



FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANÍSTICAS

FUM CRUCES

**TRABAJO DE DIPLOMA
EN OPCIÓN AL TÍTULO DE LICENCIATURA EN DERECHO.**

TÍTULO: DERECHOS Y PRINCIPIOS QUE SE VULNERAN EN EL ESTADO PELIGROSO
POR CONDUCTA ANTISOCIAL PREDELICTIVA, EN EL CÓDIGO PENAL
CUBANO

Autor: Abel Omar Piñeiro Herrera

Tutora: Esp: Rosa Margarita Montero Angulo

CRUCES, 2012

Año 54 de la Revolución



Hago constar que la presenta investigación fue realizada en la sede universitaria del municipio de Cruces, provincia de Cienfuegos como parte de la culminación de estudios en la especialidad de Licenciatura en Derecho, autorizando que la misma sea utilizada por la institución para los fines que estime conveniente, tanto de forma parcial como de forma total y que además no podrá ser presentada en eventos, ni publicada sin la aprobación de la Universidad.

Firma del autor
Abel Omar Piñeiro Herrera

Firma de la tutora
Rosa Margarita Montero Angulo

Los abajo firmantes certificamos que el trabajo ha sido revisado según acuerdo de la dirección de nuestro centro y el mismo cumple con los requisitos que debe tener, teniendo en cuenta su envergadura, referidos a la temática señalada.

Información Científico - Técnica
Nombre(s) y Apellidos. Firma

Técnico de Informática.
Nombre(s) y Apellidos. Firma



EXERGO



EXERGO

“La inserción del hombre en el Universo no consiste en estar encajado en su mundo de un modo fijo, estricto, sin movimiento, como un tornillo en su tuerca; ni consiste tampoco en tener que seguir forzosamente una trayectoria previamente determinada; antes bien, por el contrario, se trata de una inserción con un *margen o espacio de holgura*. Ese hueco o ámbito ofrece al hombre, en cada uno de los momentos de su vida, un repertorio plural de posibilidades —concretas y en número limitado— entre las cuales el hombre tiene que optar, decidiéndose por sí mismo, por su propia cuenta y bajo su responsabilidad”.

L. RECASÉNS SICHES
Introducción al estudio del Derecho
P. 21. (México, 1970)



DEDICATORIA



DEDICATORIA

A: Claribel, mi hija, como reto a superar.



AGRADECIMIENTOS



AGRADECIMIENTOS

A mi hija; la más lacerada en cariño, en amor y por sufrir mis prolongadas ausencias.

A mis padres, estén donde estén, por darme la vida y después impulsarme a seguir, a pesar de los tropiezos.

A mi familia toda, por entregármelo todo.

A mi tutora por la atención esmerada y paciente, y el tiempo dedicados. Por infundirme valentía y entereza para culminar esta obra.

A los profesores de Derecho de la FUM Cruces, por indicarme un camino.

A los profesores del Departamento de Derecho de la UCf por el auxilio (S.O.S) ofrecido y por tolerar saquearle cada minuto.

A mis amigos y colegas de estudio, que siempre me han dado su apoyo.

A mis compañeros de trabajo, por preocuparse y ocuparse de mis asuntos.

A todos los que en algún momento de este largo caminar, me brindaron su colaboración.

Muchas gracias.



GLOSARIO



GLOSARIO

[s.l.]	==	Sin lugar de publicación.
[s.n.]	==	Sin editorial.
[s.p.]	==	Sin paginar.
Art.	==	Artículo.
Cf	==	Cienfuegos.
Constitución	==	Constitución de la República de Cuba de 1976.
CP	==	Código Penal.
CPc	==	Código Penal cubano, Ley 62/87, de fecha 29 de diciembre de 1987.
Esp.	==	Especialista.
E P	==	Estado Peligroso.
FUM	==	Filial Universitaria Municipal.
h	==	Hoja.
MINED	==	Ministerio de Educación.
MININT	==	Ministerio del Interior.
MTSS	==	Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
p.	==	Página.
PNR	==	Policía Nacional Revolucionaria.
t	==	Tomo.
TSP	==	Tribunal Supremo Popular.
Ucf	==	Universidad de Cienfuegos.



RESUMEN



RESUMEN

En Cuba existe un grupo de individuos que bajo el supuesto de que son proclives a cometer delito en el futuro, se les aplican Medidas de Seguridad predelictivas reguladas en el Código Penal y pueden durar desde uno hasta cuatro años, por el hecho de mantener la conducta no acorde con la sociedad, contradictoria con las normas de la moral socialista; vulnerándose principios del Derecho y derechos del ciudadano resumidos en la Constitución y otras leyes cubanas.

El trabajo realiza un recorrido histórico y teórico del Estado Peligroso, así como un análisis de la Legislación Penal sustantiva con el objetivo de determinar los derechos y principios que se vulneran en el Estado Peligroso por conducta antisocial predelictiva, en el Código Penal cubano. Para lograr los resultados propuestos se utilizaron los métodos: Análisis y Síntesis, Inducción-Deducción, Análisis Histórico-Lógico, el Teórico-jurídico, el exegético analítico y la revisión de documentos.

Entre los principales resultados logrados están haber demostrado que en la institución del Estado Peligroso por conducta antisocial predelictiva se vulneran los principios: de legalidad, de intervención mínima, de exclusiva protección de bienes jurídicos, de inocencia, entre otros. Y los derechos lesionados son: el derecho a la libertad personal, el derecho a la integridad física y el derecho a la intimidad.

La investigación cuenta con dos capítulos, en el primero se realizó la revisión bibliográfica y en el segundo se determinaron los derechos y principios que se vulneran en el Estado Peligroso por conducta antisocial predelictiva.



ÍNDICE



ÍNDICE

Introducción.....	1
Capítulo I: La peligrosidad y el Estado Peligroso. Su manifestación en el	
Derecho Penal.....	7
1.1 Surgimiento y evolución de la peligrosidad social.....	7
1.2 El Estado Peligroso y conceptos afines.....	13
1.2.1 Peligrosidad delictual y predelictual.....	17
1.3 La Peligrosidad Social y el Estado Peligroso en Cuba.....	18
1.3.1 Las medidas de seguridad en ordenamiento jurídico cubano.....	20
1.4 Las Medidas de seguridad.....	21
1.4.1 Teorías unitarias y dualistas.....	22
1.4.2 Penas y medidas de seguridad en el Código Penal.....	26
1.5 Factores que inciden en la conducta delictiva.....	27
1.5.1 Los caracteres anormales y la conducta antisocial.....	28
1.5.2 La psicopatología de los delincuentes y predelincuentes.....	30
1.6 La personalidad, el carácter y la conducta en los delincuentes y predelincuentes.....	31
1.7 El sistema de control social.....	32
Capítulo II: Derechos y principios que se vulneran en el Estado Peligroso	
por conducta antisocial predelictiva.....	37
2.1 El Derecho Penal y la arbitrariedad del Estado Peligroso por conducta antisocial predelictiva.....	37
2.2 Consideraciones teórico-jurídicas acerca del Estado Peligroso y la peligrosidad..	43
2.3 La advertencia oficial al individuo proclive al delito, en el Código Penal Cubano..	55
2.4 Las Medidas de Seguridad en el Código Penal Cubano.....	56
2.4.1 Las Medidas de Seguridad Predelictivas.....	65
2.4.2 Las medidas reeducativas como consecuencia del Estado Peligroso.....	68
2.5 Principios del Derecho Penal lesionados con el Estado Peligroso.....	75
Conclusiones.....	78
Recomendaciones.....	79
Bibliografía.....	80



INTRODUCCIÓN



INTRODUCCIÓN:

El surgimiento de las normas jurídicas portadoras y organizadoras del nuevo régimen de clases obligaron a dictar reglas coercitivas que establecieron penas y sanciones contra los infractores. Así, en un largo proceso fue gestándose el Derecho Penal. En Cuba, el Derecho surgió con la llegada de los españoles que impusieron sus normas jurídicas con violencia extrema para implantar un régimen artificial y por la fuerza. “La justicia penal se impartió en Cuba, hasta 1879, dentro de una fórmula de anarquía completa.”¹

El Código de Defensa Social cubano entró en vigor en 1938, y en él se acogían criterios de peligrosidad para adecuar las sanciones, entendiéndose como la conducta antisocial del agente; se introdujo por primera vez, la peligrosidad del sujeto infractor en la valoración de la pena que le correspondía. La peligrosidad social “proviene del latín *periculosus* o *periculum* y se aplica a la persona ocasionada, de genio turbulento y arriesgado. Ocasionado es el sujeto provocativo, molesto y mal acondicionado, que por su naturaleza y genio da fácilmente causa a desazones y riñas.”²

Para calificar una acción u omisión como delito, es necesario que exista la peligrosidad social. Lo anterior se refiere al hecho delictivo, pero si la peligrosidad social se manifiesta en el individuo, significa la proclividad del mismo a cometer un hecho delictivo. Es decir, expresa que el individuo representa un peligro para la sociedad, pues está propenso a quebrantar las normas penales.

“En la antigüedad existieron formulaciones filosóficas sobre la peligrosidad, pero nunca llegaron a constituir fundamentos doctrinales, tomándose de forma general como fecha del surgimiento del estado peligroso el año 1791.”³ “Entre sus exponentes se encuentran los positivistas Garófalo y Lombroso. El primero reconocía como la verdadera causa del delito el factor social y el segundo al factor biológico. Esta corriente produjo el surgimiento del Principio de Defensa Social y la teoría del Estado Peligroso. En ella se mide la responsabilidad social por la gravedad del hecho, y por la peligrosidad del agente.

¹ Quirós Pérez, Renén. Manual de Derecho Penal.--La Habana: Editorial Félix Varela, 2002.--t1, p.27.

² Peligrosidad. En Diccionario Jurídico 2000.--[s.p.].

³ Delgado Herrera, Zulema. La peligrosidad social del hecho como límite al *Ius Puniendis* en el Derecho Penal cubano/ Delgado Herrera, Zulema; Yoruanys Suárez Tejera, Tutor.--Trabajo de Diploma, UCF, (Cf) 2010.--p.45.

Posteriormente este concepto se extendió a los vagos, a los alcohólicos, a los enajenados y disminuidos mentales, y al multirreincidente.”⁴

Correa García⁵, es del criterio que el concepto de peligrosidad aplicado al delincuente muestra dos situaciones: de una parte; la existencia de individuos que, sin haber cometido delito, se encuentran próximos a cometerlo, en este caso se refiere a la peligrosidad social (predelictiva), y de la otra, quien es delincuente y vuelve a violar la ley lo cual se denomina peligrosidad criminal (postdelictiva).

Los precedentes de la doctrina del Estado Peligroso en Cuba se encuentran en la obra de José Antonio Saco, el cual confeccionó un verdadero trabajo sobre política criminal donde analizó los males sociales que aquejaban al país. En 1926 en la elaboración del Proyecto de Código Criminal cubano se reguló por vez primera la Teoría del Estado Peligroso. Se establecía que era “(...) un estado de extraordinaria inadaptación mental o legal que hace al hombre proclive al delito o socialmente temible por su conducta notoriamente contraria a las buenas costumbres, o a las leyes de seguridad pública.”⁶

Cuba, a partir del triunfo de la Revolución, logró reducir a la mínima expresión los males sociales que se heredaron de la neocolonia; no obstante, los vicios sociales que contaminaron la sociedad, nunca pudieron erradicarse totalmente⁷. Los vicios lograron adaptarse a las nuevas condiciones hasta conseguir la subsistencia. Lo cierto es que en la sociedad cubana no se justifica la anuencia de conductas que se declararon enemigas y se combatieron radicalmente desde los inicios del proceso revolucionario.

Para su combate están creados los mecanismos, uno de ellos es: los Índices de Peligrosidad, en especial la conducta antisocial. La conducta antisocial se erige sobre la noción de “Peligrosidad Social Subjetiva.”⁸ Sin embargo, pese al noble y urgente móvil que justifica su existencia, persisten deficiencias que generan las críticas del sector de los

⁴ Garay Hernández, Mario Arístides. Algunas Valoraciones Acerca del Estado Peligroso en Cuba.-- Guantánamo, 2008.--[s.p.].

⁵ Correa García. Citado por Delgado Herrera, Zulema. op.cip. p.45.

⁶ Ibídem, p.46.

⁷ La subsistencia de microambientes con las condiciones propicias, como bajo nivel cultural, necesidades económicas, marginalidad, falta de valores, costumbre, entre otros; provocó el desarrollo a menor escala de las conductas antisociales.

⁸ En lo sucesivo Peligrosidad Social.

juristas y no en pocas ocasiones abre brecha a posibles arbitrariedades en detrimento del pueblo, en nombre del cual la Constitución faculta a los Tribunales para aplicar la Ley.

El Código Penal cubano de 1979, Ley 21, reguló por primera vez en la parte general, el Estado Peligroso y las Medidas de Seguridad. Posteriormente se promulgó el actual Código Penal en 1987, Ley 62, el cual las mantuvo en los artículos 72 y 76 respectivamente. Las Medidas de Seguridad como principio de la prevención, no existieron siempre, aunque sí existieron preceptos, que proponían de una u otra forma, hacer inocuas las conductas dañinas a la sociedad y tratar de obtener la curación de los problemas mentales o la enmienda de la conducta antisocial.

Había disposiciones que normaban la actuación de las autoridades para la hospitalización de los dementes, internamiento de menores en reformatorios y otras, que realmente constituían una especie de Medidas de Seguridad. No obstante, la concepción general sobre las Medidas de Seguridad, como la que actualmente establece la legislación penal cubana, es totalmente distinta a la que sustentaban los cuerpos legales anteriores.

Para decretar el Estado Peligroso, es esencial que exista realmente peligro o posibilidad de que el sujeto quebrante la ley. No basta con que la persona se embriague frecuentemente o mantenga la conducta no acorde con la sociedad, sino que conjuntamente con ello aparezcan circunstancias que produzcan el peligro de que la persona cometa delito.

El Estado, con el propósito de que existan menos sujetos que delincan, establece medidas a imponer que dependen de la situación de cada individuo en particular. Si aún no ha cometido ningún delito, la medida que le corresponde es predelictiva: se regula en los artículos 78 al 84 del CPC, y establece que pueden ser: terapéuticas, reeducativas y la vigilancia por los órganos de la Policía Nacional Revolucionaria.

En cuanto a las medidas predelictivas se coincide con el criterio de Torres Aguirre, quien considera que “se adelanta la respuesta correctiva del Estado sin justificación, y pone en precario la vigencia de determinados principios de la doctrina del Derecho Penal. Las

principales objeciones de la teoría del Estado Peligroso predelictivo es que contradice los derechos individuales y los deberes de la defensa social.”⁹

En Cuba existe un grupo de individuos que bajo el supuesto de que son proclives a cometer delito en el futuro, y sin haber quebrantado la Ley, se les aplican Medidas de Seguridad Predelictivas. Las medidas están reguladas en el Código Penal y pueden durar desde uno hasta cuatro años, por el hecho de mantener la conducta no acorde con la sociedad, denominada según el propio cuerpo legal, contradictoria con las normas de la moral socialista. Con lo cual se vulneran tanto principios del Derecho como derechos del ciudadano resumidos en la Constitución de la República y otras leyes cubanas.

De acuerdo con lo anterior, urge determinar los derechos y principios que se vulneran en el Estado Peligroso por conducta antisocial predelictiva en el Código Penal cubano; pues en el orden práctico prevalecen problemáticas que se reflejan en la variedad de criterios de los especialistas y profesionales del Derecho. Al final, si la labor no llega a otorgar soluciones prácticas a los cuestionamientos, y no se modifica la forma de abordar o al menos de pensar sobre el tema, entonces quedará un aporte doctrinal más, como grano de arena, al camino que en materia de Índices de Peligrosidad Social se ha recorrido; sin el propósito de que la investigación sea totalizadora sino que sirva de punto de partida y reflexión a otros trabajos investigativos para lograr minimizar los daños a los asegurados, causados por la ley penal cubana.

Existen estudios anteriores que sirven de fundamentos básicos a tomar en la investigación. La revisión de diferentes textos, tanto nacional como internacional facilita la comprensión exhaustiva de los fundamentos teóricos generales. Se realiza un estudio profundo del trabajo de Diploma en opción al título de Licenciatura en Derecho de Zulema Delgado Herrera, en el que se refleja un análisis de la peligrosidad social en el Derecho Penal cubano, así como la ponencia número 156 del IV Encuentro Internacional Justicia y Derecho, celebrado en La Habana, en el 2008, donde se expusieron consideraciones teórico-jurídicas acerca de la noción de peligrosidad social y su regulación. Asimismo se someten a análisis las normas jurídicas correspondientes, a fin de determinar la coherencia y eficacia.

⁹ Torres Aguirre, Armando. El fundamento de la pena.--Revista jurídica: Justicia y Derecho. No.6. marzo, 2006.--p.19.

A partir de los fundamentos anteriores se pudo ahondar en el soporte conceptual del tema en cuestión. Fue el marco de reflexión que llevó a plantear como:

Problema Científico: ¿Cuáles son los derechos y principios que se vulneran en el Estado Peligroso por conducta antisocial predelictiva, en el Código Penal cubano?

Objeto: El Estado Peligroso por conducta antisocial predelictiva.

Campo de acción: Los derechos y principios vulnerados en el Estado Peligroso en el Código Penal cubano.

Objetivo general: Determinar los derechos y principios que se vulneran en el Estado Peligroso por conducta antisocial predelictiva, en el Código Penal cubano.

Objetivos Específicos:

1. Analizar la evolución histórica del Estado Peligroso a partir del estudio del contexto histórico-socio-jurídico en que se ha desarrollado.
2. Caracterizar teóricamente la institución de Estado Peligroso Predelictivo a partir del análisis del Código Penal cubano.
3. Identificar los derechos y principios que se vulneran en la institución Estado Peligroso siguiéndose el orden lógico del Código Penal cubano.

Hipótesis: Existen derechos y principios que se vulneran en el Estado Peligroso por conducta antisocial predelictiva, en el Código Penal cubano, tales como:

- El derecho a la libertad personal.
- El principio de legalidad.
- El principio de mínima intervención.

Métodos de Investigación:

Métodos Teóricos:

Se utilizó el método de Análisis y Síntesis para precisar las irregularidades del problema que servirán de pauta para determinar los derechos y principios que se vulneran en el Estado Peligroso por conducta antisocial predelictiva, en el Código Penal cubano. El método Inducción-Deducción, para inferir aspectos positivos y negativos para la toma de

decisiones. El método Análisis Histórico–Lógico se empleó para la búsqueda de las bases de preceptos de partida de la investigación y para conocer la evolución y desarrollo histórico de las diversas concepciones existentes sobre el Estado Peligroso y demás conceptos afines.

El método Teórico-jurídico, se utilizó a los efectos de analizar doctrinalmente los conceptos y categorías que se abordan en cuanto a los derechos y principios que se vulneran en el Estado Peligroso por conducta antisocial predelictiva, en el Código Penal cubano. El exegético analítico permitió verificar la correspondencia entre la norma jurídica analizada y la realidad socioeconómica existente, examinándose el CPc, la Constitución, entre otras leyes.

A través del Derecho Comparado se realizaron comparaciones con códigos penales de otros países, fundamentalmente con el área latinoamericana.

El trabajo cuenta con dos capítulos, en el primero se realiza la revisión bibliográfica donde se argumentan los antecedentes del Estado Peligroso y la fundamentación teórica de la investigación; y en el segundo se determinan los derechos y principios que se vulneran en el Estado Peligroso por conducta antisocial predelictiva, en el Código Penal cubano, siguiéndose el orden lógico del propio cuerpo legal.



CAPÍTULO I



1. Capítulo I: La peligrosidad y el Estado Peligroso. Su manifestación en el Derecho Penal

El tema es extraordinariamente amplio, por lo que se tratarán los aspectos del mismo que tienen más incidencia en la práctica judicial. Se pretende hacer reflexionar respecto a que la concepción del Estado Peligroso no es una obra concluida, sino que se enriquece a diario en la medida en que avanza y se desarrolla la ciencia penal.

1.1 Surgimiento y evolución de la peligrosidad social.

“La peligrosidad ha sido definida como la condición que concurre en el individuo notoriamente propenso a realizar actos antisociales o criminosos.”¹⁰ Casi todos los sistemas penales han tratado de proteger la eventualidad de ataques, de la entidad que fuere, a los bienes tutelados. Durante tiempos de la Inquisición se consideró peligrosa a las mujeres que practicaban ritos o creencias religiosas y métodos curativos diferentes a lo preestablecido, “rotulándolas por ello como brujas.”¹¹

Luego, la persecución se extendió a el que mantuviera una conducta que pusiese en peligro la sociedad y los intereses del estado, incluía a los disidentes. Se castigaba por la puesta en peligro de los bienes principales. Con ello, infinidad de personas fueron sometidas a crueles castigos (tortura, muerte, aprisionamiento); la carga de la prueba correspondía al acusado y el tribunal era dueño de la verdad.

Mucha gente se opuso a la amenaza inquisitorial, que pretendía la humillación, y entregaron la vida por sus ideales. Los Estados europeos trasladaron la Inquisición a América, planteaban estar en peligro frente a un daño supremo. Pretendían asegurar el poderío y someter más a los vasallos. Si era malo que el hombre pensase distinto, peor aún que lo hiciesen las mujeres. Se incrementó la persecución contra aquellos que llevasen a cabo actividades no afines con las costumbres. Los juicios oprobiosos se extendieron a los ciudadanos que violaban las prácticas sociales. Desde el siglo XII la Inquisición fue soporte del poder de los soberanos amenazados por el poderío militar y económico de los señores feudales.

¹⁰ Rogelio Moreno Rodríguez. Citado por Germán Aller Maisonnave. Reflexiones sobre peligrosidad, riesgo social y seguridad.--Lima: Editora Ara, 2003.--p.811-846.

¹¹ Heinrich Krämer. Citado por Aller Maisonnave, Germán. op.cit.

En el siglo XV la dominación de la Inquisición se trasladó al nuevo continente. “Allí el conquistador temía que sus conquistados pudieran arrebatarse lo obtenido o liberarse del sometimiento. El indígena y el esclavo eran vistos como seres peligrosos dispuestos a rebelarse en cualquier momento, razón por la cual, muchos eran custodiados, militarizados y castigados. También entonces aparecieron los estandartes de la Inquisición, juzgando a los nativos americanos y a los esclavos.”¹² Para entonces, los ciudadanos no temían tanto al Estado sino al castigo de los tribunales inquisidores.

No es objetivo de la investigación, el análisis de la etapa prejurídica, por lo que se abordará con mayor precisión a partir del nacimiento del Derecho Penal. “De ello se encargó el Derecho Penal Liberal y en específico, Beccaria.”¹³ Cesare Beccaria fue el autor de la obra *De los delitos y las penas*, escrita en 1764, considerada la obra más importante del Iluminismo en el campo del Derecho Penal, y aunque renegó del Derecho Penal del momento fue quien lo institucionalizó como ciencia.

La obra recogía una serie de reformas penales que son la base de lo que se conoce como Derecho Penal Liberal: “humanización general de las penas, abolición de la tortura, igualdad ante la Ley, Principio de Legalidad y proporcionalidad entre delito y pena. En relación con esta corriente surge la Escuela Clásica o Liberal representada por Francisco Carmignani con la obra *Elementos de Derecho Criminal*, donde propone un sistema de Derecho Penal derivado de la razón, es uno de los primeros en trazar un sistema científico del Derecho Penal en lengua no germana.”¹⁴

A continuación de Carmignani, siguió Francesco Carrara, conocido como el Maestro de Pisa. En su *Programa del Corso di Diritto Criminale*, la construcción del sistema de Derecho Penal alcanzó picos de depuración técnica, tanto, que cuando murió Carrara se empezó a visualizar el proceso de demolición del Derecho Penal Liberal. Ya en 1799 Von Feuerbach había definido la peligrosidad como: “La característica de la persona en la cual existe una base de probabilidad de que efectivamente lesionará Derechos.”¹⁵

¹² Juan Castillo Vegas. *El mundo jurídico de Fray Luis de León*.--Burgos: Universidad de Burgos, 2000.--p.25.

¹³ Consideraciones teórico-jurídicas acerca de la noción de Peligrosidad Social y su regulación. Derivaciones de su aplicación.--La Habana: IV Encuentro Internacional Justicia y Derecho, 2008.--p.7.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Anselm von Feuerbach. Citado por Germán Aller Maisonnave. op.cit.

Con la llegada del siglo XIX apareció la psiquiatría gracias al insigne Pinel y su discípulo Esquirol. Para el célebre Pinel, médico jefe del Hospital de Salpêtrière, había que dissociar entre criminales y locos, debiéndose “tratar a los enfermos mentales violentos con dulzura, sensibilidad y humanidad.”¹⁶ Permitió ver de otra manera a aquellas personas que, aun mantenían conductas criminales, y no eran capaces de culpabilidad, debido al grado de enfermedad, así como debía dispensárseles un trato humanitario. A partir de entonces, los peligrosos pasaron al ámbito clínico, pero no todos, y el Derecho Penal ha dado cuenta de ello, gestó el entramado peligrosista en su textura.

Frente a los avances de la ciencia y el afán por superar el Estado Liberal no intervencionista, se buscaba afrontar la ineficacia respecto al nuevo crecimiento de la criminalidad, y nació el Positivismo. “Su idea principal era que la lucha contra la criminalidad debía hacerse de una forma integral y que permitiera la intervención directa del Estado.”¹⁷

Las mayores críticas contra los positivistas radicaban en el olvido de las garantías individuales, ya que el foco era la Peligrosidad Social del delincuente. Se le atribuyó la teoría de las medidas predelictivas a partir del Estado Peligroso, con el cual quiso limpiarse la sociedad de vagos, alcohólicos y de aquel que demostrara incompatibilidad social.

