad de delinquir, no su certidumbre, traiciona que este pensamiento tampoco estaba seguro de lo que un hombre puede hacer, por más que reúna caracteres somáticos, psicológicos o sociales que lo dejan al borde del delito. Y ya hemos manifestado que la ley penal debe basarse en realidades, no en suposiciones.

⁵⁶ Al respecto, cf. Guzmán Dalbora: *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, o. cit., pp. 72-73.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

punto capital de la doliente disciplina.⁵⁷ Dado que los axiomas no acogen excepciones, resulta del todo consecuente que el milanés escriba de una pena no fundada en la ley, ser “abuso y no justicia; mero hecho y no ya Derecho”. He aquí cómo la aurora de nuestro dogma coincide con el anuncio de la única comprensión que se adecua a su índole, la de un principio *constitutivo* para todo ordenamiento jurídico-penal, el criterio que permite identificarlo como derecho y, con ello, suprimir de raíz el alienante embarazo de aplicar *invita minerva*, como jurídicas, reglas que no son merecedoras del predicado. Que la función constitutiva derive del concepto de hombre que prohijó la Ilustración, un ser racional, capaz de proponerse fines y de ordenar su conducta para alcanzarlos, y que con ello nada tenga que ver el concepto deshumanizado de hombre —mitad imputable, mitad peligroso— que inspira al criterio de la peligrosidad, parécenos tanto más claro cuanto que el Estado de derecho, que rota en torno de la dignidad de la persona humana, no puede asociar, sin descalabro de su estructura íntima, consecuencias jurídicas a una artificiosa fragmentación del individuo.

En fin, si la peligrosidad representa un ataque contra las exigencias de certeza y seguridad jurídicas en que se funda la legalidad de delitos y penas, también horada otra garantía del derecho penal propio del Estado de derecho: la aplicación igualitaria de la ley. A la desigualdad igualitaria de la individualización se opone el principio del hecho, ese subproducto del axioma legalista que equipara o estandariza delitos y penas, independientemente de las características individuales del delincuente, con lo cual “cierra el paso a la arbitrariedad y el despotismo de los sistemas que dan prioridad a la persona del autor en el momento de ponderar la respuesta del Estado”,⁵⁸ la arbitrariedad y el despotismo que hubo de sufrir Fermín Ramírez de los jueces de su país.

⁵⁷ *Dei delitti e delle pene. Con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento* (a cura di Franco Venturi), Turín: Einaudi, 3.ª ed., 1973, cf. pp. 25 (dogma político) y 30 (axioma general).

⁵⁸ García-Pablos de Molina: *Introducción al derecho penal*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 3.ª ed., 2005, p. 556.

5 • Peligrosidad y fin de la pena

La Corte Interamericana no se pronunció aquí sobre el magno problema del fin de la pena, pese a la indudable imbricación existente entre el objeto de su repulsa, la peligrosidad, y determinadas concepciones acerca del sentido teleológico de la punición.

En su comentario crítico del fallo Patricia Ziffer percibe esta deficiencia, así como el trasfondo iusfilosófico que oculta y los problemas dogmáticos que genera, a su entender, un rechazo tan rotundo del concepto en cuestión. En síntesis, la autora plantea que defenestrar la consideración de la peligrosidad del delincuente solo es posible en el marco de un derecho penal retributivo, por tanto, en un entendimiento de la pena donde la prevención de delitos no tiene lugar alguno, a vista y paciencia de que “un Estado republicano, limitado por el principio de proporcionalidad de los actos públicos, no puede dejar de preguntarse por los efectos de una pena sobre un sujeto concreto, si evitará que el condenado vuelva a cometer delitos, si carecerá de toda consecuencia o la impondrá ‘a cualquier precio’ a fin de demostrar la vigencia de la norma”.⁵⁹ Sucesivamente, estima que lo resuelto un lustro ha contradice los términos del propio Pacto de San José de Costa Rica, en su prescripción de que las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados (artículo 5.º, párrafo 6). En opinión de la comentarista, negar que la peligrosidad pueda servir como factor de graduación de las penas en general o cual agravación específica de ciertas infracciones anularía de entrada toda posibilidad de acatar dicho precepto y, allende esto, la idea misma de la prevención especial.⁶⁰ Por último, el fallo del tribunal interamericano, si se lo asume en todo el rigor de sus términos, implicaría desmontar el sistema interno de ejecución de penas, como quiera que este “se sostiene en *pronósticos* acerca de los avances y retrocesos en la resocialización del condenado, es decir, en juicios, referidos al futuro, más o menos favorables, con relación a la posibilidad de que reincida”.⁶¹

Convengamos en la dependencia de la peligrosidad respecto de doctrinas que asignan a la pena la finalidad de prevenir delitos, especialmente que el propio condenado

⁵⁹ “Y esta ponderación de las consecuencias del actuar estatal —prosigue— no es posible sin reflexionar acerca de cuáles son las probabilidades de que ese sujeto vuelva a delinquir”. *La idea de “peligrosidad” como factor de la prevención especial*, cit., p. 8.

