

DERECHO PENAL PREVENTIVO Y PELIGROSISTA

LL.M. Alonso Salazar

Profesor

Universidad de Costa Rica

(Recibido 28/09/14 • Aceptado 25/09/15)

IX.

*Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce
qu'il ait été déclaré coupable...¹*

*Los ídolos y las nociones falsas que han
invadido el intelecto humano, echando
profundas raíces, no solo bloquean la mente
humana de un modo que dificulta el acceso a la verdad,
sino que, aunque tal acceso pudiera
producirse, continuarán perjudicándonos
incluso durante el proceso de
instauración de las ciencias, si los hombres, teniéndolas en
cuenta, no se decidiesen a combatirlas con
todo el denuedo posible...²*

¹ **IX - Todo hombre es considerado inocente hasta que ha sido declarado convicto...**, dicho artículo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se encuentra precedido del texto que a continuación se cita: "Los Representantes del Pueblo Francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del Hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los Gobiernos, han resuelto exponer en una Declaración solemne los derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre; para que esta declaración, estando continuamente presente en la mente de los miembros de la corporación social, les recuerde permanentemente sus derechos y sus deberes; para que los actos de los poderes legislativo y ejecutivo, pudiendo ser confrontados en todo momento con los fines de toda institución política, puedan ser más respetados; y para que las reclamaciones de los Ciudadanos, al ser dirigidas por principios sencillos e incontestables, puedan tender siempre a mantener la Constitución y la felicidad de todos. Por estas razones, la Asamblea Nacional, en presencia y bajo el auspicio del Ser Supremo, reconoce y declara los siguientes derechos del Hombre y del Ciudadano:"

Extracto de las Actas de la Asamblea Nacional, de los 20, 21, 22, 23, 24, 26 de agosto y primero de octubre de 1789.

Declaración de los Derechos del Hombre en Sociedad, (1789)
<http://es.wikisource.org/wiki/Declaración_de_los_Derechos_del_Hombre_y_del_Ciudadano> [Consulta:18 de abril de 2013].

² Teoría de los ídolos expuesta por **Francis Bacon**, resumida por **Giovanni Reale** en Historia del pensamiento filosófico y científico. Ed. Herder, Barcelona, 1983, T. II, p. 294 citada por **Rivera** (2006:23-24).

Resumen: El presente trabajo aborda la problemática en torno a los conceptos de prevención y peligrosidad en el derecho penal. Se trata de un estudio en torno a la problemática de la aplicación del pronóstico como base de imputación con el propósito de justificar un adelantamiento de la reacción jurídico-penal frente al sujeto peligroso y su consideración como un derecho penal de autor y no de acto.

Palabras Clave: Derecho penal. Pena. Prevención. Peligrosidad. Medidas de Seguridad. Pronóstico. Derecho penal de autor. Derecho penal de acto.

Abstract: This essay addresses topics related to the concepts of prevention and dangerousness in criminal law. This is an analysis of the issue of the application of forecast as the basis for accusation with the aim of justifying an anticipation of the juridical-criminal reaction of the dangerous subject, and its consideration as criminal law of the author and not of the act.

Keywords: Criminal law, punishment, prevention, dangerousness, safety measures, forecast, criminal law of the author, criminal law of the act.

Índice

- a) Planteamiento del problema.
- b) Prevención.
- c) Peligrosidad.
- d) Pena.
- e) Medida de seguridad
- f) Prevención vs. Peligrosidad como pronóstico.
- g) Principio de inocencia.
- h) Análisis de constitucionalidad de la peligrosidad como fundamento de una medida de seguridad.

Conclusión.

Bibliografía.

Introducción

a) Planteamiento del problema.

Señala ZAFFARONI que una de las tres formas en las que el Derecho Penal puede no pensar, se da cuando éste responde groseramente a las preguntas fundamentales³.

Independientemente de que personalmente no comparto el planteamiento que otra de estas formas de no pensar sea un discurso crítico, precisamente por ser proclive a la crítica, lleva razón invariablemente al indicar que no se piensa cuando se eluden preguntas fundamentales.

En derecho penal existe una idea generalizada más o menos neta e intersubjetiva de que entre las medidas de seguridad y la pena privativa de libertad hay diferencias más que semánticas cuando no pragmáticas. Creo que no miento al afirmar -por lo menos de manera estipulativa y provisional-, que casi nadie confunde una pena privativa de libertad con una medida de seguridad.

En cuanto a que una determinada medida de seguridad, en su caso; podría incluso ser percibida por el individuo a quien se le impone como más gravosa que la pena privativa de libertad⁴, es como decían nuestros

³ Las otras dos formas se darían cuando el Derecho penal a) elude preguntas fundamentales y b) cuando piensa con un discurso —antropológicamente fundado con seriedad— que inevitablemente es crítico. Véase, **Zaffaroni/Alagia/Slokar** (2006:197). Cfr. Armaza (2011:48) quien afirma que llevan razón los autores.

⁴ Se ha afirmado que las medidas no se diferencian de las penas en cuanto a sus efectos, pues aquellas no pueden evitar un importante componente afflictivo —favorecido por su indeterminación e imposición por un delito que todavía no se ha cometido— y de prevención general [diría yo(AS) más bien que este es un error del autor, pues debería indicarse “especial”]— particularmente, las de inocuización o segregación—, ni tampoco en cuanto a su ejecución —evidentemente en las pecuniarias [no queda muy claro a qué se refiere el autor con esto, (AS)] y sólo es necesario, en lo que atañe a las penas privativas de libertad, darles el contenido rehabilitador o resocializador que precise el delincuente. Vid. por todos **Romeo Casabona** (1986:86-87) con referencias bibliográficas adicionales. Por su parte, señala **Armaza** que la doctrina ha denunciado el hecho de que el poder de la estructura discursiva de las emergencias del Siglo XXI haya coaccionado al legislador penal hasta el punto de forzarle —en muchos de los casos, pese a

abuelos “otro cuento”⁵. No obstante lo anterior, existe una similitud entre medidas de seguridad y penas que abarcan: naturaleza punitiva, sometimiento al derecho represivo, imposición por parte de funcionarios judiciales que buscan imponer [diría yo (AS) hacer valer] un precepto penal, responsabilidad jurídica, reacciones a una acción prohibida y que no se puedan determinar discrecionalmente [con] respeto al principio de legalidad⁶.

Parto de la hipótesis de que en el caso de las medidas de seguridad, el pronóstico⁷ de peligrosidad del sujeto podría presentar problemas de constitucionalidad debido a que significa una violación del principio de inocencia⁸, puesto que se anticipa que la persona representa un peligro social y por lo tanto se le impone una sanción anticipada.

Téngase presente lo que al respecto señala FERRAJOLI que *“la presunción de inocencia no es solo... garantía de libertad y de verdad, sino también una garantía de seguridad o si se quiere de defensa social: de esa ‘seguridad’ específica ofrecida por el estado de derecho y que*

la (casi) total oposición de la doctrina penal contemporánea— a establecer una serie de consecuencias jurídicas del delito para el tratamiento penal del delincuente imputable peligroso de marcado carácter inocuidador. Así Armaza (2011:59) con referencias bibliográficas adicionales.

⁵ “Otro cuento” es una expresión coloquial que significa “otro asunto”, “otra cuestión”. Se emplea aquí con la idea de que por ser de nuestro interés en este trabajo, será un tema que se insinúa como conocido por el autor sin embargo, su tratamiento y abordaje no será objeto de estudio en este momento.

⁶ Así Burgos, (2005), La medida de seguridad en Costa Rica.
<http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?pid=S1409-00152005000100007&script=sci_arttext> [Consulta: 19 de abril de 2013].

⁷ La peligrosidad criminal como fundamento de la aplicación de la medida de seguridad supone la formulación de un pronóstico de comisión de futuros delitos basado en el estado que presenta el sujeto -estudio que realiza el Instituto de Criminología, tal como lo establece el artículo 97 de nuestro Código Penal. Cfr. *Ibid.*

⁸ Aparte de la ya mencionada inclusión del principio de presunción de inocencia en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 debemos tener presente que “los crímenes en contra de la humanidad cometidos durante la Segunda Guerra Mundial provocaron en el ámbito americano la aprobación en 1948 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y en el mundial pocos meses después en el mismo año la aprobación por la Asamblea General de la O.N.U. de la Declaración Universal de Derechos Humanos”. Continúa en la misma línea **Llobet** señalando que: “Importante es que la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como lo había hecho pocos meses antes la Americana,

se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica 'defensa' que se ofrece a estos frente al arbitrio punitivo [...]”⁹.