La Escuela Positivista Italiana fue el punto culminante del positivismo. Su fundador fue César Lombroso quien cambió el enfoque del delito como ente jurídico para dirigirlo hacia el delincuente como hecho observable. Lombroso escribió *L'uomo delinquente* en 1876, colocó al delincuente como fenómeno patológico, respecto del cual sostenía la existencia de una predisposición anatómica para delinquir, por lo que afirmó la existencia del delincuente nato por una malformación en el occipital izquierdo. Para Lombroso el que delinquiera era un ser que no había terminado el desarrollo embrio-fetal.

A fines del siglo XIX Garófalo acuñó el término “temibilità,”¹⁸ con el que designó a las personas que por las conductas dañinas infundían temor y miedo en la sociedad. Fue una visión algo distinta a la del hombre peligroso, porque el peligroso tenía una dirección

¹⁶ Guillermo Corona Uhink. Citado por Germán Aller Maisonnave. op.cit.

¹⁷ Consideraciones teórico-jurídicas acerca de la noción de Peligrosidad Social y su regulación. Derivaciones de su aplicación. op.cit., p.8.

¹⁸ Garófalo, Raffaele. Criminología, trad. Pedro Dorado Montero.--Madrid: Editorial La España Moderna.-- p.405.

conductual activa donde él era factor generador y desencadenante. El concepto temibilidad indicaba una relación inversa, proveniente de la apreciación de la comunidad respecto del sujeto temible, dado que era la sociedad la que temía la posible acción del hombre peligroso.

“Cambió la finalidad de la pena al sustituir el concepto de pena-castigo por el de pena-defensa de la sociedad de acuerdo con el grado de peligrosidad y reprochabilidad del autor,”¹⁹ marcó la estrategia represiva de la visión sociológica del positivismo, ya que Garófalo efectuó una interpretación predominantemente de corte transversal de la sociedad, frente a la psiquiátrica de la época referida al Estado Peligroso vertical del individuo. Distinguió a la capacidad criminal de la adaptabilidad social del delincuente. En la actualidad, se han entremezclado ambos conceptos y se les usa casi indistintamente.

Lombroso no era jurista, por lo que Enrico Ferri fue quien le dio trascendencia jurídica a sus teorías. Ferri marcó como delincuente nato al uomo delinquente de Lombroso. “Para Ferri, el delito no era la conducta del hombre, sino el síntoma de un mecanismo descompuesto. El delito era síntoma de peligrosidad, por ello la medida de la pena estaba dada por la medida de la peligrosidad y no por el acto ilícito.”²⁰ Ferri, quien la denominó “inadaptabilidad social”²¹ y Garófalo sentaron la base del actual concepto de peligrosidad, más allá del término empleado. Ellos, al igual que Grispigni, adoptaron el criterio monista, con la diferencia que para este último, “la pena solo podría ser impuesta en tanto hubiese un delito, el autor fuese imputable y peligroso.”²²

Con Rafael Garófalo se completó el trío positivista italiano, y con él quedó demarcada la tesis de guerra al delincuente. Con él surgió la idea del delito natural, ya que las culturas que no compartían las pautas valorativas europeas eran tribus degeneradas que se apartaban de la recta razón de los pueblos superiores, y que eran a la humanidad lo que el delincuente a la sociedad. El delito natural sería el que lesionara los sentimientos de piedad y justicia, que eran los pilares de la civilización occidental.

Dentro del positivismo existieron otras posiciones, como las escuelas alemanas: Von Liszt y el positivismo criminológico; y Binding y el positivismo jurídico. El Positivismo entra en

¹⁹ Aller Maisonnave, Germán. op.cit.

²⁰ Consideraciones teórico-jurídicas acerca de la noción de Peligrosidad Social y su regulación. Derivaciones de su aplicación. op.cit., p.9.

²¹ Ferri, Enrico. Sociología Criminal.--Madrid: Centro Editorial de Góngora.--t.2, p.166.

²² Grispigni, Filippo. Diritto penale italiano.--Milano, 1947.--t.1, p.171.

crisis desde finales del XIX, donde surgen nuevos movimientos doctrinales. Entre ellos el Neokantismo y el Finalismo.

En los inicios de la corriente positivista los individuos denominados peligrosos eran los incapaces de pena, de modo tal, que la Peligrosidad Social vino a suplir la inimputabilidad de los sujetos. No fue hasta mucho después que la peligrosidad comenzó a aplicarse a individuos imputables y se logró con la implementación de la conducta antisocial como índice de peligrosidad.

Esto obedece a que la Peligrosidad Social surge como instrumento paliativo de la impunidad penal de que eran objeto los jurídicamente incapaces. Los sistemas procesal y represivo aun no habían asimilado las consecuencias de la aparición de nuevos sujetos en el Derecho Penal y por ello, durante siglos, locos, delincuentes y otros marginados compartieron el mismo lugar, en donde la naturaleza de las anormalidades era ocultada y nivelada por el elemento común: la desviación de la sociedad y de sus reglas. Una vez separadas cárcel y manicomio, continuaron con la misma función de tutela y defensa de la sociedad y sus normas.

“Solo a partir de entonces el loco, el enfermo del espíritu y demás aquejados comenzaron a ser clasificados como enfermos, para los cuales es necesaria una institución que definiera claramente los límites entre razón y locura y donde poder relegar y encerrar con una nueva etiqueta a quien contravenía el orden público bajo criterios de peligrosidad enferma o escándalo público.”²³ Quedó establecida la obligación del tratamiento diferenciado entre delincuente como sujeto trasgresor y demás sujetos como peligrosos sociales.

A pesar que con anterioridad ya se tomaban medidas con los vagos, mendigos, borrachos, enfermos, entre otros, y existía en el Derecho Penal primitivo un concepto de peligrosidad, no fue hasta 1893 que llegó a la edad adulta cuando, a instancia de Carl Stooss, aparecieron las Medidas de Seguridad incluidas en el anteproyecto del Código Penal suizo, se plasmaron las medidas para contemplar dualmente al delito y la peligrosidad y, de esta manera, abarcar las posturas de Von Liszt, Carnevale y Gramatica. La primera vía

²³ Consideraciones teórico-jurídicas acerca de la noción de Peligrosidad Social y su regulación. Derivaciones de su aplicación. op.cit., p.10.

habría de ser, la pena y la segunda vía sería la medida de seguridad aplicable al individuo considerado peligroso.

“Las clases dominantes burguesas no tardaron en percatarse de la utilidad de la noción de peligro social para despejar el camino de sus ambiciones políticas.”²⁴ Ampliaron el concepto de Peligrosidad Social e incluyeron en él a los llamados opositores políticos, creándose la categoría del antisocial. Desde entonces se convierte en el arma trascendental para la llegada al poder y el sostenimiento de las dictaduras de terror, como por ejemplo los campos de concentración en la Alemania hittleriana, y la mayoría de las encarcelaciones en el sistema fascista de España con Franco.

Las clases dominantes, en pos de objetivos viles y en detrimento del Derecho Penal, adulteraron la noción de Peligrosidad Social forzándose el ámbito de acción hasta alcanzar sujetos imputables, provocándose la desvirtualización del fundamento teórico de la institución.

Con el auge de la Escuela Positiva de fines del siglo XIX y comienzos del XX, la peligrosidad se transformó en uno de los principales objetos de las Medidas de Seguridad, cuya finalidad fue, y es, la tan ansiada prevención criminal. De esta manera, la peligrosidad siguió determinando la cuantía de la pena, la calificación de habitualidad preceptiva y el anticipo de pena de la reclusión cautelar o preventiva.

“La valoración sobre la peligrosidad se efectúa en función de los antecedentes personales, sus actos criminales anteriores, relación con otras personas, costumbres, ocupación y demás factores individuales de socialización. Con especial énfasis en la proyección sobre el comportamiento violento, indicándose como factores predictores: historia de violencia, amenazas y uso de armas; haber sido víctima de violencia durante su infancia; adicción a drogas; comportamiento celoso; desórdenes psicológicos; problemas laborales; afectación reciente de su vida familiar; baja autoestima; aislamiento; proximidad de víctima provocante y dependiente.”²⁵

La peligrosidad tal como la concibieron los positivistas, nunca llegó a aplicarse; el modelo más cercano a ella fue el intento del malogrado proyecto de Código Penal italiano de 1921 de Ferri. “Por otra parte, el Código Penal soviético de 1926, que prescindió del concepto

²⁴ Idem.

²⁵ Vicente Garrido Genovés. Citado por Aller Maisonnave, Germán. op.cit.

culpabilidad, sustituido por el de Peligrosidad Social del autor, sí estableció un sistema netamente peligrosista.”²⁶

Esta institución (peligrosidad) penetró en la legislación Latinoamericana: “En la ley 10.071, en Uruguay se estableció que las personas mayores de veintiún años de edad, en estado de mendicidad, vagancia, ebriedad o toxicomanía proxenetismo, malvivientes y sobre los que pesaren sospechas respecto de cualquiera de estos extremos que por su conducta y estado psicológico y moral signifiquen un peligro social, podrán ser declarados en Estado Peligroso.”²⁷ También existe otra alusión en el Libro de Faltas del Código Penal uruguayo, artículo 361, inciso 6, referido a los ebrios que desarrollen una conducta peligrosa. No satisfizo lo suficiente y se agregaron los tipos penales parcialmente en blanco junto a las normas abiertas.

Germán Aller Maisonnave agrega que otras debilidades irrumpieron; al abrir las puertas del Derecho Penal hacia otras latitudes, y permitió que tipos penales huecos fueran llenados por pautas ajenas a él, decayó la fuerza de los principios primarios irrenunciables, tales como el de **culpabilidad, legalidad, proporcionalidad y lesividad**, ya que la dosimetría se veía cumplimentada por disposiciones que no guardaban relación directa con la armonización de la normativa penal general y que no fueron creadas al amparo de los principios rectores.

1.2 El Estado Peligroso y conceptos afines.

La Peligrosidad Social es un término jurídico dependiente, ya que visto fuera de la interrelación con otras categorías del Derecho no tendría sentido. Para la conceptualización es necesario avanzar todo un camino en el cual deben definirse los términos en cuya relación tiene consistencia. El primero de los términos es el de Derecho Penal, que tras trescientos años de evoluciones jurídico-dogmáticas, no ha logrado un concepto unitario que impida que los autores incluyan en la definición, los elementos que cada uno de ellos considera necesario.

Para Ricardo Núñez, el Derecho Penal es la rama del Derecho que regula la potestad pública de castigar y aplicar Medidas de Seguridad a los autores de infracciones punibles. Luis Jiménez de Asúa lo define como el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que

²⁶ Aller Maisonnave, Germán. op.cit.

²⁷ Garrido Genovés, Vicente. Citado por Aller Maisonnave, Germán. op.cit.

regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, establece el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asocia a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.

Debe tenerse en cuenta de que el Estado Peligroso no es una trasgresión de la norma penal, en el sentido de una afectación a una relación social protegida, sino el supuesto conductual que descrito en la norma tiene como consecuencia la imposición de una medida de seguridad a fin de evitar que la norma penal, o sea, los bienes jurídicos protegidos por ella, sean vulnerados. Entonces salta a la vista el cuestionamiento referente a la diferencia entre el Estado Peligroso y los delitos de peligro.

Pues muy simple, el delito de peligro se tipifica (elementos objetivos, subjetivos y bien jurídico específico) sobre el riesgo puntual que se crea sobre una relación social protegida; ejemplo: el estrago (art. 174 del CPC: “El que (...) ponga en peligro la vida de las personas o los bienes de considerable valor”²⁸); por su parte, en el Estado Peligroso existe el peligro de que se coloque en peligro o se afecte el bien penalmente protegido. En otras palabras, el delito de peligro se erige sobre el real y actual riesgo de daño a una relación determinada (el que mediante incendio, inundación, derrumbe, explosión), mientras que el Estado Peligroso se tipifica sobre una conducta proclive a convertirse en riesgo para una relación social o incluso proclive a dañarla. En el Estado Peligroso el peligro es anticipado, porque se corporifica antes de ser un peligro real para los bienes que se protegen por el Derecho Penal.

Teniéndose en cuenta los análisis anteriores, se considera que el Derecho Penal es el conjunto de normas que regulan la potestad punitiva y preventiva del Estado; asocia a hechos o conductas, determinados por la ley, como presupuesto; una pena o medida de seguridad, como consecuencia; con el objetivo de castigar y evitar las agresiones a los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica.

“Las Medidas de Seguridad son la consecuencia del Estado Peligroso y por ello la categoría que está más relacionada con la Peligrosidad Social.”²⁹ Pueden definirse como la respuesta que da el Estado a conductas que sin ser delitos, requieren una respuesta institucional frente a su adopción, debido a que muestran la real posibilidad de infracción

²⁸ Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley No. 62/87: Código Penal.--La Habana, 1987.--96.p.

²⁹ Consideraciones teórico-jurídicas acerca de la noción de Peligrosidad Social y su regulación. Derivaciones de su aplicación. op.cit., p.12.

penal futura. Es la acción estatal que se produce sobre el sujeto considerado peligroso con la finalidad de proteger a la sociedad, acción que pretende poner fin a su estado a través de métodos terapéuticos, educativos, reeducativos o de vigilancia.

Se considera Estado Peligroso el conjunto de características del individuo que demuestran la inclinación que tiene para delinquir, manifiesta a través de una conducta opuesta a las normas y principios generales de la sociedad, en cuyo nombre el Estado aplica una medida de seguridad.

Para sondear en el concepto de peligrosidad puede examinarse el diccionario de la Lengua Española donde se refleja que: peligrosidad contiene la calidad de peligroso. Peligroso deriva del latín periculosus, adjetivo que significa lo que tiene riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal. Daño, del latín damnum, se entiende como la acción de causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o bien molestia. Mal, proviene del latín male, es lo contrario a lo que es debido, sin razón, imperfecto y desacertado. Mal es apócope de malo, y malo deriva del latín malus: que carece de la bondad que debe tener según su naturaleza o destino; dañoso o nocivo a la salud o que se opone a la ley.

“Los términos peligro y peligrosidad se aplican a diferentes aspectos del conocimiento humano; tanto a situaciones como a cosas, así como también a los animales y al ser humano mismo.”³⁰ Pueden hallarse otras concepciones relacionadas con el término:³¹

Peligrosidad: Posibilidad o riesgo que hay en algunas situaciones de que ocurra un daño o un mal. Calidad de peligroso. En derecho: Estado determinado por la muy relevante probabilidad de que el individuo delinca o reincida en la comisión de delitos. El concepto fue enunciado por Garófalo en 1877 y se ha reflejado en las Medidas de Seguridad de las legislaciones modernas. Peligrosidad Social: La Peligrosidad Social es anterior a la comisión del delito y no la implica, sino que queda en la mera posibilidad. La Ley de Peligrosidad Social española quedó parcialmente modificada en 1978 y en 1985.

Peligroso: Que tiene peligro o puede causar daño o mal. Se aplica a la persona que puede causar daño o cometer actos delictivos y que habitualmente lo hace. Que ofrece peligro o puede ocasionar daño. Dícese de la persona de genio turbulento. Que implica la

³⁰ Correa García, Sergio. Peligrosidad.--[s.l.], [s.n.] documento digital.--p.257.

³¹ Diccionario Manual de Sinónimos y Antónimos de la Lengua Española Vox. © 2007 Larousse Editorial, S.L. Tomado De: <http://es.thefreedictionary.com/peligroso>, 10 de febrero de 2012.

posibilidad de algún mal. La ruta era peligrosa para ser recorrida de noche. Que puede causar daño criminal peligroso.

En cualquiera de los ámbitos la idea de peligro es el riesgo de daño. A decir de Sergio Correa García “Una situación es peligrosa cuando implica riesgo de ocasionar daño (...) Se atribuye el adjetivo de peligroso al individuo que presenta ciertas características que hacen presumir un comportamiento dañoso. Un ejemplo de situaciones peligrosas es la serie de futuros acontecimientos perjudiciales que tratan de prevenir las llamadas funciones de seguridad.”³²

Tratándose del ser humano, tanto el enfermo mental como el que delinque son modelos bastante claros de lo que se ha llamado individuos peligrosos. La historia de la medicina muestra el drama sufrido por el enfermo mental a través de los tiempos y la criminología precisa los castigos en torno al delincuente por considerarlo peligroso.

“El concepto peligrosidad aplicado al delincuente observa dos situaciones: La existencia de ciertos individuos que, sin haber cometido un delito, se encuentran próximos a cometerlo (Peligrosidad Social) y la de quien siendo delincuente puede volver a violar la ley penal (peligrosidad criminal).”³³ El marco de referencia para fijar las categorías es aquel constituido por la existencia misma de la ley que puede ser violada por vez primera o en forma reiterativa; así como la existencia de individuos que pudieran presentar tendencias a violar la ley penal bajo los supuestos de primoincidencia o de reincidencia.

El mismo concepto de peligrosidad aplicado al ser humano deberá entenderse diferente según se trate del delincuente, o bien del enfermo mental; y siempre ha estado relacionado con la existencia del patologismo individual y la probabilidad de daño social. El patologismo individual adquiere relevancia en el delincuente cuando se le relaciona con la probabilidad de cometer delito, o en el caso del pre-delincuente cuando se supone que puede violar la ley penal.

El concepto peligrosidad se plantea dentro del contexto jurídico-penal, y bajo los siguientes supuestos: es peligroso aquel individuo que puede ocasionar daño social, en el sentido único de poder cometer delito, y por otro lado, es peligroso aquel que ya ha delinquido y además presenta tendencia a delinquir nuevamente. Si la teoría penal se

³² Correa García, Sergio. op.cit., p.257.

³³ Correa García, Sergio. Ibídem, p.258.

muestra confusa en relación con los criterios para definir y precisar la Peligrosidad Social y criminal, la teoría en el campo biopsicosocial no es del todo alentadora.

Los delincuentes y las personas que muestran evidencias de desequilibrios graves a nivel de personalidad, que aún no delinquen, han sido objeto de estudio desde hace mucho tiempo. En la época griega, así como durante el Imperio Romano y la Edad Media, numerosos filósofos, pensadores, juristas, médicos, filántropos, se preocuparon por conocer la naturaleza del que delinque o se encuentra próximo a delinquir, también se interesaron en el estudio de las instituciones en relación con el problema social.

La Escuela Positiva de Derecho Penal vio nacer el concepto de peligrosidad y de temibilidad, fueron manejados tanto en el área penal como en antropología, biología, psicología y en sociología principalmente. Trató de encontrarse la etiología o causas de la supuesta peligrosidad sin llegar a resultados satisfactorios, cuyos efectos deletéreos perduran hasta la actualidad.

1.2.1 Peligrosidad delictual y predelictual.

La peligrosidad no es término acabado por lo que se considera también como el estado subjetivo que permite formular un pronóstico afirmativo respecto a las posibles actividades antijurídicas de quien se encuentra en él. Se exterioriza tal situación por la conducta del sujeto en Estado Peligroso. Dicha conducta, y el síntoma mismo de la peligrosidad, puede o no ser delictivo. De ahí las dos especies de peligrosidad reconocidas por la ciencia. La peligrosidad delictual es revelada por la observancia de una conducta delictiva. La peligrosidad predelictual se funda en la observancia de otras formas de conducta, no delictivas pero manifiestamente antisociales. Dejándose aparte la pugna entre quienes dan carta de naturaleza en el derecho a la peligrosidad predelictual y quienes se la niegan.

En el estudio de las interrelaciones de peligrosidad y delito, pueden formularse las siguientes hipótesis: Delito de peligrosidad, Peligrosidad con delito y Peligrosidad sin delito. La primera constituye una hipótesis negativa por lo que se refiere a la peligrosidad y se corresponde con el proceso penal ordinario. Las otras dos son hipótesis positivas desde el punto de vista de la peligrosidad. A la peligrosidad con delito correspondería el proceso penal ordinario completado por el juicio de peligrosidad, mientras que a la peligrosidad sin delito debería corresponderle el juicio especial donde se le aplicaría una medida de seguridad predelictiva.

Con relación a la peligrosidad delictiva o predelictiva, tanto los códigos y las leyes especiales como los proyectos, se limitan a pronunciar el concepto de Estado Peligroso, a señalar a modo de catálogo las formas de conducta peligrosa y a relacionar el repertorio de Medidas de Seguridad aplicables. Aunque este aspecto es el más delicado de la peligrosidad si con ella ha de lograrse de modo eficaz la defensa social, garantizándose al propio tiempo los derechos individuales y evitándose los posibles abusos del poder público.

1.3 La Peligrosidad Social y el Estado Peligroso en Cuba.

En el período desde el inicio de la colonización hasta 1879 no existía en Cuba un Derecho Penal propiamente dicho; no existía Código Penal, la justicia se aplicaba, sin las limitaciones del Derecho. Se aplicaban, tanto en Cuba como en España, las disposiciones del fuero juzgo, fuero real, las Siete Partidas y la Novísima Recopilación. Después se tomaron con carácter supletorio los Códigos Penales españoles de 1822 y 1848.

En 1874 se creó la Comisión encargada de reformar el Código español de 1870, para la implantación en Cuba y Puerto Rico. Era un texto que al igual que su modelo francés, el Código Napoleónico de 1810, constituía una cabal expresión de los principios e instituciones neoliberales, así como del carácter teológico de las necesidades burguesas europeas del siglo XIX.

Durante el período de la pseudo-república se hicieron solo unos pocos intentos por parte de distinguidos juristas cubanos en la redacción de proyectos de códigos penales, sin que llegaran a tener vigencia, pues hasta 1938 rigió el código español de 1870 con las reformas que se le incorporaron a través de las órdenes militares y demás disposiciones del gobierno norteamericano interventor. Fue el período en el que comenzaron a absorberse por los intentos legislativos las corrientes positivistas, y empezó a manejarse el término Peligrosidad Social.

Uno de los proyectos fue el Código de Maises Vicetes de 1922, al cual se le llamó Código Protector de la Sociedad. Como el nombre lo indica, el objetivo principal era proteger a la sociedad. Aceptaba los postulados positivistas, entre ellos: la figura de la Peligrosidad Social y la responsabilidad legal. La cual se incluyó, por primera vez en un ordenamiento jurídico cubano.

En el año 1930 en el proyecto de Francisco Fernández Pla, que tomó como modelos los códigos suizos e italianos y el proyecto cubano de Lanuza³⁴ de 1910, se hizo de la Peligrosidad Social el criterio medido de la pena. Posteriormente, el proyecto de Tyrra en 1932, al cual se denominó Código de Represión Criminal, aun y cuando pertenecía a una corriente ideológica intermedia, pretendía armonizar los criterios de imputabilidad y peligrosidad, de represión y prevención de la pena y medida de seguridad; se utilizó como modelo por los redactores del Código de Defensa Social.

En 1935 se constituyó la comisión encargada de la redacción del Código de Defensa Social. Fue presentado ante el Consejo de Estado para la discusión, y en febrero de 1936 fue aprobado. Entró en vigor el 8 de octubre de 1938. Se componía de cuatro libros y 594 artículos. El cuarto libro se dedicaba exclusivamente a las Medidas de Seguridad, en los artículos del 580 al 594.

Uno de los principios que acogía era el de la Peligrosidad Social como base de la imposición de Medidas de Seguridad, por lo que el Código de Defensa Social de 1936 fue el que institucionalizó en el ordenamiento jurídico-penal cubano dicha figura. Acogía el principio de responsabilidad legal, heredado del Código Protector de la Sociedad, proyecto de 1922, el cual establecía que el individuo que hubiera cometido delito o que por la revelada inclinación pudiera cometerlo, debía encontrar tipificación de su conducta o sus características en la ley penal.

El Código de Defensa Social acogió una sistemática dual: imputabilidad-Peligrosidad Social. No era el código de carácter clásico, ni de filiación enteramente positivista, sino que siguió las más modernas orientaciones de la época, y representó un criterio de transacción, afirmándose en los principios de la Escuela de la Política Criminal de Von Litz.

Los códigos penales ulteriores mantuvieron el criterio de la Peligrosidad Social erigido en ley por aquel. Tanto la Ley No. 21, Código Penal de 1979; como la Ley No. 62, Código Penal de 1987, regularon la figura de la peligrosidad. Y a pesar de que modificaron sustancialmente a aquel, en cuanto introdujeron criterios estructurales socialistas

³⁴ El proyecto de Lanuza, data del período 1908-1910 y su redacción obedeció a iniciativas del Gobierno interventor. La comisión encargada de su redacción logró redactar el libro I y parte del II pero al cesar el Gobierno Provisional quedó disuelta. La obra teóricamente es correcta, pero sus orientaciones son poco modernas

conformándose el contenido en exclusivamente dos libros y disminuyeron la cantidad de artículos; puede afirmarse que son sendos herederos de la línea del Código de 1936 en cuanto a Peligrosidad Social respecta.

1.3.1 Las Medidas de Seguridad en ordenamiento jurídico cubano.

Lo que se entiende por Medidas de Seguridad, enmarcado el concepto exclusivamente dentro de los principios de prevención y enmienda de las conductas asumidas por los posibles peligrosos, no existió siempre de manera expresa en el ordenamiento penal sustantivo y mucho menos en la manera normativa adjetiva, aunque si existieron preceptos, muy ambiguos, que se proponían de una u otra forma hacer inocuas las conductas dañinas a la sociedad y tratar, en algunos casos, de obtener la curación (problemas mentales) o la enmienda (conductas antisociales).

Hubo disposiciones tanto de índole material como adjetivas, que normaron la actuación de las autoridades para la hospitalización de los dementes, internamiento de menores en reformatorios y otras, que realmente constituían una especie de Medidas de Seguridad.

Realmente aparecieron, tanto en lo sustantivo como en lo adjetivo, de la legislación penal, las Medidas de Seguridad a partir de la promulgación del Código de Defensa Social, que las recogía en el Libro IV, arts. 580 a 594, y la ley de Ejecución de Sanciones y Medidas de Seguridad Privativas de Libertad, con relación a las facultades que concedía, en la materia, al desaparecido Consejo Superior de Defensa Social de 11 de Abril de 1936.

Por imperio de la Legalidad, la legislación revolucionaria cambió, tanto el sentido sustantivo de las llamadas Medidas de Seguridad, como la forma de proceder para su aplicación. Las Medidas de Seguridad están reguladas en los artículos del 76 al 84 del Código Penal cubano.