⁶⁰ “Mal que les pese a muchos, no hay prevención especial posible *sin consideraciones de peligrosidad*”. *Ibidem*, p. 9. Cf., además, *Medidas de seguridad*, o. cit., p. 141.

⁶¹ *La idea de “peligrosidad” como factor de la prevención especial*, o. cit., p. 9, y *Medidas de seguridad*, o. cit., cf. p. 143.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

reincida, una de las variantes de la prevención particular. No es menos exacto que entre peligrosidad, por un lado, y retribución, por otro, media un abismo que ningún ejercicio especulativo podría salvar. La explicación del obstáculo, igualmente irremontable para las teorías relativas o de la unión de fines antagónicos, estriba en la diversa concepción del hombre de que parten retribución y prevención. Todo pensamiento preventivo mira al hombre en general, y al hombre que ha delinquido en particular, como un ser susceptible de procedimientos de manipulación de la conducta y, por ende, determinado en su obrar según la presencia o ausencia de ciertos elementos, incluidos tales métodos de manejo heterónimo. La idea subyacente a la peligrosidad es el paradigma de esta manera determinista de contemplarlo en su relación consigo mismo y con los demás. En cambio, “la retribución fluye de una concepción del hombre como ser capaz de conocimiento y voluntad, de autodeterminarse y obrar conforme a valores, y, por ende, de darse cuenta, es decir, de responder de sus actos, fundando y justificando así, entre la variedad de sanciones para estos, la sanción penal”.⁶² En otras palabras, la retribución, como esencia y, a la vez, finalidad de la pena, procura reverenciar en el individuo que ha delinquido, pero también en cada uno de sus semejantes, la dignidad que asiste a todos, su condición de seres librevolentes y fines en sí. Por consiguiente, con la aversión a la peligrosidad la Corte no hizo sino cumplir los términos del Estatuto, según cuyo tenor “*nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*” y “*toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*” (artículo 5.º, párrafo 2).⁶³ La apreciación de un hombre como peligroso, sea que el calificativo se le aplique francamente, sea bajo eufemismos como “riesgo social”, “compromiso delictivo” o “mal pronóstico de reinserción”, se mueve en el sentido exactamente opuesto del que dicta aquella disposición. Esto, aparte de los conocidos reparos que hacen blanco en las teorías de la prevención, una de cuyas contradicciones intrínsecas radica en considerar al hombre como determinado y, sin embargo, exigirle que responda por lo que hace, hasta el punto de someterlo a una pena que, para colmo, puede verse agravada por lo que él es o lo que son o cabe esperar que devengan otros a raíz del mal ejemplo, una pretensión que toca cotas absurdas en la llamada *prevención especial positiva*.⁶⁴ Por eso la primera preocupación de un Estado de derecho, si quiere

⁶² Rivacoba y Rivacoba: *Función y aplicación de la pena*, Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 43.

⁶³ En realidad, esta cláusula, que proviene del artículo 5.º de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), es un precipitado de las exigencias de humanización de las penas ínsitas en la idea retributiva, según su entendimiento moderno, o sea, jurídico. *Ibidem*, cf. pp. 81-82.

⁶⁴ Contra la que el condenado bien podría clamar con las frases que August Strindberg estampó en su relato testimonial *Inferno*: “¡El arrepentimiento!, ¿acaso no es desautorizar a la Providencia que me había elegido para

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

proceder racionalmente en los asuntos penales, ha de ser proporcionar las penas a la gravedad objetiva y subjetiva de los actos delictuosos, no al tenor de conjeturas sobre cómo el autor se condujo antes o se comportará en el porvenir.⁶⁵

Enseguida, hay para dudar de que la regla sobre la reforma y readaptación social de los condenados denote indefectiblemente una adhesión del sentido objetivo del Estatuto a la prevención especial positiva. Por lo pronto, es interesante que la cláusula del artículo 5.º asocie ese propósito nada más que a las penas privativas de la libertad, se diría que a sabiendas de que la prisión, cualquier prisión (breve, larga, dura o atenuada), compromete en los hechos más bienes jurídicos que el único que ordena restringir la sentencia de condena, la libertad ambulatoria, y produce efectos nocivos, incluso graves e irreparables, en la personalidad, los vínculos familiares y el conjunto de relaciones de vida del recluso. Pues bien, en pos de amenguar la desproporción, para reducir en lo factible el contenido ilegal de penas de esta naturaleza, se comprende el proyecto normativo de que cuando menos una de tales secuelas, que no falta jamás, la desocialización,⁶⁶ no navegue a velas desplegadas, que arrase con la dimensión social del preso. El intento de reforma y readaptación, pues, puede leerse como un programa máximo destinado a

ser objeto de su flagelo? ¿No es decir a las potencias: habéis guiado mal mi destino; me habéis hecho nacer con la vocación de castigar, de derribar ídolos, de rebelarme, y luego me retiráis vuestra protección para obligarme a una abjuración ridícula? ¿Representar un acto de contricción, hacer una retractación pública! ¡Cómo queréis que se tome uno en serio lo que se manifiesta como una inmensa broma!”