Anticipada pues la medida de seguridad se justifica “precisamente” para evitar que el “sujeto peligroso”, incurra en una conducta que afecte bienes jurídicos protegidos.

Surge en este punto la pregunta de si este proceder es contrario o no al principio de inocencia consagrado en nuestra Constitución Política en su artículo 39¹⁰.

No podemos olvidar lo que desde ya hace muchísimos años nos señalaba CESARE BECCARIA: “Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que haya violado los pactos bajo los que le fue concedida. ¿Qué derecho sino el de la fuerza será que dé potestad al juez para imponer pena a un ciudadano mientras se duda si es reo o inocente?”¹¹.

Comparto con CÁCERES que establecer como objetivo de la Política Criminal la seguridad total es una falacia. La seguridad total no existe, ni se puede conseguir¹².

reguló la presunción de inocencia en su Art. II inciso 1º, inspirándose en la Declaración Francesa de Derechos Humanos de 1789. La adopción de la presunción de inocencia por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 provocó que dicho principio fuese reconocido internacionalmente cada vez más con el transcurso del tiempo como derecho humano. Así Llobet en Armijo, **Llobet, Rivero** (1998:226-227) con amplias referencias bibliográficas. Para ampliar sobre el tema puede consultarse **Llobet** (1997) pasim, en especial p. 189 ss. **Llobet** (1993) in toto, especialmente p. 43, 47, 67y 158 y del mismo Llobet(2005 Cap. III, p. 137 ss). Cfr. Barona (1988) para una perspectiva más amplia y de derecho comparado especialmente alemán y español, en el mismo sentido con una visión del derecho procesal penal argentino Bovino (2005:13 ss). Cfr. Igualmente el amplio trabajo de Rodríguez (2001) pasim.

⁹ Así **Ferrajoli** (1995:549).

¹⁰ **Artículo 39.-** A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad...

¹¹ **Beccaria** (2008:51-52). Cfr. **Llobet** (1999), *in toto*, un libro que por su valor actual he recomendado leer en mis clases de derecho procesal penal como texto de referencia.

¹² Así **Cáceres**, (s.f.), [La Sociedad de la inseguridad y la peligrosidad criminal](https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:IAjraFOUpi). <<https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:IAjraFOUpi>

Tómese en cuenta a manera de referente histórico, que desde el año 1789 en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en el artículo 9¹³, expresamente se dispuso como derecho del hombre lo inserto en el moto de este texto, que se señala formalmente como el origen y surgimiento del principio de inocencia¹⁴ hoy consagrado en el moderno Estado democrático y social de derecho.

La idea central pues que pretendo exponer es que, tratándose de medidas de seguridad, éstas constituyen un claro ejemplo de un derecho penal basado en la idea de prevención sustentada en un principio de peligrosidad la cual atenta contra derechos fundamentales del ciudadano.

b) Prevención.

Cuando hablamos de prevención, resulta imperioso –o al menos debería serlo- determinar si estamos frente a un objetivo alcanzable o una quimera. Al respecto, HASSEMER señala que la gran seriedad con la cual cotidianamente se debate política y científicamente la efectividad y justeza del Derecho penal se vería desautorizada si éste tuviera un objeto exclusivamente simbólico. Los procesamientos, los juicios y las penas tienen unas raíces demasiado profundas en nuestras vivencias personales y sociales como para poder aceptar su aspecto solamente simbólico. Y aun así debemos tomarnos este tema en serio¹⁵.

IJ:www.larevistilla.org/wp-content/uploads/2009/10/La-sociedad-de-la-inseguridad-y-la-peligrosidad-criminal.-J.M.-C-%25C3%25A1ceres.doc+LA+SOCIEDAD+DE+LA+INSEGURIDAD+Y+LA+PELIGROSIDAD+CRIMINAL&hl=es&pid=bl&srcid=ADGEEsGyYYbaaCE9FX5XuIFDhN-LGVUXDltGgVrMxqvc4dYcnOGWUIHxVvNPYt7Ilwqn5Vc1oQZc6PkmaxTVGkxB83C4Api6w9TBxYK3ABkKxZXkze5k-oHNOcUTJyPqu-DbFCqoLhUL&sig=AHIEtbSIIgMDmaM6NElrq4-FXfoLq7nUrw> [Consulta: 19 de abril del 2013].

¹³ Aprobada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de agosto de 1789.

¹⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. (Fondo) ha indicado: “77. Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada”. En el mismo sentido en el Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) Derecho a la presunción de inocencia: “145. Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales”. En idéntico sentido Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Sentencia de 15 de mayo de 2011.

¹⁵ **Hassemer**, (1995), Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos. <http://www.metajus.com.br/textos_internacionais/simbolismo-e-bem-juridico-Hassemer.pdf> [Consulta: 19 de abril de 2013].

Definir el concepto tampoco resulta ser una tarea fácil, hay quienes indican que “prevención” significa disponer, preparar con anticipación, prever un daño o peligro, precaver, evitar, impedir, advertir, informar o avizorar; en suma, la prevención es el antídoto para el tratamiento de la inseguridad por la comisión de delitos, prevenir es adelantarse a los hechos, para evitar que las amenazas o riesgos propicien daños; sin embargo, siendo sumamente importante no se aplica como debiese¹⁶.

De otra parte, se le atribuyen al derecho penal funciones específicas como verdades absolutas “un Derecho Penal que pretenda cumplir su fin preventivo no debe dejar impunes las conductas cuya peligrosidad sería apreciada por cualquier ciudadano situado en el momento inicial de su realización. Si la norma pretende motivar negativamente a los ciudadanos debe dirigir la prohibición o el mandato en el momento en que éstas fueran a realizarse, desde el aspecto positivo de la norma la confianza del ciudadano en la seguridad de las expectativas, en el libre disfrute de sus intereses, no se vería protegida si la norma no estuviera capacitada para evitar dicha realización de conductas lesivas. Si conductas que supusieran ya la vulneración de la norma no fueran sometidas a una sanción penal, tanto el mensaje negativo de la norma (prohibición) como el positivo (garantía de seguridad en sus expectativas de no agresión por terceros) perdería su vigencia, menguando así el fin último del Derecho Penal: garantizar el disfrute pacífico de los intereses esenciales de la persona¹⁷.

La verdadera pregunta desde mi perspectiva sería en primera instancia determinar si el derecho penal como tal tiene un fin preventivo o si la norma jurídico penal pretende motivar al ciudadano en uno u otro sentido. Bien podría decirse que ni lo uno ni lo otro son objetivos del sistema jurídico-penal y ello ninguna consecuencia tendría en cuanto a la realidad y operatividad del sistema. Retórica y no otra cosa resulta tanto lo uno como lo otro.

El mismo HASSEMER nos señala que lo que en nuestro siglo se conoce como teoría retributiva -desde LOBE pasando por NÄGLER hasta

¹⁶ Así **Bringas**, (oct.-dic. 2005), La función preventiva en el derecho penal. Revista Jurídica Cajamarca. <<http://www.derechoycambiosocial.com/rjc/REVISTA5/prevenir.htm>> [Consulta: 19 de marzo de 2013].

¹⁷ Así Corigliano, (2011), Delitos de peligro. Hacia una definición político-criminal y sistemática. <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,278,0,0,1,0>> [Consulta: 19 de abril de 2013].

MAURACH y WELZEL- tiene en realidad fines preventivos en el sentido aquí utilizado. No se trata sólo de la aplicación instrumental del Derecho penal y de la justicia penal sino (tras ellos) de objetivos preventivos especiales y generales: transmitir al condenado un sentimiento de responsabilidad, proteger la conciencia moral colectiva y asentar el juicio social ético; se trata de la confirmación del Derecho y de la observación de las leyes¹⁸.

Con CORIGLIANO debemos aceptar que los delitos de peligro suponen un adelantamiento de la barrera penal a momentos previos a la lesión en aquellos ámbitos en los que la experiencia ha permitido tipificar suficientemente los límites de la norma de cuidado. En caso contrario -cuando no sea posible determinar tales límites- el legislador ha optado por tipificar la producción imprudente de efectos no deseados¹⁹.