En la Ley Procesal Penal, Ley No. 5, vigente en Cuba, a partir del 18 de agosto de 1977, modificada, en parte para la perfección y adecuación histórica, por el Decreto Ley 87, de 22 de Julio del 1985, en adecuación histórica, en cuanto al Procedimiento de Revisión; Decreto Ley 128 de Junio 18 de 1991, con relación, al Procedimiento en los Tribunales Municipales Populares para la aplicación de las Medidas de Seguridad, y por último el Decreto Ley 151 de 10 de Junio de 1994, que instituye una serie de modificaciones, esencialmente en cuanto al Procedimiento Abreviado; viene normada la forma de proceder en cuanto a las Medidas de Peligrosidad.

La ley prevé los actos que los órganos encargados de la realización del procedimiento especial lo efectúen sobre la base del reclamo social de la humanidad, garantías esenciales y sobre todo de legalidad. De ahí la importancia de que los diferentes actos de las partes y del órgano jurisdiccional vengan establecidos objetivamente, potencialmente especificado para evitar arbitrariedades y cumplir con el mandato de la ley.

1.4 Las Medidas de Seguridad.

“Los estudios del fenómeno de la criminalidad, desde puntos de vista sociológicos y antropológicos, han mostrado las relaciones genéricas del delito con determinados estados individuales o sociales, como ser ciertas perturbaciones psíquicas, ciertos estados irregulares de vida social.”³⁵ Esas observaciones han llevado a la conclusión de que el Derecho Penal debe interesarse por aquellas medidas que, en general, tiendan a evitar la delincuencia.

La prevención de males y de delitos es una función primaria de gobierno; asume las formas más variadas y pertenece propiamente al derecho administrativo. Existen medidas con ese fin genérico de evitación de daños, cuya acción se ejerce inmediatamente sobre los individuos, y aunque están despojadas de todo sentido punitivo, representan una considerable restricción de libertad. Además, la aplicación de una de las medidas puede estar vinculada a la comisión de delito; son las llamadas Medidas de Seguridad.

El estudio de las Medidas de Seguridad ha venido a integrar el plan de la materia penal, y de ello se ocupan los códigos modernos, en virtud de la necesidad de que la actividad preventiva se desarrolle ordenada y jurídicamente y, en cuanto ella importe una restricción, mediante la garantía jurisdiccional.

Ya se conocen cuáles deben ser las condiciones que el sujeto ha de reunir para que le sea aplicable una pena y cuál es el contenido amenazante de ésta. Pero existen sujetos hasta los cuales la amenaza penal no puede alcanzar, porque carecen de la mínima capacidad de comprensión. “Otras veces, con respecto a determinados sujetos, la aplicación de la pena se muestra particularmente ineficaz. En tales casos, la necesidad de corregir esas deficiencias individuales o la de innocuizar al sujeto en particular, cobran un valor primordial.”³⁶

³⁵ Soler, Sebastián. Derecho penal argentino.--Buenos Aires: Editora Argentina, 1992.--p.462.

³⁶ Soler, Sebastián. Ibídem, p.463.

Las Medidas de Seguridad son medidas cuya acción se ejerce, mediante la prevención específica, y remueven en el sujeto las causas que lo llevaron a delinquir. El ejemplo típico lo constituye el internamiento en un establecimiento especial dispuesto para el que ha delinquido en estado de inimputabilidad. El Derecho Penal clásico absolvía al inimputable y se desentendía de las consecuencias de absolución, desde el punto de vista penal.

Las relaciones genéricas comprobadas entre la comisión de ciertos delitos y las anomalías, han hecho que en la legislación moderna el juez examine, en concreto, la existencia de peligrosidad en el sujeto inimputable, a fin de resolver si corresponde someterlo, por prevención, a determinadas medidas, que a la par que curativas tengan la función de asegurar el bienestar social.

1.4.1 Teorías unitarias y dualistas:

Tratándose de fijar el concepto de medida de seguridad y de determinar las relaciones que ésta guarda con la pena, es preciso hacer referencia a las dos corrientes fundamentales en que los teóricos se dividen: los partidarios de la unificación y los dualistas.

La teoría de la unificación afirma que entre penas y Medidas de Seguridad no existe diferencia cualitativa; y ello engloba o comprende ambas medidas bajo el nombre común de sanciones. Esta tesis, sostenida por el positivismo penal, es una consecuencia del principio de imputabilidad legal y no un principio autónomo³⁷. Si, el único fundamento de la actividad penal del Estado fuese la defensa social, y en virtud de ello los autores de delito respondieran por el hecho de haberlo cometido, es natural que, cualquiera sea la naturaleza de la consecuencia del delito, llámese ésta pena o medida de seguridad, el carácter común aparecería indudable, y entre una y otra no existiría una diferencia cualitativa.

“Tanto la pena como la medida de seguridad tendrían el mismo fundamento defensivo moralmente neutro.”³⁸ Grispigni, funda la igualdad en que ambas sanciones: a) consistirían en la disminución de un bien jurídico; b) tendrían por presupuesto un delito; c) serían proporcionadas a la peligrosidad; d) tenderían a readaptar o innocuar; y e) serían judicialmente impuestas.

³⁷ Lo reconoce expresamente Florian, Trattato, 4a. ed., II, p.777

³⁸ Grispigni. Citado por Soler, Sebastián. op.cit., p.464

No obstante sus manifiestos equívocos, la tesis ha ejercido cierto influjo doctrinario (determinándose que algunos autores consideren metódicamente correcto englobar bajo un solo rubro de sanciones, las penas y las Medidas de Seguridad) y hasta legislativo. La confusión proviene principalmente de pensar en las penas privativas de libertad, como si no hubiera penas de otra clase, y en tener presente solamente el momento ejecutivo de aquéllas.

Dentro del orden jurídico la pena, como amenaza del mal, como promesa de retribución, es el único medio de que el Estado se sirve para caracterizar una norma como penal y, una acción determinada como delictuosa.

Esa amenaza no puede ser neutra, porque entonces la acción a la cual ella se refiere no sería criminalmente ilícita. Si la sanción enunciada en la norma no contiene un plus sobre la reposición al estado anterior, entonces la norma no es penal. **No es posible componer una ley penal con normas incoloras; el principio nulla poena sine lege no consiente ni siquiera suavizar en este punto; antes de ser aplicada una pena debe haber sido conminada como la consecuencia de ejecutar cierta concreta acción, y no puede amenazarse a la gente con curarla en el hospital o reeducarla en el centro especializado de estudio o trabajo.**

Como dice Sebastián Soler, la amenaza tiene fin de prevención general, y espera alcanzarlo precisamente a través de la psiquis de los destinatarios del precepto. Las Medidas de Seguridad, en cambio, no operan, por ese mecanismo. Cuando el derecho dispone que el sujeto anormal sea internado, la internación no es conminada como sanción y, contrariamente a lo que dice Grispigni, no constituye la disminución del bien jurídico. No tiene contenido de amenaza o conminación y, por lo tanto, no tiene carácter penal, sino administrativo. “La norma que la prescribe no estaba dirigida al anormal; el mecanismo normativo por el cual el juez aplica una medida de seguridad es completamente diferente del que corresponde a la aplicación de una pena.”³⁹

Continúa Soler que llamarle sanción al internamiento de anormales constituye un error formal referido a la estructura de la norma jurídica, ya que aquello no constituye la consecuencia del incumplimiento del deber. Comporta un equívoco en cierto sentido moral deplorable, pues supone matizar, de reproche la medida que debe estar inspirada por

³⁹ Soler, Sebastián. op.cit., p.467.

fines curativos. Si, para designar al mismo tiempo penas y Medidas de Seguridad se hubiese adoptado la expresión «medidas», la crueldad se habría evitado, pero entonces la pena dejaría de ser una amenaza, o sea, la promesa del mal, y las dificultades vendrían por otro camino.

Las penas acompañan la descripción de un modo de conducta criminal. Están al lado de cada figura; señalan no solamente la ilicitud, sino que la valoran, fijan la magnitud del daño. Por el contrario, las Medidas de Seguridad, no señalan la calidad al hecho determinado.

El Estado puede disponer Medidas de Seguridad con los más variados motivos que pueden no tener nada que ver con la perpetración de un delito (curas coactivas, cuarentenas, internación de alienados, de infecciosos, desalojos, desinfecciones). Cuando las medidas son tomadas a raíz de la comisión del delito, la medida de seguridad no depende ni en la clase ni en la duración de la gravedad del delito cometido, sino de otras razones, entre ellas, de la mayor o menor peligrosidad del sujeto.

A la concepción unitaria descrita anteriormente se contrapone el punto de vista dualista, que es el que impera en la doctrina y en la legislación. Para los dualistas, entre penas y Medidas de Seguridad existe una diferencia de cualidad, pues las Medidas de Seguridad tienen carácter estrictamente administrativo y aun incorporadas a los códigos penales, mantienen la naturaleza de disposiciones de prevención y de buen gobierno.

“El paso decisivo en el sentido dualista fue señalado por el proyecto de código penal para Suiza, de Carlos Stooss, de 1893, en el cual por primera vez se propugna la admisión dentro de un código penal de medidas de prevención especial, de manera que desde esa fecha, los códigos penales han ampliado el campo de acción del juez con el empleo de medidas despojadas de contenido punitivo, en vista de lograr una mayor eficacia preventiva que la alcanzada por una ley penal totalmente desentendida de los efectos probables de la imposición o no imposición de una pena.”⁴⁰

Se denomina dualista a la corriente que da cabida en los códigos a penas y Medidas de Seguridad. La dualidad ha reducido el contraste entre prevención y represión, especialmente en ciertos aspectos. Plantea Soler que es característica la posición de Von Liszt, para el cual la franca contraposición entre penas y Medidas de Seguridad no puede

⁴⁰ Soler, Sebastián. *Ibídem*.

aceptarse sino en los puntos extremos, pues existiría entre aquéllos relación de círculos secantes, y en la zona común la medida de seguridad puede asumir las funciones de la pena, y viceversa.

Esta forma de considerar las penas y las Medidas de Seguridad como eventualmente concurrentes, pero distintas, también es el punto de vista de Rocco, para el cual conservan el carácter de medidas administrativas, aun cuando deba disponerse la aplicación por el órgano jurisdiccional, ya sea en razón de economía procesal, ya como garantía debida a la libertad de los ciudadanos, para los cuales las Medidas de Seguridad representan una retribución tanto o más severa que una pena.

La tentativa de unificar teóricamente las penas y las Medidas de Seguridad está destinada a fracasar, mientras se reconozca en los códigos la necesidad de prefijar escalas penales proporcionadas a la distinta gravedad de los delitos; la unificación será puramente verbal. La llana aceptación de la sentencia, absolutamente indeterminada, basada en la peligrosidad del delincuente, importaría borrar toda diferencia. A esas tesis se oponen razones de otra naturaleza y tan poderosas, que ningún teórico se atrevería a propugnarlas como sistema legislativo actual.

Soler plantea que "(...) la historia del pensamiento y de las teorías se compone de aciertos y de errores mezclados. No es esto del todo infortunado; antes bien, parecería una condición de la riqueza y profundidad de las especulaciones de la mente eso de que se intenten diversos caminos y se agoten todas las posibilidades. En tal proceso, el error cumple una función depuradora, por decirlo así, involuntaria; obliga a la construcción exhaustiva, rigurosa y clara. Obliga a llevar el pensamiento hasta ese poder compelente que aquél sólo alcanza cuando en él efectivamente esplende la verdad."⁴¹

Soler plantea que hay un punto, en el cual pareciera que el error pierde la eficacia potencial y dinámica; una especie de tope lógico e histórico, después del cual aquél recobra el sentido negativo, inútil y destructor; es el punto rebasado por la teoría positivista de la sanción, y la persistencia de cierta terminología proveniente de tal tendencia doctrinaria resulta hoy inconveniente y aun perturbadora porque los equívocos implícitos suelen pasar inadvertidos para autores que no comparten la posición doctrinaria en la cual aquella terminología se origina.

⁴¹ Soler, Sebastián. *Ibídem*, p.468.

Es casi de apariencia inofensiva el empleo de la expresión «sanciones» para designar a penas y Medidas de Seguridad al mismo tiempo. Con ello algunos autores se inclinan a creer superadas las discrepancias doctrinarias de monistas y dualistas, pues el término común sanciones sería suficientemente generoso para albergar en sí mismo, sin conflicto, a toda clase de medidas conectadas con la comisión del delito.

Concluyó Soler: cuando existe error conceptual en el título, las cosas cambian. Al fin de cuentas, el reproche que podía hacerse en el ejemplo anterior era el de inutilidad y el de ser la clasificación más una traba que una ayuda práctica. En el otro caso, cuando el rubro genérico es incorrecto, la práctica experimentará distorsiones provenientes de errores conceptuales inadvertidos.

Por tanto es necesario que en Cuba se realicen estudios profundos de la institución medida de seguridad así como de Estado Peligroso para limar las diferencias doctrinarias en función de atenuar la dañosidad al asegurado, fundamentalmente en lo referido a la conducta antisocial, donde se aprecia la mayor extenuación de criterios.

1.4.2 Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal.

Sebastián Soler plantea que la distinción entre penas y Medidas de Seguridad, dentro del C.P es manifiesta en los puntos extremos, y presenta zonas intermedias, en las cuales sus funciones se superponen o confunden en el momento de la aplicación. “En principio, la diferenciación entre penas y Medidas de Seguridad corresponde perfectamente con la separación de los sujetos en imputables e imputables.”⁴² La zona común de acción, de que habla Von Liszt, si bien admite la aplicación de Medidas de Seguridad a sujetos imputables, mantiene firme la diferencia, pues en ningún caso procede aplicar una verdadera pena al imputable, con lo cual se marca, al mismo tiempo, el sentido preventivo de la convergencia de ambas medidas y el carácter de la divergencia jurídica insalvable entre una y otra.

Por otra parte, es preciso no dar mayor importancia a los intentos de unificación de las sanciones, porque inclusive dentro del campo de las consecuencias del delito que no son penas, es decir, dentro de lo que genéricamente se designa como Medidas de Seguridad, es preciso destacar diferencias muy acusadas entre una y otra clase de ellas. Compárese la medida de seguridad para el habitual con la internación educativa del menor. Tan

⁴² Soler, Sebastián. *Ibídem*, p.482.

marcadas son las diferencias, que algunos hasta han negado la propiedad del nombre genérico Medidas de Seguridad, para comprender las consecuencias, y han propugnado la separación de las medidas de pedagogía correctiva, aplicadas a los menores.

Tampoco es fácil separar en la doctrina los fines de la pena. Es opinión general que en ella van implícitas las finalidades preventiva y represiva, y que las cumple simultáneamente: represión y prevención especial actúan sobre el delincuente, convicto y condenado, al propio tiempo que la prevención general, actuada mediante el ejemplo de la pena o mediante la conminación, sobre los posibles delincuentes. Las sanciones o medida de seguridad que se aplican al sujeto peligroso, tanto pueden concebirse dotadas de finalidad preventiva, preventiva desde el punto de vista delictivo, como provistas de finalidad represiva, represiva desde el punto de vista de la conducta peligrosa.

Tampoco es posible llevar más lejos la diferenciación entre el proceso ordinario y el especial ateniéndose a la diversa naturaleza de la pena y la medida de seguridad. Formalmente la pena es la consecuencia jurídica del delito como la medida de seguridad lo es de la conducta peligrosa. Pero materialmente no existe diferencia entre ciertas penas y las correspondientes Medidas de Seguridad, en cuanto unas y otras suponen una restricción de las libertades humanas y unas y otras se proponen iguales fines de readaptación social si es posible o de segregación cuando no puede lograrse la readaptación.

1.5 Factores que inciden en la conducta delictiva.

“Ninguno de los diversos grupos de factores basta, por sí solo, para explicar la etiología del delito. La necesidad de la coexistencia es una noción fundamental. Los partidarios de la escuela sociológica han sostenido que sin la acción del medio no bastan las condiciones fisiopsíquicas del delincuente; los de la escuela antropológica han demostrado que el medio por sí sólo no crea delincuentes. Ambos han estado en lo cierto: los dos son indispensables. Pero lejos de pensar que se excluyan recíprocamente, debieron reconocer que ninguno de ellos basta para explicar toda la etiología criminal.”⁴³

Lacassagne trajo a la discusión una analogía: el microbio (delincuente) es un elemento sin importancia si no encuentra el caldo de cultura (ambiente social); pero, con razón Ferri demostró que el caldo de cultura no es capaz de engendrar microbios por generación

⁴³ José Ingenieros. Criminología. Tomado De: <http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com>

espontánea. El delincuente más anormal, más tarado física y psíquicamente, necesita encontrar en el medio las condiciones propicias para dar escape a las tendencias mórbidas. De igual manera, las condiciones del medio, aunque sean pésimas, necesitan actuar sobre el carácter o sobre el estado psicológico especial, para arrastrar el individuo al delito.

En un extremo se tendrá la combinación del máximo de factores endógenos (fisiopsíquicos) con el mínimo de exógenos (sociales). En el otro extremo: endógenos mínimos y exógenos máximos. En el primero están el sujeto orgánicamente predispuesto al delito, el loco moral o delincuente nato, el delincuente loco, el impulsivo sin inhibición; en el segundo el delincuente ocasional, el hambriento, el ebrio, el emocionado.

Es evidente que predominan unos u otros factores; pero es necesaria la coexistencia. La inclinación a cometer delito no se produce sin que exista perturbación de la actividad psicológica respecto del ambiente social; la perturbación puede ser estable, transitoria o simplemente accidental.

José Ingenieros plantea que la anormalidad, que implica la predisposición al delito o constituye el carácter criminoso, se manifiesta en algunos como deficiencia del sentido moral (amoralidad anormal congénita o perversión moral adquirida) ; en otros como trastorno intelectual que impide juzgar y valorar el acto criminoso en relación a la ética propia del ambiente en que viven (locura congénita o adquirida, total o parcial) ; y, en otros, consiste en una insuficiente resistencia al impulso que tiende a ejecutar el acto delictuoso (anormalidades de la inhibición volitiva). Y como dijo Lacassagne, estas anormalidades de la conducta individual son los microbios que esperan el indispensable caldo de cultura de las condiciones ambientales.

Ambas tendencias (antropológica, sociológica) tienen razón, cada una en ciertos casos; la totalidad de los casos resultaría inexplicable sin una combinación de ambas tendencias.

1.5.1 Los caracteres anormales y la conducta antisocial

Cuando los actos que exteriorizan el carácter individual no se adaptan a las condiciones sociales de la lucha por la vida, representadas por la moral y concretadas en el derecho, los actos son socialmente inmorales o delictuosos. Este concepto de delito, que es al mismo tiempo biológico, psicológico y social, es la premisa para el estudio de la psicología criminal. El carácter es socialmente anormal cuando tiende a manifestarse por actos

antisociales. El acto delictuoso es la expresión de una anormalidad del carácter: transitoria o permanente, congénita o adquirida.

Esa anormalidad del carácter, expresada en los actos de la conducta, puede ser causada por desequilibrios de la personalidad, debidos a la perturbación de cualquiera de las funciones psíquicas.

Así lo reconoce Morselli: “La variedad innumerable en que se combinan (...) es la causa misma de la personalidad individual; no existen formas psicopatológicas en las cuales pueda decirse que está desviada, lesionada o perturbada, exclusivamente, la función afectiva, intelectual o volitiva, pues la asociación de esos tres aspectos funcionales es la condición que determina la existencia misma de la personalidad.”⁴⁴ De eso inferimos que la conducta delictuosa puede ser producida por la anormalidad de cualquier función psíquica, que repercute sobre el carácter y lo desajusta del medio social.

“Por carácter mórbido o anormal debe entenderse un sistema de elementos psíquicos que por su modo de coordinación o incoordinación constituye un tipo que más o menos se aleja de los llamados tipos normales.”⁴⁵ En otros términos: el carácter es patológico cuando no es normal.

El carácter, que determina las reacciones con que el individuo se adapta al medio, tiene valor social: **es bueno o malo, honesto o delictuoso, según se traduzca en actos adaptados o no a la moral o al derecho vigente, según la sociedad en que el individuo actúa.** El carácter es anormal o patológico toda vez que se traduce por el trastorno de su función, por actos antisociales.

José Ingenieros plantea que las anormalidades del carácter pueden ser congénitas o adquiridas, producto de una mala constitución biopsíquica hereditaria, o de una mala influencia educativa del medio social. Se puede nacer antisocial, por temperamento; se puede perder el buen temperamento por la mala educación y la degeneración del carácter es adquirida. El individuo nace o se forma extrasocial.

En sentido análogo, podría interpretarse ciertas ideas de Venturi, para quien los conceptos de locura y de criminalidad son relativos al medio social que los juzga; se es loco o delincuente con relación al medio en que se vive, a punto de ser eso una opinión de la

⁴⁴ Morselli. Citado por José Ingenieros. Idem.

⁴⁵ Malapert. Citado por José Ingenieros. Idem.

sociedad, o de ser ésta quien obliga al individuo a adoptar una conducta extrasocial o antisocial. Si la inadaptación no es nociva, el hombre es simplemente extrasocial; si, además de inadaptada, es nociva a la sociedad o a sus componentes, el hombre es antisocial, y según los casos será inmoral o delincuente.

Puede concluirse que los actos se llaman delictuosos, no por sí mismos, sino por el valor que adquieren respecto de la sociedad. El delito y la conducta antisocial son fenómenos característicamente sociales.

1.5.2 La psicopatología de los delincuentes y predelincuentes

El estudio de la conducta antisocial, manifestada por actos delictuosos, corresponde a la psicopatología. Es una rama de la psicología clínica y toma sus fundamentos en la patología mental: no en el absurdo sentido de que el delincuente debe ser estudiado como si fuera loco, sino en el de que presenta anomalías de las funciones psíquicas que determinan la inadaptación social de la conducta. **El delito es un acto; la conducta delictuosa es una serie de actos. Ambos dependen del carácter (exponente de la personalidad) y de las numerosas causas endógenas y exógenas que motivan cada una de sus manifestaciones.**

El estudio psicopatológico de los delincuentes demuestra que en el carácter de algunos predominan las anormalidades morales, en otros las intelectuales y en otros las volitivas.

“Puesto que cada uno de nuestros actos es el resultado de una tendencia, que a su vez es el producto de sentimientos y de representaciones, la causa de las anomalías y morbosidades de la conducta debe buscarse en esos factores internos y externos, es decir, en el estado de la sensibilidad y la afectividad, de la percepción y la inteligencia, del impulso y la voluntad.”⁴⁶ Y el acto delictuoso es el resultado de esos mismos procesos, más o menos bien caracterizados; ellos determinan la inadaptación social en la lucha por la vida.

Bajo la influencia de las excitaciones directas o indirectas del medio social el delincuente puede violar las normas morales y legales, por una ausencia congénita, degeneración adquirida o anormalidad accidental de los sentimientos sociales. Las excitaciones externas pueden asociarse con estados anormales de la afectividad, o producirlos, e impiden la adaptación de los actos al criterio ético de la sociedad. Las anomalías predominantes en

⁴⁶ Morselli. Citado por José Ingenieros. Idem.

las funciones afectivas constituyen la falta o la pérdida del llamado sentido moral é implican una perturbación integral del carácter, reflejada menos intensamente en las funciones intelectuales y volitivas.

Las manifestaciones antisociales de la conducta pueden ser el resultado de anomalías congénitas, adquiridas o accidentales de las funciones intelectuales; las deficiencias o errores de la percepción, el juicio, el raciocinio o la imaginación, pueden falsear la determinación normal de los actos o impedir que sea exactamente apreciada la adaptación a las condiciones sociales de la lucha por la vida. Lo mismo que las afectivas, las perturbaciones modifican el conjunto de la personalidad y del carácter, y rompen el equilibrio e influye sobre las funciones restantes.

En otros casos la conducta delictuosa es el resultado de una deficiencia o perturbación de las funciones volitivas; las reacciones de movimiento siguen anormalmente a las excitaciones del medio social, y escapa al contralor de una personalidad que no está convenientemente adaptada.

Plantea José Ingenieros que el desequilibrio entre el poder dinamogenético de las excitaciones y el poder inhibitor de las representaciones sociales, facilita la producción de actos que siguen vías de ejecución reflejas o automáticas, sin el concurso de la reflexión y sin el freno de los preceptos morales asimilados mediante la educación.

Junto a los casos precedentes pueden encontrarse otros en que las anormalidades de las dos o tres grandes funciones mentales coexisten en el mismo sujeto e intervenir directamente en la determinación del acto delictuoso. Por lo que se concluye que la conducta antisocial es el producto de un carácter patológico complejo.

1.6 La personalidad, el carácter y la conducta en los delincuentes y predelincuentes.

“La adaptación de la conducta individual al medio social requiere cierto equilibrio de los elementos constitutivos de la personalidad. Cuando el equilibrio falta, la conducta es inadaptada, y el individuo comete actos que la sociedad juzga inmorales y las leyes califican de delictuosos.”⁴⁷

Si el carácter es adaptado, el hombre es socialmente bueno; si es inadaptado, es socialmente malo. Si la conducta se mueve dentro de los límites que la ley pone a la lucha

⁴⁷ José Ingenieros. op.cit.

por la vida, ella es honesta; si excede esos límites, y perjudica a los demás hombres, es delictuosa. La personalidad es distinta en los individuos: por eso los hombres tienen carácter diferente y lo traducen por una desigual aptitud para adaptarse a la vida social: la conducta.

La desigualdad humana es un postulado fundamental de la psicología. Podrán las costumbres y las leyes establecer derechos comunes a los seres humanos, pero éstos serán siempre desiguales entre sí, como la reinante distinción entre las estrellas del universo. Cada individuo, psicológicamente considerado, es una síntesis sistemática de elementos afectivos, intelectuales y activos, diversos por su origen, intensidad o contenido, y coordinados de manera varia y según relaciones complejas.