⁶⁵ La proporcionalidad de las puniciones tiene como presupuesto la índole retributiva de estas; más aún, “es sobre la base de la idea de la retribución sobre la que hizo su ingreso en el Derecho penal el criterio de la *proporcionalidad*, ya que la pena retributiva es ‘naturalmente’ proporcionada al comportamiento efectuado”. Bettio: *Diritto penale*, o. cit., p. 813.

Es claro que el pensamiento preventivista no compartiría los conceptos vertidos aquí. Positivismo y neopositivismo quisieron ajustar la índole y medida de sus medios de defensa social a la peligrosidad del delincuente, la cual, supuesto que exista y pueda ser establecida científicamente, es un puro *factum*, del todo refractario a criterios de valor. Asimismo, con su conocida enemiga a la finalidad retributiva no hay para sorprenderse de que el penalismo actual, procurando revestir ciertos efectos empíricos con una lámina de valor, enderece sus esfuerzos a encadenar este requisito de la pena al propósito profiláctico que atribuye al *ius puniendi*, sea porque las puniciones desproporcionadas “pueden suscitar sentimientos insufribles en el potencial transgresor y alterar en los coasociados la percepción de la correcta escala de valores que debiera reflejarse en la relación entre los delitos singulares y las sanciones correspondientes”, sea por considerar que la proporción es también premisa básica de la prevención especial positiva, de la “aceptación psicológica por el condenado de un tratamiento dirigido a que recupere la capacidad de apreciar los valores tutelados por el ordenamiento” (Fiandaca y Musco: *Diritto penale*, o. cit., p. 692). Es fácil apreciar que la fuerza de la idea retributiva es de tal magnitud que incluso dentro de la orientación preventivista, *malgré elle*, la gravedad del delito sigue siendo la medida determinante de la condigna punición, conforme demuestra el recurso a esa “escala de valores” traducida precisamente por las infracciones criminales.

⁶⁶ Me hago cargo de que el voquible es espantoso; pero tampoco suenan mejor en nuestro idioma los de *aculturación* y *prisionización*, que, sin embargo, designan un proceso psicológico propio del mundo penitenciario. Cf. Hentig: *La pena*, 2 vols. (traducción y notas por José María Rodríguez Devesa), Madrid: Espasa Calpe, t. II (“Las formas modernas de aparición”), 1968, p. 238.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

restituirle con la mano del derecho lo que otra, enguantada, le quita día a día tras los muros de la cárcel, por más que el ensayo esté viciado por el sinsentido de pretender lo imposible y la mala conciencia del artífice de toda la operación.

De los requisitos “peligrosistas” en las penas sustitutivas o meros sustitutos de las de encierro (condena de ejecución condicional, reclusión nocturna, de fin de semana o domiciliaria, libertad vigilada o asistida, etcétera), el régimen progresivo de la ejecución y, en particular, la libertad condicional, cabe pensar parecidamente. Estas y otras vicisitudes de la punición no tienen el sentido que se les suele atribuir: precaver la recaída en el delito. La realidad de las cosas, de que ninguna interpretación jurídica puede desentenderse sin degradar la dogmática a un conjunto de formas sin contenido y resultados sin valor, certifica algo muy diferente, a saber, que esos institutos antes constituyen un reconocimiento mejor o peor disimulado del efecto corruptor de la prisión, la consagración de una especie de *ius primi criminis* “y un cómodo recurso para aliviar la población y el presupuesto carcelarios, que la adopción de medios que obren con eficacia en el penado y una adscripción sería al pensamiento de la prevención especial”.⁶⁷ Siendo así, en lo que lleva razón la detractora del fallo es que, “leídas con detenimiento, la mayor parte de las objeciones que la Corte Interamericana formula en el caso ‘Fermín Ramírez’ contra la idea de peligrosidad son, en definitiva, cuestionamientos a la legitimidad de toda prevención especial”.⁶⁸

Si la peligrosidad y, con ella, la prevención especial no han de ser consideradas en un delito común de particular gravedad, como es el asesinato, cabe interrogarse si pueden ser tomadas en cuenta para la sanción de los crímenes internacionales. A decir verdad, estos, por su supina significación, debida a la magnitud del injusto del genocidio y de muchos delitos contra la humanidad y de guerra, son el verdadero banco de prueba, la piedra de toque para las doctrinas que se disputan el crucial extremo del fin de la pena en general.⁶⁹ La razón de ello salta a la vista. En el mundo del derecho⁷⁰ el vigor de los principios, el mérito de las teorías y la rectitud de los fines se templan cabalmente, no

⁶⁷ Rivacoba y Rivacoba: *Función y aplicación*, o. cit., pp. 90-91.

⁶⁸ Ziffer: *La idea de “peligrosidad” como factor de la prevención especial*, o. cit., p. 20.

