

IV Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología
XIX Jornadas de Investigación VIII Encuentro de Investigadores en Psicología
del MERCOSUR. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos
Aires, 2012.

Peligrosidad y derecho penal de autor.

Schulman, Daniel.

Cita:

Schulman, Daniel (2012). *Peligrosidad y derecho penal de autor. IV Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XIX Jornadas de Investigación VIII Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-072/65>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/emcu/Yzh>

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

PELIGROSIDAD Y DERECHO PENAL DE AUTOR

SCHULMAN DANIEL

Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco

Resumen

El trabajo hace referencia a la creación del concepto de Peligrosidad y su raigambre positivista, como así también analiza el correlato jurídico - penal de dicho concepto, intentando hacer un paralelismo entre tal concepto y la doctrina de Derecho Penal de Autor.

Palabras Clave

Peligrosidad Riesgo Derecho-Penal-de-Autor

Abstract

DANGEROUSNESS AND ACTOR-BASED CRIMINAL LAW

This work refers to the creation of the concept of dangerousness and their positivist roots, as well as analyzes the correlative with the criminal law of that concept, trying to make a parallelism between this concept and the doctrine of criminal law of Author.

Key Words

Dangerousness Risk Criminal-Law-of-Author.

Introducción:

El concepto de "Peligrosidad" tiene su origen en el constructo elaborado por Garófalo y Lombroso de "Temibilidad", mediante el cual se hacía referencia al estado que se sustenta en las características y atributos personales del sujeto que justifican el riesgo de futuros comportamientos violentos. En su significado original, la peligrosidad hacía referencia a "la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad de mal previsto que hay que temer por parte del mismo"[1].

El carácter de "constante y activa" daba la pauta de lo intrínseca de la condición para con el sujeto que la detentaba. Es decir, que la peligrosidad, para el positivismo criminológico, era una característica estructural de la personalidad del sujeto delincuente, determinada biológicamente, y por ende, inamovible. No había modo de que el sujeto dejara de ser peligroso, ya que nadie puede escapar ni modificar su propia biología.

Si bien el positivismo criminológico de fines del S. XIX y principios del S. XX ha ido modificando las explicaciones que respondían a la pregunta "¿Por qué un sujeto delinque?", la esencia misma de la respuesta se mantenido incólume en ese devenir. Ahora bien, lo que rescato como positivo en todo ese discurrir científico, fue que comenzaron a cuestionarse algunos autores acerca de cómo "medir" la peligrosidad. Es decir, que ya no alcanzaba con que el sujeto ostentara determinada fisonomía, sino que había que escudriñar un poco más profundo para evaluar otros factores o variables del mismo, a los fines de determinar el grado de peligrosidad.

Recepción argentina.

En el ámbito de nuestro país, se han ensayado algunas posturas diferentes, con diferentes resultados, respecto de estas temáticas.

Tal es así que Osvaldo Loudet[2], fundador de la Sociedad Argentina de Criminología y del Anexo Psiquiátrico del Instituto de Criminología de la Penitenciaría Nacional, se basa en indicadores de diversas áreas del sujeto para valorar y evaluar el grado de peligrosidad:

Indicadores médicos: Existencia o no de enfermedad mental. Este indicador es el único binómico de los que plantea Loudet, ya que a él no le importaba tanto qué enfermedad mental podría llegar a presentar el sujeto, sino que la simple existencia de un trastorno mental (estuviera o no compensado) ya era indicador de peligrosidad.

Indicadores psicológicos: Características de la personalidad, a través de un estudio minucioso del perfil de personalidad del sujeto, sólo analizado durante su período de reclusión.

Indicadores sociales: Existencia de redes primarias y secundarias de contención. Este es el más controvertido, ya que en la época en que Loudet lo propone, el profesionalismo de los Trabajadores Sociales era ínfimo, y por lo tanto no se podía avanzar mucho sobre el tema. Igualmente, habría que analizar en detalle las redes sociales, ya que en muchos casos, si apelamos a la teoría de los Contactos Diferenciales de Sutherland, las mismas bien pueden ser las generadoras de la conducta criminal en un sujeto.

Indicadores legales: Es la cuantificación del daño inferido. Este es el único que tiene que ver con el hecho criminal en sí y se agota en el mismo.

