

CRÍTICA A LA PELIGROSIDAD COMO FUNDAMENTO Y MEDIDA DE LA REACCIÓN PENAL FRENTE AL INIMPUTABLE

Juan Oberto Sotomayor Acosta
Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Medellín.
Nuevo Foro Penal, N° 48, Junio 1990, p. 199-213

1. INTRODUCCIÓN

(p. 199) En la actualidad existe prácticamente unanimidad doctrinal en el sentido de recurrir a la noción de peligrosidad a la hora de fundamentar las medidas aplicables a los sujetos declarados como inimputables¹. A lo sumo, especialmente en países como Italia y España, se discute si se trata de una "peligrosidad presunta" o no; es decir, si la imposición de una medida al inimputable sucede de manera automática, pues en estos casos el legislador presume de *derecho* que se trata de sujetos "peligrosos" o si, por el contrario, es necesario establecer dicha peligrosidad en cada caso concreto².

En el caso colombiano, por su parte, el tema del tratamiento jurídico-penal de la inimputabilidad ha dado lugar a una amplia discusión doctrinal, especialmente en lo relativo a la indeterminación temporal de las medidas³, en la cual el criterio de la (p. 200) peligrosidad ha tenido un papel protagónico, bien sea porque se reivindique expresamente para limitar de alguna manera las medidas de seguridad⁴, o bien porque, a pesar de no utilizarse la expresión "peligrosidad", la misma subsiste en el fondo de algunas argumentaciones⁵.

¹ Vid. al respecto. J. Terradillos, "Tratamiento jurídico-penal de la enajenación", en AAVV: *Comentarios a la legislación penal*, t. v, vol. i, Madrid, Edersa, 1985, págs. 124 y ss.

² Cfr. J. Terradillos, "Tratamiento jurídico-penal...", cit., págs. 144 a 148.

³ Cfr. J. Gaviria/P. Guerrero, "El loco y la justicia", en *NFP*, N° 12, Bogotá, 1981, págs. 411 a 432; J. G. Escobar Mejía, "Súplica por los locos", en *NFP*, N° 13, Bogotá, 1982, págs. 549 a 565; N. Agudelo Betancur, *Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad*, Bogotá, Temis, 1982, págs. 95 y ss.; 2ª ed., 1986, págs. 97 y ss.; el mismo, *Inimputabilidad y responsabilidad penal*, Bogotá, Temis, 1984, págs. 39 y ss.; J. Fernández Carrasquilla, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Temis, 1982, págs. 320 a 329; 2ª ed., vol. n, 1989, págs. 93 a 105; C. Mejía Escobar, "El criterio de necesidad como base para aplicar la medida de seguridad", en *NFP*, N° 25, Bogotá, 1984, págs. 427 a 429; J. Arenas Salazar, "El anexo siquiátrico de la Picota: ¡una vergüenza nacional!" en *NFP*, N° 30, Bogotá, 1985, págs. 498 a 510; E. Sandoval Huertas, "Comentario bibliográfico", en *DPC*, N° 25, Bogotá, 1985, págs. 153 a 158; P. E. Aguilar León, "Suspensión de la medida de seguridad de internamiento en manicomio criminal, a pesar de subsistir la enfermedad", en *RCAPV*, N° 13, Cali, 1985, págs. 506 a 516; I. González Amado, "Algunas inquietudes sobre el fenómeno de la imputabilidad", en *DPC*, N° 27/28, Bogotá, 1985/86, págs. 83 a 92; F. Estrada Vélez, *Derecho penal*, parte general, Bogotá, Temis, 1986, págs. 261 a 270; J. O. Sotomayor Acosta, "Consideraciones sobre el fundamento de las medidas de seguridad en el derecho penal colombiano", en *NFP*, N° 33, Bogotá, 1986, págs. 297 a 322; L. Calderón Cadavid, *Los inimputables en los nuevos estatutos penales*, Medellín, Diké, 1987, págs. 134 y ss.; y C. A. Gálvez Argote, "Las medidas de seguridad temporalmente indeterminadas", en *NFP*, N° 38, Bogotá, 1987, págs. 495 a 503.

⁴ Así, N. Agudelo Betancur, *Inimputabilidad...*, cit., págs. 39 a 42, y J. Fernández Carrasquilla, *Derecho penal fundamental*, 2ª ed., cit., pág. 102.

⁵ Tal es el caso de F. Estrada Vélez, *Derecho penal*, cit., págs. 261 a 270. Para A. Reyes Echandía (*Derecho penal*, parte general, Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1986, pág. 265), por su parte, "Resulta, pues, que a la luz de nuestro sistema penal los inimputables responden penalmente y que la suya es una responsabilidad *sin culpabilidad*" (subrayado textual). En el planteamiento de este autor, sin embargo, queda sin resolver con base en qué se

Por otra parte, teniendo en cuenta que el criterio de la peligrosidad ha visto en el último tiempo considerablemente reducida su influencia en el caso de los sujetos imputables, sobre todo a medida que el concepto de culpabilidad se ha hecho compatible con un derecho penal preventivo⁶, su radio de acción se ha circunscrito casi exclusivamente al ámbito de los sujetos declarados inimputables. Por ello puede sostenerse, en consecuencia, que el llamado "juicio de peligrosidad" se presenta como un producto directo de la declaración de inimputabilidad, constituyendo uno de los motores del *sistema penal paralelo* que funciona para los "incapaces de culpabilidad"⁷. Siendo así, cabe preguntarse entonces por los fundamentos de la noción de peligrosidad y por las razones de su supervivencia en materia de inimputabilidad, teniendo en cuenta, especialmente, la problemática relativa a los llamados "enfermos mentales", dado que es en este campo donde tal noción goza de una mayor aceptación.