La enorme variabilidad psíquica individual se manifiesta en algunos casos por diferencias iniciales de aptitudes; en otros, por diferencia de desenvolvimiento de las aptitudes iniciales. Las causas de la desigualdad son manifiestas; por una parte influye la diversidad de las tendencias congénitas (herencia), y por otra la diversidad de la educación (experiencia individual) subordinada a la influencia del medio físico y social.

1.7 El sistema de control social como respuesta a la conducta antisocial.

Los criminólogos clásicos basaron su respuesta en el miedo al castigo; los teóricos del control, acudieron al análisis sociológico donde el miedo era sólo un factor pero no el de mayor prioridad. El sujeto evita el delito, la comisión le depararía más inconvenientes que ventajas, lo que apunta a la existencia de diversas y contradictorias concepciones o códigos morales al interno de la sociedad, tratados de diversas maneras pero con la meta de explicar el comportamiento delictivo de los hombres.

Dentro de las primeras teorías sobre el control aparece la de Albert J. Reiss en 1951, basada en la valoración del control personal como freno de aquellas necesidades que pueden ir en contra de las normas y reglas de la comunidad, la desviación social se produce entonces por el insuficiente o incorrecto funcionamiento de esos controles personales y sociales, es decir, falla la interiorización de los valores contenidos en las normas reconocidas.

Se manejan otras divisiones del control social, duro por basarse en la cárcel como instrumento fiscalizador y blando al manejarse alternativas a la misma, también denominados excluyentes e incluyentes en relación con la utilización o no de la reclusión.

Se consideran como instancias del mecanismo a las instituciones de la familia, la vecindad, la escuela, el sindicato, el trabajo, los partidos políticos, la religión como partes del control informal y a la policía, tribunales y establecimientos penitenciarios, elementos del control formal, resaltándose en el último grupo al Derecho Penal.

El Control Social tiene métodos para presionar, a los efectos de que se adopten o mantengan las pautas de comportamiento externo o interno y los valores considerados necesarios o convenientes. El control social para su desarrollo y eficacia, se basa en tres estrategias fundamentales, las que están condicionadas a determinados momentos, se trata de la socialización, prevención y represión.

“La socialización es aquella que convierte al individuo en un ser social y por tanto en personalidad, como la interacción entre individuos y los medios de comunicación: Comienza con el nacimiento y concluye con la muerte. Es el proceso mediante el cual el individuo, adopta los elementos socioculturales del medio-ambiente y lo entrega a su personalidad, para adaptarse a la sociedad.”⁴⁸

En psicología infantil, es el proceso por el cual el niño, aprende a diferenciar lo aceptable de lo inaceptable en el comportamiento. En la psicología social, está interesado en cómo los individuos aprenden las reglas que regulan el comportamiento social. En Antropología, es el proceso por el cual se transmite cultura de una generación a otra. “La primera infancia, es el período en el que tiene lugar el proceso de socialización más intenso, cuando el ser humano es más apto, para aprender; sin embargo, la socialización del niño durante la infancia, no constituye en sí, una preparación eficiente y perfecta, sino que a medida que crece y se desarrolla su medio ambiente, podrá variar, exigiéndole nuevo tipo de comportamiento.”⁴⁹

La familia desempeña varias funciones, como es protección, compañía y seguridad y socialización. La estructura familiar ha sufrido cambios, solo ha sobrevivido a los mismos, la de ser fuente de afecto y apoyo emocional para los miembros, en especial, para los hijos; porque otras funciones han sido sustituidas por organizaciones e instituciones. La familia todavía es la responsable de la socialización de los hijos, aunque juegue un papel fundamental los medios de comunicación y los amigos.

⁴⁸ Socialización. En Enciclopedia Encarta Microsoft, (2004).

⁴⁹ Socialización. Idem.

La prevención es lograr evitar conductas que no están en correspondencia, con el sistema normativo del control social. Es la preparación o disposición que se hace anticipadamente, para evitar el riesgo o ejecutar algo. Desde el punto de vista del Derecho Penal la prevención general negativa alude a la prevención frente a la colectividad y concibe a la pena como medio intimidatorio para evitar que surjan delincuentes, mientras que la prevención general positiva también llamada estabilizadora o integradora, busca como fin la afirmación positiva del Derecho Penal, como afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales, de la conciencia social de la norma o de una actitud de respeto a la misma.

“A diferencia de la prevención general, que se dirige a la colectividad, la especial tiende a prevenir los delitos que pueden proceder de una persona determinada. La pena se refiere aquí al sujeto que ya ha delinquido y busca que quien la sufre no vuelva a delinquir”⁵⁰, al dirigirse a personas ya determinadas se le conoce como prevención individual.

La Represión es la última estrategia e interviene cuando han fallado las dos estrategias anteriores y significa una limitación impuesta a la persona que incumplió regulaciones contenidas en el sistema normativo. Desde el punto de vista etimológico de la palabra es el conjunto de acciones y efectos de reprimir, actos o conjuntos de actos ordinariamente desde el poder, para contener, detener, o castigar con violencia actuaciones políticas o sociales.

De las tres estrategias, la socialización es la más importante, porque con una adecuada educación en todos los sentidos (familias funcionales, escuelas dotadas de valores), se previene y evita al mismo tiempo la represión.

La Instancia formal es fundamentalmente represiva, pero dentro de las funciones lleva implícito las estrategias de socialización y prevención. El Control Social puede ser formal e informal. Es informal, cuando se trata de condicionar al individuo, de disciplinarlo a través de un largo y sutil proceso que comienza en los núcleos primarios, la familia, la escuela, la profesión y la instancia laboral y culmina con la obtención de su conformismo, veneración de la ley y la obediencia.

⁵⁰ Claus Roxin. La determinación de la Pena a la Luz de los fines de la Pena, en culpabilidad y prevención en Derecho Penal. trad. Núñez Conde.--Madrid: edit. Reus SA, 1981.--p.100.

Los medios más importante del control social son las creencias e ideologías sociales, la religión, la propaganda, la educación formal o informal. Y adquieren la eficacia, cuando convierten al individuo en el sujeto adaptado que acepta lo que la sociedad le impone a lo largo de la vida, raramente presentará una actuación que quebrante las reglas establecidas. Generalmente el control social es fuerte cuando hay mayor cohesión social y se logra la motivación voluntaria de los individuos mediante la indoctrinación y socialización, lo que hace que se logre el consenso.

Cuando las instancias informales no logran los objetivos, entra en funcionamiento el conjunto de instancias formales del control, que reproducen las mismas exigencias del poder pero de modo coercitivo. El Control Social formal, es el establecimiento de procedimientos públicos y la delegación en ciertas instituciones para lograrlo, le es inherente cierto grado de formalización, cumple importantes funciones; selecciona, delimita y estructura las posibilidades de acción de las personas implicadas en el conflicto, orientándolas. Dentro de esta instancia, se encuentran los organismos que ajustados a una disposición legal, se encargan de regular las funciones y objetivos, encaminados principalmente a aportar una vía para lograr el orden social que ha sido quebrantado.

La Fiscalía es uno de las instituciones del control social formal, que se encarga de la protección y cuidado del orden público, su actividad no se limita a la detención de las violaciones, sino también a buscar las causas y las condiciones que generan los delitos. Realiza actividades especiales encaminadas a elevar el nivel preventivo de las transgresiones de la ley en las circunstancias siguientes, revelación a tiempo de las causas y condiciones que generan los delitos, análisis del estado, estructura y dinámica de la delincuencia por zonas y regiones.

Los Tribunales Populares,⁵¹ como entes formales del Control Social, tienen como función más importante, la educación de los ciudadanos en el cumplimiento de las leyes y la disciplina en el trabajo. Contribuyen a eliminar el clima de impunidad y el respeto y decoro de la población.

El Ministerio del Interior a través de los diferentes organismos que intervienen en su funcionamiento, como es la Policía Nacional Revolucionaria. Y su trabajo específico

⁵¹ Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley 82/97: De los Tribunales Populares.--La Habana, 1997.-[s.p.].

consiste en determinar el Estado de la delincuencia por provincia, zonas, territorios y desarrollar medidas para evitarlas. Especial atención se pone en la prevención de conductas transgresoras en menores y jóvenes a través de los Oficiales de Prevención. Y otros organismos encargados de velar por la juventud.

Los órganos del Ministerio del Interior, estudian el carácter de los delitos, estructura, estado y dinámica y características de los comisores.

La labor de prevención y enfrentamiento a las conductas desviadas, la lleva a cabo los funcionarios de los Centros Penitenciarios, ya que en Cuba se han realizado transformaciones penales y penitenciarias, respetándose las reglas mínimas de tratamiento a los reclusos. Son parte de la prevención los centros especializados donde se aseguran los predelincuentes para evitar delitos futuros. Y no deben ser las dos últimas instituciones las encargadas de reeducar al delincuente o predelincuente, es necesario que las demás instituciones sociales corrijan las desviaciones de la conducta antes de que lleguen a los Centros Penitenciarios o a los Centros Especializados.



CAPÍTULO II



2. Capítulo II: Derechos y principios que se vulneran en el Estado Peligroso por conducta antisocial predelictiva.

Es de máximo interés reflexionar sobre estas consideraciones de carácter general que, quizá puedan despertar alguna polémica, pero con la esperanza de que con el debate que provoquen se tenga la oportunidad de meditar sobre la verdadera significación de la institución Estado Peligroso, punto de partida para afrontar la problemática respecto a la aplicación de las Medidas de Seguridad Predelictivas a los asegurados por conducta antisocial.

2.1 El Derecho Penal y la arbitrariedad del Estado Peligroso por conducta antisocial predelictiva.

“El Derecho Penal no se reduce solo al listado de las conductas consideradas delitos y la pena que a cada uno corresponde, sino que fundamentalmente su misión es proteger a la sociedad. Es por ello por lo que suscribimos la opinión de Bustos cuando entiende que culpabilidad no es reprochabilidad sino responsabilidad, la cual supone un sujeto responsable, con una determinada conciencia social, y por lo mismo con una determinada capacidad de respuesta conforme a ella. Siempre hay un hombre con una determinada capacidad de respuesta, conforme a su conciencia social.”⁵²

La sociedad tiene el compromiso de responder por la conciencia alcanzada por el hombre; y la reacción penal que se ejerce por la conducta antisocial debe estar acorde con la formación social de la conciencia del individuo y no tiene otro sentido que contribuir a su desarrollo. Esto se consigue a través de medidas que llevan a la separación del transgresor por el tiempo supuestamente necesario, a la par que se reincorpora al medio social a aquellos que no lo son mediante el tratamiento adecuado en cada caso.

Es el Estado quien otorga el tratamiento a quien es peligroso social y quien es delincuente.

Muchas veces la distinción entre uno y el otro se descarta, ya que se diluye en la relación entre las Medidas de Seguridad y las penas; porque resulta insubstancial diferenciar a dos sujetos que serán tratados represivamente del mismo modo. Y es que solo el delincuente, merece el tratamiento penal; y el peligroso es responsabilidad de la sociedad y ésta, debe otorgarle el tratamiento adecuado. El Estado determina la respuesta que considera más

⁵² Consideraciones teórico-jurídicas acerca de la noción de peligrosidad social y su regulación. Derivaciones de su aplicación. op.cit., p.19.

correcta para ellos, basado en el concepto Peligrosidad Social, sin tener en cuenta que solo en su carácter objetivo debería justificar la afectación de derechos al individuo como reacción estatal.

“Si un sujeto presenta peligrosidad social entrará en los límites del Derecho Penal y si no, pues se trata de un sujeto que convive acorde con las reglas sociales y la legalidad de su sistema. De forma tal que se pierde el tan necesario punto intermedio que vendría a ser la atención social, en el cual entes pertenecientes a la sociedad, de la cual emanan precisamente los peligrosos sociales, se encargarían de su rescate contribuyendo así a que el Derecho Penal solo influyera sobre las conductas y sujetos más lesivos a la sociedad, y por ende, al cumplimiento de los principios de Derecho Penal Mínimo y Ultima Ratio.”⁵³

El estado en su facultad de establecer penas y medidas para proteger los bienes jurídicos, crea normas pero deben estar en correspondencia con la lesión perpetrada. “El Derecho Penal es uno de los instrumentos más poderosos para la efectiva realización de la Justicia, entendida ésta como expresión quintaesenciada del equilibrio, de la síntesis de valores, de la armonía, de la proporcionalidad, de la seguridad jurídica y del bien común, pero que teniendo en cuenta su propia naturaleza, ha de mantenerse siempre muy en retaguardia del sistema que debe, en principio, ser defendido por otros procedimientos menos traumatizantes, y, a veces, como la pena, sobre todo cuando ésta consiste en la privación de libertad .”⁵⁴

En el siglo XX el Derecho Penal evolucionó fundamentalmente en la restricción de principios despenalizadores y de intervención mínima, junto con la búsqueda de respuestas más individualizadoras y plurales que sobrepasaran el estrecho mecanismo inicial de un reducido catálogo de penas, en combinación con una paulatina concreción de su objeto, en la determinación de las conductas susceptibles de persecución. Por lo que es contradictorio que abarque instituciones, como el Estado Peligroso por conducta antisocial, y señale Medidas de Seguridad que no están acorde con la evolución enunciada; la respuesta puede tratarse a través de otros métodos como la prevención social.

⁵³ Ibídem, p. 21

⁵⁴ Ruiz Vadillo, E. Citado por Maza Martín, José Manuel. Las medidas de seguridad y otras opciones penales aplicables a los supuestos de inimputabilidad plena y semiplena. Problemática judicial.--documento digital, [s.l.], [s.n.].--[s.p.]

“El hecho de que la peligrosidad social se encuentre definida y castigada penalmente no es otra cosa que una debilidad de nuestro ordenamiento jurídico. Ello evidencia que las supra-referidas políticas no son suficientes y eficientes para el cumplimiento de la labor de prevención.”⁵⁵ La erradicación de las conductas peligrosas tiene múltiples alternativas que asimiladas con profundidad sirven a la Política Penal para trazar líneas de trabajo más afines con la sociedad cubana.

“Un dato alarmante es que en Cuba no se corresponde el incremento de los programas sociales con la densidad de la población penal. Dos factores que deberían ser, por lógica, inversamente proporcionales, aumentan a la par. Entre otras cosas, ello evidencia que el tratamiento punitivo de las conductas peligrosas no es el medio para su erradicación.”⁵⁶

Los programas de la Revolución que conciben una de las políticas sociales más avanzadas del mundo, perfectamente pueden encargarse, de tratar y erradicar las conductas denominadas peligrosas por el Código Penal cubano y en especial a las conductas antisociales predelictivas como índice de peligrosidad del Estado Peligroso.

Se coincide con Julio B. J. Maier,⁵⁷ quien realiza una crítica personal al Derecho Penal Internacional actual, y plantea que ha ocurrido una transformación del Derecho Penal, que sirve a intereses particulares de los Estados y que la expansión del Derecho se logra a través de múltiples reglas que tienen en común, la creencia ingenua de que el Derecho Penal es una medicina milagrosa para todos los problemas que se presentan en el seno de una sociedad organizada (violencia política, sexual y patrimonial; delincuencia colectiva; respeto parental; entre otras), que por esa vía se cura toda enfermedad social.

Que el Derecho Penal resulta un sanalotodo. Plantea además, que todas las reglas pretenden prevenir el futuro, y transmitir una fe tan religiosa como irracional, que están dirigidas en forma de prohibiciones o mandatos, para evitar delitos, resultados no deseados, pero con aproximación al resultado dañino que pretende evitarse.

“Así se ha logrado pasar de un Derecho Penal que se refería básicamente al pasado, al hecho histórico sucedido, sin ignorar que alguien era su autor, a un Derecho Penal que se refiere al futuro, insondable para los seres humanos, que no pueden predecirlo y, por ello,

⁵⁵ Consideraciones teórico-jurídicas acerca de la noción de peligrosidad social y su regulación. Derivaciones de su aplicación. p.24-25.

⁵⁶ *Ibíd.*, p.25.

⁵⁷ J. Maier, Julio B. La Esquizofrenia del Derecho Penal.-- La Habana: III Encuentro Internacional Justicia y Derecho, 2006.--[s.p.].

referido, en definitiva, más a la persona que se considera peligrosa por síntomas de riesgo que anuncian un resultado futuro meramente eventual, cuyo acaecimiento, en realidad, se ignora y hasta carece de interés analítico.”⁵⁸ No se concibe el Derecho Penal que carezca de fundamentación científica y contenga concepciones vanas o poco concretas. Plantea J Maier que por un lado, anticipa la punición a actos sin daño real; y a definiciones abiertas, con escaso apego al mandato de certeza, referidas a bienes jurídicos inciertos, y a medidas privativas de libertad no sólo superiores, sino, incluso, ridículas desde el punto de vista de la proporcionalidad.

Las funciones del Derecho Penal es otra de las cuestiones interesantes; son admitidas por el ordenamiento jurídico cubano dos que engloban cualquier otra que pudiera plantearse. La primera se define como función de protección de bienes jurídicos referida a lo dañino de determinadas conductas humanas en cuanto al régimen de relaciones sociales instituidas, por lo que le confiere determinada protección al sistema de relaciones sociales. El CPc en el art. 1.1 establece que el mismo tiene como objetivos: proteger a la sociedad, a las personas, al orden social, económico y político y al régimen estatal; y salvaguardar la propiedad reconocida en la Constitución y las leyes.

Luego define quince títulos que revelan concretas relaciones sociales a proteger. La seguridad del Estado, la administración y la jurisdicción, la seguridad colectiva, el orden público, la economía nacional, el patrimonio cultural, la fe pública, la vida y la integridad corporal, los derechos individuales, los derechos laborales, el normal desarrollo de las relaciones sexuales, la familia y la juventud, el honor, los derechos patrimoniales, la hacienda pública y el normal tráfico migratorio, por lo que resulta contradictorio que el propio Estado se convierta en vulnerador de bienes jurídicos, y sancione a personas por conductas no acorde con la sociedad y que en realidad no son delitos. De aquí la importancia que reviste para el Estado alcanzar la certeza de los hechos que juzga.

Una segunda función resulta de la ambición estatal de promover la observancia y desarrollo de comportamientos ajustados, al sistema de relaciones sociales establecido. La función se vincula con criterios preventivos generales; pretende demostrarle al ciudadano la repercusión que acarrea la vulneración de la norma penal establecida con fines protectores, que tenga en cuenta el conocimiento de la consecuencia que en el orden

⁵⁸ Idem.

jurídico entraña, lo cual es inalcanzable si en proceso penal condena a aquel que no ejecutó los hechos objeto del juicio, pues el mensaje social sería lo contrario. Los argumentos sirven para establecer la verdad material acerca de los hechos que constituyen el objeto del juzgamiento.

Si la función del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos; la sanción debe recaer sobre los individuos que participaron en la producción de las conductas ilícitas en la ley penal, sino se entablaría una contradicción entre la función estatal de proteger los bienes jurídicos y el resultado de un sistema incapaz de garantizar la seguridad de que la persona que no haya cometido delito sea sancionada y que los que incurrieron en delito queden impunes.

“(…) habida cuenta que la sanción penal entraña sin dudas la destrucción de bienes jurídicos, precisamente protegidos por el ordenamiento penal. Señálese como ejemplo derechos individuales fundamentales previstos en la propia Constitución como son la libertad, el patrimonio, el derecho al sufragio, la patria potestad sobre los hijos, determinados derechos laborales establecidos.”⁵⁹ Es imprescindible para el Estado cubano velar, porque solamente se impongan sanciones penales a los reales comisores de los hechos prohibidos en la ley penal establecidos como delitos.

“Si existe un Derecho penal mínimo de ultima ratio legis, entonces lo es como contraposición a otro de mayor dimensión y máxima expresión o intervención: prima ratio legis. Este último, caracterizado por la extrema severidad, incertidumbre e imprevisibilidad de las condenas y penas, abarcando todo el espectro de manifestación e intervención penal hasta el punto de la inversión de la carga probatoria, flexibilización de pautas de imputación y aumento del espacio de riesgo penalmente relevante.”⁶⁰

Se coincide con la opinión de Aller Maisonnave quien plantea que el éxito de la tendencia político-criminal anterior radica en tener una respuesta inmediata directa como solución al aumento de criminalidad y la sensación de inseguridad, pero no debe enfrentarse solamente con el instrumento penal. Se da la maximización penal como el muro de contención frente al desborde del delito y como actitud firme destinada a doblegar los índices de delincuencia siempre crecientes. Es tan solo una solución encubierta, sin

⁵⁹ Díaz Perera Araoz, Alejandro J. Las garantías procesales establecidas en el proceso penal. ¿Del acusado o del Estado?-- La Habana: III Encuentro Internacional de Juristas, 2006.--[s.p.]

⁶⁰ Moccia, Sergio. Citado por Aller Maisonnave, Germán. op.cit., p.811-846.

reflejo relevante en la criminalidad oculta y es una salida simbólica, pues los instrumentos legales en sí no son los que generan el crimen ni la propagación, sino las coyunturas y grietas de la sociedad que entorpecen el funcionamiento de las redes sociales.

En la sociedad debe prevalecer el libre arbitrio en las relaciones de convivencia para mantener la riqueza de los actos voluntarios de cada ciudadano para con los demás como distintivos de la solidaridad. La convivencia no debe ser reglada, sino en forma específica y, a su vez, fomentada, pero dentro de la libre disponibilidad de cada uno. El individuo no está en la obligación de vivir como en una botella; cada cual tiene derecho a mantener la conducta que desee a no ser que realmente, dicha conducta, afecte a la gran mayoría. Poniéndose de manifiesto a nivel internacional en los logros alcanzados en los derechos humanos. (Ver anexo 1).

“Se vislumbra una verdadera huida selectiva hacia el Derecho Penal en procura de que éste solucione lo que no es resuelto por otras instancias sociales menos dañinas, lo que muestra el paralelismo existente entre la minimalización penal y minimalización estatal.”⁶¹

Para propagar el Derecho Penal de mínima intervención, debe hacerse en el marco de un Estado de expresión mínima, que asegure la tutela de las garantías individuales y el marco propicio para el desarrollo sostenido de los ciudadanos.

En la actual coyuntura político-estatal que vive el mundo, no se muestra un proceso real hacia el modelo de Estado mínimo. Y es necesario que la doctrina cubana se enmarque en profundos estudios sobre la institución del Estado Peligroso fundamentalmente acerca de la conducta antisocial predelictiva ya que se manifiesta contradicciones con legislaciones y la doctrina internacionales, como se explicará más adelante. No se colige que se vaya por el camino del reduccionismo penal, sino del Derecho Penal máximo. A pesar de la incesante prédica por el sistema penal de mínima intervención, se responde con máxima intervención penal como símbolo del Estado fuerte.

“Sin embargo, la sobreabundancia represiva no aniquila niveles de criminalidad ni conductas desviadas, sino que desplaza momentáneamente parte de la delincuencia y, al mismo tiempo, aumentan los focos de corrupción.”⁶² Los reclamos no encontrarán la solución en el Derecho Penal porque no fue concebido para eso.

⁶¹ Aller Maisonnave, Germán. Op.cit.

⁶² Idem.

Von Hippel⁶³ afirma que la base del sistema legal está dada por: el principio nullum crimen, nulla poena sine lege; la fundamentación racional de la pena, donde la proporcionalidad de la misma con la gravedad del hecho cometido es de suma importancia; la concepción del delito como algo diverso del pecado y, razonablemente, el tratamiento diverso de los delitos contra la religión y contra la moral y las buenas costumbres; y la humanización de las penas bajo la preponderancia de la pena privativa de la libertad.

Por lo que resulta comprensiblemente arbitrario resolver la conducta antisocial predelictiva a través de las Medidas de Seguridad, que como se analizará más adelante, en nada se diferencian de las sanciones penales; además vulneran principios y derechos inherentes a la persona, establecidos en la Constitución de la República y otras leyes cubanas.

2.2 Consideraciones teórico-jurídicas acerca del Estado Peligroso y la peligrosidad.

El título XI del CPc, está dedicado a la institución del Estado Peligroso y las Medidas de Seguridad; en el art. 72 hace mención al concepto: Se considera Estado Peligroso la especial proclividad en que se halla una persona para cometer delitos, demostrada por la conducta que observa en contradicción manifiesta con las normas de la moral socialista. La definición del Código es abierta y poco comprensible, no define con exactitud qué conducta es la considerada peligrosa y mucho menos cuáles son las normas de la moral socialista; se convierte en el saco donde puede ir a parar cualquier comportamiento desviado sin que se aprecie con seguridad la comisión de delito en el futuro.

“Las dificultades en la determinación de la peligrosidad de un sujeto, es decir, de determinar la probabilidad de que cometa un hecho delictivo en el futuro, constituye una de las críticas más antiguas a la noción de peligrosidad social, especialmente en lo referido al riesgo que tal juicio de pronóstico supone para las garantías individuales, pues, consistiendo la peligrosidad en la probabilidad y no en la certeza de un evento, se hace depender la aplicación de una medida de un elemento incierto.”⁶⁴

A inicios del siglo XX se sostuvo que el concepto de peligrosidad es un concepto peligroso, objeción que según los positivistas carece de fundamento en la base, pues, las

⁶³ Von Hippel. Citado por Enrique Bacigalupo. Manual de Derecho Penal.--Santa fe de Bogotá: Editorial Temis SA, 1996.--p.40-41.

penas y medidas asegurativas no se establecen en vista del delito posible o probable, que es incierto, sino con referencia al peligro actual, que es cierto. "Lo realmente cierto, sin embargo, es que la peligrosidad no deja de ser, una noción bastante misteriosa y profundamente paradójica, puesto que implica al mismo tiempo la afirmación de la presencia de una cualidad inmanente al sujeto (es peligroso) y una simple probabilidad (un dato aleatorio), ya que la prueba del peligro no se tendrá más que fuera de tiempo, cuando el acto se haya efectivamente realizado, si es que llega a realizarse."⁶⁵

Cuando hay imputaciones de peligrosidad, existe siempre incertidumbre entre el diagnóstico de peligrosidad y la realidad del delito. El juez declara el Estado Peligroso sin tener la certeza de que realmente acontecerá daño futuro al bien jurídico; es una decisión subjetiva; violándose lo refrendado en el art. 10 de la Constitución de la República de Cuba:⁶⁶ "Todos los órganos del Estado, sus dirigentes, funcionarios y empleados, actúan dentro de los límites de sus respectivas competencias y tienen la obligación de observar estrictamente la legalidad socialista y velar por su respeto en la vida de toda la sociedad."⁶⁷ y en el art. 66: "El cumplimiento estricto de la Constitución y de las leyes es deber inexcusable de todos."⁶⁸

Lo anterior es suficiente para deducir que el juicio de peligrosidad por conducta antisocial predelictiva no resiste el más mínimo análisis científico, pues en el estado actual de las ciencias sociales, es imposible el pronóstico científico de la delincuencia futura y, por tanto, de la peligrosidad.

