

EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD Y LA PELIGROSIDAD EN NUESTRO CODIGO PENAL

Por Ana Julia Milicic

El art. 19 de la C.N. consagra que las acciones que no lesionan a nadie quedan excluidas de la órbita de control por parte del Estado. Al reglamentar el Derecho Penal este principio constitucional lo que hace es justamente garantizar el espacio de libertad del cual gozan las personas. Mientras no haya lesión a terceros o a la moral u orden público, no hay conflicto, por ende, el poder punitivo del Estado no puede aplicarse. El poder punitivo no puede ejercerse en tanto y en cuanto no exista una lesión a un bien jurídico, sea por lesión propiamente dicha o por peligro cierto.

El principio de lesividad exige que en todo delito exista un bien jurídico lesionado, y al cumplirse dicha exigencia es que se habilita el ejercicio posterior del poder punitivo. La acción humana tiene que acarrear daño para que el Estado pueda iniciar una persecución penal y así aplicarse el ius puniendi, facultad del Estado de castigar mediante la imposición de penas. Sin la existencia de un daño o lesión efectiva o potencial el Estado no puede intervenir.

En doctrina se distingue lo que se conoce como el derecho penal de acto (el cual busca el respeto al ámbito de libertad de las personas) del derecho penal de autor (en donde se procura la sanción de culpables, por lo que se apunta a identificar a los peligrosos sin consideración de sus actos). Nuestro sistema legal se alinea con el derecho penal de acto (art. 19 de la C. N. a contrario sensu) propio de los sistemas democráticos, excluyendo toda posibilidad de sancionar penalmente a una persona en razón de sus ideas, creencias personalidad o supuestas peligrosidad sino media conducta delictiva.

La peligrosidad es un término que encuentra su origen en las teorías positiva lombrosianas, e implica un juicio que realiza el juzgador sobre la probabilidad de que el sujeto acusado de la comisión de un ilícito cometa nuevos delitos en el futuro. Un estado democrático se corresponde con un derecho penal de acto, no de autor. En este sentido, la valoración de la peligrosidad como elemento subjetivo más allá del hecho cometido representa una clara afectación al principio de lesividad, desde que la peligrosidad habilita el ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del sujeto y no del hecho cometido. Por lo cual, la introducción en la ley penal de la peligrosidad del agente para la tipicidad de hechos o para la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de lesividad.

La peligrosidad aspira a pronosticar conductas humanas con alguna seriedad, basándose en lo que la persona pueda realizar en el futuro sin tomar en consideración el

pasado. La idea de peligrosidad es un criterio totalmente dominado por la perspectiva de futuro, la persona no es tomada en cuenta con relación a si su hacer u omitir es acorde o contrario a la ley, o en razón del hecho cometido.

El Derecho penal protege aquéllos bienes jurídicos que son relevantes y necesarios para el funcionamiento del Estado de Derecho, por lo que no puede haber ningún lugar valoraciones peligrosistas ni pronósticos de futuras reincidencias por parte del condenado, mucho menos para aumentar la pena sobre esa base.

¿Cuándo podemos observar que la ley penal toma en cuenta la peligrosidad para analizar conductas que no implican una violación al principio de lesividad?

En el Código Penal argentino existen referencias tácitas y expresas a la peligrosidad del autor:

- Tipos penales que adelantan la consumación hasta los actos preparatorios: cuando el Estado extiende su ius puniendi a momentos previos a la exteriorización de la conducta del sujeto, sin tenerse en cuenta lo que el sujeto hace sino lo potencialmente dañoso de su conducta. En estos casos, lo que habilita la injerencia estatal ya no es la gravedad del hecho en sí mismo cometido sino lo supuestamente peligroso de la conducta futura a realizar, admitiéndose una intervención penal anticipada, concepción que no se concilia con un derecho penal de acto. Aquí, la peligrosidad se analiza respecto de la conducta antijurídica futura del individuo. Ejemplo: el artículo 44, última parte, del Código Penal reza: *“Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente”*.
- Los delitos de peligro: lo que se concibe como peligroso es una situación objetivamente predeterminada. Esta clase de delitos presupone que la mera realización de la conducta previamente definida, aun cuando no exista lesión a bien jurídico alguno, se considera legalmente peligrosa. Se fundamenta su punición en la evitación de otros delitos más graves. El principio de lesividad supone que uno afecta un bien jurídico, pero en el caso de los delitos de peligro no hay lesión alguna sino que lo que se castiga es el peligro. Ejemplo: *el delito de portación de arma, art. 189*

bis, inc. 2 del Código Penal, que implica un delito de peligro abstracto que no exige ningún resultado material ni de peligro sobre el bien jurídico protegido.