2. LA PELIGROSIDAD DEL INIMPUTABLE

El tratamiento jurídico-penal de los inimputables en general, pero particularmente de los "enfermos mentales", ha tenido como base una supuesta peligrosidad (p. 201) de estos sujetos. Esta consideración del inimputable como un individuo peligroso, es decir, como un ser que encierra un "riesgo social" específico, es sin embargo cuestionada desde diversos aspectos:

Desde el punto de vista *psiquiátrico*, por ejemplo, se ha afirmado que "la peligrosidad del enfermo mental es un mito social"⁸, habida cuenta de que su tasa de incidencia es en cualquier caso menor si al individuo no se le sustrae de su medio sociolaboral y familiar. En este sentido se pone de manifiesto que la tantas veces argumentada peligrosidad del sicótico, por ejemplo, no es más que un subproducto de la ideología sobre el "loco", heredera de la consideración del mismo como totalmente enajenado, y alimentada por la angustia que el presunto sano experimenta ante el propio sicótico. Esta consideración, como destaca Castilla del Pino, deriva en el error mayúsculo de creer que cualquier incumplimiento de una regla social en un "enfermo mental" es expresión de *un* síntoma de "enfermedad mental". O para decirlo más claramente, que dada la catalogación de un individuo como "enfermo mental", la valoración de cualquier agresión de su parte es considerada "gratuita" y, en consecuencia, quedan eximidos los componentes del grupo (social, familiar u hospitalario) de su responsabilidad como provocadores⁹.

Por tal motivo se ha concluido, pues, que la relación "actitud social de loco = peligro" no resiste el más mínimo análisis desde el punto de vista de la psicología y la psiquiatría sociales, al cargar sobre el individuo el problema, prescindiendo de otras variables sociales que le afecten, además de su trastorno síquico. De ahí que desde el punto de vista *forense*, como denuncia algún autor¹⁰, parece cuando menos excesivo que un técnico en psiquiatría acepte

impone la medida al inimputable, razón por la cual llega a un tratamiento bastante semejante al de la "peligrosidad presunta", así no utilizara tal expresión.

⁶ Cfr. F. Muñoz Conde, "Culpabilidad y prevención en derecho penal", en *CPC*, N° 12, Madrid, 1980, págs. 41 y ss.

⁷ Cfr. J. O. Sotomayor Acosta, *Inimputabilidad y sistema penal*. Tesis doctoral, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1989, págs. 235 a 250.

⁸ C. Castilla del Pino, "La ideología de la locura en la práctica psiquiátrica actual", en R. Bercovitz, *La marginación de los locos y el derecho*, Madrid, Taurus, 1976, pág. 19. En igual sentido, J. C. Carbonell Mateu / J. L. Gómez Colomer / J. B. Mengual I Lull, *Enfermedad mental y delito*, Madrid, Civitas, 1987, pág. 185.

⁹ C. Castilla del Pino, "La ideología de la locura...", cit., págs. 19 y 20.

¹⁰ Vid. J. C. Carbonell Mateu / J. L. Gómez Colomer / J. B. Mengual I Lull, *Enfermedad mental...*, cit., págs. 185 y 186. En iguales términos, T. Bandini / U. Gatti, "Psichiatria e giustizia. Riflessioni critiche sull'imputabilità del malatto di mente", en *DDDP*, año 2, N° 2, 1985, págs. 356 a 361.

convertirse en juez de peligrosidad e imponga vigilancia y castigo, a no ser que considere la psiquiatría como un simple mecanismo de represión.

Asimismo, en el plano *criminológico* se ha puesto claramente de manifiesto que la pretendida sustentación científica de la peligrosidad de los "enfermos mentales" no existe en realidad. Ciertamente, tras analizar exhaustivamente los porcentajes de delincuentes primarios y multirreincidentes que se dan entre "enfermos mentales" de diversa intensidad e índole, las investigaciones criminológicas han concluido que las llamadas "enfermedades mentales" no asumen estadísticamente un peso decisivo sobre la criminalidad reincidente¹¹, puesto que esta no es superior, en términos porcentuales, a la del resto de la población.

(p. 202) Por consiguiente, si el riesgo social que supuestamente representa el trastornado psíquico no puede referirse a la probabilidad de que cometa nuevamente un hecho delictivo, pues ello ha sido desmentido científicamente, ¿cuál es el peligro de que es portador el "enfermo mental"? Todo parece indicar, en este sentido, que el verdadero peligro que el llamado "loco" representa está en función de su alejamiento del orden moral y público imperante, lo cual implica como reacción *defensiva* la estigmatización y descalificación de quien se aparta de dicho orden, para confirmar así su validez¹². Así lo demuestra, además, el surgimiento de la institución manicomial, la cual vino a resolver el problema *político*¹³ que planteaba el "loco".

Por algo —dice Basaglia— durante siglos, locos, delincuentes y otros marginados compartieron el mismo lugar, en donde la diferente naturaleza de sus "anormalidades" era ocultada y nivelada por un elemento común: la desviación de la *norma* y de sus reglas. De ahí que, una vez separadas cárcel y manicomio, continuaran conservando la misma función de tutela y defensa de la norma: según el racionalismo iluminista, la cárcel debía ser la institución de castigo para quien trasgredía la norma encarnada en la ley penal. "El loco, el enfermo del 'espíritu', aquel que se apropiaba de un bien atribuido comúnmente a la razón dominante (el extraño que vivía según normas creadas por *su* razón o por *su* locura) comenzaron a ser clasificados como *enfermos*, para los cuales es necesaria una institución que defina claramente los límites entre razón y locura y donde poder relegar y encerrar con una nueva etiqueta a quien contravenía el orden público bajo criterios de peligrosidad enferma o escándalo público"¹⁴. Por consiguiente, lo que el "enfermo mental" realmente encarna es una contradicción que no puede mantenerse abierta porque, a causa de su relación directa con el orden público amenazado, ella debe ser inmediatamente definida y codificada para neutralizar el más importante de sus significados: la discusión de las reglas absolutas que garantizan este orden¹⁵. Es este, por tanto, el peligro del cual es portador el "loco"; de ahí también la tendencia a la confusión entre "loco", "enfermo" y "delincuente".

Todo parece indicar que es a la lógica antes referida a la que obedece la tesis de la "peligrosidad presunta" y que, por tanto, parecieran tener razón aquellos que exigen la comprobación de la "peligrosidad criminal" del inimputable como requisito previo a la imposición de una medida de seguridad, con el fin de evitar la aplicación automática de la misma. Ello nos coloca entonces frente al problema de la posibilidad de determinación de la peligrosidad.