⁶⁹ De la poca atención que ha merecido el asunto manifiesta su asombro Kai Ambos: “Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional” (traducción de Marta Susana Donis Gallardo), en *la Revista de Derecho Penal y Criminología*, cit., 2.ª época, n.º 12, 2003, cf. pp. (191-211) 191-192. Una argumentación del fin de la pena internacional sobre la base de la teoría jurídica de Kant, en Gierhake: *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der kantischen Rechtslehre*, Berlín: Dunker y Humblot, 2005. Para una perspectiva que enlaza la punición en palabra con la llamada *justicia restaurativa*, véase Henham: “The Philosophical Foundations of International Sentencing”, en *Journal of International Criminal Justice*, Oxford University Press, n.º 1, 2003, pp. 64-85.

⁷⁰ Aunque lo que se indica a renglón seguido puede predicarse perfectamente del conjunto de las ciencias morales y políticas.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

al contacto de los sucesos triviales producidos por la rutina de la vida cotidiana, sino precisamente en las que Karl Jaspers llamó *situaciones límites*. Es aquí, en los *hard cases*, donde arriesgamos volvernos infieles a nosotros mismos⁷¹ —es decir, mudar misteriosamente la sólita teoría por otra, hacer deportiva capitulación de los principios defendidos con aplomo en los hechos corrientes, confundir los conceptos inveterados con otros, etcétera—, que apremia justipreciar las bondades de las construcciones especulativas sobre la finalidad de la pena y la justificación del *ius puniendi*.⁷² Pues bien, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre crímenes internacionales la prevención especial no recibe mención alguna. Ni una sola palabra. Al contrario, el tribunal prohija la lucha contra la impunidad y el derecho de las víctimas al castigo;⁷³ en otras palabras, unos bríos que no encarnan ciertamente concepciones preventivas, sino el triunfo de la cobertura ideológica del prurito vindicativo.⁷⁴ De su parte, la jurisprudencia de los

⁷¹ Cf. Jaspers: *La filosofía desde el punto de vista de la existencia* (traducción de José Gaos), México: Breviarios del Fondo de Cultura Económica, 1990, p. 49.

⁷² No compartimos la opinión de que habría una diferencia esencial entre la razón de ser del *ius puniendi* nacional y del internacional, como creo deducir de Ambos (o. cit., cf. pp. 210-211), en las que, con todo, él discute de unas “funciones” y “fines” del derecho penal, algo que semántica y conceptualmente no coincide con un problema iusfilosófico como es la *justificación* de los sectores del ordenamiento jurídico. *Función* es un concepto sociológico; *fin*, uno ideal (asociación de una idea pura con un propósito concreto de la voluntad) y *fundamento*, otro metafísico. Para nosotros, esa razón de ser, salvaguardar las condiciones fundamentales de subsistencia y los intereses más caros de la comunidad organizada, es exactamente la misma en las comunidades nacional e internacional, que en esto se diferencian en una mera cuestión cuantitativa o de grado, porque los bienes de que se ocupa la última tienen una entidad y, sobre todo, una extensión mayores que aquellos en que cifra su interés la primera.

⁷³ Entre otros ejemplos que cabría aducir, interesan especialmente dos. En el fallo del caso *Almonacid*, ya citado, la Corte declara que “si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción” (fundamento 110). Asimismo, “los crímenes de lesa humanidad producen la violación de una serie de derechos inderogables reconocidos en la Convención Americana, que no pueden quedar impunes. En reiteradas oportunidades el Tribunal ha señalado que el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, que la Corte ha definido como la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana” (fundamento 111). Una combinación de entrambas posturas luce también en la sentencia del 14 de marzo de 2001, para el caso *Barrios Altos contra el Perú*, donde la Corte expresa que “las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente” (fundamento 43).

⁷⁴ Tales ideologías no se presentan como pensamientos sobre el fin de la pena, sino que consideran la lucha contra la impunidad, al igual que el derecho de víctimas y deudos a la punición, como un fin del derecho penal. Por eso no se hallará en ellas referencias a la prevención, general o especial, positiva o negativa, aunque tampoco cabe calificarlas como retributivas. Y no podrían darse relaciones con las doctrinas penales, porque rotan alrededor de la víctima, no del victimario, lo que excluye la prevención, o bien del crimen internacional como *injusto absoluto*, y esto impide por principio la retribución. Véase el lúcido estudio de Silva Sánchez: “Una crítica a las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’”, en

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

tribunales penales internacionales rechaza tanto la peligrosidad como la reinserción social del hechor, seguramente porque el carácter excepcional de estas fechorías, el tipo de sus autores y el ambiente institucional o político en que delinquieron condenarían al fracaso todo intento de intimidarlos o resocializarlos.⁷⁵ En sus fallos predominan criterios de prevención general negativa, mientras que parte de la doctrina especializada procura ajustarlos a la versión positiva o integradora, como “una *contribución al establecimiento y consolidación de un orden jurídico internacional (penal) de valores comunes*”.⁷⁶ También los tribunales superiores de algunos Estados han emprendido el camino de armonizar ambas facetas de la prevención general. “La sociedad, en efecto, no toleraría que transgresiones de tal magnitud queden definitivamente impunes, con el pretexto de que el castigo ya no puede resocializar al que no está más en condiciones de reincidir, pues, no obstante ello, sí puede actuar reforzando para el futuro en los ciudadanos el respeto por los valores elementales sobre los que descansa la posibilidad de una convivencia pacífica (prevención general positiva) y disuadiendo a quienes se sientan inclinados a incurrir en hechos semejantes (prevención general negativa)”.⁷⁷