Continúa señalando este mismo autor, que si bien ha sido rechazada la identificación realizada normalmente por la doctrina entre juicio *ex ante* / *ex post* y *acción* / resultado como objeto de enjuiciamiento del peligro, sobre la base que cabe constatarse un peligro *ex post* sin que ello suponga un “resultado de peligro” –momento consumativo de los delitos de peligro concreto-, sino un peligro como atributo de la conducta, el paralelismo entre perspectiva *ex ante* / *ex post* y disvalor de la acción / disvalor del resultado, respectivamente, puede ser asumido como criterio de ordenación sistemática del tipo del injusto, a partir de la metodología teológico-valorativa que comienza a ser mayoritaria en la doctrina. El enjuiciamiento del peligro no depende únicamente de la perspectiva a adoptar para su determinación, sino que, partiendo de un grado objetivo de conocimientos ha de tomarse en cuenta otro criterio de concreción del mismo, y combinarse con el anterior, lo cual puede llamarse “momento del juicio”. Consecuentemente dicho criterio tendrá que manifestarse también en la estructura del injusto, operando además como elemento gradual de éste y por tanto del merecimiento de pena, de la misma forma que lo es del grado de peligro²⁰.

¹⁸ **Hassemer**, Óp. Cit. [n. p. 15].

¹⁹ Así **Corigliano**. Óp. Cit. [n.p.17].

²⁰ Así **Corigliano**. Óp. Cit. [n.p.17].

Sin querer extenderme en cuanto a las teorías de la pena [lo que supondría de suyo la pérdida total del norte de este aporte], interesa por ahora coincidir con Bringas que existen teorías que tratan de explicar la función de la pena siendo una de ellas la Teoría Relativa, la misma que asigna a la pena el objetivo de prevenir delitos como un medio para proteger determinados intereses sociales; se centra entonces en una función utilitaria ya que sirve como un medio para evitar la comisión de delitos que lesionen y pongan en peligro bienes jurídico^{s21}.

Señala HASSEMER que “ya Hans RYFFEL en su temprano tratado clásico de filosofía *Rechtssoziologie* sostuvo, «también en nuestro ordenamiento jurídico, las funciones latentes y simbólicas del Derecho son amplias y juegan un rol importante. Ello es cierto fundamentalmente en el Derecho económico, pero también en el Derecho penal». Ha sido especialmente PETER NOLL quien se ha preocupado extensamente de la «promulgación de leyes simbólicas». Ya en su *Gesetzgebunglehre* había advertido de forma cautelosa que «Leyes con un carácter exclusivamente simbólico» no son «excesivamente infrecuentes»²².

c) Peligrosidad²³.

En cuanto a la peligrosidad el concepto tampoco es nuevo y más bien es harto conocido en derecho penal. Al respecto ARMAZA citando

²¹ Así **Bringas**. Óp. Cit. [n.p.16]. Continúa indicando: Aún en un Estado Democrático de Derecho la prevención penal deberá someterse a otra serie de límites. Tales como los principios de legalidad, necesidad social de la intervención penal y básicamente el límite que confiere el respeto a la dignidad humana, igualdad y participación de los ciudadanos, puesto que el Estado y la sociedad en conjunto deben fomentar y fortalecer la cultura preventiva, el Estado a través de sus instituciones y la sociedad respetando y observando las normas como reguladoras de conductas, de modo tal que se evitará la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, manteniendo vivos los fines del Derecho.

²² **Hassemer**, Óp. Cit. [n.p. 15].

²³ Es en la época romana donde el término de peligrosidad encuentra su origen más remoto dentro del derecho penal, luego pasaría por la influencia cristiana de Santo Tomás de Aquino y de la ilustración. Después, el acercamiento más cercano que tendría esta acepción al actual concepto de las medidas de seguridad, sería el aportado por FEUERBACH, como “*inadaptabilidad social*”, para luego JIMENEZ DE ASUA tratarlo con la denominación actual como medidas de seguridad. La peligrosidad

a ZAFFARONI²⁴ menciona que este último indica que nada es demasiado nuevo en el Derecho Penal y que el sujeto peligroso ha estado presente desde la aparición misma de la sociedad política, es lógico pensar que desde antaño, diversos han sido los discursos que han tratado de idear una respuesta ante los continuos ataques que este tipo de delincuentes perpetraban contra los distintos bienes jurídicos que a lo largo de la historia han sido considerados valiosos para los miembros de la sociedad²⁵.

Debe tenerse presente, que “peligrosidad”²⁶ es un término polisémico y por tanto, desde un inicio su tratamiento presenta problemas²⁷. Se ha

criminal como concepto fue introducido en el derecho penal como base o fundamento del denominado sistema dualista, luego el sistema con fundamento dual pero de sistema vicarial, siendo el que más ha encajado en legislación penal de estos sistemas. Así, **Vicente Romero**, (2012), La Peligrosidad Criminal como Presupuesto de Aplicación de las Medidas de Seguridad Privativas de Libertad <<http://centrodecriminologia.blogspot.com/2012/04/la-peligrosidad-criminal-como.html>> [Consulta: 19 de abril de 2012]. Señala **Armaza**: Como es sabido...plasmó en la legislación de dos maneras: la vicarial y la de doble vía. En ambas, al sujeto indudablemente peligroso se le impone la medida (usualmente de carácter indeterminado), pero en los casos en los que no puede probarse la posible duración de dicha calidad del sujeto, mediante el sistema vicarial se autoriza al juez para que reemplace la pena (limitada en duración) por la medida (usualmente ilimitada), mientras que en el sistema de la doble vía se impone la pena y, además, la medida de seguridad, es decir, ambas se suman. Así **Armaza** (2011:39). El Código penal español ha optado por la separación entre penas y medidas, teniendo en cuenta los criterios que siguen una y otra reacción penal. Rige, por tanto, un sistema de doble vía. Pero dicho sistema no excluye la posibilidad de que penas y medidas sean en ocasiones compatibles. Es lo que se prevé cuando el agente es culpable pero con una culpabilidad disminuida (enajenación mental no plena, intoxicación no absoluta, por ejemplo). En dichos casos, si concurre culpabilidad y peligrosidad, se puede hacer concurrir también pena y medida de seguridad. Para el caso de concurrencia entre penas y medidas en el ordenamiento penal español rige el llamado «sistema vicarial», así denominado porque una realidad (la medida de seguridad) sustituye, representa, obra en lugar de otra (la pena). **Zaffaroni** (2006:81).

²⁴

²⁵ Cfr. **Armaza** (2011:18) con referencias adicionales.

²⁶

Señala **Fernández** en cuanto a la peligrosidad que al tiempo de aprobarse el Código Penal de 1995, el concepto de peligrosidad criminal se utilizó preferentemente como factor determinante de la denegación de acceso a beneficios penales o bien de concesión de los mismos en relación con el cumplimiento de las penas privativas de libertad. Se trata de un fenómeno

señalado con acierto que la sola pronunciación de la palabra *peligrosidad* retiene la atención del estudioso del Derecho penal²⁸, pero no sólo de él, sino también del sociólogo, del político e incluso del hombre de la calle, sobre un complejo vastísimo de significados, de implicaciones, de decisiones políticas y legislativas, así como de problemas todavía actuales y no siempre resueltos en su totalidad²⁹.

El tema cobra especial relevancia por lo que apunta HEFENDHEL “...puede decirse que la mayoría de los tipos delictivos creados recientemente por el legislador penal responden a la figura de los delitos de peligro abstracto que protegen bienes jurídicos colectivos. Este es el caso de los tipos penales que protegen el medio ambiente, de los que castigan el blanqueo de capitales o de los delitos de terrorismo o pertenencia a banda armada”³⁰.

El tratamiento penal de la peligrosidad criminal en Alemania se ha llevado a cabo, desde 1933, a través de la aplicación de la medida

que como veremos se va a reproducir repetidamente en las distintas figuras e instituciones de la ejecución penal y penitenciaria. Pero paralelamente la trascendencia del concepto conduce a aceptar la prevención de la reiteración delictiva como finalidad constitucional y legalmente habilitante de la prisión preventiva. Así Fernández, (s.f.), Control de la Peligrosidad Criminal y Libertad Vigilada Postpenitenciaria. <<http://www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=2566>> [Consulta: 19 de abril de 2013].

²⁷ Cfr. Díaz, (s.f.: 103), Inimputabilidad y Peligrosidad en el derecho penal contemporáneo. <http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Iter%20Criminis%20Documentos/Iter%20Criminis%20Numero_3/inimputabilidad.pdf> [Consulta: 19 de abril del 2013].

²⁸ Es un hecho la creciente importancia que los delitos de peligro han alcanzado en el ordenamiento jurídico-penal. Su incorporación al Código Penal responde a la necesidad de protección de ciertos bienes jurídicos más allá de la conducta lesiva de los mismos, ya sea por su relevancia, bien por ser fácilmente susceptibles de lesión mediante una determinada conducta, o debido a que los medios técnicos actualmente necesarios para la vida social pueden ocasionar, indebidamente utilizados, riesgos intolerables. Tal aumento de los tipos de peligro ha llevado a considerar que esta realidad “se ha convertido casi en el hijo predilecto del legislador”. Así **Corigliano**, Óp. Cit. [n.p.17].