¹¹ Cfr. R. Bergalli, *La recaída en el delito: modos de reaccionar frente a ella*, Barcelona, 1980, Págs. 110 y ss.

¹² De esta forma, el catalogado como inimputable es doblemente estigmatizado y segregado: como delincuente y como "anormal". En tal sentido, J. Terradillos, "Tratamiento jurídico-penal...", cit., pág. 133.

¹³ Cfr. F. Álvarez-Uría, *Miserables y locos*, Barcelona, Tusquets, 1983, pág. 113.

¹⁴ F. Basaglia / F. Basaglia Ongaro, *Los crímenes de la paz*, México, Siglo XXI, 1981, pág. 80 (subrayado textualmente).

¹⁵ F. Basaglia / F. Basaglia Ongaro, *Los crímenes...*, cit., pág. 84.

3. LA DETERMINACIÓN DE LA PELIGROSIDAD

(p. 203) Las dificultades en la determinación de la peligrosidad de un sujeto, es decir, de determinar la probabilidad de que cometa un hecho delictivo en el futuro, constituye una de las críticas más antiguas a la noción de peligrosidad, especialmente en lo referido al riesgo que tal juicio de pronóstico supone para las garantías individuales, pues, consistiendo la peligrosidad en la probabilidad y no en la certeza de un evento, se hace depender la sanción de un elemento incierto. Así, ya a comienzos del presente siglo Exner sostuvo que "el concepto de peligrosidad es un concepto peligroso"¹⁶, objeción que según los positivistas adolece de falsedad en su base, pues, según ellos, las penas y medidas asegurativas no se establecen en vista del delito posible o probable, que es incierto, sino con referencia al peligro actual, que es cierto¹⁷.

Lo realmente cierto, sin embargo, es que la peligrosidad no deja de ser, cuando menos, una noción bastante "misteriosa" y profundamente paradójica, puesto que implica al mismo tiempo la afirmación de la presencia de una cualidad inmanente al sujeto (es peligroso) y una simple probabilidad, un dato aleatorio, ya que la prueba del peligro no se tendrá más que fuera de tiempo, es decir, cuando el acto se haya efectivamente realizado. Por ello, en estricto sentido, como advierte Castel¹⁸, solo pueden existir *imputaciones de peligrosidad*, esto es, *hipótesis* de que existe una relación más o menos probable entre tales o cuales síntomas actuales y tal o cual acto futuro; pero, incluso si se teme una recaída, existe siempre un coeficiente de incertidumbre entre el diagnóstico de peligrosidad y la realidad del paso al acto.

Lo anterior es suficiente para concluir que el juicio de peligrosidad tampoco resiste el más mínimo análisis científico, pues la única conclusión posible en este sentido es la deque, al menos en el estado actual de las ciencias sociales, es imposible un pronóstico científico de la delincuencia futura y, por tanto, de la peligrosidad. La mayor parte de los autores coincide en este sentido, destacando además que el pronóstico sobre la conducta futura del individuo queda sometido a la intuición personal del juzgador, hasta el punto de que algunos han llegado a afirmar que cuando el juez o siquiatra formula un juicio de peligrosidad sucede lo mismo que cuando una persona lanza una moneda para tomar una decisión¹⁹, con lo cual (p. 204) se ha querido poner al descubierto la alta dosis de irracionalidad que la noción de peligrosidad ofrece. En razón de lo cual se ha denunciado asimismo, con razón, que el de peligrosidad es un concepto "amorfo", "sospechoso", "tautológico", y que en definitiva se

¹⁶ Citado por A. Jorge Barreiro, "La Reforma de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social", en *AAW: Comentarios a la legislación penal*, t. n, Madrid, Edersa, 1983, pág. 496, nota 78. En esta misma dirección, en fecha más reciente, M. López Rey, "Algunas reflexiones sobre el peligro de la noción de peligrosidad", en *CPC*, N° 19, Madrid, 1983, págs. 19 y ss.

¹⁷ Al respecto, L. Jiménez de Asúa, *El estado peligroso (nueva fórmula para el tratamiento penal preventivo)*, Madrid, Juan Pueyo, 1922, págs. 94 y 95.

¹⁸ R. Castel, "De la peligrosidad al riesgo", en *AAW: Materiales de sociología crítica*, Madrid, La Piqueta, 1986, págs. 221 y 222.

¹⁹ T. Bandini / U. Gatti, *Psichiatria e giustizia...*, cit., pág. 360. Sobre el carácter intuitivo del juicio de peligrosidad, véase, además, a T. Vives Antón, "Métodos de determinación de la peligrosidad", en *AAW: Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Valencia, Universidad de Valencia, 1974, págs. 393 y ss.; G. Rodríguez Mourullo, "Medidas de seguridad y Estado de Derecho", en *AAVV: Peligrosidad social...*, cit., págs. 345 a 352; I. Muñagorri, *Sanción penal y política criminal*, Madrid, Reus, 1977, págs. 119 y ss.; G. Quintero Olivares, "Reflexiones sobre el monismo y el dualismo ante el Proyecto de Código Penal", en *AAVV: La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, págs. 575 a 577; G. Kaiser, *Criminología (una introducción a sus fundamentos científicos)*, Madrid, Espasa-Calpe, 1983, págs. 104 y ss.; y, ampliamente, M. Bertolino, "Profili vecchi e nuovi dell'imputabilità penale e della sua crisi", en *RIDPP*, Milano, 1988, págs. 252 a 263.

trata de una noción de "sentido común" que, por tanto, no tiene ningún respaldo científico²⁰. Es más, en vista de lo anterior, puede decirse inclusive que la peligrosidad no es más que un *pretexto* para adoptar una medida de seguridad, constituyendo de este modo mucho más una *legitimación* que una razón objetiva.