"El pronóstico sobre la conducta futura del individuo queda sometido a la intuición personal del juzgador, hasta el punto de que algunos han llegado a afirmar que cuando el juez formula el juicio de peligrosidad sucede lo mismo que cuando una persona lanza una moneda para tomar una decisión, con lo cual se ha querido poner al descubierto la alta dosis de irracionalidad que la noción de peligrosidad ofrece. En razón de lo cual se ha denunciado asimismo, con razón, que el de peligrosidad es un concepto amorfo, sospechoso, tautológico y que en definitiva se trata de una noción de sentido común que,

⁶⁵ Consideraciones teórico-jurídicas acerca de la noción de peligrosidad social y su regulación. Derivaciones de su aplicación. op.cit., p.28.

⁶⁶ Los derechos erigidos en la Constitución, por deducción, son derechos que deben respetarse en la legislación penal.

⁶⁷ Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Constitución de la República de Cuba.--La Habana, 1976.--76p.

⁶⁸ Idem.

por tanto, no tiene ningún respaldo científico.”⁶⁹ La peligrosidad es el pretexto para adoptar las Medidas de Seguridad, y constituye más una legitimación que una razón objetiva.

La peligrosidad de una concepción de sentido común que depende de la intuición personal del juzgador, es indudable que en ella juegan un papel principal los estereotipos. Si se tiene en cuenta que la criminalidad es un bien negativo distribuido desigualmente según la jerarquía de intereses establecidos por el sistema socioeconómico y según las diferencias sociales existentes entre los hombres, no hay duda de que la etiqueta de peligroso recaerá principalmente sobre los individuos pertenecientes a los estratos más bajos de la población. Principalmente los de bajo nivel cultural y con cierto grado de retraso mental.

“Ello viene a demostrar, que es el status social del sujeto lo realmente determinante en el juicio de peligrosidad, por más que ello trate de ocultarse con explicaciones científicas.”⁷⁰

La conclusión que surge de lo dicho hasta el momento sobre el concepto y evolución de la peligrosidad social no es otra que la del carácter ideológico de las concepciones de peligrosidad y Estado Peligroso. Basta remontarse al momento histórico en que surgieron las primeras concepciones sobre la peligrosidad, el comprendido entre finales del siglo XIX y principios del XX en Europa, cuando el capitalismo liberal alcanzó su apogeo y comenzó a manifestar situaciones de crisis que se concretaron socialmente.

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

La peligrosidad se encuentra cada día más cuestionada desde el punto de vista científico, pero goza de óptima salud en el plano operativo. No puede olvidarse que de la Constitución, así como del Código Penal, se deduce que el presupuesto de la condena o sanción es la existencia del injusto, del hecho típico y antijurídico, y que tanto la pena como la Medida de Seguridad quedan sometidas al principio de legalidad penal, y trae como contenido esencial la exigencia de concreta determinación legal de la conducta prohibida o exigida y de la sanción correspondiente.

⁶⁹ Consideraciones teórico-jurídicas acerca de la noción de peligrosidad social y su regulación. Derivaciones de su aplicación. op.cit., p.28-29.

⁷⁰ Ibídem, p.29.

Tanto la propia idea de peligrosidad como las consecuencias que genera en el sistema de Derecho Penal impiden la extensión del principio de legalidad, puesto que por obra de su indeterminación deja indefenso al individuo frente al poder absoluto del Estado. "En consecuencia, presentar la peligrosidad como una garantía más del Derecho Penal no deja de ser un verdadero fraude, tratándose como se trata de una noción eminentemente ideológica, que la única garantía que realmente ofrece es la de otorgarle poderes omnímodos al Estado en su intervención sobre los individuos calificados como tales."⁷¹

El concepto de peligrosidad es inconveniente. Su indeterminación se presta a muchas arbitrariedades, lo cual atenta contra el Derecho Penal garantista. Sobran argumentos contra la peligrosidad; ser garantista no significa el abandono de categorías dogmáticas fundamentales, sobre todo cuando no son renovadas desde una perspectiva favorable para el individuo. Pretendiéndose ser liberales puede caerse en el abismo del autoritarismo.

El edificio construido sobre los pilares de la Culpabilidad y Peligrosidad debe mantenerse hasta que se encuentren bases más garantistas. La peligrosidad constituye una puerta abierta para la aplicación de Medidas de Seguridad a diestra y siniestra, sin limitaciones, y se vulnera el derecho de libertad personal; sustentado en el art. 9 a) de la Constitución: "El Estado garantiza la libertad y la dignidad plena del hombre, el disfrute de sus derechos, el ejercicio y cumplimiento de sus deberes y el desarrollo integral de su personalidad;"⁷²; y otros derechos, (ver anexo 2 y 3).

La estructura del sistema de sanciones del Código debe tener como fundamento los clásicos conceptos de culpabilidad y peligrosidad, la culpabilidad como fundamento de la pena y la peligrosidad como fundamento de las Medidas de Seguridad. Si el sujeto cometió delito se le aplicará la pena; si cometió la acción típica y antijurídica pero es inculpaible por inimputabilidad y además peligroso, se le aplicara la Medida de Seguridad. Semejante al tratamiento que dan otras legislaciones de la región como la de Colombia, Perú, Nicaragua. (Ver anexo 4).

La peligrosidad de que se habla es la peligrosidad criminal o postdelictiva, es decir, la que se deduce de la comisión, por parte del sujeto, del hecho descrito en la ley como delito, y

⁷¹ Ibídem, p.31-32.

⁷² Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Constitución de la República de Cuba.--La Habana, 1976.-- 22 p.

de que puede pronosticarse con alto grado de certeza que vuelva a realizarlo. No se trata de eliminar la institución de Estado Peligroso del CPc, sino, admitirse solamente para los inimputables con carácter postdelictivo. El problema se centra en que "el Estado Peligroso encierra grandes dificultades cuando se trata de definirlo, tanto por la diversidad de pareceres como por la vaguedad en que se diluye la idea clara dada por Garófalo."⁷³

La clásica definición de Jiménez de Asua, quien entiende por peligrosidad la probabilidad manifiesta de que el sujeto se convertirá en autor de delitos o cometerá nuevas infracciones; ha sido revisada y ampliada por considerarse poco comprensiva. Siguiéndose el pensamiento de Maza Martín, se concreta que se ha heredado una tradición jurídica en la que los mayores errores cometidos en el terreno del Derecho Penal, en nombre precisamente del concepto, hace que lo más importante y seguro que de él se retenga, es lo peligrosa que resulta la idea de peligrosidad. Las referencias muestran que dentro de la ley cubana la pretensión generalizadora de la institución del Estado Peligroso carece de fundamento científico.

Los cuestionamientos son disímiles y transcurren de un extremo a otro: las formas de prevención, el modo de solución, el objeto de debate, la prueba, la conformación de las actuaciones y la estrecha relación con la Política Penal, son algunos de los inconvenientes que se le aducen al fenómeno. O sea, la problemática existe, y la inconsistencia teórica que caracteriza el tratamiento del problema se refleja en la realidad cotidiana, confrontándose con la eficiencia de la Administración de Justicia en Cuba.

El art. 73 del CPc plantea que "el Estado Peligroso se aprecia cuando en el sujeto concurre alguno de los índices de peligrosidad siguientes: la embriaguez habitual y la dipsomanía; la narcomanía; y la conducta antisocial."⁷⁴ La investigación se ajusta a la conducta antisocial, índice de peligrosidad más nocivo para el propenso asegurado, considerándose que los restantes índices sí son una necesidad social como medio de protección y que a su vez se corresponden con el tratamiento en otras legislaciones del área latinoamericana.

El positivismo hizo girar la criminología exclusivamente en torno al hombre, trató de distinguir entre el hombre anormal y el hombre anormal o peligroso. Entre los

⁷³ Maza Martín, op.cit., [s.p.].

⁷⁴ Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley No. 62/87: Código Penal.--La Habana, 1987.--96.p.

sostenedores antiguos destaca Lombroso y en la actualidad Eysenck. Resulta que entre delito y no delito y entre delincuente y no delincuente no existe diferencia esencial sino simplemente relativa o circunstancial, en último término sólo de control. El aborto es delito en España, pero no en Holanda. El auxilio al suicidio del pariente anciano es delito en España, pero no entre los esquimales. La bigamia es delito en el mundo cristiano occidental, pero no en el mundo del Islam.

Por tanto **es necesario que en el Código Penal Cubano esté con sobrada exactitud la definición de la conducta denominada antisocial.** Según el mencionado cuerpo legal art. 73.2: “Se considera en Estado Peligroso por conducta antisocial al que quebranta habitualmente las reglas de convivencia social mediante actos de violencia, o por otros actos provocadores, viola derechos de los demás o por su comportamiento en general daña las reglas de convivencia o perturba el orden de la comunidad o vive, como un parásito social, del trabajo ajeno o explota o practica vicios socialmente reprobables.”⁷⁵

El contenido de la conducta antisocial resulta ser demasiado genérico, que no solo influye negativamente en la resolución de los índices, sino que es la única conceptualización que se preceptúa penalmente, y también es utilizada en las restantes instituciones del E P, traspolándose las inquietudes e insuficiencias y cometiéndose los mismos errores. Se aplican Medidas de Seguridad a individuos que mantienen la conducta desviada, no acorde a la sociedad vulnerándose derechos plasmados en la Constitución como el Derecho a la integridad física.

“El derecho a la integridad personal o a la incolumidad se entiende como un conjunto de condiciones físicas, psíquicas y morales que le permiten al ser humano su existencia, sin sufrir ningún tipo de menoscabo en cualquiera de esas tres dimensiones.”⁷⁶ La integridad psíquica es la conservación de todas las habilidades motrices, emocionales e intelectuales. La integridad moral hace referencia al derecho del ser humano a desarrollar la vida de acuerdo a sus convicciones.

Alberto Álvarez Hernández es del criterio que el derecho a la integridad psico-física y moral de la persona comprende: el derecho a la integridad psicofísica frente a las penas

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ María Isabel Afanador C. Citado por Álvarez Hernández, Alberto. La reclamación ante violaciones cometidas respecto a los derechos inherentes a la personalidad.--La Habana: IV Encuentro Internacional Justicia y Derecho, 2008.--[s.p.].

cruelles, inhumanas o degradantes; y el derecho a la integridad psicofísica frente a los malos tratos. Y durante la estancia en el Centro de Reclusión, el asegurado sufre daños psicológicos y de personalidad.⁷⁷

Desde el inicio de la explicación científica de la criminalidad, siglo XIX, ha elaborado los planteamientos a partir del presupuesto del carácter singular y distinto del comportamiento del delincuente con relación al comportamiento adaptado a las normas sociales y jurídicas. Se aplica la separación tajante entre el individuo adaptado y el delincuente, de modo que aquél juzga a éste como ente distinto; y desde el momento en que se coloca como normal y poseedor de la verdad sobre lo que es bueno y malo, sobre lo que es justo e injusto, el hombre adaptado ocupa el lugar ventajoso dentro de la relación de distanciamiento. No es sólo el distanciamiento social y psicológico sino que fundamentalmente es el distanciamiento ideológico.

No hay por tanto posibilidad de integrar las acciones delictivas dentro de los atributos de la conducta adaptada. Podrá decirse al delincuente lo que tiene de cierto y errado, por qué hizo lo que hizo e incluso podrá predecirse la conducta futura, así como los sentimientos que le animarán para, imponerle un cambio en la manera de ser y de pensar. La primera condición que la relación de distanciamiento otorga al individuo adaptado es el apoderarse de la posición de autoridad sobre el destino del sujeto delincuente.

“Además, dentro de otro orden de cosas, el sujeto adaptado, al considerar al delincuente como ente distinto, provoca en sí mismo una reacción: experimenta un sentimiento de desinterés absoluto para comprender una conducta tan distinta -que se desarrolla en otra esfera de la realidad humana- y para acercarse al hombre que la realiza, y ello porque hay un impulso de rechazo, -de aprensión hacia lo desconocido y lo diferente.”⁷⁸ Sería, interesante encontrar el origen de lo distinto y de lo anormal que se ha otorgado al sujeto delincuente. La sociedad para contrarrestar el comportamiento del sujeto distinto, lo reprime a través del Derecho Penal.

La forma más conocida para combatir el delito o las conductas desviadas es el sistema jurídico penal, pero afortunadamente no es la única vía que existe sino que se utilizan

⁷⁷ Vid acápite 2.2: La pena privativa de libertad, efectos que trae al trabajo reeducativo. De la Mora Toledo, Yohanna. Causas que impiden la reeducación de los sancionados en Cuba. Una experiencia en el Consejo Popular de Reina. Silvia Zamora Martell, Tutora.--Trabajo de Diploma, UCf (Cf), 2010.--p.28.

⁷⁸ Bergalli, R. El pensamiento Criminológico.--Bogotá: Editorial Temis SA, 1983.--p.51.

todas las posibles para lograr la disminución de la criminalidad, por lo que ha de aprovecharse la vía de la Prevención Social; entendiéndose por Prevención Social: “la actividad de la sociedad en su conjunto, dirigida a contrarrestar las influencias de diversionismo ideológico, a la evitación de las conductas desviadas, antisociales y delictivas, mediante la eliminación de las causas y condiciones que lo generan o facilitan.”⁷⁹

Los Índices de Peligrosidad Social se encuentran incluidos en la esfera del Derecho Penal, sin embargo, el innegable carácter social de las conductas indica que el tratamiento idóneo sería a través de la vía socio-preventiva, donde tendría un papel protagónico la función educativa de las instituciones involucradas. Ya que a través de él se logra la disminución del delito y la expiación de las conductas indeseables, sin esperar a que se manifiesten.

La comunidad como medio en que vive el individuo debe trabajar en la evitación de las conductas desviadas, antisociales y delictivas, mediante la eliminación de las causas y condiciones que la generan o facilitan. Pero de manera represiva no.

El afán por eliminar estas conductas lleva a cometer errores, que pueden subsanarse si se da una adecuada base dogmática a las disposiciones del Código. “Señores, la cuestión no es simplemente dejar de hablar de «peligrosidad» porque es peligroso para el ciudadano, ya que el remedio puede ser peor que la enfermedad. Lo razonable es buscar medios para limitar esos conceptos que nos parecen inadecuados. El concepto de «peligrosidad» con algunas restricciones legales es más garantista que lo que pretende instaurarse en el Código.”⁸⁰

Puesto que se trata de una proyección concerniente a lo que se presume que el sujeto efectuará o podría efectuar en un futuro incierto y no al acto ciertamente acaecido por su obrar, salvo por la mera enunciación en los tipos penales, se afirma que la conducta antisocial carece de concepto normativo que respalde la existencia en materia penal y, tal como se estructura, pertenece al cambio introducido por la Escuela Positiva al centrar la atención en el delincuente y no en el delito.

⁷⁹ Consideraciones teórico-jurídicas acerca de la noción de peligrosidad social y su regulación. Derivaciones de su aplicación. op.cit., p26.

⁸⁰ Figueroa Ortega, Yván José. Las medidas de seguridad. Algunas apreciaciones. Tomado De: http://www.proyectocodigopenal.com/iva_f.htm, 10 de enero del 2012.

“Por otra parte, la relativa afirmación de que quizá exista el peligro natural de que una persona lleve a cabo en el futuro una conducta criminal (lo que puede ser cierto), no justifica la intervención del aparato penal mediante la aplicación compulsiva de medidas no consideradas pena, pero aplicadas con sentido punitivo y constituyendo verdaderas medidas pre-delictuales de rechazable fundamento filosófico-penal.”⁸¹

La peligrosidad generalmente es pensada en función de la persona, en tanto la cualidad de producir peligro, pero existen otras circunstancias capaces de poner en riesgo cierto, como un hecho de la naturaleza, un animal o una conducta humana netamente casual. Sin embargo, esos peligros no son relevantes para el Derecho Penal, aunque sí se plantea la duda respecto a la peligrosidad social, en la cual no ha habido hecho delictivo anterior ni posterior, sino una conducta que pone en riesgo valores sociales y jurídicos no definidos como delito.

“Al legislar tipos penales parcialmente en blanco y abiertos se permite entrar por la ventana lo que no quisimos que entrase por la puerta. Es una forma indirecta de construir un Derecho Penal desde fuera del Derecho Penal.”⁸²

En los casos de conducta antisocial no aparece una víctima cierta, el bien jurídico se desvanece mediante intereses indefinidos y ya no solo se protege el bien sujeto a tutela, sino la aproximación. Son bienes protegidos de la mera posibilidad que concurra un hecho delictivo. No es casualidad que regímenes totalitarios como el nacionalsocialismo alemán implementaran estos tipos penales.

Son la categoría lógico-subjetiva que representa una forma de castigo anticipado por la conducta que, se presume, va dirigida hacia un objetivo de mayor cuidado que el difuso bien, afectado inicialmente. Lo que más preocupa es el mensaje social implícito, ya que se conformaría un Derecho Penal basado en probabilidades y no en hechos, cuando resulta históricamente válido afirmar que el Derecho Penal liberal sanciona conductas específicas directamente contrarias al bien objeto de tutela y no la aproximación.

“El peligrosismo penal es una respuesta de emergencia, propugnada por el Derecho intervencionista de máxima expresión y antagónico con el minimalismo penal. Es la forma

⁸¹ Aller Maisonnave, Germán. op.cit., p.811-846.

⁸² Idem.

más rápida y sencilla de mostrar a la ciudadanía que se está haciendo algo para combatir los altos niveles de delincuencia.”⁸³

El concepto de hombre temible o peligroso ha derivado en una paradigmática interrelación social que es manejada por quien disponga de acceso al Derecho Penal: el Estado; el cual cuenta con el aval legal para recluir a los imputados sobre los que pese la intangible alarma social; lo que es contrario a los principios de Derecho Penal moderno (legalidad, intervención mínima, entre otros). Si se sigue el punto de vista de Rocco, el único límite del poder sancionador del Estado es su propia autoridad y, por lo tanto, su propia voluntad. La tradición del Derecho Penal liberal desde Beccaria hasta la actualidad es contraria a la posición anterior. Debe alcanzarse mayor credibilidad en la justicia para así no delegar parcelas de derechos individuales ante sensaciones sociales de dudosa textura.

Hay sectores de la sociedad que carecen de los medios para acceder lícitamente a las metas culturales y al pleno ejercicio de sus derechos; sus oportunidades se ven disminuidas. Los individuos que integran esos grupos van quedándose relegados y marginados del resto de la comunidad; son vistos como peligrosos para la propiedad y anormales por la diversidad de conductas no acorde con el modelo social. Conforman la mayor clientela del sistema punitivo del Estado Peligroso, y es el Derecho Penal el instrumento de sometimiento a esos grupos peligrosos y se habilita una guerra frontal contra el peligro de la delincuencia.

No se duda de la necesidad de contención y tratamiento de la criminalidad y de las conductas desviadas, pero debe responder con canales lícitos de desarrollo y acceso al bienestar. Para esos casos el Derecho Penal se transforma en un peligro social y, se pone en tela de juicio la pertinencia. La moderna Ciencia penal no está dirigida hacia las conductas anormales, desequilibradas ni frustraciones individuales o colectivas, para ellas existen mejores respuestas sociales, sino hacia las normales que, pueden motivarse por la norma y no lo hacen por dolo o imprudencia. “No existe procedimiento alguno que permita pronosticar la delincuencia posible de un sujeto determinado.”⁸⁴

⁸³ Idem.

⁸⁴ Soler, Sebastián. op.cit., p.503

Los movimientos de reforma modernos comenzaron en la década del 60 del siglo XX. El punto de partida fue la crítica de la política criminal del positivismo, muchas de cuyas propuestas se juzgaron contrarias a la dignidad humana. Se permitió dar nuevamente significación a la idea de culpabilidad, que pasó a constituirse en el límite de la intervención penal del Estado.

Se puso de manifiesto una fuerte tendencia racionalizadora del fenómeno penal que reservaba el Derecho Penal a los casos en que el conflicto social no tenía posibilidades de ser resuelto por otros medios de política social (el Derecho Penal como ultima ratio de la política social). Se observó una tendencia a incrementar los sustitutivos de la pena privativa de la libertad mediante la extensión de la condena condicional y nuevas formas de impedir la ejecución como la advertencia con reserva de pena, el arresto de fin de semana o el servicio comunitario. La tendencia a sustituir la pena privativa de la libertad fue compensada con un significativo incremento de la pena de multa que en gran número de delitos se presentaba como una pena alternativa a la privativa de la libertad.

Desde la segunda mitad de los años 70 se avizoró la tendencia a limitar los efectos de la liberalización del Derecho Penal que se propuso en la década anterior. El temor al delito y el sentimiento de seguridad se convirtieron en un tema político general explotado por los movimientos conservadores y el llamado movimiento por la ley y el orden.

“En la actualidad la normativa penal cubana es la única en el mundo que acoge la imposición de Medidas de Seguridad Predelictivas en virtud del Estado Peligroso. Ello se traduce en que nuestro Código Penal adopta una posición retrógrada de Peligrosidad Social al atribuirle consecuencias que han sido derogadas de todas las legislaciones del planeta.”⁸⁵

La peligrosidad social del sujeto en las legislaciones internacionales, se ha retomado como justificación del tratamiento a sujetos no imputables. Los Códigos Penales foráneos la acogen pero le dan tratamiento distinto al cubano. Ejemplo de ello es Colombia, Salvador, Nicaragua que regulan el sistema de Medidas de Seguridad las cuales dependen de la inimputabilidad del sujeto y/o de la comisión del hecho delictivo anterior. (Ver anexo 4) La eliminación de las Medidas de Seguridad en las leyes penales a partir de la peligrosidad

⁸⁵ Consideraciones teórico-jurídicas acerca de la noción de peligrosidad social y su regulación. Derivaciones de su aplicación. op.cit., p.16.

social predelictiva o subjetiva está dada por las deficiencias que acarrea su aplicación. “En la legislación cubana se presentan entre otras las siguientes.”⁸⁶

Las Medidas de Seguridad son emitidas por el Órgano Judicial a tenor de los índices de peligrosidad del presunto asegurado, por tanto, la peligrosidad debe existir tanto para imponer la Medida de Seguridad, como para mantenerla. El desarrollo de las medidas tiene que tener especial cuidado en las garantías procesales y los derechos individuales, por lo que, formalmente, se pretende que no tengan una finalidad sustitutiva de la prisión, y como no siempre se logra, se fundamenta la aplicación en que deben estar justificadas por la idoneidad de la acción que de alguna manera ponga fin a la causa que motivó la adopción.

“En otras palabras, que el fin justifica los medios. Por ejemplo, los Centros de Educación Especial, utilizados para los menores de 18 años, se tornan en centros de reclusión donde los internos, muy lejos de concientizar que su estancia allí obedece al intento de rescate de su tracto docente, adquieren la mentalidad y las costumbres de un reo común, auto-segregándose de los demás jóvenes de su edad.”⁸⁷

El internamiento que teóricamente debiera materializarse en los centros especializados de estudio o trabajo, no opera como tal. Tal vez porque no está debidamente coordinada la imprescindible cooperación entre el sistema judicial y el MINED y el MTSS, lo cierto es que los internamientos en los centros por disposición judicial casi no existen. En su lugar, se estila por los tribunales, dejar al arbitrio de los centros de reeducación pertenecientes al MININT la posterior remisión del asegurado a una institución más adecuada.

No debería regularse Medidas de Seguridad que demostradamente no se aplican. Al no existir los factores económicos y de coordinación necesarios para la materialización de los internamientos en centros asistenciales especializados, **solo se aplica el internamiento en los centros relativos al sistema de prisiones del MININT; no debería dejarse al Derecho Penal una tarea que no está apto para resolverla.**

Las Medidas de Seguridad son la consecuencia del Estado Peligroso y por ello la categoría que está más relacionada con la Peligrosidad Social. Son la respuesta que da el Estado a conductas que sin ser delitos, requieren una respuesta institucional frente a su

⁸⁶ Consideraciones teórico-jurídicas acerca de la noción de peligrosidad social y su regulación. Derivaciones de su aplicación. op.cit., p17.

⁸⁷ Idem.

adopción, debido a que muestran la real posibilidad de infracción penal futura. La concepción refleja claramente como el Estado en su función de proteger a la sociedad es un ente prácticamente omnímodo, al punto de extralimitar las facultades preventivo-penales al extremo de afectar derechos y castigar a sujetos que no han transgredido la norma. Esto no es más que la extralimitación de la función preventiva del Estado.

El art. 74 del CPc establece: “Se considera también Estado Peligroso el de los enajenados mentales y de las personas de desarrollo mental retardado, si, por esta causa, no poseen la facultad de comprender el alcance de sus acciones ni de controlar sus conductas, siempre que éstas representen una amenaza para la seguridad de las personas o del orden social.”⁸⁸ La situación de los enajenados mentales no es propósito de la investigación. Se hace mención considerándola una de las opciones justificadas por las cuales pudieran aplicarse las Medidas de Seguridad. Siempre con posterioridad a la comisión del delito previsto en la ley penal.

2.3 La advertencia oficial al individuo proclive al delito, en el Código Penal Cubano.

En el art. 75 del CPc se plantea: El que, sin estar comprendido en alguno de los estados peligrosos a que se refiere el artículo 73, por sus vínculos o relaciones con personas potencialmente peligrosas para la sociedad, las demás personas y el orden social, económico y político del Estado socialista, pueda resultar proclive al delito, será objeto de advertencia por la autoridad policiaca competente, en prevención de que incurra en actividades socialmente peligrosas o delictivas.