²⁹ Así **Tagliarini** citado por **Romeo Casabona** (1986:13).

³⁰ Así **Hefendehl**, (2002), ¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. Revista

de seguridad conocida con el nombre de “custodia de seguridad” (*Sicherungsverwahrung*). En este sentido, la doctrina coincide en señalar que a finales de la década de los noventa esta medida —que en su período inicial fue gratamente aceptada por el nacionalsocialismo— cayó prácticamente en desuso. De esta forma, es en esta época en la que comienzan a modificarse los presupuestos de su aplicación debido al fuerte tratamiento mediático de una serie de casos de ataques contra la vida, libertad e indemnidad sexual de menores de edad³¹.

De acuerdo con el Nuevo Diccionario de Derecho Penal, la peligrosidad es la: “circunstancia personal del delincuente que lo hace socialmente temible por su malignidad. Es la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad de mal previsto que se debe esperar del mismo autor del delito (...) saña y maldad manifestada por el sujeto activo del ilícito penal en la realización de los actos criminales”³². CLESA MUÑIDO, citado por SAINZ CANTERO, aduce que la peligrosidad es “la situación de la persona adecuada para que realice con probabilidad actos que constituyen infracciones de la ley penal”³³.

Señala ROMEO CASABONA, que “se entiende en general por peligrosidad aquella cualidad de alguien o algo para producir un peligro, esto es el riesgo o contingencia de que suceda algún mal con mayor o menor inmediatez³⁴. Hace hincapié el autor y cita a BARBERO SANTOS y otros, a que “en derecho, generalmente, este concepto hace referencia a la cualidad de una persona —llamada peligrosa— en la cual se aprecia la probabilidad más o menos próxima de que pueda realizar una acción socialmente dañosa³⁵, constitutiva o no de delito, de igual forma apunta

Electrónica de Derecho Penal y Criminología. <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf> [Consulta: 19 de abril de 2013].

³¹ Así Armaza (2011:61) con amplias referencias bibliográficas al respecto.

³² Nuevo Diccionario de Derecho Penal, México, Librerías Malej, 2004, pp. 757-758.

³³ **Sáinz Cantero**, José, Enciclopedia GER.

Véase: www.canalsocial.net/GER/ficha_GER.asp?id=5037&cat=derecho, consultada el 26 de septiembre de 2007 a las 22:26 pm. Citado por Díaz, Óp. Cit. [n.p.27].

³⁴ **Romeo Casabona** (1986:13-14) con referencias adicionales.

³⁵ Apunta Díaz, Óp. Cit. [n.p.27: 103-104] que la construcción del concepto peligrosidad es vista como piedra angular de la doctrina de la defensa social, con precedentes en el positivismo de Garófalo, la cual pretende justificar la adopción de medidas de seguridad basadas en supuestos de

a que esta definición amplia de peligrosidad es la que en doctrina se conoce como peligrosidad social³⁶.

Dos precisiones teóricas son importantes en este punto. La primera es que la peligrosidad se considera como “un juicio de pronóstico³⁷ sobre la probabilidad de que de un dato centro de imputación³⁸, ha de derivarse lesiones para determinados intereses o valores, considerados relevantes para la sociedad y/o el ordenamiento, es decir y aquí ROMEO CASABONA cita a NUVOLONE: “posesión de parte del sujeto de una cualidad que legitima un juicio de probable reincidencia”³⁹. La segunda

peligrosidad por el potencial quehacer u omisión de una persona o grupo determinado, dados sus antecedentes familiares, genéticos, profesionales, entre otros tantos que podemos invocar, cuyos procederes se busca impedir a costa, incluso, de la transgresión de garantías individuales —y por ende de los derechos humanos—de los sujetos afectados, a guisa de prevención respecto de un supuesto que puede o no manifestarse.

³⁶ Pretende diferenciar el autor aquí la peligrosidad como cualidad personal de la peligrosidad o peligro que reviste un acto en cuanto tal, al respecto nos remite a von Kries, (Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben, en “Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie”, 1888:4), ver Romeo Casabona (1986:14) con referencias adicionales es especial la cita de Bergalli quien recoge tres enfoques distintos aplicados a la peligrosidad, según se destaquen ciertas características: a) propias del individuo (como capacidad, aptitud), b) de la relación grupo-individuo (inadaptabilidad del individuo) y, c) de la relación comportamiento-ley (en cuanto conductas tipificadas por la ley como delito), cfr. Bergalli (La recaída en el delito: modos de combatirla, Barcelona, 1980:47 ss).

³⁷ “...la peligrosidad consiste en la previsión de que probablemente una persona cometerá delitos en el futuro más o menos próximo.” Así Romeo Casabona (1986:20).

³⁸ El concepto de peligrosidad criminal aparece contemplado en nuestro sistema penal como equivalente a la previsión o pronóstico razonable de que un reo pueda volver a cometer nuevos delitos, definición que se extrae del art. 95.1.2o CP, que alude a “que del hecho (delictivo) y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”. Se refiere el autor al derecho español. Cfr. **Fernández**, Óp. Cit. [n.p.26].

³⁹ **Nuvolone** (II Sistema del Diritto penale, 2ª ed, CEDAM, Padova 1982:361) citado por **Romeo Casabona** (1986:14).

consiste más bien en la diferenciación entre el concepto de peligrosidad social y peligrosidad criminal⁴⁰⁴¹.

Quando se habla de peligrosidad criminal, se hace referencia a la valoración ex ante de que la conducta del individuo considerado peligroso, pueda constituir una acción delictiva, por el contrario, cuando se habla de peligrosidad social, hacemos referencia más propiamente al destinatario de la conducta peligrosa –en cuanto riesgo social-, no tanto al agente provocador del peligro⁴².

A manera de conclusión provisional, podría afirmarse en este punto, que la prevención y la peligrosidad son bastiones “teóricos” que fundamentan y sostienen el entarimado intelectual de la imposición de medidas cautelares a sujetos sindicados como “peligrosos”.

d) Pena.

Por razones obvias [por no tratarse de un texto dedicado al análisis de la pena y su fundamento], no pretendo aquí un tratamiento ni detallado ni profundo sobre la pena. Unas cuantas nociones básicas deberían ser suficientes para el análisis que me propongo.

El instrumento tradicional de reacción frente al delito ha sido la pena. Con fundamento en las ideas de la Escuela Clásica sólo con ella era lícito y posible reaccionar en contra del delito. Esta Escuela sostenía la denominada teoría absoluta de la pena, en virtud de la cual su fundamento ha de encontrarse en el delito cometido: se impone porque se ha cometido un delito y frente al delito, que es un mal, se reacciona con otro mal, que es la pena. Lo destacable aquí es que la pena es una reacción [consecuencia] del delito.

⁴⁰ Señala Armaza (2011: 82): la peligrosidad criminal— revela al juzgador la probabilidad de que todos los sujetos portadores de la misma puedan cometer un delito en un futuro más o menos concreto.

⁴¹ También suele diferenciarse entre la peligrosidad *predelictual* y la peligrosidad *postdelictual*, en el primer caso no se requiere que el sujeto haya realizado ningún delito, por el contrario, en la segunda categoría precisa que el peligroso haya cometido con anterioridad una infracción criminal, cualquiera que fuere la gravedad de ésta, bastando con que constituya un hecho típico y antijurídico, pues...no se requiere que éste sea culpable (hipótesis de inimputabilidad). Cfr. **Romeo Casabona** (1986:30 ss. y 44).

⁴² Cfr. **Romeo Casabona** (1986:15).

Como puede apreciarse una tal conceptualización de la pena tendría como consecuencia, que ésta en ningún caso debe perseguir fines útiles de prevención del delito, ya que de ser así se vulneraría la dignidad humana. Lo anterior por dos razones. La primera, es que si se aplica una pena a quien no ha aun delinuido y con el propósito de que no lo haga, esto equivale a reducirlo a una categoría casi que veterinaria. En segundo lugar, que al aplicar una pena a que quien comete un delito, con la idea de que no lo cometan otros prácticamente que esto sería como sacrificar a un individuo con el propósito de alcanzar un fin preventivo general.

En cuanto a las penas y medidas de seguridad, deben diferenciarse por un lado el denominado sistema monista, que considera que la única consecuencia jurídica del delito es la pena⁴³. Por otro lado existe el sistema dual que divide penas y medidas de seguridad y el denominado sistema vicarial, en donde ambos, penas y medidas de seguridad coexisten, como veremos infra.