Tratándose pues la peligrosidad de una noción de "sentido común" que depende ante todo de la intuición personal del juzgador, es indudable que en ella juegan un papel principal los estereotipos. En efecto, si tenemos en cuenta que la criminalidad es un "bien negativo" distribuido desigualmente según la jerarquía de intereses establecidos por el sistema socioeconómico y según las diferencias sociales existentes entre los hombres²¹, no hay duda de que la etiqueta de "peligroso" recaerá principalmente sobre los individuos pertenecientes a los estratos más bajos de la población. Esta apreciación cobra vital importancia si tenemos en cuenta que diversas investigaciones empíricas han demostrado que existe la tendencia de los jueces a esperar un comportamiento conforme a la ley de parte de los individuos pertenecientes a los estratos medios y superiores, mientras acontece lo inverso respecto de los individuos provenientes de los estratos inferiores de la sociedad²². Ello viene a demostrar, entonces, que es el *status social* del sujeto lo realmente determinante en el juicio de peligrosidad, por más que ello trate de ocultarse con explicaciones "científicas".

Pero es que, además del carácter clasista y acientífico del juicio de peligrosidad, se trata también de un pronóstico en el que el individuo afectado lleva todas las de perder, dado que mientras el fracaso de un pronóstico favorable al sujeto (que niega su peligrosidad) queda evidenciado por la comisión de nuevos delitos, el error de los pronósticos desfavorables (que afirman la peligrosidad) queda siempre en la oscuridad. No hay forma de demostrar, por ejemplo, que quien en virtud de (p. 205) un pronóstico desfavorable permanece internado durante años en un establecimiento de custodia, no habría delinquido durante ese período de tiempo si hubiese vivido en libertad. Se trata pues de que "En caso de duda, más vale actuar, puesto que si se comete un error al intervenir sin razón, sin duda no se sabrá jamás ('siempre podría haber cometido tonterías'), mientras que si uno se abstiene y el acto se produce, la falta es manifiesta y el psiquiatra (o juez) es el responsable"²³. De esta manera, la peligrosidad como juicio proyectado hacia el futuro puede predicarse indefinidamente de un individuo hasta cuando se produzca el delito temido.

La creencia en la posibilidad de un pronóstico acerca de la futura conducta de un sujeto parte de una posición determinista del comportamiento humano que, precisamente por esta circunstancia, se cree posible predecir "científicamente". La existencia del hombre, no obstante, no se agota en los arduos procesos naturales de reacción y adaptación, pues guarda una relación diferente y más compleja con su circunstancia, en la que el hombre se presenta como un ser capaz de crear y asignar significados, de comprender lo que le rodea, e incluso su propia condición. Esta capacidad exclusiva del hombre de ninguna manera impide que la existencia humana algunas veces se manifieste totalmente adaptable o, aunque raramente, totalmente reactiva. Pero, como ha dicho Matza, "la simple reacción y la adaptación no deben confundirse con la condición propia del hombre. Deben considerarse, en cambio, una alienación o agotamiento de esa condición. Un sujeto enfrenta activamente su circunstancia; por lo tanto, su capacidad peculiar reside en modificar, tratar de crear y, en

²⁰ Cfr. O. de Leonardis, "Statuto e figura della pericolosità sociale tíia psichiatria riformata e sistema penale: note sociologiche", en *DDDP*, año 2, N° 2, 1985, págs. 325 y 326. También. T. Hernández, *La ideologización del delito y de la pena*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1977, págs. 19 a 23 y 31, nota 16.

²¹ Cfr. A. Baratta, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI, 1986, págs. 167 y ss.

²² Vid. A. Baratta, *Criminología crítica...*, cit., págs. 186 a 188.

²³ R. Castel, "De la peligrosidad...", cit., pág. 222 (el segundo paréntesis no es del texto).

realidad, trascender su circunstancia. Esa posibilidad propia del hombre no siempre se materializa, pero siempre existe"²⁴.

4. LA PELIGROSIDAD COMO "GARANTÍA"

Conforme a lo dicho, el recurso a la prueba de la "peligrosidad criminal" como medio para impedir la aplicación automática de las medidas de seguridad al inimputable, o la indeterminación temporal de estas, puede ser considerado, a lo sumo, como producto de las buenas intenciones de unos buenos juristas, pues en la práctica dicho argumento encuentra pocas posibilidades de cumplir con su noble cometido, ya que el problema de fondo radica en la noción misma de peligrosidad.

En cuanto a la exigencia de la peligrosidad como medio para impedir la aplicación automática de la medida, especialmente cuando esta consiste en el internamiento, la verdad es que, si bien teóricamente se puede diferenciar el estado del sujeto, por una parte, y el pronóstico de peligrosidad, por otra, en la práctica ambos requisitos se confunden en uno solo, dado que las valoraciones de peligrosidad están directamente asociadas con el "estado peligroso" del sujeto (padecer una "enfermedad mental", por ejemplo). En efecto, al objetivarse el concepto de peligrosidad a través especialmente de las clasificaciones de peligrosos sociales, se traslada (p. 206) hacia ellas la fundamentación ideológica, que en el caso que nos interesa es aquella que ve en el sujeto que sufre trastornos síquicos un individuo peligroso por el hecho de padecer dichos trastornos. Así sucede porque, como dice Hernández²⁵, lo que clasifica no es un fenómeno "real" externo a las subjetividades valorativas de quienes se clasifican, dado que tales clasificaciones de peligrosos se hacen depender del "sentido común" de quienes tienen el poder de efectuarlas, el que, en todo caso, les es impuesto por la ideología dominante en una determinada sociedad histórica. Así se explica, además, la intención encubierta en las categorizaciones escogidas y en la imprecisión como característica formal del "discurso" peligrosista.

Fácil es advertir, entonces, que la pretendida confrontación entre la criticada "peligrosidad presunta" y la reivindicada "peligrosidad comprobada", termina convirtiéndose en un sofisma de distracción, pues a la larga se trata de dos vías para llegar a una misma conclusión, así una de ellas sea más expedita que la otra. El "enfermo mental" es considerado peligroso porque así lo ha definido la ideología dominante con el fin de poner "a salvo" la norma y el orden que el "enfermo mental" cuestiona; por lo tanto, dicha peligrosidad es inherente a la imagen creada del "loco" y por consiguiente, en el fondo, da igual que ella se presuma por la ley o que se declare judicialmente, si al fin de cuentas los resultados no diferirán en absoluto, pues por ambas vías le será impuesta una medida de seguridad al inimputable.