Hay que tener en cuenta que éste fue el primer esfuerzo científico por confeccionar un protocolo que cuente mínimamente con algunas áreas a explorar para la determinación del grado de peligrosidad de un sujeto. Igualmente, como se puede ver, la decisión final del diagnóstico quedaba exclusivamente en manos del profesional, sin contar con baremos o tablas guías para ponderar si el grado de peligrosidad era alto o bajo en relación a una población analizada epidemiológicamente.

Por otro lado, Vicente Cabello, médico psiquiatra que se ha desempeñado en el ámbito forense, y autor del Tratado de Psiquiatría Forense en el Derecho Penal, se basó en 5 facetas del sujeto[3], de manera muy similar a Loudet, para llevar adelante idéntica tarea. A saber:

Personalidad del individuo.

Naturaleza y características de la enfermedad (si presenta).

Momento evolutivo de la misma.

Gravedad del delito cometido (circunstancias y características).

Condiciones mesológicas.

Como se puede ver, Cabello hace mucho mayor hincapié en las condiciones psíquicas del sujeto, dejando de lado ligeramente la situación socio – ambiental del mismo, a diferencia de lo que hizo Loudet. Algunos estudiosos plantean que esto se debe a que precisamente ese ítem en Loudet fue de difícil análisis, y por lo tanto Cabello lo desechó.

Más allá de eso, Cabello también dejó de lado los estudios epidemiológicos poblacionales, y el criterio de valoración de la peligrosidad siguió quedando enteramente a cargo del profesional, sin posibilidad de ubicar al sujeto en el marco de una población macro, y sin tener un marco de referencia mínimo a tener en cuenta a la hora de la evaluación.

Positivismos criminológico y penalismo argentino.

Mucho se ha escrito y hablado sobre el positivismo criminológico en Argentina y sus referentes más encumbrados. Aquí no es ánimo el hacer un recorrido genealógico de esta temática, sino hacer referencia a que todo lo investigado y producido por el positivismo criminológico en Argentina, ha tenido un asidero en materia penal por demás extraordinario.

El penalismo argentino de principios de S. XX se ha servido (como ha pasado en Italia) del pensamiento criminológico para avalar sus prácticas y sentencias, como así también la legislación que aplicaba. Tal es así que las Leyes de Defensa Social, la Ley de Residencia, y la Ley de Patronato de la Infancia, han tenido un trasfondo político con apoyatura “científica” en esta corriente de pensamiento.

Ahora bien, hay que rescatar que el positivismo criminológico en Argentina ha tenido un gran desarrollo por haber tenido una voluntad política que lo favoreció. Por tal motivo, es que sus postulados e investigaciones se han incorporado tanto a la legislación como a las prácticas y políticas criminales.

La concepción de peligrosidad en Argentina ha venido sin modificaciones desde la Italia de Lombroso. Si bien los factores que se consideraba que la determinaban han ido variando, lo que no varió fue el determinismo de este concepto. Se lo consideraba como algo “natural”; intrínseco al sujeto; inamovible e inmodificable. No existía una postura crítica al respecto, sino que existía una raigambre spenceriana aplicada al estudio del individuo[4]. Por lo tanto, la concepción que primaba ponía de manifiesto que el sujeto delincuente de alguna manera era culpable del delito que se le imputaba, por el hecho mismo de ser peligroso.

Tal es así, que Francisco de Veyga en su ensayo sobre el lunfardismo[5] dejaba en claro que el delincuente categorizado como “lunfardo” era el más rudimentario, el que menos habilidades criminales había desarrollado; pero que dada su estructura psíquica y su personalidad, era totalmente intratable a través de cualquier terapéutica criminológica, y por lo tanto, la pena más correcta a aplicarle era la reclusión de por vida, cuando no la pena de muerte.

Como vemos en el ejemplo anterior, la concepción positivista del sujeto delincuente iba inexorablemente acompañada por un correlato jurídico que se apoyaba en estas concepciones. La única terapéutica

criminológica posible era la reclusión perpetua o la pena de muerte, precisamente porque se consideraba que el sujeto delincuente no era pasible de modificar su conducta.

Derecho penal de autor: el correlato jurídico de la peligrosidad.