Seña BURGOS que a finales del siglo XIX aparece la Escuela Positiva, que sostiene no una teoría absoluta sino una teoría relativa de la pena. Considera que la legitimación de la pena se encuentra en las finalidades que pueden obtenerse con su imposición. La pena no se justifica por sí misma, sino que se justifica por un elemento externo a ella: la obtención de un fin útil, que es la prevención de delitos futuros. Ya no se trata de buscar con la pena la justicia, como valor absoluto, sino de admitir que con ella se obtienen y persiguen fines relativos: la protección de la sociedad evitando la criminalidad⁴⁴.

ENCINAR apunta que a consecuencia de los postulados de la Escuela Positiva, se observa que la pena no es, o no puede ser, la única reacción frente al delito, sino que también es necesaria la introducción de otras consecuencias jurídicas, como es el caso de las medidas de seguridad⁴⁵.

⁴³ Es decir, no existía propiamente un Derecho penal de la peligrosidad. Ello conducía a una ampliación de los supuestos en los que se apreciaba la existencia de culpabilidad; y en aquellos casos en que se apreciaba la ausencia de la misma o bien la concurrencia de peligrosidad criminal, las soluciones adoptadas solían quedar al margen del Derecho penal. Cfr. **Burgos**, Óp. Cit. [n.p.6].

⁴⁴ Cfr. **Burgos**, Óp. Cit. [n.p.617].

⁴⁵ Cfr. con amplias referencias bibliográficas **Encinar del Pozo**, (2008), Discusión sobre las medidas a adoptar en función de la peligrosidad del autor

La pena y la medida de seguridad⁴⁶ tienen en su aplicación un fundamento bien diferente: culpabilidad y peligrosidad⁴⁷.

“... la pena no podrá ser impuesta sin no queda evidenciada la culpabilidad del autor: la culpabilidad es el fundamento –único de la pena (principio de culpabilidad: nulla poena sine culpa)”⁴⁸.

En lo que atañe el fundamento de las medidas de seguridad se ha apuntado que “lo que justifica, a la par, la insuficiencia de la pena y el recurso a las medidas de seguridad es el mismo elemento: la peligrosidad, entendida ésta como la probabilidad de cometer delitos futuros. En un sistema dualista, las penas se basan en la culpabilidad, mientras que las medidas de seguridad prescinden de ella y se fundamentan en la peligrosidad del autor. Así, las penas miran al pasado, al hecho cometido, mientras que las medidas miran al futuro, se establecen sobre la base de un pronóstico de peligrosidad y se mantienen en función de los

<<http://www.ortegaygasset.edu/fog/ver/785/circunstancia/ano-vi--n--16--mayo-2008/ensayos/discusion-sobre-las-medidas-a-adoptar-en-funcion-de-la-peligrosidad-del-autor>> [Consulta: 19 de abril de 2013]. En relación con las medidas de seguridad en nuestro ordenamiento jurídico cfr. Llobet (1996:471 ss).

⁴⁶ El Derecho Penal ha optado, como también nuestro Código Penal, por el sistema dualista o de la doble vía: la lucha contra el delito se llevará a cabo mediante la pena (proporcionada a la gravedad del hecho típicamente antijurídico y culpablemente cometido, y con las finalidades de prevención general y especial) y las medidas de seguridad (ajustadas a la peligrosidad criminal del sujeto, que ha cometido un hecho previsto en la Ley como delito, y con la finalidad exclusiva de prevención especial). Enciclopedia Jurídica, (s.f.), <<http://www.encyclopedija-juridica.biz14.com/d/medidas-de-seguridad/medidas-de-seguridad.htm>> [Consulta: 19 de abril del 2013]. A pesar de que por la imprecisión de la fuente, se desconoce su autoría y la referencia exacta al ordenamiento jurídico en cuestión, es perfectamente aplicable al Código Penal costarricense que sigue el mismo sistema.

⁴⁷ Señala el profesor **Iñaki Rivera**, que el principio de legalidad se compone de cuatro garantías: a) No hay delito sin ley (*nullum delictum sine lege*), b) No hay pena sin delito (*nullum poena sine delicto*), c) No hay delito sin proceso (*nullum delictum sine procesum*) y d) La hija pobre del principio de legalidad: la garantía de ejecución penal conforme a la ley y en estricto apego a los derechos fundamentales del imputado. Así Salazar, (2012a: 159). Cfr. Romeo Casabona (1986:20).

⁴⁸ Así **Romeo Casabona** (1986:21).

resultados que su desarrollo proporcione respecto al individuo sometido a las mismas”⁴⁹.

Al respecto de este tema la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia desde el año 1992, estableció diferencias importantes entre medidas de seguridad y penal, al respecto indicó:

Ivo.- (...) la Procuraduría General de la República estima que las medidas de seguridad resultan necesarias en relación a una serie de individuos para los que las penas han demostrado ser ineficaces, pues aquéllas dan una nueva posibilidad al fundamentarse en criterios diferentes y tomar en consideración especial la peligrosidad del sujeto para fijar su duración y el régimen en que serán cumplidas. Esta tesis sobre la sanción, en la que las medidas de seguridad coexisten junto a las penas, parte de la base de que se da una clara diferenciación entre unas y otras. La doctrina desarrollada al respecto se preocupa por señalar nítidamente los motivos diferenciadores que llevan a la aceptación de esa coexistencia, pero al menos en nuestro medio, en la práctica, se borra toda diferenciación, según lo reconoce expresamente el Instituto Nacional de Criminología, dado que las medidas se descuentan en los mismos lugares en que se aplican las penas; a los sujetos sometidos a ellas no se les da un tratamiento especial, ni se tiene a disposición elementos suficientes para establecer el grado de peligrosidad de la persona sometida a una medida de esa índole. En realidad, en nuestro medio, las medidas de seguridad sólo se diferencian de las penas, en que su duración es indeterminada. El propio Código Penal en su artículo 51 al señalar la finalidad de penas y medidas de seguridad, posibilita la señalada confusión al establecer para ambas un fin “rehabilitador”, olvidando que las primeras tienen un claro contenido retributivo y garantista, mientras que las segundas se fundamentan en una discutible prevención especial, razón por la que la finalidad de ambas no puede unificarse; además el legislador no se preocupa por indicar los medios diferentes que deben emplearse -para

⁴⁹ Así **López Barja de Quiroga** citado por Encinar del Pozo, Óp. Cit. [n.p.45].

mantener la separación entre unas y otras- en procura de lograr el fin propuesto, no obstante que en el artículo 102, para orientar un poco sobre dichos medios, se dispone que las medidas de seguridad de internamiento en colonias agrícolas o establecimientos de trabajo en los que se someterá a los internos a un régimen especial, se destinarán los delincuentes habituales o profesionales, pero, sobre esto último, nuevamente la realidad nos lleva a reconocer la inexistencia de las señaladas colonias y establecimientos de trabajo y el régimen especial, propios para las personas sometidas a medidas de seguridad. Pero es de aceptar que la inexistencia de lugares aptos para el cumplimiento de medidas de seguridad de internamiento, por sí sola, no conlleva quebranto alguno a la Constitución, con sólo crear esos lugares el problema estaría resuelto. Todo lo señalado en este aparte nos lleva a concluir que en Costa Rica las penas privativas de libertad y medidas de seguridad de internamiento no tienen efectivamente diferencia alguna, se descuentan en los mismos centros de reclusión y bajo los mismos programas, aunque a los sometidos a medidas se les desconoce una serie de beneficios que como la suspensión condicional de la pena, la amnistía y el indulto, si proceden en relación a los condenados a pena de prisión y el término en que deberán estar sometidos a restricción de su libertad es indeterminado, esto no demerita la anterior conclusión, sobre la no diferenciación en la practica de las medidas y las penas, conclusión que deberá tomarse en consideración luego al hacer pronunciamiento específico sobre las pretensiones del recurrente. Es de señalar además, -pues de seguro será un criterio que incidirá en lo que deba resolverse en el caso presente- que existe marcada aceptación en la doctrina para tener como fundamento de la pena a la culpabilidad, mientras que las medidas lo hacen en la peligrosidad. La culpabilidad permite una función garantista a la pena, pues limita al Estado en cuanto a la reacción por la comisión de un hecho delictivo, al tanto de culpabilidad, mientras que la peligrosidad no puede cumplir ese cometido, dado que para “superarla” se necesita someter al sujeto a un “tratamiento” o intervención por tiempo indeterminado; la gravedad del hecho, la importancia del bien jurídico afectado y el grado de culpabilidad demostrado en la comisión del hecho, pierden

importancia como circunstancias a tomar en consideración para fijar el tanto de la reacción penal, así bien puede ser posible que por la participación en un mismo hecho delictivo, la duración de la intervención o reacción estatal en relación con los sujetos activos, sea marcadamente diferente, pues se “comprueba” en ellos, diversos grados de peligrosidad. Al contrario, la comisión de múltiples hurtos simples amerita una mayor intervención institucional en relación a la que corresponde a un homicidio pasional, no obstante que éste afecta un bien jurídico superior; pero el grado de peligrosidad, por la reiteración en infracciones, deja ver un mayor desprecio o inadecuación de la conducta a los cánones de convivencia que toma en consideración el legislador para establecer los tipos penales⁵⁰.

e) Medida de seguridad

La medida de seguridad es la reacción del ordenamiento jurídico frente a la peligrosidad criminal revelada por el delincuente tras la comisión de un delito por el mismo. Esta reacción tiene como objetivo exclusivo evitar que la persona concreta sobre la que actúa vuelva a delinquir, que pueda llevar una vida sin conflictos con la sociedad⁵¹.