Por otra parte, si de lo que se trata es de determinar la duración de la medida, cabe preguntar ¿cuándo un individuo deja de ser peligroso? ¿Cuándo puede decirse que el sujeto se ha adaptado a la vida social o que no cometerá delitos en el futuro? Y en última instancia, ¿será igualmente válida la tesis de la peligrosidad frente a la situación de un "enfermo mental" recluido en un manicomio, por ende sin posibilidades de curación y sin que pueda afirmarse fundadamente que no cometerá delitos en el futuro?²⁶. En otras palabras ¿qué sucede con el inimputable que no deja de ser "peligroso"?

En realidad, la noción de peligrosidad no constituye un límite real a la duración de la medida por cuanto, como atinadamente señala De Sola, "la peligrosidad, en cuanto juicio proyectado hacia el futuro, puede predicarse de un individuo indefinidamente, hasta que se

²⁴ Citado por I. Taylor / P. Walton / J. Young, *La nueva criminología (contribución a una teoría social de la conducta desviada)*, Buenos Aires, Amorrortu, 1976, pág. 47.

²⁵ T. Hernández, *La ideologización*, cit., págs. 23 y 29.

²⁶ El interrogante lo formula P. E. Aguilar León, "Suspensión de la medida de seguridad...", cit., pág. 513.

produzca el delito temido —cuando la probabilidad se convierte en certeza de algo ya pasado— o, al menos, mientras no cesen las condiciones objetivas y subjetivas que hacen al sujeto acreedor de tal juicio. Puesto que estas condiciones resultan de una gran complejidad, muchas de ellas ajenas a la personalidad del propio individuo, el principio de peligrosidad no puede suponer una garantía frente a la exacerbación del recurso a las medidas de seguridad.

"Asimismo, una vez realizado el pronóstico desfavorable, la decisión de aplicar una medida de seguridad se toma con miras al futuro, precisamente para contrarrestar la peligrosidad declarada; de modo que no hay ningún criterio directamente extraíble del principio de peligrosidad que marque un límite previo al rigor temporal, e incluso de contenido, de la medida a imponer"²⁷.

(p. 207) La peligrosidad no es, pues, ninguna garantía. Es más, si lo que se pretende es evitar el tratamiento diferencial que hace más gravosa la situación de los inimputables, ello resulta imposible de lograr mediante la idea de peligrosidad, por ser esta precisamente una de las nociones que generan dicho tratamiento. La mejor prueba de ello se encuentra en que tanto la propia idea de peligrosidad como las consecuencias que genera en el sistema de derecho penal impiden la extensión cabal del principio de legalidad, puesto que por obra de su indeterminación deja indefenso al individuo frente al poder absoluto del Estado. En consecuencia, pretender hacer compatible el principio de legalidad con la idea de peligrosidad es, como lo indica Velásquez²⁸, pretender conciliar un postulado que vela por la racionalidad del derecho, la certeza y la seguridad jurídica, con una institución completamente irracional apoyada en fundamentos indemostrables.

La necesidad de fijarles un límite máximo a las medidas de seguridad es un problema de *seguridad jurídica* y una exigencia del Estado de Derecho, que ni la finalidad supuestamente curativa o terapéutica de la medida o la peligrosidad del sujeto pueden llevar a ignorar. Así como la finalidad "rehabilitadora" asignada a la pena no envuelve la aplicación indefinida de la medida, es decir, hasta que el sujeto se encuentre "rehabilitado", así tampoco la finalidad "terapéutica" de aquella puede significar su indeterminación temporal. Lo mismo podría argumentarse contra el temor defensivo de que el inimputable vuelva a delinquir, pues tal objeción podría formularse también, con el mismo o mayor fundamento, respecto de los reos que fueron considerados imputables, dado el elevadísimo número de reincidentes que se supone eran "cuerdos". Habrá que concluir entonces, con Quintero Olivares²⁹, que no hay

²⁷ A. de Sola Dueñas, "Consideraciones críticas a las medidas de seguridad en el Proyecto de Código Penal de 1980", en *AAVV: Estudios jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez Vitoria*, t. II, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1983, págs. 897 y 898. Es tan cierto que la peligrosidad no constituye ningún límite al rigor temporal de la medida, que incluso la mayoría de autores que utilizan tal noción con ese fin, recurren de todas formas al delito cometido como referencia. Tal es el caso, por ejemplo, de F. Muñoz Conde ("Penas y medidas de seguridad: monismo versus dualismo", en *Derecho penal y control social*, Jerez, Fundación Universitaria, 1985, pág. 70), quien entiende que "Es, pues, fundamental que la gravedad del delito cometido, más que la de los que se puedan cometer en el futuro, constituya el límite máximo que no debe ser rebasado en ningún caso". Igual cosa plantea J. Terradillos ("Tratamiento jurídico-penal...", cit., pág. 161), pues si bien argumenta en favor de adecuar la duración de la medida a la previsible duración de la peligrosidad, sostiene a continuación que la misma no podrá ser superior a la pena correspondiente, "pues de otro modo se penalizaría más el riesgo temido que el realizado". En Colombia, J. Fernández Carrasquilla (*Derecho penal fundamental*, 2ª ed., cit., pág. 102) ha dicho, en igual dirección, que un "inimputable que padece trastorno mental o inmadurez psicológica debe ser tratado hasta que deje de ser 'peligroso'; sin exceder del máximo que como pena correspondería al imputable por el mismo hecho...". Como puede apreciarse, en estos planteamientos lo que realmente limita la duración de la medida es la referencia al delito cometido y no la peligrosidad.

²⁸ F. Velásquez, "FJ principio de legalidad jurídico-penal", en *NFP*, N° 32, Bogotá, 1986, pág. 260.

²⁹ G. Quintero Olivares, *Reflexiones sobre el monismo...*, cit., págs. 581 y 582.

motivo para no tratar a todos igual, es decir, o indeterminación por razones de "curación" mental o social para todos o para nadie, o bien limitación de la duración de la pena y de la medida en todo caso.