En verdad, lo que está aquí en discusión es la gravedad del fenómeno subyacente, unos hechos delictivos que tuvieron la intensidad traumática de una pesadilla aterradora. Por eso es fácil ceder a la tentación de asignar a las penas correspondientes la única finalidad compatible con el miedo, esto es, la prevención general negativa,⁷⁸ para que la comunidad que experimentó los hechos en carne propia u otras sociedades no se expongan al riesgo de verlos repetidos en el futuro. El punto de arribo de esta visión, como se sabe, es siempre el mismo: un rigor punitivo que reclama las penas más severas,

Revista de Estudios de la Justicia, Santiago de Chile: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, n.º 11, 2009, pp. 35-56.

Es más, la misma razón las inhabilita como teorías sobre el fin del derecho punitivo. El sentido último del *ius puniendi* es siempre contribuir, mediante la sanción más grave de que dispone el ordenamiento jurídico, a la preservación de los bienes más caros en cada comunidad ante ofensas intolerables. Reducir su fundamento a la lucha contra la impunidad es un procedimiento formalista, circular. Y la atribución al individuo de un derecho especial al castigo, en estos como en la mayoría de los delitos, subyuga la índole pública de la pena a los intereses particulares, que bien pueden ser incontrolables e irracionales (venganza, satisfacción psicológica, alivio existencial, etcétera) del titular de la facultad.

⁷⁵ Ambos: o. cit., cf. p. 205. Ulteriores referencias bibliográficas sobre el particular, en Amati, Caccamo, Costi, Fronza y Vallini: *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milán: Giuffrè, 2006, donde Emanuela Fronza asocia lúcidamente las graves incertidumbres que rodean el sentido del castigo de estos crímenes al estado embrionario que muestra el derecho penal internacional (cf. p. 275).

⁷⁶ *Ibidem*, p. 207.

⁷⁷ Fallo de la Corte Suprema de Chile en el caso *Rioseco y Cotal*, del 4 de agosto de 2005, que citamos de la base de datos del *Portal Jurídico* de LexisNexis, disponible en <www.lexisnexis.cl/>.

⁷⁸ La prevención especial, a su turno, es hija del desprecio, por ver en el penado un ser inferior, precisado de tratamiento o al que simplemente hay que abozalar, como se hace con los perros bravos.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

fenómeno que encuentra perfecto enclave en el derecho internacional penal, con su nota predilección por el máximo suplicio y, hoy, la prisión perpetua. Es el cabo de Hornos de toda forma de escarmiento en cabeza ajena, incluso aquella que presenta la lección bajo los ropajes de un aseguramiento cognitivo, de pacificación e integración de la sociedad.

Sería interesante discutir si el derecho internacional penal es capaz de contribuir al establecimiento de un sistema común de valoraciones, como un ordenamiento primario o constitutivo de bienes jurídicos, o si, al revés, su naturaleza íntima solo le permite sancionar los ataques más graves contra un sistema de valoraciones preestablecido, como ordenamiento secundario o garantizador. Sea de ello lo que fuere, la propia evolución del derecho internacional convencional sobre el punto, que comenzó con las prohibiciones y tardó bastante en adosarles delitos y penas, parece testimoniar antes lo segundo que lo primero. Al margen de ello, no ha habido un solo ejemplo histórico que permita comprobar el valor preventivo, por intimidación o persuasión, de la penalidad de los crímenes en comento. Personalmente, subscribimos la opinión de que la mejor manera de precaver episodios de este jaez es atacar los factores que los posibilitan, cuyas raíces se hunden en el suelo de miseria, abandono y desesperación que abrumba hoy a amplias capas de tantos pueblos, suelo fértil en estigmatización e intolerancia y pronto a ser labrado por el primero que adopte posiciones mesiánicas de redención social, arrastrando en sus fantasías a espíritus incautos o derechamente malintencionados.⁷⁹ Y si estos medios no fueron suficientes para conjurarlos, en llegando el momento de conceder la palabra a la justicia penal, esta debe hablar con un aparato de puniciones que refleje el desvalor de los hechos criminosos, pero sin perder de vista jamás que los últimos tuvieron ante todo víctimas individuales. O sea, que las penas han de poseer un sentido retributivo, no porque se busque una equivalencia con el perjuicio sufrido por los pacientes,⁸⁰ lo que tampoco significaría retribución, sino porque expresan la desvaloración de la humanidad frente a conductas inhumanas.