“Principio de Legalidad... Las medidas de seguridad se aplicarán solamente a las personas que hayan cometido un hecho punible, cuando del informe que vierta el Instituto de Criminología se deduzca la posibilidad de que vuelvan a delinquir” [la cursiva no pertenece al original]. La necesidad de respetar esta formalidad se refuerza a partir del artículo 1 del mismo texto legal: “Principio de legalidad. Nadie podrá ser condenado a una pena ni sometido a una medida de seguridad, sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a este Código y con observancia estricta de las garantías, las facultades y los derechos previstos para las personas” [la cursiva no pertenece al original]⁵².

⁵⁰ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA, Voto N° 88 de las 11 horas del 17 de enero de 1992. Cfr. **Burgos**, Óp. Cit. [n.p.6].

⁵¹ Así **Romeo Casabona** (1986:77).

⁵² SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA. San José, a las quince horas y treinta y siete minutos del dieciocho de noviembre del dos mil nueve.

Estas medidas aunque practicadas en todos los tiempos, - vrg. con los locos furiosos-no se había erigido en un sistema de prevención general y social hasta que lo proclamó así la Escuela Positiva que en el Derecho Penal crearon FERRI, LOMBROSO y GARÓFALO⁵³.

Señala ROMEO CASABONA que en cuanto a la finalidad de la medida de seguridad se refiere a que ésta "...va dirigida, por tanto, al delincuente, al individuo, en conformidad con su exclusiva finalidad de prevención especial, unánimemente reconocida por la doctrina científica. Más concretamente, en unos casos persigue la corrección del peligroso mediante acciones curativas, educadoras o reeducadoras; en otros, la inocuización mediante al aseguramiento o custodia del peligroso no susceptible de corrección"⁵⁴.

Debe tenerse presente que ese mismo autor indica: "...de la declaración de la existencia de la peligrosidad y de la evaluación de sus características, intensidad, etc., depende no sólo la aplicación de medidas de seguridad, sino también el número y clase de éstas, su combinación y lo que es más importante cuando implican la privación de libertad del peligroso, su duración; pues se está de acuerdo, al menos en el plano teórico, en que la naturaleza y objetivos propios de las medidas de seguridad requieren que éstas se mantengan mientras persiste la situación de estado peligroso. Lo que significa, que en principio las medidas de seguridad son de una duración indeterminada: no puede fijarse a priori el período de tiempo durante el cual deberán ser aplicadas"⁵⁵.

Nuestra jurisprudencia se ha ocupado del tema:

"...se debe enfatizar que si bien es cierto la fundamentación y aplicación de las medidas de seguridad no puede sustentarse en el principio de culpabilidad, ni en los criterios de culpabilidad para la medición o fundamentación de la pena que establece el artículo 71 del Código Penal (precisamente por tratarse de medidas de

⁵³ Así **Sánchez** (2000:397), Cfr. **Burgos**, Óp. Cit. [n.p.6].

⁵⁴ Así **Romeo Casabona** (1986:77). Según **Cerezo Mir**, también citado por **Romeo Casabona** en todas está presente, en mayor o menor medida, la doble finalidad de corrección y seguridad. Cfr. **Cerezo Mir**, Curso de Derecho Penal Español, p. 27.

⁵⁵ Así **Romeo Casabona** (1986:30).

seguridad y no de penas, y por imponerse tales medidas respecto de personas a quienes no se les puede emitir un juicio de reproche o una declaratoria de responsabilidad penal por carecer de capacidad de culpabilidad o imputabilidad plena); lo cierto es que la fundamentación y aplicación de tales medidas -en el tanto que también restringen derechos fundamentales de las personas-, debe encontrar un límite regulador en el principio constitucional de proporcionalidad, y en sus derivados, los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En otras palabras, para la aplicación de las medidas de seguridad se deben observar los límites legales que establece al respecto el Código Penal (garantía de reserva de ley para la aplicación de las medidas de seguridad solamente en los casos y supuestos que la ley contempla), pero además en su fundamentación y fijación debe realizarse un análisis sobre la idoneidad y necesidad de la medida por aplicar en el caso concreto, y se debe implementar un análisis de proporcionalidad en sentido estricto, mediante el cual se sopesa el grado de restricción del derecho fundamental que se va a implementar con tal medida, en relación con la conducta (necesariamente típica y antijurídica) desarrollada por la persona inimputable o con imputabilidad disminuida y el grado de lesividad del bien jurídico tutelado que tal acción humana generó⁵⁶.

f) Prevención vs. Peligrosidad como pronóstico.

HASSEMER, de una manera muy clara ha señalado que el derecho penal conforme al Estado de derecho y el derecho procesal penal constituyen hoy no solamente un medio de persecución o de cruda “lucha” contra el delito; constituyen también un medio para garantizar de la mejor forma posible el aseguramiento de los derechos fundamentales de aquellos que intervienen en un conflicto penal – esto es, en las peores lesiones producidas por la mano del hombre-: derechos fundamentales no solamente de la víctima, sino también de los testigos y, sobre todo, de los sospechosos del hecho. El derecho penal es también el derecho de protección del imputado, y también del autor; protección frente a un

⁵⁶ SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA. San José, a las quince horas quince minutos del doce de septiembre de dos mil cinco.

“proceso abreviado”, frente a una reacción desproporcionada y frente a un juicio apresurado frente a los circundantes. Nuestras leyes penales disponen, por ello, de un arsenal de medios de protección jurídica: derecho a callar, a negarse a testificar, a ser defendido por un profesional (eventualmente a cargo del Estado), a defenderse frente a una acusación; los deberes de fundamentar las decisiones y permitir su control, de acelerar el procedimiento (pero no en contra de los intereses legítimos del afectado), de tratar a quien no está condenado por sentencia firme como si fuera inocente (aun frente a graves sospechas), y de protegerlo frente a imputaciones calumniosas⁵⁷.

ROMEO CASABONA por otra parte y con acierto diría yo, indica que “al estar orientada la peligrosidad hacia el futuro, su apreciación implica un juicio naturalístico (es decir, no ético, moral o de valor), un cálculo de probabilidad, que se concreta a continuación en una prognosis. El juicio de peligrosidad se desenvuelve en dos momentos, derivados de su propia definición: la comprobación de la cualidad sintomática de peligroso (el diagnóstico de peligrosidad⁵⁸), por un lado, y la comprobación de la relación entre dicha cualidad y el futuro criminal del sujeto (prognosis criminal)⁵⁹”.

Por otra parte, MORENO ALCÁZAR define el peligro penalmente relevante como un resultado objetivo sobre el que, realizado un juicio de previsibilidad, se llega a la conclusión de que la posibilidad de lesionar el bien jurídico que se pretende proteger adquiere relevancia típica y justifica la naturaleza cuasimaterial de ese resultado objetivo que es el peligro y de ahí hace derivar el juicio de previsibilidad ex post facto que requiere efectuarse para la valoración de dichos delitos⁶⁰.

Desde un punto de vista (exclusivamente ex post) se desvalora toda acción efectivamente causal de lesión, aunque ex ante aparezca como absolutamente inadecuada para producir la lesión. Ello lleva a los

⁵⁷ **Hassemer** (1997:20).

⁵⁸ Tómese en cuenta en este punto, que se habla de probabilidad y no de posibilidad, precisamente porque en lo que a la posibilidad se refiere, en abstracto todos los sujetos tenemos la posibilidad de cometer un delito, más no es probable que así sea.

⁵⁹ Así Romeo Casabona (1986:30) quien cita a **Montovani** (Il problema dellacriminalità, CEDAN, Padova, 1984, p. 518).