(p. 208) La "determinación" temporal de las medidas según la peligrosidad del autor es sin duda inconstitucional³⁰, pues en estos casos, como hemos visto, tal determinación no ocurre. No se olvide que del art. 26 de la Constitución Nacional, así como del art. 1º del Código Penal, se deduce que el presupuesto de toda *condena* o *sanción*³¹ no puede ser otro que la existencia de un injusto, es decir, de un hecho típico y antijurídico, y que por consiguiente tanto la pena como la medida de seguridad quedan sometidas al principio de legalidad penal, el cual, como es bien sabido, trae como contenido esencial la exigencia de concreta y exhaustiva *determinación* legal de la conducta prohibida o exigida y de la sanción correspondiente, como manifestación y exigencia político-democrática de certeza de conocimiento del propio ámbito de libertad frente al arbitrio-arbitrariedad del Estado³². En este sentido, además, la falta de fijación de un límite máximo a la duración de la medida está en contra también del principio de igualdad del art. 26 de la ley 74 de 1968, pues, ¿qué duda cabe acerca de que siempre que una medida de seguridad sobrepase la medida de la pena correspondiente al imputable por la realización del mismo hecho, dicho exceso constituirá una sanción impuesta *exclusivamente* por la condición síquica del sujeto o por su supuesta peligrosidad, caso en el cual se está ante una evidente discriminación por una circunstancia personal o social, prohibida expresamente por la norma de rango constitucional antes mencionada?

En consecuencia, presentar la peligrosidad como una garantía más del "derecho penal liberal" no deja de ser un verdadero fraude, tratándose como se trata de una noción eminentemente ideológica, que la única garantía que realmente ofrece es la de otorgarle poderes omnímodos al Estado en su intervención sobre los individuos calificados como tales.

5. Función ideológica de la noción de peligrosidad

La conclusión que surge de lo dicho hasta el momento no es otra que la del carácter ideológico de la noción de peligrosidad. Para comprobar esta afirmación basta remontarnos al momento histórico en que surgen las primeras concepciones sobre la peligrosidad, que, como se sabe, es el comprendido entre finales del siglo XIX y principios del XX en Europa, cuando el capitalismo liberal alcanza su apogeo y comienza a manifestar situaciones de crisis que se especifican socialmente.

El desarrollo de un nuevo tipo de formación económico-social, y específicamente la materialización de su efecto en el ámbito delincencial, exigió una nueva estrategia (p. 209) de control social (la *defensa social*), cuya expresión jurídica la constituyó el positivismo criminológico. Dado que los fundamentos y principios del positivismo naturalista son suficientemente conocidos, no nos detendremos ahora en ello. Basta recordar, simplemente, el hecho de que en la búsqueda de la cualidad que hace "distinto" al criminal de la mayoría adaptada, el positivismo no pudo escapar a la tentación de explicar en términos ahistóricos y apolíticos la criminalidad, en la medida que asume su adhesión a los valores dominantes como naturales. Lo diverso, por lo tanto, debía ser buscado en el criminal mismo, en su naturaleza biosíquica, en su carácter, en su historia personal, de forma que la *patologización*

³⁰ Cfr. C. A. Gálvez Argote, "Las medidas de seguridad...", cit., págs. 495 y ss.

³¹ Sobre el carácter de sanción de las medidas aplicables al inimputable, véase a N. Agudelo Betancur, *Inimputabilidad...*, cit., págs. 47 a 51; y, más ampliamente, a J. O. Soto-mayor Acosta, *Inimputabilidad...*, cit., págs. 340 a 353.

³² Vid. L. Arroyo Zapatero, "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal", en *REDC*, año 3, N° 8, Madrid, 1983, págs. 16 y 17. Sobre la exigencia de determinación en derecho penal, F. Velásquez, "El principio de determinación del hecho punible", en *DPC*, Nos. 27/28, Bogotá, 1985/86, págs. 135 a 152.

del criminal encontró en esta reducción su fundamento epistemológico³³. Se ofrece así un modelo de naturaleza humana que, en cuanto postula el consenso respecto del orden social dado, permite a la sociedad, históricamente determinada, presentarse como inimpugnabile.

A partir de estos presupuestos, lo peligroso será entonces definido conforme al orden existente, convertido en absoluto y natural, a la vez que dicha peligrosidad será explicada por medio de factores individuales, a los cuales necesariamente se atribuyen los problemas y conflictos que surgen en dicho orden. Ello permite a la noción de peligrosidad, por un lado, vaciar de contenido histórico-social los comportamientos y estados categorizados como peligrosos, mitificándolos y, en última instancia, deformando la realidad al individualizar y "naturalizar" lo peligroso en ellos; por otro lado, de esta forma también se logra justificar en términos no represivos ("terapéuticos") el control de tales conductas y/o sujetos. He aquí, por tanto, la importante función ideológica³⁴ que ha desempeñado siempre la noción de peligrosidad: en primer lugar, fundada en su posibilidad de explicitación legal en categorías de sujetos peligrosos, justifica el orden sociopolítico imperante, pues al delimitar "personalidades peligrosas" acepta y proyecta la existencia de un tipo universalmente válido de "personalidad sana", "no peligrosa", conjuntamente con la "normalidad" de sus componentes (costumbres, actitudes, creencias, etc.); y, en segundo término, a través de su apariencia de concepto científico, justifica racional y emocionalmente un mecanismo de control social paralelo a la pena, las medidas de seguridad, pero sin las garantías propias de la primera, lo cual hace que las posibilidades de intervención sobre el individuo sean todavía mayores.

Pero sin duda alguna la mayor funcionalidad ideológica de la noción de peligrosidad tiene que ver con su adaptabilidad a las circunstancias y necesidades de cada momento histórico, pues en tal sentido constituye un mecanismo que abre las puertas a lo que ideológicamente es necesario considerar como tal, permitiendo así un control amplio y sin restricciones de todo aquello que ponga en tela de juicio el orden social establecido.