⁷⁹ Semejante, Pastor: *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona: Atelier, 2006, cf. pp. 131-134. Para Zaffaroni, la prevención primaria de los homicidios masivos es ajena a las ciencias penales, cuya genuina tarea sería en esto denunciar las técnicas de neutralización, o sea, llevar a cabo la crítica de las ideologías que los cohesionan (de superioridad racial, nacional, de religiones, etcétera). Cf. "¿Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad?", en *Ars iudicandi*, o. cit., t. I, pp. (1005-1039) 1031 y 1037-1038.

⁸⁰ Solo en esto acierta Ambos: o. cit., cf. p. 204, cuando excluye la retribución.

6. Conclusión

Razonada la incompatibilidad de la peligrosidad con el principio legalista, así como su pertenencia al esquema jurídico del totalitarismo, la sentencia de la Corte, con su constatación de ambos extremos, merece plácemes por un doble orden de motivos.

Ante todo, por su valor en la reforma y, a la vez, preservación del derecho penal de los Estados del continente americano. En cuanto a lo primero, del fallo se desprende un haz de modificaciones en la legislación penal y procesal penal. Apremia extraerle de una buena vez las referencias —directas e indirectas, abiertas o enmascaradas— a la peligrosidad, lo que vale igualmente para todos los conceptos y reglas emparentados con ella. Esta empresa de depuración jurídica concierne a la formación del marco penal concreto, los factores de conmensuración que deciden la pena precisa del delito, las posibilidades de reemplazarla por otra, las vicisitudes de la ejecución y los tipos delictuosos que mientan este concepto, pero abarca, paralelamente, el régimen de las medidas cautelares, la reincidencia, los delitos de posición o sospecha, habituales, de estado; en síntesis, esa inorgánica colección de incrustaciones de derecho penal de autor que afean nuestros ordenamientos. En cuanto a lo segundo, se trata, a la vez, de contener con la ayuda del fallo los arrestos peligrosistas de nuestro tiempo, su manía de extender, allí donde existe, la custodia de seguridad de los delincuentes “peligrosos”, revivir para estos la sentencia indeterminada, recluirlos de por vida, anular en su cuerpo funciones biológicas, encruelecerse con la recidiva, etcétera. A la emergencia de defender, con todas las armas de su disciplina, los cimientos del derecho penal liberal, puede y debe contribuir el criminalista manteniendo fuera de ella el pensamiento asegurador, característico de la peligrosidad, y oponiéndose a cualquier proyecto de restar importancia a la culpabilidad por el acto, que es el natural complemento del carácter taxativo, como *lex certa*, de los preceptos penales. Invitar a la vieja advenediza a la casa de la jurisdicción criminal, ora como criterio graduador de las penas, ora como fundamento de la introducción o exasperación de medidas de seguridad, representa un anacronismo suicida en el trance, sumamente difícil, que atraviesa actualmente la atroz materia.⁸¹

Por otra parte, el repudio de la peligrosidad se inserta en la generalizada declinación de la prevención especial en la doctrina jurídica. Esto es descontado y no requiere

⁸¹ Hemos de discrepar, pues, del derecho penal de la seguridad que patrocinan algunos autores en lugar del derecho penal de la culpabilidad, solo porque el legislador de la hora no parece prestarle gran atención. Así, por ejemplo, Silva Sánchez: *Tiempos de derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires, B. de F., 2009, cf. p. 40.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

mayor argumentación. Sin embargo, si se ha de tomar en serio su obsolescencia científica, proclamada ahora en el lugar más conveniente para el efecto, o sea, la sala de justicia de un tribunal de derechos humanos, es indispensable que los penalistas, a nuestra vez, nos liberemos de las cadenas que esclavizan los vuelos especulativos sobre la pena a la misma concepción que infundió vida al niño mimado del positivismo, esa visión determinista, del juego de fuerzas y motivos, impulsos y presiones, que deforma la personalidad de los justiciables. Con la operación de recuperar la dignidad que toca al hombre, por tanto, la culpabilidad o inocencia por sus actos, la noción de responsabilidad penal, fundada en que el sujeto, en las condiciones concretas en que versó al delinquir, podía actuar según las exigencias del ordenamiento jurídico, vuelve a tener un rostro humano. Y la pena, que se limita a desvalorar públicamente el hecho delictuoso, readquiere un sentido respetuoso de la posición central del individuo en la comunidad, no para impartir enseñanzas a los demás, tampoco para edificar con la desgracia del condenado un sistema de valoraciones todavía en construcción, sino guiada por el único designio que se le aviene, así en el derecho interno como en el internacional, como expresión simbólica del reproche por actos que ofenden un sistema preexistente de bienes jurídicos.