El derecho penal de autor podría definirse como un derecho penal en el que está en primer plano la peculiaridad del autor, y que también proporciona el criterio fundamental para graduar la pena; un extremo derecho penal de autor, tendría una peculiaridad del autor también en causa de la pena e incluso en punto de partida de la pena, como ocurriría con las medidas o sanciones de peligrosidad predelictual, la punición de la tentativa inidónea y todas aquellas medidas que se le aplican a un individuo por considerarlo inferior y peligroso (y en todo caso, una “no persona” o persona incompleta, por presentar la mencionada determinación).

El derecho penal de autor vincula la definición del delito (delito como “delito natural”) a la actitud del autor. Es decir, pena por lo que el sujeto es; por sus características personales. El acto, en el mejor de los casos, sólo tiene una función sintomática y los tipos penales legales requieren ser complementados por un tipo jurídico de autor. Con lo cual, todo hecho legalmente tipificado no puede comprobarse si no se lo contempla mediante una tipificación judicial del autor[6].

La peor expresión del derecho penal máximo es el derecho penal de autor, pues reprimir la personalidad es, además de contraproducente y contrario a un derecho penal liberal y que se precie de “moderno”, claramente violatorio de la legalidad que surge de nuestras constituciones nacionales, y los pactos internacionales, ya que vulnera todos sus principios fundamentales empezando por su principio vertebral de la dignidad humana y prosiguiendo con los derechos fundamentales de la intimidad personal, libertad de conciencia, libre desarrollo de la personalidad. El derecho penal de autor viola frontalmente la dignidad humana.

En Argentina esta corriente penalista ha tenido una acogida muy importante, precisamente porque dicho país ha estado imbuido en la concepción criminológica positivista. El principal problema, igualmente, no ha sido éste, sino que dicha concepción se ha radicalizado y co – extendido al grueso de la población, quien reclama un derecho penal más estricto, más rígido, acompañado de una política criminal más represiva y severa.

Conclusión.

Como vemos, tanto la peligrosidad como el derecho penal de autor son ambos herederos de una tradición positivista criminológica, donde la idea de delito, era acuñada como un ente “natural”, totalmente abstracto y superior al comercio social de los hombres. Tal es así que el delito, no estaba considerado como una creación de las diversas convenciones sociales, sino como algo preexistente al ser humano, de alguna manera.

Lo mismo ha pasado con la concepción de peligrosidad. El positivismo criminológico se ha encargado principalmente de perseguir penalmente (amparado en la cientificidad de su método) a diversos “enemigos” mucho antes de que los mismos hubieran cometido algún delito. Y la forma de materializar tal persecución a nivel penal ha sido bajo la doctrina del Derecho penal de autor.

Notas:

[1] Garofalo, 1893, citado en Garrido, V.; Illescas, S.; y Stangeland, P.: Principios de Criminología, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia – España, 2006.

[2] Anales de la Sociedad Argentina de Criminología.

[3] Cabello, Vicente: La Psiquiatría Forense en el Derecho Penal, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2006.

[4] Elbert, Alberto: Manual básico de criminología, Editorial Eudeba, Bs. As., 2001.

[5] de Veyga, Francisco: “Los lunfardos”, en Rev. Revista Archivos de Psiquiatría, Criminología, y Ciencias Afines, Bs. As., 1910.

[6] Esta teoría debe ser rechazada por varios motivos: a) por su base absolutamente irracional, b) por su innegable vinculación con las ideologías autoritarias, c) por poner seriamente en peligro los principios propios de un derecho penal liberal. Factor 3: sensación de seguridad integrado por los ítems 5, 6, 8 y 12.

Bibliografía:

Cabello, Vicente: La Psiquiatría Forense en el Derecho Penal, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2006.

de Veyga, Francisco: “Los lunfardos”, en Rev. Revista, Archivos de Psiquiatría, Criminología, y Ciencias Afines Bs. As., 1910.

Elbert, Alberto: Manual básico de criminología, Editorial Eudeba, Bs. As., 2001.

Garofalo, 1893, citado en Garrido, V.; Illescas, S.; y Stangeland, P.: Principios de Criminología, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia – España, 2006.

JAKOBS, Günther y Manuel CANCIO MELIÁ, Derecho penal del enemigo, Madrid, Civitas, 2003.

Zaffaroni, E.: Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar, Buenos Aires, 1991.