Precisamente esta última función es la que explica la paradoja de que la noción de peligrosidad se encuentre cada día más cuestionada desde el punto de vista científico, (p. 210) pero que goce de óptima salud en el plano operativo³⁵. En esta dirección se ha puesto de manifiesto últimamente la manera como la idea de peligrosidad ha sido paulatinamente adaptada a la nueva estrategia de control social ("difuso"), a la que ha conducido la crisis del modelo de Estado asistencial; en efecto, dado que el viraje que se está desarrollando en las sociedades tardo-capitalistas se dirige ya no al control del sujeto individualmente considerado, sino de grupos enteros, poblaciones, ambientes, etc., la peligrosidad va dejando de ser, en general, una noción referida a un individuo en particular, para serlo respecto de determinadas *situaciones* o *grupos de riesgo*³⁶. Es decir, para ser sospechoso ya no es necesario manifestar síntomas de peligrosidad o de anomalía, pues basta con presentar algunas características que los "especialistas" responsables de una política preventiva han instituido en factores o situaciones de riesgo. Lo peligroso es ahora el grupo, el barrio, el partido, etc.

Esta misma adaptabilidad de la noción de peligrosidad a las necesidades de control en cada momento histórico determinado es la que ha permitido, por otra parte, que en América Latina la denominada "Doctrina de la Seguridad Nacional"³⁷ haya incorporado la noción de "individuo peligroso" a través de la de "enemigo interno", ahora representado no tanto por el

³³ Cfr. M. Pavarini, *Control y dominación (teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico)*, México, Siglo XXI, 1983, págs. 43 y ss.

³⁴ Cfr. T. Hernández, *La ideologización...*, cit., pág. 32.

³⁵ O. de Leonardis, *Statuto e figura...*, pág. 326.

³⁶ O. de Leonardis, *Statuto e figura...*, cit., págs. 340 y ss. y R. Castel, *De la peligrosidad...*, cit., págs. 233 y ss.

³⁷ Sobre la misma véase, por todos, a E. García Méndez, *Autoritarismo y control social (Argentina-Uruguay-Chile)*, Buenos Aires, Hammurabi, 1987, págs. 93 a 116.

marginado social sino por el disidente político o ideológico. A pesar de ello, las peculiaridades psicológicas que se atribuyen a este nuevo sujeto peligroso no apuntan predominantemente a la imagen del guerrero, del patriota, del idealista y ni siquiera del mercenario, como lo exigiría dicha doctrina, habida cuenta de su supuesto de guerra interna; por el contrario como destaca Rojas, el diagnóstico del nuevo "delincuente" es el del criminal repudiado por la sociedad, el incapaz que no alcanza a constituirse en sujeto, que es inferior a los demás y que no puede hacer uso de su libertad³⁸. De esa manera se cumple también con la doble función ideológica, ya enunciada, de la noción de peligrosidad: por un lado, al descalificar no solo como peligroso sino también como anormal al disidente político o ideológico, se proyecta, esta vez por medio del terror, el conformismo y se niegan las perspectivas de cambio; y, por otra parte, semejante ampliación de la peligrosidad ha permitido en el subcontinente latinoamericano la aplicación de una nueva clase de medidas de seguridad, consistente en la *desaparición forzada de personas*, en aras de la moderna defensa social: la *seguridad nacional*.

6. Conclusiones

Por todo lo dicho concluimos que la peligrosidad, en definitiva, no es más que una noción que entrega poderes omnímodos al Estado en el control de los (p. 211) ciudadanos. De ahí que toda tentativa de modificación del tratamiento jurídico-penal de los sujetos catalogados como inimputables debe pasar, necesariamente, por la supresión total del paradigma de la peligrosidad. Ello implica, obviamente, replantear también el fundamento y alcances del concepto tradicional de culpabilidad, pues, como dice Haffke, este solo ha podido desplegar su eficacia protectora a costa de la desprotección del autor "incapaz de culpabilidad", quien de esta forma ha quedado a merced del terror, de la instrumentalización y de la manipulación de las llamadas, medidas de seguridad y mejora: cuanto más proteja el concepto de culpabilidad, menos protegidos estarán quienes no tienen la suerte de ser culpables. Los incapaces de culpabilidad tendrán más razones para temer las medidas que los culpables la pena³⁹.

Es por ello por lo que suscribimos la opinión de Bustos⁴⁰ cuando entiende que culpabilidad no es reprochabilidad sino *responsabilidad*, la cual supone un sujeto *responsable*, con una determinada conciencia social, y por lo mismo con una determinada capacidad de respuesta conforme a ella; al tratarse de una conciencia *social*, se alude a algo concreto y relativo que obliga descender al ámbito cultural, a las interferencias culturales y a los conflictos sociales del sujeto, pues siempre hay un hombre con una determinada capacidad de respuesta, conforme a su conciencia social. Así, dado que la conciencia del sujeto surge del proceso social, de su relación social, la sociedad responde también por esa conciencia lograda por el hombre; en consecuencia, la reacción penal que se ejerce por el comportamiento injusto está basado no solamente en la protección de los bienes jurídicos, sino también en la formación social de la conciencia del individuo y por eso mismo no puede tener otro sentido que contribuir a su desarrollo.

Lo anterior encierra, pues, el salto cualitativo que supone admitir ya no únicamente una mera responsabilidad legal⁴¹ o una vacía "culpabilidad incompleta"⁴², (p. 212) sino la

³⁸ F. Rojas, "El Estado en los ochenta: ¿un régimen policivo?", Bogotá, Cinep, 1980, págs. 164 y 165.

³⁹ Citado por F. Muñoz Conde, "Culpabilidad y prevención general", en AAW: *Derecho penal y ciencias sociales*, Bellaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 1982, pág. 165.

⁴⁰ J. Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal español*, parte general, Barcelona, Edic. Ariel, 1984, págs. 371 a 377.

⁴¹ Así, N. Agudelo Betancur, *Inimputabilidad...*, cit., págs. 51 a 55.