Bibliografía

- ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales* (traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2.ª ed., 2008.
- AMATI, Enrico, Valentina CACCAMO, Matteo COSTI, Emanuela FRONZA y Antonio VALLINI: *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milán: Giuffrè, 2006.
- AMBOS, Kai: “Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional” (traducción de Marta Susana Donís Gallardo), en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 2.ª época, n.º 12, 2003, pp. 191-211.
- BACIGALUPO, Enrique: “La moderna política criminal latinoamericana”, en *Ilanud al día*, San José (Costa Rica), año 1, n.º 2, agosto de 1978, pp. 20-28.
- BECCARIA, Cesare: *Dei delitti e delle pene. Con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento* (a cura di Franco Venturi), Turín: Einaudi, 3.ª ed., 1973.
- VON BELING, Ernst: *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, Aalen: Scientia Verlag, 1978 (reimpresión de la edición de Leipzig en 1908).
- BETTIOL Giuseppe: “Aspetti etico-politici delle misure di sicurezza”, en *Scritti giuridici*, 2 vols., Padua: Cedam, 1966, t. I, pp. 514-523.
- “Azione e colpevolezza nelle teorie dei ‘tipi’ di autore”, en *Scritti giuridici*, 2 vols., Padua: Cedam, 1966, t. II, pp. 535-564.
- *Diritto penale. Parte generale*, 12.ª ed. (cuidada por Luciano Pettoello Mantovani), Padua: Cedam, 1986.
- BOBBIO, Norberto: *Contribución a la teoría del derecho* (edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel), Madrid: Debate, 1990.
- CARRARA FRANCESCO: *Programma del corso di Diritto criminale. Del delitto, della pena*, Bologna: Il Mulino, 1993.
- DONNA, Edgardo Alberto: *La peligrosidad en el derecho penal*, Buenos Aires: Astrea, 1978.
- DROST, Heinrich: *Das Ermessen des Strafrichters. Zugleich ein Beitrag zu dem allgemeinen Problem Gesetz und Richteramt*, Berlín: Heymanns, 1930.
- ELLERO, Pietro: *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal* (traducción del italiano por Adolfo Posada), Madrid: Reus, 1953.
- ENGISCH, Karl: *Introducción al pensamiento jurídico* (traducción de Ernesto Garzón Valdés y presentación de Luis García San Miguel), Madrid: Guadarrama, 1967.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

- FERRI, ENRICO: *Sociología criminal*, 2 vols. (traducción de Antonio Soto y Hernández, con un prólogo de Primitivo González del Alba), Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1907.
- GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO: *Introducción a la lógica jurídica*, México: Colofón, 2.ª ed., 1989.
- FIANDACA, GIOVANNI, y ENZO MUSCO: *Diritto penale. Parte generale*, Bolonia: Zanichelli, 5.ª ed., 2007.
- GAROFALO, RAFFAELE: *La criminología. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión* (traducción de Pedro Dorado Montero), Montevideo y Buenos Aires: B. de F., 2005.
- GÓMEZ MARÍN, VÍCTOR: *¿Tiene cabida el derecho penal de autor en un Estado liberal?* (prólogo de Santiago Mir Puig), Managua: Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, 2007.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO: *Introducción al derecho penal*, Madrid: Ramón Areces, 3.ª ed., 2005.
- GIERHAKE, KATRIN: *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der kantischen Rechtslehre*, Berlín: Dunker y Humblot, 2005.
- GRISPIGNI, FILIPPO: *Diritto penale italiano*, 2 vols., Milán: Giuffrè, 1952.
- GRIPIGNI, FILIPPO, y EDMUND MEZGER: *La reforma penal nacional-socialista* (traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni y Rodrigo Codino), Buenos Aires: Ediar, 2009.
- GUZMÁN DALBORA, JOSÉ LUIS: “El abono de las medidas cautelares a la pena”, en *Ars iudicandi. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, 4 vols., Coimbra: Coimbra Editora, 2009, t. II, pp. 515-532.
- “El nuevo Código penal del Perú (1991)”, en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, año 14, n.º 55-56, junio-diciembre de 1991, pp. 631-731.
- *La pena y la extinción de la responsabilidad penal. Primera parte*, Santiago de Chile: Legal Publishing, 2008.
- “Las presunciones de responsabilidad penal: su vigencia o invalidación relativamente al sistema de enjuiciamiento criminal”, en *Revista Procesal Penal*, Santiago de Chile, n.º 47, mayo de 2006, pp. 9-17.
- “El principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Kai AMBOS, Ezequiel MALARINO y Gisela ELSNER (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, pp. 171-192
- HENHAM, RALPH: “The Philosophical Foundations of International Sentencing”, en *Journal of International Criminal Justice*, Oxford University Press, n.º 1, 2003, pp. 64-85.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