⁶⁰ Cfr. SALAZAR (2012: 25).

conocidos inconvenientes que trató de superar la “teoría de la adecuación” primero, y la “teoría de la imputación objetiva” posteriormente⁶¹.

g) Principio de inocencia.

Para ROMEO CASABONA el concepto de peligrosidad se incorpora así al Derecho penal moderno, como resultado de las corrientes preventivas surgidas en su seno: la figura de peligrosidad es utilizada como un eficaz mecanismo de lucha contra el delito, aunque también en ocasiones contra otras conductas consideradas perjudiciales para la sociedad. Continúa señalando que la persona que posee dicha cualidad, es decir, en la que se aprecia la probabilidad de cometer un delito en el futuro, es sometida a determinadas medidas de naturaleza penal para evitar que incurra en el delito⁶².

Al respecto ha dicho nuestra Sala Tercera:

El principio de inocencia “sólo quiere significar que toda persona debe ser tratada como si fuera inocente, desde el punto de vista del orden jurídico, mientras no exista una sentencia penal de condena; por ende, que la situación jurídica de un individuo frente a cualquier tipo de imputación es la de un inocente, mientras no se declare formalmente su culpabilidad y, por ello, ninguna consecuencia penal le es aplicable, permaneciendo su situación frente al Derecho regida por las reglas aplicables a todos, con prescindencia de la imputación deducida. Desde este punto de vista es lícito afirmar que el imputado goza de la misma situación jurídica que un inocente. Se trata, en verdad, de un punto de partida político que asume –o debe asumir– la ley de enjuiciamiento penal en un Estado de Derecho, punto de partida que constituyó, en su momento, la reacción contra una manera de perseguir penalmente que, precisamente, partía desde el extremo contrario. El principio no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, sino, ante bien, que no puede ser considerado culpable hasta la decisión que pone fin al proceso, condenándolo [...]” Maier, Julio. Derecho Procesal Penal. Fundamentos. Buenos Aires. Editores del Puerto s.r.l.

⁶¹ Así Corigliano, Óp. Cit. [n.p.17].

⁶² Cfr. Romeo Casabona (1986:20) con referencias adicionales.

Tomo I, 1996. p.492. Continuando la línea de la cita expuesta, si no se logra demostrar la culpabilidad, el imputado es inocente, con independencia de la imputación planteada en su contra, por una opción política y de seguridad jurídica base del sistema penal en una democracia, lo que no significa que exista certeza de que no cometió el hecho, como en forma errónea lo plantean los impugnantes, pues no existe conocimiento cierto de que ello sea así, lo que existe es el principio de inocencia porque el Estado no probó su participación en el hecho que les atribuyó y ello cierra definitivamente cualquier pretensión estatal de asignarles responsabilidad penal⁶³.

h) Análisis de constitucionalidad de la peligrosidad como fundamento de una medida de seguridad.

Con ROMEO CASABONA coincido en afirmar que en ese punto “entramos de lleno aquí en un principio fundamental del Derecho penal, derivado del de legalidad, que es la certeza del derecho. Este principio, que ha conseguido acuñarse con una precisión exquisita en relación con el delito y la pena (al basarse, además, en el hecho cometido), dista mucho de ser perfecto y aún aceptable para no pocos en lo que atañe a la peligrosidad (que se sustenta principalmente en la personalidad del sujeto)⁶⁴. De ahí vienen, como podría esperarse, las más importantes críticas doctrinales a las legislaciones penales en las que la peligrosidad se

⁶³ SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA. San José, a las nueve horas cuarenta y cinco minutos del dieciocho de noviembre de dos mil cinco.

⁶⁴ En lo que atañe a este concepto y su diferenciación con la culpa se ha señalado por el más alto tribunal mexicano: CULPABILIDAD Y PELIGROSIDAD. SU DIFERENCIA.– Por culpabilidad se entiende el conjunto de presupuestos o caracteres que debe tener una conducta para que le sea reprochada jurídicamente a su autor, ésta se entiende como el elemento subjetivo del delito que comprende el juicio de reproche por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley; en tanto que la peligrosidad es una circunstancia personal del delincuente que lo hace socialmente temible por su malignidad, esto es, la perversidad constante y activa que se debe esperar de parte del mismo autor del delito, entendida también como la saña y maldad manifestada por el sujeto activo del ilícito penal en la realización de los actos criminales... SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 4586/2001. 31 de enero de

ha convertido en el segundo basamento de su sistema penal. Pues los síntomas de un peligro –que por su propia naturaleza han de vincularse a un caso concreto- difícilmente pueden encontrarse plasmados en la ley si no es de forma general, y la emisión del correspondiente pronóstico encontrará escaso apoyo en la ley, si no es a través de ciertas presunciones o abstracciones incompatibles con la propia naturaleza del juicio de peligrosidad⁶⁵.

En otro momento⁶⁶ he afirmado que el derecho penal de un estado democrático de derecho parte como una de sus premisas fundamentales del principio de igualdad ante la ley⁶⁷, que es un principio derivado del principio de dignidad de la persona humana, el cual llega a prohibir todo tipo de discriminación⁶⁸; y del principio de derecho penal de hecho y no de autor. El principio de responsabilidad por el hecho que exige un “derecho penal de hecho”, se opone a la posibilidad de castigar el carácter o el modo de ser. Enlaza este principio con el de legalidad y su exigencia de “tipicidad” de los delitos: el “mandato de determinación” de la ley penal reclama una descripción diferenciada de cada conducta delictiva. Ello se negó por el “derecho penal de autor” y la teoría de los “tipos penales de autor” que propusieron los penalistas nacionalsocialistas: en lugar de castigar el homicidio, el hurto, las falsedades, etc. (tipos de conductas), el Derecho penal debía castigar al “homicida”, al “ladrón”, al “falsificador”, etc.... (tipos de autor)⁶⁹. En principio, los tipos penales que son consecuencia de una norma general no contienen ninguna referencia al autor, se limitan a establecer con una fórmula neutra que autor es todo aquel que realiza la acción⁷⁰. Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.

2002. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Velasco Félix. Secretaria: Gloria Rangel del Valle...”. Registro 186966. Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XV, mayo de 2002, página: 1205. Tesis: I.6o.P36 P. Tesis Aislada. Materia(s): Penal. Citado por **Díaz**, Óp. Cit. [n.p. 27:105-106].

⁶⁵ Así **Romeo Casabona** (1986:31).

⁶⁶ Cfr. **Salazar** (2012b:16-17).

⁶⁷ También contenido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que estipula: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”

⁶⁸ **Llobet Rodríguez** (1999:109).

⁶⁹ **Mir Puig** (2002: 130).

⁷⁰ **Bacigalupo Zapater** (1994: 91).

La norma jurídica penal pretende la regulación de conductas humanas y tiene por base la conducta humana que se propone regular. Para ello tiene que partir de la conducta humana tal y como aparece en la realidad⁷¹. A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley. Los anteriores son preceptos fundamentales contenidos en la Constitución Política de la República de Costa Rica como parte del elenco de Derechos y Garantías Individuales, enunciados en los artículos 28, 33 y 39.

Esos dos baluartes o pilares fundamentales, como tesis de principio son pacíficamente aceptados e incluso, en primera instancia, muy pocos estarían de acuerdo en tener como cierta la afirmación de que hoy en día la doctrina y la legislación aceptan premisas jurídicas en las que, de manera abierta, se violan ambos principios.

Desde una perspectiva naturalista se ha dicho que por ejemplo la omisión como ya lo indiqué en la obra de cita y agregó ahora la prevención basada en la peligrosidad del individuo, en ambos casos constituyen un no hacer, y por lo tanto, no pueden originar por sí ninguna consecuencia adicional. “*Ex nihilo nihil fit*”: de la nada que, desde el punto de vista óptico, es la omisión [agregó ahora, el peligro], no puede derivarse resultado ulterior alguno⁷². Pues bien, pretendido demostrar en este trabajo, que los principios de igualdad ante la ley y de derecho penal de hecho y no de autor, encuentran una importante excepción cuando nos encontramos ante hipótesis de falta de acción u omisión, así como en el caso de la peligrosidad como fundamento de la prevención, que en el fondo no es más que un adelantamiento de la reacción jurídico-penal a un momento previo al actuar delictivo.

⁷¹ Muñoz Conde (2002: 210).

⁷² Cobo del Rosal/Vives Antón (1999: 391).

Conclusión

A manera de conclusión, he de indicar sin más que en mi criterio y sin desperdicio alguno de palabras, la única forma de admitir la peligrosidad como basamento de la prevención es a través de un retorcimiento “inconstitucional” de principios fundamentales del derecho penal moderno. Definitivamente para su admisibilidad, se impone voltear la mirada hacia otro lado cuando por la pasarela de los derechos fundamentales del individuo desfilan los derechos de igualdad, legalidad y el principio de inocencia.