⁴² Así, J. Fernández Carrasquilla, *Derecho penal fundamental*, 2ª ed., cit., págs. 234 a 241. En realidad, el concepto de "culpabilidad incompleta" que utiliza este autor se asemeja al de "atribuibilidad" formulado por R. Maurach (*Tratado de derecho penal*, t. II, Barcelona, Ariel, 1962, págs. 31 y ss.), pero pierde gran parte del sentido que tiene en la construcción del autor alemán,

responsabilidad del sujeto como actor social, independientemente de que se trate de un menor o un individuo con trastornos síquicos. Ello no implica, por cierto, la equiparación entre imputables e inimputables, pues si bien es cierto que a ambos se les exige responsabilidad, también lo es que la forma de ejercerla y la exigibilidad social de otro comportamiento es distinta en cada caso. La imputabilidad, como juicio de incompatibilidad por excelencia⁴³, marca el tope máximo de responsabilidad; por lo mismo, las garantías del sujeto imputable son las mínimas que se otorgan al autor de un delito. De ahí, por un lado, la exigencia de mayores garantías para el inimputable y, por otro, la exigencia de una respuesta penal de entidad y naturaleza necesariamente diversa a la pena, sin que esto último lleve a desconocer su carácter sancionatorio, en cuanto se aplica en razón de un delito. Lo contrario, insistimos, viola el principio de igualdad, pues hace del inimputable un sujeto de peor condición que el imputable, lo cual choca directamente con garantías de rango constitucional. La inimputabilidad impone mayores garantías, esto es, un enjuiciamiento y una sanción acordes con la especial racionalidad del sujeto, que evite al máximo su estigmatización. Por consiguiente, no puede, como ha venido sucediendo hasta el momento, agravar más la situación del sujeto.

Por las razones que se dejan expuestas, en ningún caso la medida puede exceder la duración de la pena que le hubiere correspondido al sujeto en el caso de que hubiera sido declarado imputable, y deberán cesar en cualquier momento, aun antes de este tiempo, cuando la misma deje de ser *necesaria*⁴⁴ para la efectiva tutela del *derecho a 7a salud*⁴⁵ del sujeto. Este criterio resulta fundamental en este ámbito, pues debe entenderse referido no solo a la *necesidad de tratamiento*, sino también (**p. 213**) a la *necesidad de la medida*

en la medida que la culpabilidad es entendida como mero nexo sico-normativo entre el autor y el hecho. En realidad, en el planteo del autor colombiano tal "culpabilidad incompleta" es solo un grado de imputación subjetiva, que le permite trabajar con dos conceptos diferentes de dolo: uno natural, en el caso de los inimputables ("culpabilidad incompleta") y otro valorado, tratándose de imputables ("culpabilidad completa"), a lo cual, sin embargo, puede llegarse por otras vías, inclusive más expeditas. Pero es que, además, queda sin resolver el problema lógico de por qué una "culpabilidad incompleta" no da lugar a una "pena incompleta" y sí a una medida de seguridad, teniendo en cuenta que el art. 61 del C. P. establece el "grado de culpabilidad" como criterio para fijar la pena. Lo más grave, sin embargo, es que una culpabilidad así entendida oculta la problemática real del sujeto como actor social, en la medida que circunscribe la responsabilidad al ligamen entre individuo y acción, prescindiendo del espacio social como marco de referencia. Se pasa por alto que, como dice F. Muñoz Conde (*Culpabilidad y prevención...*, cit., pág. 51), "La culpabilidad no es un fenómeno individual sino social. No es una cualidad de la acción, sino una característica que se le atribuye para poder imputársela a alguien como su autor y hacerle responder por ella. Es la sociedad, o mejor la correlación de fuerzas sociales existente en un momento histórico determinado, la que define los límites de lo culpable y de lo inculpable, de la libertad y de la no libertad".

⁴³ Al respecto, J. Bustos Ramírez, "La imputabilidad en un Estado de Derecho", en el mismo: *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, Temis, 1982, págs. 87 a 114.

⁴⁴ Cfr. F. Velásquez, "El principio de legalidad...", cit., pág. 261 y C. A. Gálvez Argote, "Las medidas de seguridad...", cit., pág. 498. No obstante, es necesario insistir en que, en Colombia, el criterio de la necesidad se encuentra con el problema del tiempo mínimo de la medida, razón por la cual opera, en estos casos, en un sentido negativo, es decir, como "no-necesidad".

⁴⁵ Desde este punto de vista hay que tener en cuenta, eso sí, que la salud, al igual que los recursos materiales o la educación, es un bien en disputa, cuyo acceso a los dominados se encuentra limitado

en función de los intereses de los dominantes. Como dice J. Terradillos ("Tratamiento jurídicopenal...", cit., págs. 131 y 132), "En una sociedad en que los bienes son escasos, la administración de la salud queda sometida a condicionantes económicos, de modo que los débiles o marginados económicamente llevan la peor parte. En la toma de decisiones, unos colectivos representan a otros cuyos intereses y valores no siempre comparten, y los representantes políticos de los grupos dominantes extienden sus decisiones al tratamiento sanitario de los grupos dominados". Al respecto, con carácter general, M. A. Duran, *Desigualdad social y enfermedad*, Madrid, Tecnos, 1983.

concreta que se haya de imponer (desde el punto de vista de la salud del sujeto y no de la defensa social), criterio este que limita la aplicación indiscriminada de la medida de internamiento, hasta el punto de que la misma debe considerarse de imposible aplicación en nuestro país, ante la inexistencia de establecimientos o clínicas *adecuados*⁴⁶, conforme lo exige el art. 93 del C. P. Finalmente, la exigencia de responsabilidad en relación con los sujetos declarados como inimputables en ningún caso significa extender hacia ellos el ámbito de aplicación del derecho penal, pues en realidad nunca han estado por fuera del mismo, y sí en cambio restringir el área de las sanciones penales solo a los actores responsables⁴⁷, poniendo fin, de una vez por todas, a la existencia anacrónica y ambigua del sistema punitivo paralelo para los inimputables, ajeno, por lo demás, a las garantías mínimas del derecho penal.

⁴⁶ Cfr. J. G. Escoa \ R Mejía, "Súplica por los locos", cit., págs. 549 y ss. y J. Arenas Salazar, *El anexo siquiátrico...*, cit., págs. 498 y ss.

⁴⁷ Vid. A. Baratta, "Principi dei diritto penale mínimo. Per una teoría del diritti umani come oggetti e limiti della legge penale", en *DDDP*, N° 3, 1985, págs. 461 y 462.