La peligrosidad como pauta para la determinación de una pena: en este sentido, el artículo 41 del Código Penal contempla la peligrosidad como uno de los parámetros para la individualización de la pena, pero este parámetro no resulta objetable desde el punto de vista del derecho penal de autor en cuanto se refiere a la peligrosidad previa revelada por el sujeto en el hecho cometido, esto es, a la capacidad del sujeto de cometer un hecho grave. No se valoran características personales ni circunstancia futura de la persona.

La peligrosidad en el sistema de progresividad de la ejecución de la pena: las etapas del régimen de progresividad en el sistema penitenciario tienen como fin la reinserción social del condenado, tomándose en consideración en la valoración de su reinserción las posibilidades de que ese condenado en concreto, según su personalidad y sus circunstancias presentes y pasadas (esto es, sus antecedentes), vuelva a cometer un delito. Y es ahí en donde se objeta que la progresividad del penado se evalúe en base a pronósticos y juicios referidos al futuro con relación a la posibilidad de que reincida, siendo que la resocialización va mucho más allá de que el sujeto vuelva a cometer delitos.

Ejemplo: *el rechazo al concepto de peligrosidad fue uno de los principales argumentos que sostuvo la C.S.J.N. en el fallo "Gramajo", en el cual declaró la inconstitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado para el multireincidente que establece el art. 52 C.P., puesto que dicha norma toma como base la peligrosidad que presenta el reincidente. La Corte Suprema, entre otros argumentos, indicó que la pena de reclusión indeterminada prevista en el art. 52 del C.P. es una clara manifestación de derecho penal de autor en tanto, no retribuye la lesión a un bien jurídico ajeno causada por un acto, sino que tiende a encerrar a una persona en prisión por un tiempo mayor al que correspondería de acuerdo con la pena establecida para el delito cometido, debido a la forma en que conduce su vida. El principio de reserva contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional impide imponer una pena en razón de lo que la persona es, razón por la cual la pena sólo puede aplicarse como consecuencia del hecho que el individuo cometió. Al aplicar el art. 52 del Cód. Penal se declara que un individuo es peligroso en razón de sus*

múltiples reincidencias, pero no porque se haya verificado previamente su peligrosidad, sino simplemente porque se lo considera fuera del derecho, como un enemigo al que es conveniente encerrar por tiempo indeterminado.

- La peligrosidad como determinante de la forma de ejecución de la pena: los pronósticos peligrosistas también se tienen en cuenta para atenuar los efectos de una pena privativa de libertad. Ejemplo: *cuando se concede una condena condicional, o se deniega una salida transitoria o una libertad condicional, la peligrosidad de que el penado vuelva a cometer delitos es un elemento de suma importancia a valorar. Estas decisiones se apoyan en pronósticos de peligrosidad.*
- La peligrosidad en las medidas curativas v de seguridad: también funcionan con apoyo en criterios de peligrosidad. Las medidas de seguridad persiguen fines de prevención, ya que el autor del injusto es inimputable. Es decir que las medidas de seguridad se presentan ante sujetos peligrosos incapaces de comprender la antijuricidad de su conducta y de dirigir su comportamiento conforme a esa comprensión. Se está ante un enfermo al que se pretende curar o atemperar su peligrosidad. La medida de seguridad se impone en base a la peligrosidad del autor y mira al futuro, se establecen como medio de evitar el delito. El encierro, como medida de seguridad, sólo se justifica cuando no es posible una medida menos lesiva de la libertad que neutralice la peligrosidad del agente. Ejemplo: *según el art. 34, inc. 1º del Código Penal, segundo párrafo, cuando en caso de enajenación del imputado, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. Asimismo agrega que en los demás casos en que se absolviere a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieron peligroso.*

CONCLUSIÓN

La peligrosidad, en la medida en que continúa realizándose en base a un pronóstico acerca del comportamiento futuro que el acusado pueda realizar, siempre

conllevará la posibilidad de error puesto que debería de elaborarse respecto de acciones pasadas que fueron regidas por la voluntad y la elección que informan la conducta humana, ya que el que no se considera peligroso puede volver a delinquir y el que se considera altamente peligroso puede no volver a hacerlo nunca más. Las decisiones judiciales respecto a la peligrosidad de los enjuiciados deberán de ser valoradas en razón del peligro exhibido al momento de cometer los hechos y no en función de lo incierto e indeterminado de sus futuras acciones.

ANA JULIA MILICIC AMELI.