Bibliografía

- **AAVV**, (1996), Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal. Corte Suprema de Justicia. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Mundo Gráfico, San José.
- **Armaza Armaza, Emilio José, Darío**, (2011), El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso. TESIS DOCTORAL. Universidad del País Vasco / EuskalHerrikoUnibertsitatea Facultad de Derecho – Sección Bizkaia Departamento de Derecho Público. Área de Derecho Penal.
- **Armijo Sancho, Gilbert/Llobet Rodríguez, Javier/Rivero Sánchez, Juan Marcos**, (1998), Nuevo proceso penal y Constitución. Investigaciones Jurídicas S.A., San José.
- **Bacigalupo Zapater, Enrique**, (1994), Manual de Derecho Penal, Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia.
- **Barona Villar, Silvia**, (1988), Prisión provisional y medidas alternativas. Librería Bosch, Barcelona.
- **Beccaria, Cesare**, (2008), De los delitos y de las penas. Ediciones Universales, Gráficas Modernas, Bogotá, Colombia.
- **Bovino, Alberto**, (Noviembre 2005), Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 17, No. 23.

- **Bringas Flores, Sandra Maribel**, (oct-dic 2005), La función preventiva en el derecho penal. Revista Jurídica Cajamarca.
<<http://www.derechoycambiosocial.com/rjc/REVISTA5/prevenir.htm>> [Consulta: 19 de marzo de 2013].
- **Burgos Mata, Álvaro**,(2005), La medida de seguridad en Costa Rica. <http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?pid=S1409-00152005000100007&script=sci_arttext> [Consulta: 19 de abril de 2013].
- **Cáceres García, Jesús Miguel**, (s.f.), La Sociedad de la inseguridad y la peligrosidad criminal.
<<https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:lAjraFOUpiIJ:www.larevistilla.org/wp-content/uploads/2009/10/La-sociedad-de-la-inseguridad-y-la-peligrosidad-criminal.-J.M.-C%25C3%25A1ceres.doc+LA+SOCIEDAD+DE+LA+INSEGURIDAD+Y+LA+PELIGROSIDAD+CRIMINAL&hl=es&pid=bl&srcid=ADGEESgyYYbaaCE9FX5XuIFDhN-LGVUXDltGgVrMxqvC4dYcnOGWUIHxVvNPYt7llwqn5Vc1oQZc6PkmxTVGkxB83C4Api6w9TBxYK3ABkKxZXkze5k-oHNOcUTJyPqu-DbFCqoLhUL&sig=AHIEtbSIlgMDmaM6NElrq4-FXfoLq7nUrw>> [Consulta: 19 de abril del 2013].
- **Cobo del Rosal, M/Vives Antón**, T.S., (1999), Derecho Penal Parte General, 5ª ed., Tirant lo blanch, Valencia.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- **Corigliano, Mario Eduardo**,(2011), Delitos de peligro. Hacia una definición político-criminal y sistemática.
<<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,278,0,0,1,0>> [Consulta: 19 de abril de 2013].
- **Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. (Fondo). Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Sentencia de 15 de mayo de 2011.

- **Declaración de los Derechos del Hombre en Sociedad**, (1789) <http://es.wikisource.org/wiki/Declaración_de_los_Derechos_del_Hombre_y_del_Ciudadano> [Consulta: 18 de abril de 2013].
- **Díaz Aguilar, Cecilia Natalia**, (s.f.), Inimputabilidad y Peligrosidad en el derecho penal contemporáneo. <http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Iter%20Criminis%20Documentos/Iter%20Criminis%20Numero_3/inimputabilidad.pdf> [Consulta: 19 de abril del 2013].
- **Enciclopedia Jurídica**, (s.f.), <<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/medidas-de-seguridad/medidas-de-seguridad.htm>> [Consulta: 19 de abril del 2013].
- **Encinar del Pozo, Miguel Ángel**,(2008), Discusión sobre las medidas a adoptar en función de la peligrosidad del autor. <<http://www.ortegaygasset.edu/fog/ver/785/circunstancia/ano-vi---n--16---mayo-2008/ensayos/discusion-sobre-las-medidas-a-adoptar-en-funcion-de-la-peligrosidad-del-autor>> [Consulta: 19 de abril de 2013].
- **Fernández Arévalo, Luis**, (s.f.), Control de la Peligrosidad Criminal y Libertad Vigilada Postpenitenciaria. <<http://www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=2566>> [Consulta: 19 de abril de 2013].
- **Ferrajoli, Luigi**, (1995), Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Madrid. Editorial Trotta.
- **Hassemer, Winfried**, (1995), Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos. <http://www.metajus.com.br/textos_internacionais/simbolismo-e-bem-juridico-Hassemer.pdf> [Consulta: 19 de abril de 2013].
- **Hassemer, Winfried**, (1997), Crítica del derecho penal de hoy. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá.
- **Hefendehl, Roland**,(2002), ¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología.

<http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf> [Consulta: 19 de abril de 2013].

- **Llobet Rodríguez, Javier**, (1993), La reforma procesal penal. Un análisis comparativo latinoamericano-alemán. Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial. San José.
- **Llobet Rodríguez, Javier**, (1997), La prisión preventiva. Límites constitucionales. Universidad para la Cooperación Internacional. San José.
- **Llobet Rodríguez, Javier**, (1999), Garantías y Sistema Penal, Releyendo hoy a Cesare Beccaria, San José.
- **Llobet Rodríguez, Javier**, (2005), Derecho Procesal Penal. II. Garantías procesales (Primera Parte). Editorial Jurídica Continental. San José.
- **Mir Puig, Cerezo**, (2002), Derecho Penal, Parte General, 6ª ed., Editorial Reppertor, Barcelona.
- **Muñoz Conde, E./García Arán, M.**, (2002), Derecho Penal, Parte General, 5ª ed., Valencia.
- **Rivera Llano, Abelardo**, (Junio 19 -23. 2006), La deconstrucción del Sistema Jurídico-Penal y sus implicaciones. El derecho como fenómeno de temporalidad. Congreso Internacional de Derecho Penal. VII Jornadas sobre Justicia Penal. Universidad Nacional Autónoma de México. Documento electrónico.
- **Rodríguez, Orlando Alfonso**, (2001), La presunción de inocencia. Principios universales. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. 2 ed. Medellín.
- **Romeo Casabona, Carlos María**, (1986), Peligrosidad y derecho penal preventivo. Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona.
- **Sánchez, Cecilia**, (2000), Derecho Penal Parte General Doctrina y Jurisprudencia. 2 ed, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica.
- **Sala Constitucional De La Corte Suprema De Justicia De Costa Rica**, (1992), Voto N° 88 de las 11 horas del 17 de enero de 1992.

- **Sala Tercera De La Corte Suprema De Justicia De Costa Rica**, (set. 2005), San José, a las quince horas quince minutos del doce de septiembre de dos mil cinco.
- **Sala Tercera De La Corte Suprema De Justicia De Costa Rica**, (nov. 2005), San José, a las nueve horas cuarenta y cinco minutos del dieciocho de noviembre de dos mil cinco
- **Sala Tercera De La Corte Suprema De Justicia De Costa Rica**, (2009), San José, a las quince horas y treinta y siete minutos del dieciocho de noviembre del dos mil nueve.
- **Salazar Rodríguez, Alonso**, (2012a), Poder Político y Fenómenos de Criminalización. Estudio sobre el concepto de poder político “derivado” y “oculto” hacia una teoría sobre la génesis del delito y el delincuente. Editorial ISOLMA S.A., San José, Costa Rica.
- **Salazar Rodríguez, Alonso**, (2012b), Cinco Problemas por Resolver. Un análisis comparado de derecho penal costarricense-español. Editorial ISOLMA S.A., San José, Costa Rica.
- **Vicente Romero, Geovanny**, (2012), La Peligrosidad Criminal como Presupuesto de Aplicación de las Medidas de Seguridad Privativas de Libertad <<http://centrodecriminologia.blogspot.com/2012/04/la-peligrosidad-criminal-como.html>> [Consulta: 19 de abril de 2012].
- **Zaffaroni, Eugenio Raúl / Alagia, Alejandro / Slokar, Alejandro**, (2006), Manual de Derecho Penal, Parte General, Ediar, Buenos Aires.
- **Zaffaroni, Eugenio Raúl**, (2006), El enemigo en el Derecho penal, Editorial EDIAR, Buenos Aires.