- VON HENTIG, Hans: *La pena*, 2 vols. (traducción castellana y notas por José María Rodríguez Devesa), Madrid: Espasa Calpe, t. II (“Las formas modernas de aparición”), 1968.
- HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho penal. Parte general*, I, Lima: Grijley, 3.ª ed., 2005.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*, Madrid: Imprenta de Juan Pueyo, 1922.
- “Las medidas de seguridad. Su naturaleza y sus relaciones con la pena. (consideraciones de derecho comparado)”, en *El Criminalista*, 2.ª serie, Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía Editor, t. II (XII de toda la colección), 1958, pp. 219-239.
- “La recompensa como prevención general. El derecho premial”, en *El Criminalista*, cit., t. VI (XVI de toda la colección), 1964, pp. 10-75.
- *Tratado de Derecho penal*, 7 vols. publicados, Buenos Aires: Losada, 2.ª ed., t. II, 1950, t. V, 1956.
- KAISER, Günther: *Introducción a la criminología*, 7.ª ed. reelaborada y completada (traducción de José Arturo Rodríguez Núñez, bajo la dirección de José María Rodríguez Devesa), Madrid: Dykinson, 1988.
- VON LISZT, Franz: *La idea de fin en el derecho penal* (traducción de Enrique Aimone Gibson, con revisión técnica y prólogo de Manuel de Rivacoba y Rivacoba), Valparaíso: Edeval, 1984.
- MARINUCCI, Giorgio, y Emilio DOLCINI: *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, Milán: Giuffrè, 2.ª ed., 2006.
- MIR PUIG, Santiago: *La reincidencia en el Código Penal*, Barcelona: Bosch, 1974.
- PALAZZO, Francesco, y Michele PAPA: *Lezioni di diritto penale comparato*, Turín: Giappichelli, 2000.
- PASTOR, Daniel: *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona: Atelier, 2006.
- PONTI, Gianluigi: *Compendio di criminología*, Milán: Libreria Cortina, 2.ª ed., 1980.
- RADBRUCH, Gustav: *Filosofía del derecho* (traducción de José Medina Echavarría), Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 3.ª ed., 1952.
- DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel: “Culpabilidad y penalidad en el Código penal argentino”, en *Teorías actuales en el Derecho penal. 75.º Aniversario del Código Penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, pp. 291-309
- *Función y aplicación de la pena*, Buenos Aires: Depalma, 1993.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

- “Introducción al estudio de los principios cardinales del Derecho penal”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, cit., 2.^a época, n.º 4, 1999, pp. 735-751.
 - “El nuevo Código penal de Colombia (1980)”, en *Doctrina Penal*, año 4, n.º 13, enero-marzo de 1981, pp. 85-159.
 - “Pensamiento penal y criminológico del Código Penal tipo para Iberoamérica”, en *Doctrina Penal*, año 10, n.º 40, octubre-diciembre de 1987, pp. 713-734.
 - “El principio de culpabilidad en el Código penal chileno”, en *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del Código Penal chileno* (edición y prólogo de Manuel de Rivacoba y Rivacoba), Valparaíso: Edeval, 1975, pp. 49-126.
- ROMANO, Mario, Giovanni GRASSO y Tullio PADOVANI: *Commentario sistematico del codice penale*, 3 vols., Milán: Giuffrè, t. III, 1.^a ed., 1994.
- DEL ROSAL, Juan: *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, Valladolid: Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, 2.^a ed. corregida y aumentada, 1953.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: “Una crítica a las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, Santiago de Chile: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, n.º 11, 2009, pp. 35-56.
- *Tiempos de derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires: B. de F., 2009.
- STAMMLER, Rudolf: *Tratado de Filosofía del derecho* (traducción de la segunda edición alemana por Wenceslao Roces), Madrid: Reus, 1930.
- URTECHO NAVARRO, Alejandro: “Reconstruyendo el Derecho penal de la peligrosidad: apuntes sobre la pretendida legitimación de las asistemáticas figuras de reincidencia y habitualidad en el ordenamiento peruano”, en *Julio Armaza Galdos (dir.): El penalista de la América austral. Ofrenda académica al prof. E. R. Zaffaroni*, Arequipa: Pangea, 2010, pp. 169-203.
- DEL VECCHIO, Giorgio: *Filosofía del Derecho* (9.^a ed. española corregida y aumentada, revisada por Luis Legaz y Lacambra), Barcelona: Bosch, 1974.
- WOLF, Erik: “Sobre la esencia del autor” (traducción y nota preliminar de José Luis Guzmán Dalbora), en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 10, Granada, 2008, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r4.pdf>, 25 de agosto.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “Los códigos penales de Latinoamérica”, en el volumen *Códigos penales de los países de América Latina*, México: Instituto Latinoamericano

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

- de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, 2000, pp. 13-132.
- “¿Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad?”, en *Ars iudicandi. Estudios em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, 4 vols., Coimbra: Coimbra Editora, 2009, t. I, pp. 1005-1039.
- *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 5 vols., Buenos Aires: Ediar, 1987-1988.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (con la colaboración de Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR): *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Ediar, 2.^a ed., 2002.
- ZIFFER, Patricia: “La idea de ‘peligrosidad’ como factor de la prevención especial. A propósito del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ‘Fermín Ramírez’”, en *La Ley*, suplemento de *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 19 de diciembre de 2006.
- *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en Derecho penal* (prólogo de Marcelo A. Sancinetti), Buenos Aires: Hammurabi, 2008.