El Código Penal omite el objetivo de la advertencia, o sea, qué es lo que persigue. Porque el individuo se relacione o tenga vínculos con personas potencialmente peligrosas, así de simple como refleja el cuerpo legal, no quiere decir que el individuo sea proclive a cometer actividades socialmente peligrosas o delictivas. El potencialmente peligroso, entonces, quedaría aislado ya que solo podría relacionarse con personas de su propio estado; pues al mantener relaciones con ciudadanos de mejor reputación, los últimos se arriesgarían a ser advertidos por la autoridad policial. Además, el estado carece de facultades para

⁸⁸ Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley 62/87: Código Penal.--La Habana, 1987.--96p.

decidir con quien sí o no puede mantener relaciones el individuo; al menos no está establecido en la ley.

El Código omite qué sucedería después de la advertencia si el advertido no deja de relacionarse con el peligroso. Pudiera ser objeto de múltiples advertencias, hasta el infinito, ya que el artículo 76.2 especifica que las Medidas de Seguridad se aplican cuando en el sujeto concurre alguno de los índices de peligrosidad señalados en los artículos 73 y 74, se excluye al art. 75. La advertencia oficial pudiera extenderse a los enajenados mentales y las personas de desarrollo mental retardado (art 74), incluso después de declarados en Estado Peligroso, ya que el art 75.1 solamente señala a los que no estén comprendidos en alguno de los estados peligrosos a que se refiere el art 73 y que pueden ser todos los ciudadanos, sin límite ni distinción.

2.4 Las Medidas de Seguridad en el Código Penal Cubano.

Las Medidas de Seguridad están reguladas en el CPc en el art. 76; enuncia que las mismas pueden decretarse para prevenir la comisión de delitos o con motivo de la comisión de éstos. En el primer caso se denominan Medidas de Seguridad Predelictivas; y en el segundo, Medidas de Seguridad postdelictivas. En el inciso 2 plantea que las Medidas de Seguridad se aplican cuando en el sujeto concurre alguno de los índices de peligrosidad señalados en los artículos 73 y 74.

Desde que Carl Stooss propuso en 1894 en el Anteproyecto de Código Penal suizo un sistema doble de consecuencias jurídicas del delito, unas condicionadas por la culpabilidad del autor y otras que no presuponen dicha culpabilidad, se habla de sistema dualista o de doble vía, se quiere subrayar que, junto a las penas, el sistema prevé también Medidas de Seguridad y corrección. Tal sistema se denomina dualista por oposición al monista que sólo prevé penas o medidas.

La existencia de un sistema dualista es sólo comprensible en una perspectiva histórica que presupone la ampliación del Derecho Penal moderno frente al llamado clásico. El Derecho Penal clásico sólo admitía la legitimación de la pena en la medida en que el autor hubiera actuado culpablemente, es decir, de tal manera que el ejercicio impropio de la libertad por parte del autor del delito fundamentara el reproche expresado en la pena.

La extensión del poder penal del Estado a otras situaciones que se caracterizaban precisamente por no ser reprochables al autor y que procuraban simplemente "ya sea la

adaptación del individuo a la sociedad o la exclusión de la misma de los que no son susceptibles de tal adaptación"⁸⁹ no podía tener idéntico fundamento que la pena. Mientras la pena encontraba fundamento en la culpabilidad, las medidas lo tenían en la peligrosidad del autor. Dicho en otras palabras, para el Derecho Penal fundado en la idea de las teorías absolutas de la pena, la otra vía sólo era posible en tanto se reconociera que junto al principio legitimante de la justicia era posible admitir otras intervenciones del Estado basadas en la utilidad.

La fundamentación de un sistema dualista no es obvia ni mucho menos. Una estricta separación entre penas y medidas sólo es posible en tanto la pena se entienda desde el punto de vista de las teorías absolutas. Por el contrario, la fundamentación se torna especialmente discutida cuando la pena se concibe según las teorías de la unión.

Las teorías relativas de la prevención especial a partir de Von Liszt carecían de la posibilidad conceptual de distinción porque pena y medida tenían el mismo fin: incidir sobre el autor para evitar la reincidencia. Von Liszt afirmó que si la Medida de Seguridad se conecta a la comisión de la acción punible, es posible que asuma en ella la esencia de la pena y esto inclusive desde el punto de vista de la teoría de la retribución.

En la doctrina moderna las teorías de la unión sólo diferencian ambos conceptos mediante el criterio limitador a que responden pena y Medida de Seguridad: "Llamamos pena a la sanción que reprime comportamientos socialmente insoportables en tanto está limitada por el principio de culpabilidad, y medida en tanto está limitada por el principio de proporcionalidad."⁹⁰

El Derecho Penal no solo es medio de represión, sino también medio de prevención y lucha contra la delincuencia. Si la doble tarea se lleva a cabo solamente con la aplicación de un solo medio, con la pena, se habla del Derecho Penal monista. Por el contrario, se habla del Derecho Penal dualista, cuando junto a la pena, se aplican otras medidas de distinta naturaleza a las que se llaman Medidas de Seguridad o corrección. En el fondo de la cuestión late la eterna discusión, entre el Derecho Penal retributivo y el Derecho Penal preventivo, entre culpabilidad y peligrosidad, entre penas y medidas.

⁸⁹ Von Liszt. Citado por Bacigalupo. op.cit., p.17.

⁹⁰ Bacigalupo, Enrique. Op.cit., p.18.

Los presupuestos de la reacción dualista son culpabilidad y peligrosidad. Desde el punto de vista formal, se llama culpabilidad al conjunto de condiciones que justifican la imposición de la pena al autor del delito; se llama peligrosidad al conjunto de condiciones que justifican la imposición de la medida. Culpabilidad y peligrosidad son los dos puntos de conexión del actual sistema de reacción estatal frente al delito: el delito cometido por el autor culpable dará lugar a la imposición de la pena, el delito cometido por el autor no culpable, pero peligroso, dará lugar a la imposición de la medida. Y en el caso de Cuba incluye la imposición de Medidas de Seguridad al sujeto que sin cometer delito mantiene la conducta contraria a las normas de la moral socialista.

La crítica del sistema dualista se centra en que muestran con gran claridad cuál es la falacia implícita al sistema: las penas y medidas limitadoras de libertad, si bien son diferenciables teóricamente, cumplen en la práctica el mismo papel y tienen, de hecho, la misma finalidad y contenido. “¿En qué medida no estamos jugando con las palabras y al cambiar el nombre de pena por el de medida no estamos dejando indefenso al individuo frente al poder absoluto del Leviathan estatal?”⁹¹

Con el sistema dualista se hace cada vez más evidente de que se asiste a un gran fraude de etiquetas; en el que el Derecho Penal de culpabilidad, con todas las imperfecciones, pero con todas las garantías, tiende a ser completado o sustituido por otros sistemas de control social, oficialmente no penales y no limitados por los principios penales clásicos, pero tremendamente eficaces en la incidencia sobre la libertad de los individuos.

También se equipara la finalidad de la ejecución de las penas y Medidas de Seguridad ya que tanto una como la otra institución viene a coincidir en la misma finalidad ejecutiva: la reinserción y readaptación social del delincuente o el predelincente.

Como dice Stratenwerth⁹², la derogación del Derecho Penal tradicional, del Derecho Penal clásico parece ser solo cuestión de tiempo. Lo que está claro es que la derogación no debería significar necesariamente el sacrificio de las libertades y de las garantías del individuo al poder omnipotente del Estado. Hay que insistir hasta el agotamiento, en lugar de aferrarse tanto en la defensa de unos conceptos incapaces de explicar y cumplir satisfactoriamente la tarea.

⁹¹ Penas y medidas de seguridad: Monismo versus dualismo. Documento digital.--[s.l.], [s.n.]-- p.60-61.

⁹² Stratenwerth. El futuro del principio de culpabilidad. Traducción de Bacigalupo y Zugaldía.--Madrid, [s.n.], 1980.--p.84.

Es el eterno dilema entre la libertad individual y el poder estatal lo que está en juego en la cuestión. Y está claro que el sistema dualista, tal como se concibe en la actualidad, resuelve el antagonismo descaradamente a favor del poder estatal: legitima la intervención con el concepto de culpabilidad y permite que la intervención sea prácticamente ilimitada en el terreno de las Medidas de Seguridad.

El Derecho Penal, se vale de dos instrumentos la pena y la medida, ordenados en un sistema dualista o llamado de doble vía. El origen de la pena es muy antiguo, se basa en la culpabilidad y se limita por ella; mira al pasado y es represión y retribución de la culpabilidad. En contrario la medida tiene los orígenes más recientes, la finalidad es evitar la comisión de hechos punibles, el antecedente es la peligrosidad; mira al futuro y persigue la prevención, evitación de ataques. Ambas son utilizadas por la ley penal, para salvaguardar los bienes jurídicos y deben estar revestidos de las garantías jurídicas.

Se coincide con Sebastián Soler cuando plantea: “No hay culpa indeterminada.”⁹³ La indagación de la culpabilidad se funda en la efectiva comisión del hecho preciso y adecuado a la figura penal. La interpretación que acuerde a lo subjetivo sobre lo objetivo, y eficacia para determinar medidas de naturaleza penal, constituye un grave peligro para las libertades públicas. Debe ser rechazado el intento de descubrir en el sujeto un carácter criminal genérico, indeterminado y latente y fundar en él la adopción de medidas preventivas.

La existencia de un hecho ilícito es el único fundamento para entrar a investigar el contenido subjetivo con que fue ejecutado. La culpabilidad es siempre referida al hecho determinado. El hecho delictivo es lo que asienta la necesidad de estudiar al sujeto que lo cometió. El estudio de las disciplinas penales ha sido ampliado, en especial por influencia de la escuela positivista italiana, que ha prestado atención a las características psíquicas y físicas del delincuente.

En el Ordenamiento jurídico-penal cubano, las medidas se aplican sobre las personas llamadas peligrosas sociales; haya o no cometido un hecho tipificado en la ley como delito. Las medidas, establecidas en los artículos 78 al 84, son aplicables a supuestos de peligrosidad predelictual, en los que ni siquiera se exige la probable comisión de delitos en el futuro. Las medidas prácticamente en nada se diferencian, por lo menos en la forma de

⁹³ Soler, Sebastián. op.cit., p9.

ejecución y a veces en el contenido, de las penas propiamente dichas y mucho menos de las medidas posdelictuales.

Estas medidas predelictivas sirven para sancionar supuestos de peligrosidad social no constitutivos de delito. Se establece así un sistema de control social más amplio que el dual tradicional, se desbordan los principios limitadores del poder punitivo del Estado de Derecho: el principio de legalidad y el principio de intervención mínima.

El principio de legalidad se infringe cuando el presupuesto de la reacción sancionatoria del Estado no está constituido por la comisión del injusto tipificado en la ley penal, sino por estados de peligrosidad social que no van referidos a la comisión de delitos futuros y que además son sancionados con medidas que materialmente en nada se diferencian de las penas. El principio de intervención mínima se infringe, cuando se utilizan medios sancionatorios tan graves como las penas para reprimir estados de peligrosidad no basados en la previa comisión del delito y que, no constituyen ataques muy graves a bienes jurídicos fundamentales. Las Medidas de Seguridad por conducta antisocial suponen, tanto en la teoría como en la práctica, la perversión del Derecho Penal y un abuso de poder del Estado.

La diferencia entre penas y Medidas de Seguridad no se encuentra en el aspecto material sino en su diverso fundamento. Esto no puede olvidarlo el legislador. Tanto la pena como la Medida de Seguridad son coercitivas, suponen la privación del bien jurídico, son la consecuencia de ciertas conductas, y deben ser aplicadas por el juez con base en el debido proceso. La diferencia está en que la pena se fundamenta en la culpabilidad y las Medidas de Seguridad en la peligrosidad. La legitimidad de la sanción penal depende del fundamento que se le otorgue.

Una vez realizado el pronóstico desfavorable, la decisión de aplicar una Medida de Seguridad se toma con miras al futuro, precisamente para contrarrestar la peligrosidad declarada; de modo que no hay ningún criterio directamente extraíble del principio de peligrosidad que marque el límite previo al rigor temporal, e incluso de contenido, de la medida a imponer. La peligrosidad no constituye ningún límite al rigor temporal de la medida, incluso la mayoría de los autores que utilizan tal concepto con ese fin, recurren de todas formas a los bienes jurídicos que, en última instancia, iban a ser agredidos o puestos en peligro, como referencia.

“Es, pues, fundamental que la gravedad del delito o los que se puedan cometer en el futuro, constituya el límite máximo que no debe ser rebasado en ningún caso.”⁹⁴ Igual plantea J. Terradillo, si bien argumenta en favor de adecuar la duración de la medida a la previsible duración de la peligrosidad, sostiene a continuación que la misma no podrá ser superior a la pena correspondiente, pues se penalizaría más el riesgo temido que el realizado.

De tal modo, se deforma el campo de actuación de las Medidas de Seguridad. Cuando se encuentra en juego la libertad humana no puede dejarse espacios vacíos, ya que por allí puede colarse cualquier cosa. No existe fundamento para las Medidas de Seguridad, ya que el legislador puede extenderlas al libre arbitrio violándose principios fundamentales del Estado de Derecho.

Las únicas medidas que puede contener el Código son las postdelictuales, basadas en la peligrosidad criminal del individuo, pero limitadas a los casos de inimputabilidad en que los expertos pronostiquen con alto grado de certeza que el sujeto en virtud de su anomalía puede cometer nuevamente un hecho descrito como delito.

Las Medidas de Seguridad Predelictivas, fundamentalmente las reeducativas, establecidas en el CPc pueden denominarse penas sin forzar en modo alguno las palabras. No pasa nada si se limita el concepto de Medida de Seguridad y se extiende el de pena, eso más bien evita confusiones en el momento de sentenciar. Sólo se aplicarán las Medidas de Seguridad previstas en el Código, con el respeto de los derechos y garantías inherentes a la condición de ser humano previstas en la Constitución y las leyes.

Al hablar de las Medidas de Seguridad es de señalar que se requiere de un análisis minucioso, debido a que se aplican al considerar al sujeto en Estado Peligroso por cualquiera de los Índices de Peligrosidad preceptuados, y se deduce que deben eliminarse los índices y así evitar la comisión de delitos. Pero es que se deja a la deducción del Tribunal; las medidas impuestas no expresan específicamente qué obligaciones deben cumplirse, lo que pudiera aplicarse a los peligrosos de forma general, sin distinción de medidas; a pesar de seguir cada una los mismos objetivos que es eliminar los índices de

⁹⁴ Muñoz Conde, F. Citado por Consideraciones teórico-jurídicas acerca de la noción de peligrosidad social y su regulación. Derivaciones de su aplicación. op.cit., p.30.

peligrosidad presentes en el sujeto y reinsertarlo a la sociedad; lo que debiera traer aparejado obligaciones diferentes.

A pesar de recogerse un sistema de clasificación de las medidas, no se introduce ni siquiera un enunciado para la adecuación de los mismas, o cuándo el sujeto merece una u otra; queda totalmente a la libre apreciación de los jueces; cuestión que trasciende al tratamiento de carácter especial o particular que vaya a realizarse. Los jueces no cuentan con el patrón a seguir, en cuál caso es necesario extraerlo del medio social en que se desenvuelve, o cuando es prudente mantenerlo en él.⁹⁵ Lo cierto es que las injerencias en los derechos de los ciudadanos son cada vez más intensas y más anticipadas a la decisión final: el Derecho Penal se aplica no bien se recibe noticia de que un hecho punible se afirma como existente.

La inseguridad en el acierto de las medidas a adoptar preocupa al Juez, enfrentado a la responsabilidad de aplicar el Derecho a personas que no han cometido delito y se presume que lo cometerá en el futuro, pero sin certeza. Pone al Juez en una situación difícil, al no contar con elementos para la toma de decisiones. La Medida de Seguridad se erige como la fórmula más adecuada, frente a la pena, pero siempre dentro del ámbito del Derecho Penal, para el tratamiento de aquellas conductas típicas cometidas por personas inimputables e incluso con imputabilidad disminuida.

La Medida de Seguridad, no debe considerarse como algo excepcional o exorbitante al Derecho Penal, que debe rehuirse o mirarse con desconfianza en busca de otras soluciones, sino como un mecanismo más, aplicable al Derecho. Eso sí, con las debidas garantías que le son propias. Jiménez de Asúa afirmaba la necesidad del sometimiento de tales individuos a tratamiento penal, asegurativo y tutelar, no porque el hombre que ha cometido la transgresión sea libre en el obrar, no porque sea idéntico a sí mismo y semejante a los demás, no porque sea normal ni intimidable, sino porque constituye un peligro social, porque con sus actos revela la temibilité.

Precisamente por el carácter de última ratio, al Derecho Penal debe quedar reservada la tarea de reaccionar frente a los comportamiento más intolerables de desprecio a las normas fundamentales que rigen la convivencia, debe reaccionar frente a ellos con los medios más graves e importantes de que dispone el ordenamiento jurídico, llámese penas

⁹⁵ Vid Código Penal Ley 62. Capítulo III. Las Sanciones Principales.

o medidas; pero, el presupuesto de la reacción solo puede serlo la comisión de un hecho típico y antijurídico, es decir, la realización de un comportamiento prohibido y conminado con una pena en la Ley penal. “(...) siempre y cuando quede claro que su aplicación estará limitada al inimputable peligroso (que es el único supuesto en que considero necesaria la fijación de medidas de seguridad).”⁹⁶ Aunque Mir Puig⁹⁷ considera que las medidas

predelictivas también tienen carácter penal en la medida en que se refieren a un delito.

Dispone, además, que las medidas deben guardar proporción con la peligrosidad revelada por el hecho cometido y la gravedad de lo que resulte probable que el sujeto cometa. El Derecho Penal, concebido como lucha contra la criminalidad, pierde la función garantista al regirse en buena parte por ideas teleológicas que lo transformen en un Derecho de Medidas de Seguridad, como bien ha indicado Köhler⁹⁸.

“Por imposibilidad teórica y práctica, la peligrosidad no es un criterio científico, sino jurídico y, por ende, impreciso, indeterminado y contradictorio que, por ello, demanda ser utilizado con suma prudencia.”⁹⁹

También tiene relevancia la ubicación cronológica del peligro. En efecto, el peligro futuro no es ahora un peligro y el pasado ha dejado ya de serlo. En síntesis, para Petrocelli¹⁰⁰ en la peligrosidad humana deben existir los siguientes elementos: el peligro determinado, el sujeto peligroso, el sujeto pasivo del peligro, los factores, componentes o condiciones de la peligrosidad, y los indicios o síntomas de ella.

En Uruguay, Giribaldi Oddo en 1947 rechazó el concepto de peligrosidad y se refirió a la importancia de una política criminal en armonía con el Derecho Penal, expresando: “Huyamos de la palabra pena y digamos medio de defensa social por medio de la educación.”¹⁰¹ Por su parte, Reyes Terra, analizó la peligrosidad desde la perspectiva uruguaya de décadas anteriores, con lo cual la investigación coincide, y arribó a las siguientes conclusiones:¹⁰²

⁹⁶ Figueroa Ortega, Yván José. op.cit.

⁹⁷ Mir Puig. Introducción a las bases del Derecho Penal. Parte General.--Valencia, 1980.--t1, p.27.

⁹⁸ Köhler, Michael. Sobre el estado de la teoría del delito.--Madrid: Editorial Civitas, 2000.--p.77-78.

⁹⁹ Soler, Sebastián. Teoría del Estado Peligroso.--Buenos Aires: [s.n.], 1929.--p.189.

¹⁰⁰ Petrocelli, Biagio. Citado por Aller Maisonnave, Germán. op.cit.

¹⁰¹ Giribaldi Oddo, Alfredo. La última orientación en el Derecho criminal, en La Justicia Uruguaya.--Montevideo: [s.n.], 1947.--t15, p.9.

¹⁰² Reyes Terra, José María. La peligrosidad como condición, estado y circunstancia.--Montevideo: Editorial Imago, 1980.--p.117-121.

1. La peligrosidad es una situación individual, se delinque por la presencia previa de la peligrosidad.
2. Si bien la peligrosidad es precedente al delito, la misma puede existir sin que el delito se lleve a cabo; el delito es contingente.
3. La condición de la peligrosidad puede tener carácter permanentemente cíclico, episódico o circunstancial. Depende de los diversos factores que intervienen en su producción.
4. El estar peligroso depende de factores aleatorios que condicionan la peligrosidad en tanto estén vigentes. Desaparecidos ellos se minimiza.
5. El hecho de la peligrosidad se vincula de manera directa con la etiología delictiva. Las causas del delito hacen al ser humano peligroso y potencialmente delincuente.
6. Las causas de la peligrosidad tienen asiento en determinadas características de la personalidad que hacen al sujeto propenso, a violar las normas.
7. Otra de las causas de la peligrosidad tiene origen exógeno. Características del medio, lo físico, sus estructuras y sus accidentes; la tradición, la cultura, la civilización en sus diversos grados, y el grado de seguridad o inseguridad de lo económico, político, religioso, moral o social.
8. La posibilidad de conjunciones diversas de lo individual y lo exógeno pueden dar lugar a varios de los modos de expresarse la peligrosidad.
9. El diagnóstico y pronóstico de la peligrosidad depende del hallazgo de sus índices.
10. El valor del delito como índice de la peligrosidad es muy cuestionable, a lo que se revela una indiscutible peligrosidad antecesora del hecho, pero no indica mucho en el pronóstico.
11. Tratar la peligrosidad es evitar al delito. Todo intento debe apoyarse en bases sólidas y desarrollar un plan de carácter multidisciplinario y de proyección nacional.

No se comparte la idea de efectuar una proyección sobre el futuro de una persona a la que se llame peligrosa y se le apliquen sanciones o medidas pre o post delictuales, a no ser la reprochabilidad que le incumbe por el acto concreto que lo somete a juicio penal. Menos, adoptar medidas dentro del ámbito penal con las personas que, no han delinquido, y son encomendadas al Derecho Penal como si éste fuese una clínica psiquiátrica o tuviese solución racional para el sujeto.

“Es sabido que los tratamientos impuestos no producen la curación como resultado, tan solo una momentánea contención que puede ser igualmente obtenida sin la intervención del Derecho Penal, ya que no debe ser un cajón de sastre donde guardemos todo lo que sobra o no sabemos dónde poner. Así, seguirá siendo testimonio vivo del caduco positivismo naturalístico de hace más de cien años.”¹⁰³

Se deduce que no existe diferencia entre ciertas penas y las correspondientes Medidas de Seguridad, en cuanto unas y otras suponen la restricción de las libertades humanas y unas y otras se proponen iguales fines de readaptación social si es posible, o de rechazo cuando no se logra la readaptación.

2.4.1 Las Medidas de Seguridad Predelictivas

El art. 78 del CPC dispone; al declarado en Estado Peligroso en el correspondiente proceso, se le puede imponer la Medida de Seguridad predelictiva más adecuada entre las siguientes: terapéuticas; reeducativas; y de vigilancia por los órganos de la Policía Nacional Revolucionaria.

Dejar en las manos de los jueces la cuestión es tan grave como permitirles que determinen cuando la persona es o no peligrosa. Para una mejor comprensión de la aplicación de las Medidas de Seguridad, es necesario realizar una breve referencia a la teoría de la culpabilidad, hoy denominada imputación personal. El Principio de Culpabilidad en sentido amplio exige que dicho ataque pueda imputarse objetiva, subjetiva y personalmente al autor en determinadas condiciones.

Reyes Echandia¹⁰⁴ expone: los clásicos, con Carrara a la cabeza, preferían emplear la expresión fuerza moral del delito; los neoclásicos hablaban de causalidad psíquica, y no pocos de atribuibilidad. Para Enrique Bacigalupo la culpabilidad constituye el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica y atribuible sea criminalmente responsable de la misma. Para Luis Jiménez de Asua, la culpabilidad es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. Para Raúl Zaffaroni, la culpabilidad es la reprochabilidad del injusto al autor. Claus Roxin no le llama culpabilidad sino responsabilidad, es decir, examina si el autor de

¹⁰³ Aller Maisonnave, Germán. op.cit.

¹⁰⁴ Reyes Echandia Citado por Daza Gómez, Carlos. Teoría de la Imputación personal.--[s.l.], [s.n.].--p1

la conducta antijurídica es merecedor de la pena. Von Liszt considera a la culpabilidad como la responsabilidad del autor por el acto ilícito que ha realizado.

El juicio de culpabilidad expresa la consecuencia ilícita que trae consigo el hecho cometido y se le atribuye a la persona del Infractor. La culpabilidad en sentido estricto es la relación subjetiva entre el acto y el autor. Existe diversidad de criterios sobre la terminología pero la doctrina coincide en cuanto a que el delito es imputable al autor cuando es responsable del delito, o sea, hay certeza de su culpabilidad, el delito es atribuible al autor.

El art 415.1 de la ley procesal penal dispone: “La policía formará el expediente respectivo, en el cual se incluirán todas las diligencias necesarias para comprobar la conducta antisocial imputada (...)”¹⁰⁵ Por lo que se considera a la conducta antisocial como imputable al sujeto cuando realmente lo reprochable es la peligrosidad manifiesta del individuo y la proclividad de que cometa delito en el futuro.

En la actualidad parece existir acuerdo en entender que la imputabilidad como concepto jurídico-penal consiste en la capacidad del sujeto para que puedan atribuírsele los actos que realiza. Dicha capacidad conforme a Fonseca Morales,¹⁰⁶ ha sido entendida de diversas formas, lo que ha determinado la ubicación de la imputabilidad en las más variadas categorías jurídicas.

Fonseca Morales¹⁰⁷ plantea que la imputabilidad de acuerdo a la opinión dominante en la doctrina alemana y española, es concebida como capacidad de culpabilidad.¹⁰⁸ Ello se debe a que la imputabilidad alude al conjunto de condiciones y facultades mínimas exigibles al sujeto para que se le atribuya un comportamiento antijurídico.

Cuando el individuo infringe el ordenamiento jurídico se le atribuye el hecho por él realizado si cuenta con una serie de requisitos que permita que le sea reprochado jurídicamente. Es decir, debe ser imputable, debe tener la capacidad suficiente para que se le declare culpable. “Dicha capacidad de culpabilidad consiste en la capacidad de

¹⁰⁵ Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley 5/77: Ley de Procedimiento Penal.--La Habana, 1977.-- 87p.

¹⁰⁶ Fonseca Morales, Gema María. Exención y atenuación de la responsabilidad criminal por anomalía o alteración psíquica. Especial referencia a su tratamiento jurisprudencial. Tomado De: hera.ugr.es/tesisugr/16741006.pdf, 10 de Enero de 2012.

¹⁰⁷ Idem.

¹⁰⁸ Entre los autores que se afilian a la aludida teoría se encuentran Mezger, Frank, Mayer, Beling, Welzel, Maurach, entre otros. Vid. Falcioni, Marta Beatriz.--Imputabilidad: Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1987.-p.30.

comprender lo ilícito y dirigirse de acuerdo a esa comprensión.”¹⁰⁹ Sin embargo, en el CPc no se concreta qué acto específico es imputable al presunto asegurado por el cual se le aplica la Medida de Seguridad Predelictiva.

El carácter de las Medidas de Seguridad, al carecer de fundamento científico, preocupa al Juez, consciente de su misión social que no agota la función de interpretación técnica y aplicación automática del Derecho. Más cuando la materia como el Estado Peligroso, es comprometida y polémica.

Otra cuestión importante es la finalidad de las Medidas de Seguridad. De acuerdo al Código Penal la finalidad de estas sanciones será la reeducación del sujeto. “Preguntaba Roxin con gran acierto... ¿que autoriza al Estado a educar y someter a tratamiento contra su voluntad a personas adultas? ¿De dónde obtiene ese derecho? La finalidad de la Medida de Seguridad es la curación o rehabilitación del sujeto, no la reeducación de alguien que quizás jamás fue educado, y que tiene autonomía y libertad de conciencia.”¹¹⁰

Si realmente falló el sistema de educación, que en Cuba es extremadamente extenso y gratuito para serlo asequible a los ciudadanos, no debe aplicarse Medida de Seguridad para reeducar a alguien en contra de la voluntad. No puede obligarse al individuo a reeducarse, a someterse a tratamiento en contra de la voluntad.

El inc. c) del art. 78 del CPc concibe la medida predelictiva de vigilancia por los órganos de la Policía Nacional Revolucionaria. Y en el art. 81 agrega que la vigilancia consiste en la orientación y el control de la conducta del sujeto en Estado Peligroso por funcionarios de dichos órganos. Y que la medida es aplicable a los dipsómanos, a los narcómanos y a los individuos antisociales. Y el término de la medida es de un año como mínimo y de cuatro años como máximo.

La presencia del funcionario (PNR) especialmente encargado de vigilar y controlar al asegurado durante un período de tiempo, “supone muchas veces un control adicional más gravoso que la pena misma que, se presta a abusos incompatibles con la esencia de la institución.”¹¹¹ La vigilancia por la PNR mientras en unos casos es extremadamente gravosa en otras se limita a la firma de un documento una vez al mes en las unidades de

¹⁰⁹ Fernández Calcines, Madelaine. La enfermedad mental como causa de disminución sustancial de la capacidad de culpabilidad en el Derecho Penal Cubano. Yoruany Suñez Tejera, tutor.--Trabajo de diploma; Ucf, (Cf), 2011.--p10.

¹¹⁰ Figueroa Ortega, Yván José. Op.cit.

¹¹¹ Hassemer. Fundamentos del Derecho Penal.--Barcelona: Traducido por Arroyo Zapatero, 1984.--p.371.

la PNR. Por lo que es una acción netamente subjetiva. Y puede darse el caso de oportunidad: “(...) la autoridad estatal a cargo de la persecución penal tiene facultades para disponer o no el inicio de investigaciones ante el conocimiento de un hecho (...) pudiendo igualmente decidir sobre el destino de las investigaciones que se encuentre en curso.”¹¹², o sea, mientras unos son asediados otros gozan de prerrogativas. En legislaciones de países latinoamericanos como Argentina, Colombia, Perú, Chile entre otros, se maneja con profundidad el término del principio de oportunidad.

El principio de proporcionalidad y la obligación de decretar la cesación de las medidas en cuanto desaparezca la peligrosidad (medidas terapéuticas), que se instituye en el artículo 79.3 del CPc, no se ajusta a las medidas por conducta antisocial (de uno a cuatro años, art. 80.3) desvirtuándose el objetivo de la Medida de Seguridad, pues la medida por conducta antisocial debería durar, al igual que las demás medidas, hasta tanto desaparezca tal conducta; no debía tener límite fijo o la diferencia con las penas se eliminaría. La conducta peligrosa puede variar en unos pocos días o semanas a partir de que el sujeto sea asegurado, sin embargo en la práctica cumple el 100 % del término de la Medida de Seguridad o gran parte de ella.

Si el Tribunal suspendiera de oficio la medida, según se establece en el art. 83 del CPc, estaría negándose a sí mismo en cuanto a la correcta adecuación inicial de la medida. Otra situación es que “(...) la medida en ningún caso podría durar más del tiempo del que hubiera debido durar la pena.”¹¹³ Y existen delitos con sanciones penales inferiores a las medidas predelictivas. Lo cual se detallará más adelante.

2.4.2 Las medidas reeducativas como consecuencia del Estado Peligroso.

En el art. 80.1 del CPc se consignan las medidas reeducativas las cuales son:

- a) internamiento en un establecimiento especializado de trabajo o de estudio;
- b) entrega a un colectivo de trabajo, para el control y la orientación de la conducta del sujeto en Estado Peligroso. Y el inciso 2 especifica que las medidas reeducativas se aplican a los individuos antisociales.

¹¹² Fernández Pereira, Julio A. Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal.--La Habana: Editorial Félix Varela, 2002.--t1, p.74.

¹¹³ Penas y medidas de seguridad. Monismo versus dualismo. op.cit., p.75.

Uno de los mayores problemas en la actualidad es la incertidumbre que provoca la escasez de medios existentes como Centros especializados, personal adecuado, para llevar a cabo con verdadero rigor las medidas contempladas y previstas. A pesar que la prisión no debía ser objeto de estudio por el hecho de que las Medidas de Seguridad Predelictivas no se ejecutan en centros penitenciarios sino en centros especializados de estudio o trabajo, no es menos cierto que en la práctica los asegurados las cumplen en centros del MININT, centros de internamientos creados para la reclusión de presos comunes. Violándose el derecho a la libertad personal.

Alberto Álvarez Hernández¹¹⁴, es del criterio que el ser humano es libre en el sentido de que debe ser protegido y favorecido en la expansión de la libertad: el ser debe tener una esfera de actividad personal protegida contra la injerencia del poder externo, en particular del poder estatal. Libertad significa libertad respecto de órdenes y coacciones externas, libertad en sentido negativo. La libertad jurídica consiste en que no pueda darse una orden con la que el receptor no esté de acuerdo. El derecho a la libertad personal significa no sufrir detenciones arbitrarias. Y la Constitución en el art. 58 concreta que “La libertad e inviolabilidad de su persona están garantizadas a todos los que residen en el territorio nacional.”¹¹⁵

A pesar de manifestarse en la actualidad el papel y la función de la cárcel, como instrumento de control social, portavoz de las sentencias impuestas por los tribunales y definidas como verdaderas escuelas de delincuencia, fue objeto de estudio en el Primer Congreso de las Naciones Unidas, sobre Prevención del Delito y Tratamiento al Delincuente, valorándose otras medidas que no conlleven el encarcelamiento y son argumentos necesarios para quienes están a favor de un sistema de justicia penal orientado al tratamiento.

“La prisión priva, además de la libertad ambulatoria, algo que ni siquiera los sistemas penitenciarios, más humanos del mundo, han conseguido evitar y se agudiza en aquellos sistemas en que la minimización del daño, no está planteada como objetivo prioritario. La criminología ha puesto de manifiesto que el estigma que genera el paso por prisión, tiene

¹¹⁴ Álvarez Hernández, Alberto. La reclamación ante violaciones cometidas respecto a los derechos inherentes a la personalidad.--La Habana: IV Encuentro Internacional Justicia y Derecho, 2008.--[s.p.].

¹¹⁵ Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Constitución de la República de Cuba.--La Habana, 1976.--22 p.

consecuencias negativas,¹¹⁶ máxime cuando estamos frente a estancias prolongadas, la persona va perdiendo todo lo que quizás tenía, trabajo, familia y amigos.”¹¹⁷ Y según el criterio de Alberto Álvarez Hernández se quebranta el **derecho a la intimidad** que es la esfera personal de cada uno, en donde residen los valores humanos y personales; es un derecho fundamental para el desarrollo de la persona y de la familia además de ser un ámbito reservado a la curiosidad de los demás contra intromisiones e indiscreciones ajenas.

Se considera que la prisión no solo destruye la socialización previa de los delincuentes y los priva de valores sociales, sino que llega a criminalizarlos más, aumenta las tendencias criminales debido al intercambio directo con reclusos reincidentes o de mayor estancia, lo que manifiesta la evidente ineficacia histórica de la cárcel como medio para lograr la recuperación social de los delincuentes, y ha traído aparejado la búsqueda incesante de soluciones.

En el mundo contemporáneo; muchos países han adoptado reformas penales de gran importancia, en unas han introducido sanciones alternativas a la prisión y en otras han mejorado las condiciones propias de los centros penitenciarios, la utilización mayor de los permisos, la libertad anticipada, a los efectos de darle respuesta al sistema de tratamiento y para disminuir el aislamiento de los sancionados de la vida comunitaria. Los cambios se han centrado principalmente en considerar al delincuente, no un receptor pasivo del tratamiento sino como una persona con derechos, obligaciones y responsabilidades.

El sistema penal cubano, está en correspondencia con los cambios ocurridos internacionalmente, adaptándose la legislación a las condiciones históricas existentes, dirigidos al perfeccionamiento del orden jurídico–penal, por lo que pudieran sustituirse las Medidas de Seguridad, que como se mencionó anteriormente se cumplen en centros de reclusión para presos comunes, por otras alternativas menos perjudicial para el asegurado. Ya que cumplir una sanción penal bajo la denominación de una «inofensiva» Medida de Seguridad se considera una barbarie para el Derecho Penal. En vez de aplicar medidas predelictivas pudiera resolverse a través de la prevención social.

¹¹⁶ Vid acápite 2.2: La pena privativa de libertad, efectos que trae al trabajo reeducativo. De la Mora Toledo, Yohanna. op.cit., p.28.

¹¹⁷ Salgado Sánchez, Marielis. Los Tribunales Populares y el Control Social .Principales Avances y Dificultades.--La Habana: III Encuentro Internacional Justicia y Derecho, 2006.--[s.p.].

“Evidentemente, no es oculto que la finalidad preventiva general, en algunos casos, puede conducir a imponer penas excesivamente duras, a castigar infracciones meramente formales o a rebajar los límites para la exigencia de la responsabilidad penal.”¹¹⁸ Pero entonces, hay que criticar la legislación que permite esos excesos y conducirlos, dentro de lo posible, por la vía dogmática y jurisprudencial, a un correcto entendimiento de la prevención general.

“Lo que hay que rechazar es la pretendida identificación entre prevención general y terror penal,”¹¹⁹ “porque esa identificación se puede dar también con cualquier otra teoría de la pena y porque, como demuestra la experiencia histórica, no es la prevención general como tal, sino su manipulación en cualquiera de las instancias de control social lo que puede hacer del Derecho Penal un Derecho de sangre y lágrimas.”¹²⁰

El Derecho Penal, debe asegurar la protección efectiva de los miembros de la sociedad, por lo que ha de asegurar la prevención del delito, entendido como aquellos comportamientos dañosos que los ciudadanos estimen para sus bienes jurídicos, con posibilidades de participación en los sistemas sociales fundamentales; orientándose la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos.

De lo anterior se deduce que el Derecho Penal, está llamado a ejercer funciones de prevención general, sin menoscabo de la prevención especial. Ahora bien la prevención general, no se logra a través de la mera intimidación que supone la amenaza de la pena para los posibles delincuentes, sino que ha de tener lugar mediante la afirmación de los valores de la sociedad. El Derecho Penal no solo defiende a la mayoría, sino que va encaminado al respeto de la dignidad del delincuente y del predelincente e intentar ofrecerles alternativas al comportamiento criminal o precriminal.

“La pena, sin dudas, actualmente es el medio coactivo, más contundente con que cuenta el Estado, con ella se logra la tranquilidad ciudadana y el respeto al orden legal establecido. A pesar que existen otros medios tanto o más eficaces que las penas, como es la política social, dirigida a disminuir las diferencias sociales existentes, es consenso a nivel internacional por los estudiosos criminólogos, que la mayoría de los delincuentes

¹¹⁸ Maurach. Citado por Penas y medidas de seguridad. Monismo versus dualismo. op. cit. p.75.

¹¹⁹ Bettiol. Citado por Penas y medidas de seguridad. Monismo versus dualismo. Idem.

¹²⁰ Gimbernat. Citado por Penas y medidas de seguridad. Monismo versus dualismo. Idem.

proviene de las capas más desfavorecidas y quien no desee tener que castigar la pobreza, ha de esforzarse, pues en eliminarla progresivamente, mediante una política social auténticamente democrática.”¹²¹

Las penas y las medidas de seguridad buscan que el Derecho Penal tenga a largo plazo, efectos beneficiosos, mejora o rehabilitación del delincuente, intimidación, reparación, protección de las normas o protección consciente de los bienes jurídicos. Pero se considera más beneficiosa la idea de solucionar la conducta antisocial con métodos menos represivos como lo es el control social.

Obtener la reinserción social de los asegurados por la Ley, es un propósito importante de la aplicación y el cumplimiento de las Medidas de Seguridad; para lograrlo no basta el esfuerzo de los operadores del derecho y los funcionarios de los centros de internamiento, es necesario que el resto de la sociedad participe en el proceso de forma activa, ya que la labor decisiva puede desarrollarla las organizaciones sociales y de masas, en la sociedad, en la comunidad.

En el inciso 3 del art. 80 del CPc se enuncia el término de las Medidas de Seguridad Predelictivas que es de un año como mínimo y de cuatro como máximo.

En los últimos años el Consejo de Gobierno del TSP ha impartido orientaciones al sistema de Tribunales Populares encaminadas a lograr mayor efectividad y certeza en la individualización y adecuación de las sanciones penales, de modo tal que las penas más severas sean impuestas a los responsables de las conductas delictivas que agreden de forma más directa, dañina y peligrosa la seguridad nacional, la estabilidad económica, política y social, así como la tranquilidad ciudadana; y actuar diferenciadamente en los casos que revistan menor gravedad.

Las orientaciones emanadas de TSP se concretan en: Alcanzar mayor racionalidad en el uso y aplicación de las penas subsidiarias de la privativa de libertad, que no implican internamiento del sancionado, preferentemente a los infractores jóvenes, primarios y de normal conducta anterior. Y fijar la pena en la cuantía y calidad en atención al mayor o menor grado de participación de cada coacusado; también se extiende la racionalidad, al otorgamiento de los beneficios de la excarcelación anticipada en la ley penal vigente. Se deduce que las orientaciones se extiendan a las Medidas de Seguridad.

¹²¹ Salgado Sánchez, Marielis. Op.cit., [s.p.]

En la toma de decisiones, el juez debe valorar las circunstancias concurrentes en el caso y las características personales del acusado, así como el medio social en que se desenvuelve, realizar un pronóstico de posibilidades de corrección y de reincorporación a la sociedad. Ya que el objetivo es acercarse cuanto más a la verdad deseada y lograr el equilibrio entre el delito cometido y la sanción merecida; para así materializar los fines del legislador, es decir reprimir, reeducar y prevenir. Es necesario aplicar las disposiciones y principios a las Medidas de Seguridad Predelictivas, pues a pesar de no tener un enunciado de individualización, es meritorio, basarse en el grado de peligrosidad y proclividad en que se encuentre el sujeto, para determinar qué medida se atempera más a las características individuales y así, lograrse la reinserción en la sociedad.

El Derecho Penal de culpabilidad, aquí expuesto, tiene una misión filosóficamente modesta, pero social y políticamente importante: brindar la mayor protección posible a los valores fundamentales de la sociedad con el mínimo costo de represión y de sacrificio de la libertad individual. Se debe ser muy cauto al admitir cualquier sistema que suponga una merma en las garantías y derechos de los ciudadanos.

Ante la evolución alcanzada en el sistema de ejecución de las Medidas de Seguridad, la gran tarea jurídico constitucional, no consiste en reactivar el contraste entre culpabilidad y peligrosidad, sino en el desarrollo de instrumentos que por un lado determinen que se imponga al delincuente la consecuencia jurídico penal que sea una respuesta lo más precisa posible al hecho y a la personalidad y que, por otro lado, garanticen que el delincuente o predelincente, tanto en el ámbito de las penas como en el de las medidas, quede protegido en sus derechos ante intervenciones desproporcionadas.

Lo más grave es la relación existente entre esas Medidas de Seguridad Predelictivas y las penas privativas de libertad. Si la medida es de mayor duración que la pena de algunos delitos, entonces está claro que el sometido a ellas es de peor condición que el condenado con la pena.

El CPc, art 80.3, dispone que las medidas puedan ser de uno a cuatro años; como puede apreciarse es superior a los casos de desacato (art. 142 CPc), resistencia (art. 143 CPc) y atentado (art. 144 CPc) con sanciones penales de tres meses a tres años e incluye multa en algunos casos. Por lo que no hay correspondencia con el bien jurídico protegido. Sería

de peor condición el asegurado que si en el futuro cometiera desacato, resistencia o atentado.

Conforme al principio de intervención mínima, la medida debe durar el tiempo indispensable para conseguir eliminar la peligrosidad del individuo. Conforme al principio de proporcionalidad, la medida no podrá ser desproporcionada ni a la peligrosidad del sujeto, ni a la gravedad del supuesto delito que cometerá en el futuro. La gravedad del delito cometido y a la de los que sea probable que el sujeto cometa en el futuro, impide que la duración de la medida sea superior a la de la pena que le hubiera correspondido al sujeto en caso de cometer el delito.

Al comparar la duración de las Medidas de Seguridad Predelictiva por conducta antisocial (de uno a cuatro años) con la sanción penal del homicidio (de 7 a 15 años, art. 261 del CPc), se aprecia la desproporcionalidad de la primera. Puede decirse que el Derecho Penal actual va en retroceso; en los inicios quien mataba a otro pagaba con la vida, las penas fueron reduciéndose y en la actualidad puede imponerse sanciones hasta de 7 años, incluso, si mantiene buena conducta, recibe beneficios. Mientras que el CPc establece medidas hasta de 4 años para individuos que no han cometido delito y sin certeza de que lo cometa. Si se tiene en cuenta el bien jurídico a proteger, la diferencia entre pena y medida es abismal. Tanto más si la muerte es provocada en riña tumultuaria (art. 262,1 del CPc) la sanción penal puede ser de dos a cinco años.

Es fundamental que la gravedad del delito cometido, más que la de los que puedan cometerse en el futuro, constituya el límite máximo que no debe ser rebasado en ningún caso, aunque quizá la medida durante ese tiempo no alcance los objetivos preventivos. El tratamiento del delincuente peligroso no siempre requiere el internamiento en un centro e incluso es contraproducente, es aconsejable que el internamiento sea sustituido por otras medidas no privativas de la libertad.

Queda mucho camino por recorrer para superar el sistema dualista tradicional y crear un dispositivo de medidas que al mismo tiempo que sea eficaz respete los derechos fundamentales de los sometidos a ellas. Para remediar los excesos, es preciso un sistema integral de medidas que, paralelamente al ya existente para las penas, determine claramente los presupuestos y límites de la aplicación de las Medidas de Seguridad Predelictivas. Evitándose la vulneración de los principios que a continuación se relacionan.

2.5 Principios lesionados con el Estado Peligroso en el Código Penal Cubano.

Para lograr un proceso penal donde prevalezca la justicia es primordial el cumplimiento de ciertos principios garantes. El cumplimiento de todas las instituciones y principios concebidos en el ordenamiento penal, es ineludible para la procuración de justicia.

Lograr un Debido Proceso, no significa hoy lo que hasta la primera mitad del siglo XX. “Si hasta entonces se identificó con exigir que el procedimiento se adecuara a la ley, esto cambió radicalmente cuando el nazismo utilizó la ley para perpetrar actos de lesa humanidad. Esta pavorosa etapa de la historia, demostró que la ley puede servir como instrumento también para actos contrarios al Derecho.”¹²² Desde entonces es necesario distinguir entre la ley que hace Derecho y la contraria a éste. El concepto de Debido Proceso ha sido replanteado; ya no es suficiente con que sea legal el procedimiento, se necesita que esté al servicio de la justicia.

Se considera que los principios más afectados en la institución del Estado Peligroso por conducta antisocial predelictiva son:

El principio de legalidad ha perdido mucho del significado histórico y de su paciente desarrollo por los juristas. Trae como contenido esencial la exigencia de concreta determinación legal de la conducta prohibida o exigida y de la sanción correspondiente; así no se refleja en el CPc, pues el contenido de la conducta antisocial es vago e inexacto. La indefinición del bien jurídico y la punición conducen a violar el principio de legalidad; se viola por parte del legislador el mandato de certeza o de determinación, sin embargo el estado cuenta con el aval legal para recluir a los imputados sobre los que pese la alarma social.

El art. 2.1 del CPc establece que solo pueden sancionarse los actos expresamente previstos como delitos en la ley, con anterioridad a su comisión y en el inciso 2 plantea que a nadie puede imponerse una sanción penal que no se encuentre establecida en la ley anterior al acto punible. Sin embargo, los asegurados cumplen las Medidas de Seguridad bajo las mismas condiciones que el reo común, por lo que se deduce que la medida es extremadamente severa o la pena es excesivamente benévola. Vulnerándose el principio

¹²² Lezcano Águila, Orieta Zuleika. El Debido Proceso.--La Habana: III Encuentro Internacional Justicia y Derecho, 2006.--p.1.

de legalidad, previsto en la Constitución en el art. 59 “Nadie puede ser encausado ni condenado sino por tribunal competente en virtud de leyes anteriores al delito y con las formalidades y garantías que éstas establecen.”¹²³

El principio de intervención mínima se infringe, cuando se utilizan medios sancionatorios tan graves como las penas para reprimir estados de peligrosidad no basados en la previa comisión de un delito y que, no constituyen ataques muy graves a bienes jurídicos fundamentales. Es denominado también Derecho Penal Mínimo o última ratio y están descritos en el primer acápite de este capítulo.

El Principio de Culpabilidad exige que dicho ataque pueda imputarse objetiva, subjetiva y personalmente al autor en determinadas condiciones. Razones que están ausentes en las Medidas de Seguridad Predelictivas aplicadas al presunto asegurado.

El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos no está definido en el Estado Peligroso debido a la marcada indefinición de los bienes que se pretenden proteger con el índice de peligrosidad por conducta antisocial.

El principio de inocencia pierde el valor en el Estado Peligroso ya que se le imputa la conducta antisocial al presunto asegurado con basamento ficticio y anticientífico, se le considera culpable del posible delito sin pruebas más que suficientes para tener certeza de que lo cometerá en el futuro.

“De la misma manera ocurre con otras vallas que el Derecho Penal ha edificado pacientemente, a manera de garantías contra la persecución penal y como condiciones cuya observancia estricta legitima la decisión estatal sobre la pena; para ejemplo de pares contrapuestos: inocencia y prisión preventiva fundada en la suposición y prevención de hechos futuros; juicio público suprimido mediante la aplicación del llamado juicio abreviado o justicia consensuada.”¹²⁴ No es difícil notar la contradicción entre el principio de inocencia y las medidas por motivos de prevención.

Por deducción las Medidas de Seguridad Predelictivas se acogen a los principios fundamentales del Derecho Penal; aunque algunos autores hayan planteado que realmente no deberían formar parte del Código penal pues no le harían honor al nombre, o sea, en el Código deberían establecerse las penas exclusivamente.

¹²³ Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Constitución de la República de Cuba.--La Habana, 1976.-- 22 p.

¹²⁴ J. Maier, Julio B. op.cit., [s.p.]

Principio de la igualdad real de todos ante la Ley: en el Estado Peligroso puede darse el caso de oportunidad pues depende del factor subjetivo del agente de la PNR para comenzar el expediente o promoverlo; ya que el CPc no dispone con precisión qué conducta es la que se imputa.



CONCLUSIONES



CONCLUSIONES

1. Al inicio de la corriente positivista los individuos denominados peligrosos eran los incapaces de pena. En 1893 la peligrosidad llegó a su edad adulta cuando Carl Stooss incluyó las medidas de seguridad en el anteproyecto del Código Penal suizo; la figura penetró en la legislación Latinoamericana y fue el Código de Defensa Social cubano de 1936 el que la institucionalizó en el ordenamiento jurídico-penal de Cuba. Los códigos penales posteriores mantuvieron el criterio de la peligrosidad social; tanto la Ley No. 21, Código Penal de 1979 como la Ley No. 62, Código Penal de 1987, incluyéndose el Estado Peligroso por conducta antisocial predelictiva.
2. La peligrosidad social del sujeto en las legislaciones internacionales, se ha retomado como justificación del tratamiento a sujetos no imputables. Los Códigos Penales foráneos la acogen pero le dan un tratamiento distinto. Ejemplo de ello es Colombia, Salvador, Nicaragua que regulan el sistema de Medidas de Seguridad las cuales dependen de la inimputabilidad del sujeto y/o de la comisión de un hecho delictivo anterior. Las únicas medidas que puede contener el Código son las postdelictuales, limitadas a los casos de inimputabilidad en que los expertos pronostiquen con alto grado de certeza que el sujeto en virtud de su anomalía puede cometer nuevamente hechos descritos como delitos.
3. El Código Penal cubano vigente, al definir el concepto de Estado Peligroso (art. 72) no precisa qué conducta es la considerada peligrosa ni cuáles son las normas de la moral socialista; se convierte en el saco donde puede ir a parar cualquier comportamiento desviado sin que se aprecie con seguridad la comisión de delito en el futuro.
4. Se considera que los principios vulnerados en la institución del Estado Peligroso por conducta antisocial predelictiva son: El principio de legalidad, el de intervención mínima, el de exclusiva protección de bienes jurídicos, el de inocencia, entre otros.
5. Los derechos lesionados por el Estado Peligroso por conducta antisocial predelictiva son: el derecho a la libertad personal, el derecho a la integridad física y el derecho a la intimidad.



RECOMENDACIONES



RECOMENDACIONES

A partir de los resultados obtenidos se plantea las recomendaciones siguientes:

1. Proponer a la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional del Poder Popular la modificación de la institución del Estado Peligroso del Código Penal cubano: que derogue lo relacionado a la conducta antisocial predelictiva y las Medidas de Seguridad Predelictiva; ya que se vulneran principios del derecho tales como: el principio de legalidad, el de intervención mínima, el de exclusiva protección de bienes jurídicos, el de inocencia, entre otros y se lesionan derechos como son: el derecho a la libertad personal, el derecho a la integridad física y el derecho a la intimidad.
2. Que los órganos estatales de prevención social le presten mayor atención a la prevención informal como solución a la conducta antisocial predelictiva.
3. A la Facultad de Derecho de la Universidad de Cienfuegos, se le sugiere continuar profundizando en el tema, con el fin de que se realicen investigaciones dirigidas a ampliar las aristas y perspectivas del Estado Peligroso que aporten nuevos elementos y vías que conlleven el perfeccionamiento.
4. Que se una la investigación al acervo bibliográfico de la Universidad de Cienfuegos, a fin de su posterior uso como material de estudio y consulta por estudiantes y profesionales de derecho y ramas a fines.



BIBLIOGRAFÍA



BIBLIOGRAFÍA

- Aller Maisonnave, Germán. Reflexiones sobre peligrosidad, riesgo social y seguridad/ Germán Aller Maisonnave.--Lima: Editora Ara, 2003.--p.846.
- Álvarez Hernández, Alberto. La reclamación ante violaciones cometidas respecto a los derechos inherentes a la personalidad/ Alberto Álvarez Hernández.--La Habana: IV Encuentro Internacional Justicia y Derecho, 2008.--[s.p.].
- Argentina. Código Penal de Argentina.--Buenos Aires, 1985.--157p.
- Atienza Medina, Nurys Rosario. El delito de Amenazas en la mujer víctima de violencia conyugal. Nurys Rosario Atienza Medina; Neyma Rojas Benítez, tutor.--Trabajo de Diploma, UCF (Cf). 2010.--65h.: illus.
- Bacigalupo, Enrique. Manual de Derecho Penal/ Enrique Bacigalupo.--Santa fe de Bogotá: Editorial TEMIS SA, 1996.--261p.
- Bergalli, R. El pensamiento Criminológico/ R Bergalli.--Bogotá: Editorial Temis SA, 1983.--268p.
- Biblioteca digital de tesis de doctorados y maestrías en ciencias de la Educación/ Elías Crespo Toledo...[et.al.].--Pinar del Rio: Órgano editor Educación Cubana, 2002.--[s.p.].
- Bolivia. Código Penal de Bolivia vigente.--La Paz, 1999.--132p.
- Castillo Vegas, Juan. El mundo jurídico de Fray Luis de León/ Juan Castillo Vegas.--Burgos: Universidad de Burgos, 2000.--98p.
- Chile. Código Penal de Chile.--Santiago de Chile, 1875.--152p.
- Colombia. Código Penal de Colombia.--Bogotá, 1980.--[s.p.].
- Consideraciones teórico-jurídicas acerca de la noción de Peligrosidad Social y su regulación. Derivaciones de su aplicación.--La Habana: IV Encuentro Internacional Justicia y Derecho, 2008.--32p.
- Correa García, Sergio. Peligrosidad. Tomado De: <http://forodelderecho.blogcindario.com>, 22 de octubre de 2010.
- Criminología/ M. Cassell...[et.al.].--La Habana: Editorial Félix Varela, 2006.--326p.
- Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Constitución de la República de Cuba.--La Habana, 1976.--22 p.
- Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley No. 5/77: Ley de procedimiento Penal.--La Habana, 1977.--88p.

- Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley No. 62/87: Código Penal.--La Habana, 1987.--96.p.
- Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley 82/97: De los Tribunales Populares.--La Habana, 1997.--[s.p.].
- Daza Gómez, Carlos. Teoría de la Imputación personal. Tomado De: <http://forodelderecho.blogcindario.com>, 22 de octubre de 2010.
- de la Mora Toledo, Yohanna. Causas que impiden la reeducación de los sancionados en Cuba. Una experiencia en el Consejo Popular de Reina/ Yohanna de la Mora Toledo; Silvia Zamora Martell, tutor.--Trabajo de Diploma, UCF (Cf), 2010--77h.: ilus.
- de Urrutia Torres, Lourdes. Metodología de la investigación Social I. Selección de lecturas/ Lourdes de Urrutia Torres; Grasiela González Oinedo.--La Habana: Editorial Félix Varela, 2003.--312p.
- Delgado Herrera, Zulema. La peligrosidad social del hecho como límite al IUS Puniendis en el Derecho Penal Cubano/ Zulema Delgado Herrera; Yoruanys Suárez Tejera, tutor.--Trabajo de Diploma, UCF, (Cf), 2010.--73h.: ilus.
- Derecho Penal Especial/ Carlos A Mejías Rodríguez...[et.al.].--La Habana: Editorial Félix Varela, 2005.--2t.
- Derecho Penal Especial/ Ramón de la Cruz Ochoa...[et.al.].--La Habana: Editorial Félix Varela, 2003.--t3.
- Díaz Perera Araoz, Alejandro J. Las garantías procesales establecidas en el proceso penal. ¿Del acusado o del Estado?/ Alejandro J Díaz Perera Araoz.--La Habana: III Encuentro Internacional Justicia y Derecho, 2006.--[s.p.].
- Diccionario Manual de Sinónimos y Antónimos de la Lengua Española Vox. © 2007 Larousse Editorial, S.L. Tomado De: <http://es.thefreedictionary.com/peligroso>, 10 de febrero de 2012.
- Ecuador. Código Penal de Ecuador.--Quito, 1999.--125p.
- El Salvador. Código Penal de El Salvador.--San Salvador, 1973.--140p.
- Fernández Bulté, Julio. Historia del Estado y el Derecho en Cuba/ Julio Fernández Bulté.--La Habana: Editorial Félix Varela, 2005.--378p.
- _____. Teoría del Estado y el Derecho/ Julio Fernández Bulté.--Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.-- 2t.

Fernández Calcines, Madelaine. La enfermedad mental como causa de disminución sustancial de la capacidad de culpabilidad en el Derecho Penal Cubano/ Fernández Calcines, Madelaine; Yoruanys Suárez Tejera, tutor.--Trabajo de diploma; Ucf, (Cf), 2011.--94h.: ilus.

Ferri, Enrico. Sociología Criminal/ Enrico Ferri.--Madrid: Centro Editorial de Góngora.--t2.

Figueroa Ortega, Yván José. Las medidas de seguridad. Algunas apreciaciones. Tomado De: http://www.proyectocodigopenal.com/iva_f.htm, 10 de enero del 2012.

Fonseca Morales, Gema María. Exención y atenuación de la responsabilidad criminal por anomalía o alteración psíquica. Especial referencia a su tratamiento jurisprudencial. Tomado De: <hera.ugr.es/tesisugr/16741006.pdf>, 10 de Enero de 2012.

Garay Hernández, Mario Arístides. Algunas Valoraciones Acerca del Estado Peligroso en Cuba/Mario Garay Hernández.--La Habana, Cuba: editorial Félix Varela, 2008.--92p.

Garófalo, Raffaele. Criminología. trad. Pedro Dorado Montero/ Raffaele Garófalo.--Madrid: Editorial La España Moderna.--425p.

Giribaldi Oddo, Alfredo. La última orientación en el Derecho criminal, en La Justicia Uruguaya/ Alfredo Giribaldi Oddo.--Montevideo: [s.n.], 1947.--t15.

Gómez Hernández Luis. Causas familiares que inciden en la conducta delictiva en menores de edad en el municipio de Cruces/ Luis Gómez Hernández; Silvia Zamora Martell, tutor.--Trabajo de Diploma, UCF (Cf), 2010.--98h.: ilus.

González Rodríguez, Marta. El Derecho penal desde una evaluación crítica. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, no. 10 y 11, 18 agosto 2008, tomado De: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-11.pdf>, 10 de febrero de 2012.

Grispigni, Filippo. Diritto penale italiano/ Filippo Grispigni.--Milano, 1947.--t1.

Hassemer. Fundamentos del Derecho Penal/ Hassemer.--Barcelona: Traducido por Arroyo Zapatero, 1984.--371p.

Hernández Sampier, Roberto. Metodología de la Investigación I/ Roberto Hernández Sampier.-- La Habana: Editorial Félix Varela, 2003.-- 475p.

Ibarra Martín, Francisco. Metodología de la Investigación Social/ Francisco Ibarra Martín.-- La Habana: Editorial Félix Varela, 2001.--292p.

J. Maier, Julio B. La Esquizofrenia del Derecho Penal/ Julio B. J. Maier.--La Habana: III Encuentro Internacional Justicia y Derecho, 2006.--[s.p.].

José Ingenieros. Criminología. Tomado De: <http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com>., 19 de Octubre de 2010.

Köhler, Michael. Sobre el estado de la teoría del delito/ Michael Köhler.--Madrid: Editorial Civitas, 2000.--p.77-78.

Lezcano Águila, Orieta Zuleika. El Debido Proceso/ Orieta Zuleika Lezcano Águila.--La Habana: III Encuentro Internacional Justicia y Derecho, 2006.--42p.

Manual de Historia General del Estado y el Derecho I/ Julio Fernández Bulté...[et.al.].--La Habana: Editorial Félix Varela, 2002.--2t.

Masot González, Amarellis Violeta. Estrategia Metodológica para evaluar habilidades investigativas en los estudiantes, en el proceso de enseñanza de la Maestría en Educación/ Amarellis Violeta Masot González; M C Lidia Lara Díaz, tutor.--Tesis en opción al Título Académico de Máster en Educación, UCF (Cf), 2009.--96h.

Maza Martín, José Manuel. Las medidas de seguridad y otras opciones penales aplicables a los supuestos de inimputabilidad plena y semiplena. Problemática. Tomado De: <http://intrranet.ucf.edu.cu>, 19 de noviembre de 2011.

Mir Puig, Santiago. Derecho Penal, Parte General/ Santiago Mir Puig.--6ta edición. Barcelona: editorial Reppertor, 2002.--243p.

_____. Introducción a las bases del Derecho Penal. Parte General/ Santiago Mir Puig.--Montevideo: editorial ib de f, 2003.--27p.

Peligrosidad. En Diccionario Jurídico, 2000.--[s.p.].

Penas y medidas de seguridad. Monismo versus dualismo. Tomado De: <http://intrranet.ucf.edu.cu>, 19 de noviembre de 2011.

Piñeiro Herrera, Abel. Propuesta de una Estrategia Didáctica para el desarrollo de habilidades cognitivas de manejo de la Bibliografía en los alumnos de Contabilidad y Finanzas/ Abel Piñeiro Herrera; Juana Maribel Suárez Guerra, tutor.--Tesis en opción al Título Académico de Máster en Educación, UCF, (Cf) 2010.--96h.: illus.

Quirós Pérez, Renén. Manual de Derecho Penal/ Renén Quirós Pérez.--La Habana: Editorial Félix Varela, 2002.--2t.

Reyes Terra, José María. La peligrosidad como condición, estado y circunstancia/ José María Reyes Terra.--Montevideo: Editorial Imago, 1980.--121p.

- Roxin, Claus. La determinación de la Pena a la Luz de los fines de la Pena, en culpabilidad y prevención en Derecho Penal. trad. Núñez Conde/ Claus Roxin.--Madrid: editorial Reus SA, 1981.--207p.
- Salas Beteta, Christian. Principio de oportunidad: conciliación en el Ámbito penal. Revista Internauta de Práctica Jurídica. (Perú) (19): 21-43, Enero-Junio 2007.
- Salgado Sánchez, Marielis. Los Tribunales Populares y el Control Social .Principales Avances y Dificultades/ Marielis Salgado Sánchez.--La Habana: III Encuentro Internacional Justicia y Derecho, 2006.--[s.p.].
- Senra Marchena, Nguyen. La reinserción social del transgresor en el municipio de Rodas. Contexto actual/ Nguyen Senra Marchena; Aurelio A Castillo Álvarez, tutor.--Trabajo de Diploma, UCF (Cf). 2010.--78h.: illus.
- Soler, Sebastián. Derecho penal argentino/ Sebastián Soler.--Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1992.--t2.
- Stratenwerth. El futuro del principio de culpabilidad. Traducción de Bacigalupo y Zugaldía/ Stratenwerth.--Madrid, [s.n.], 1980.--284p.
- Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal/ Marcelino Díaz Pinillo...[et.al.].--La Habana: Editorial Félix Varela, 2004.--3t
- Torres Aguirre, Armando. El fundamento de la pena.-- Revista jurídica: Justicia y Derecho, (6), marzo de 2006.
- Zaragoza Pupo, Carlos. La motivación de la Individualización de la Pena. Control Casacional. Ponencia Presentada en la Sociedad Cubana de Ciencias Penales.-- Ciudad de la Habana, 2005.--33p.



ANEXOS



ANEXO 1¹²⁵. Algunos instrumentos de protección a los Derechos Humanos promulgados a través de la historia.¹²⁶

Año	Nombre	Derechos que protege
1215	Carta Magna	Libertad individual, derecho al consentimiento de los impuestos y derecho de las ciudades.
1628	Petición de Derechos	Limitar el poder del Rey a través de la consulta a instancias parlamentarias.
1689	Declaración de Derechos	Libertad religiosa, libertad de prensa, limitar el poder del Rey.
1776	Declaración de Virginia	Vida, libertad, búsqueda de la felicidad, igualdad política, insurrección frente a la tiranía.
1789	Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano	Libertad individual, de pensamiento, de prensa y de credo; igualdad, seguridad y resistencia a la opresión.
1917	Constitución Federal de los Estados Unidos de México	Autodeterminación de los pueblos, derechos laborales, igualdad, derecho a la tierra, libertad de culto, enseñanza laica y gratuita, jornada de trabajo de ocho horas y asociación de los trabajadores.
1918	Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado (incorporada a la Constitución de la República Soviética Federativa Socialista Rusa)	Igualdad, derechos laborales, autodeterminación de los pueblos, derechos sociales.
1919	Constitución de la Organización Internacional del Trabajo	Derecho al trabajo, igualdad, libertad sindical, negociación colectiva.
1919	Constitución de Weimar - Alemania	Libertad de enseñanza, enseñanza obligatoria y pública, educación para la reconciliación entre los pueblos, derechos laborales.
1931	Constitución de la República Española	Enseñanza primaria gratuita y obligatoria, libertad de cátedra, enseñanza laica inspirada en ideales de solidaridad humana, enseñanza religiosa sujeta a inspección del Estado, libertad de conciencia y de culto, justicia, libertad de expresión.
1937	Constitución de Irlanda	Libertad de expresión, educación gratuita y no religiosa, libertad de conciencia, justicia.

¹²⁵ Rumbaut Socorro, Greter. Apuntes para una historia de los Derechos Humanos Tomado de: <http://intranet.ucf.edu.cu>, 10 de febrero de 2012.

¹²⁶ Ver Historia de los Derechos Humanos. Tomado de: http://www.derechos.org.ve/publicaciones/tdnb/historia_08.pdf, 22 de Febrero de 2008. (Nota de Rumbaut).

1948	Declaración Universal de los Derechos Humanos	Vida, libertad, igualdad, seguridad, integridad, participación política, seguridad social, educación, salud, trabajo, recreación, protección a la familia.
1948	Declaración americana de los derechos y deberes del hombre	Igualdad, vida, culto, expresión, familia, infancia, cultura, trabajo, descanso, seguridad social, justicia, nacionalidad, sufragio, propiedad, petición, asilo.
1966	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Salud, educación, trabajo, vivienda, alimentación, seguridad social.
1966	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Vida, integridad, libertad, seguridad, voto, participación política, justicia.
1969	Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial	Derecho a la igualdad en todos los planos sin distingos de raza.
1969	Convención Americana de los derechos del hombre o Pacto de San José	Derechos civiles y políticos. Progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

ANEXO 2: DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO DEL 26 DE AGOSTO DE 1789.

Artículo. 7. - Ninguna persona puede ser acusada, detenida ni encarcelada sino en los casos determinados por la Ley y según las formas prescritas en ella. Los que solicitan, facilitan, ejecutan órdenes arbitrarias deben ser castigados, pero todo ciudadano llamado o requerido en virtud de lo establecido en la Ley debe obedecer inmediatamente; se hace culpable por la resistencia.

Artículo 8. - La Ley no debe establecer más que penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada.

Artículo 9. - Toda persona, siendo presumida inocente hasta que sea declarada culpable, si se juzga indispensable su detención, la ley debe reprimir severamente todo rigor que no sea necesario para el aseguramiento de su persona.

ANEXO 3: Declaración Universal de los Derechos Humanos.¹²⁷

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo texto completo figura en las páginas siguientes. Tras este acto histórico, la Asamblea pidió a todos los Países Miembros que publicaran el texto de la Declaración y dispusieran que fuera "distribuido, expuesto, leído y comentado en las escuelas y otros establecimientos de enseñanza, sin distinción fundada en la condición política de los países o de los territorios".

PREÁMBULO

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias;

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión;

Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones;

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad;

Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y

Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso;

LA ASAMBLEA GENERAL *proclama la presente*

DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

¹²⁷ Se incluyen los artículos relacionados con la presente investigación.

Artículo 2

1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Artículo 3

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo 5

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 6

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 7

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Artículo 9

Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

Artículo 10

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Artículo 11

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Artículo 12

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Artículo 16

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Artículo 28

Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

Artículo 29

1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

3. Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Artículo 30

Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.

ANEXO 4: Las medidas de seguridad en algunos Códigos de la región.

CÓDIGO PENAL DE COLOMBIA.

TÍTULO V

De las medidas de seguridad

CAPÍTULO ÚNICO

ART. 93.- Especies. Son medidas de seguridad:

1. La internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada.
2. La internación en casa de estudio o de trabajo.
3. La libertad vigilada.

ART. 94.- Internación para enfermo mental permanente. Al inimputable por enfermedad mental permanente, se le impondrá medida de internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada, de carácter oficial, en donde será sometido al tratamiento científico que corresponda.

Esta medida (tendrá un mínimo de dos (2) años de duración y un máximo indeterminado). Se suspenderá condicionalmente cuando se establezca que la persona ha recuperado su normalidad psíquica.

NOTA: Los apartes del artículo que aparecen entre paréntesis fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional (Sent. C-176, mayo 6/93).

ART. 95.- Internación para enfermo mental transitorio. Al inimputable por enfermedad mental transitoria, se le impondrá la medida de internación en establecimiento psiquiátrico o similar, de carácter oficial, en donde será sometido al tratamiento que corresponda.

Esta medida (tendrá un mínimo de seis (6) meses de duración y un máximo indeterminado. Transcurrido el mínimo indicado) se suspenderá condicionalmente cuando se establezca que la persona ha recuperado su normalidad psíquica.

NOTA: Los apartes del artículo que aparecen entre paréntesis fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional (Sent. C-176, mayo 6/93).

ART. 96.- Otras medidas aplicables a los inimputables. A los inimputables que no padezcan enfermedad mental, se les impondrá medida de internación en establecimiento público o particular, aprobado oficialmente, que pueda suministrar educación o adiestramiento industrial, artesanal o agrícola.

Esta medida (tendrá un mínimo de un (1) año de duración y un máximo indeterminado) se suspenderá condicionalmente cuando se establezca que la persona haya adquirido suficiente adaptabilidad al medio social en que se desenvolverá su vida.

Cuando se tratare de indígena inimputable por inmadurez psicológica, la medida consistirá en la reintegración a su medio ambiente natural.

NOTA: Los apartes del artículo que aparecen entre paréntesis fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional (Sent. C-176, mayo 6/93).

ART. 97.- Libertad vigilada. La libertad vigilada podrá imponerse como accesoria de la medida de internación, una vez que ésta se haya cumplido, y consiste:

1. En la obligación de residir en determinado lugar por término no mayor de tres (3) años.
2. La prohibición de concurrir a determinados lugares públicos hasta por tres (3) años.
3. En la obligación de presentarse periódicamente ante las autoridades encargadas de su control hasta por tres (3) años.

ART. 98.- Control judicial de las medidas de seguridad. (Transcurrido el término mínimo de duración de cada medida de seguridad) del juez está en la obligación de solicitar semestralmente informaciones tendientes a establecer si la medida debe continuar, suspenderse o modificarse.

NOTA: Los apartes entre paréntesis fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional (Sent. C-87, feb. 26/97).

ART. 99.- Sustitución y prórroga. El juez podrá sustituir una medida de seguridad durante su ejecución por otra más adecuada, si así lo estimare conveniente, de acuerdo con la personalidad del sujeto y la eficacia de la medida.

También podrá el juez prolongar y aun sustituir por otra, la medida de vigilancia cuando hubiere sido quebrantada, pero sin exceder del límite máximo de su duración.

ART. 100.- Revocación de la suspensión condicional. Podrá revocarse la suspensión condicional de la medida de seguridad cuando oído el concepto de perito, se haga necesaria su continuación.

Transcurridos diez (10) años continuos desde la suspensión condicional de una medida de seguridad (de duración máxima indeterminada), el juez declarará su extinción, previo dictamen de perito.

NOTA: Los apartes entre paréntesis fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional (Sent. C-87, feb. 26/97).

ART. 101.- Suspensión o cesación de las medidas de seguridad. La suspensión o cesación de las medidas de seguridad se hará por decisión del juez, previo dictamen de experto oficial.

Si se tratare de la medida prevista en el artículo 96, el dictamen podrá sustituirse por concepto escrito y motivado de la junta o consejo directivo del establecimiento en donde se hubiere cumplido la internación. A falta de junta o consejo directivo, el concepto lo emitirá su director.

ART. 102.- Cómputo de la detención preventiva. El tiempo de la detención preventiva se computará como parte cumplida del mínimo previsto en estas disposiciones, si la persona ha estado sometida al tratamiento o régimen especial que le corresponda.

CÓDIGO PENAL DEL SALVADOR

TITULO IV

MEDIDAS DE SEGURIDAD

CAPITULO UNICO

CLASES DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

Art. 93.- Las medidas de seguridad serán, según corresponda a la situación del sujeto, de internación, tratamiento médico ambulatorio o vigilancia.

La internación consistirá en la aplicación de un régimen especial de privación de libertad y se cumplirá en colonias agrícolas, institutos de trabajo u otros establecimientos similares, o en secciones destinadas para tal objeto en los centros penales.

El tratamiento médico ambulatorio consiste en la obligación de la persona de someterse a tratamiento terapéutico de carácter psiquiátrico o psicológico, sin que se requiera internación en ningún centro especial.

La vigilancia podrá comprender restricción domiciliaria, fijación de reglas de conducta o controles periódicos a juicio del juez de vigilancia correspondiente.

IMPOSICION DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

Art. 94.- Las medidas de seguridad podrán imponerse a las personas exentas de responsabilidad penal con base en el número 5 del artículo 27 de este Código.

Tales medidas sólo podrán ser impuestas en el caso que el sujeto, si hubiese sido juzgado como imputable, le habría correspondido la aplicación de una pena.

PENA Y MEDIDA DE SEGURIDAD CONJUNTAS

Art. 95.- Cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para excluir totalmente la responsabilidad penal en los casos del número 5 del artículo 27 de este Código, el juez o tribunal, además de la pena señalada podrá imponer al autor alguna de las medidas de seguridad aquí previstas. En todo caso la medida se cumplirá antes que la pena y el término de su duración se computará como cumplimiento de ésta. El juez de vigilancia correspondiente, ordenará la suspensión de la medida, cuando estime que ya no es necesaria, pero su duración no podrá exceder el tiempo que correspondería como pena.

Una vez cumplida la medida de seguridad el Juez de Vigilancia correspondiente, podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de la medida, suspender el cumplimiento del resto de aquella.

PRESCRIPCION DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Art. 103.- Las medidas de seguridad prescriben a los cinco años, si son privativas de la libertad y a los tres años, si no lo son.

El término de la prescripción comenzará a correr desde que quede firme la resolución que impuso las medidas de seguridad o en caso de cumplimiento sucesivo, desde que debió empezar a cumplirse.

PROHIBICION DE EXTINCION DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

Art. 106.- Las medidas de seguridad no se extinguen por amnistía ni por indulto.

CANCELACION DE REGISTROS DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

Art. 113.- Las anotaciones de las medidas de seguridad impuestas conforme a este Código se harán en la misma forma que los antecedentes penales y serán canceladas una vez cumplida o prescrita la respectiva medida y mientras tanto, solo figurarán en las certificaciones que el registro expida con destino al juez de vigilancia correspondiente, en los casos establecidos en la ley.

CÓDIGO PENAL DE NICARAGUA

Título IV

Capítulo I

Medidas de seguridad

Arto. 96.- Son medidas de seguridad:

- a) El internamiento en una casa de salud o en una colonia agrícola para enfermos mentales, o intoxicados por el alcohol o estupefacientes.
- b) La libertad vigilada.
- c) El internamiento en una escuela de trabajo, o en un reformatorio.
- d) También se tendrán como medidas de seguridad o protección para los casos de violencia entre los miembros de la familia en aquellos hechos que no constituyan delito, las contempladas en el artículo 102 Pn.

Arto. 97.- El internamiento a que se refiere el inciso a) del artículo anterior, se cumplirá en centros especiales para delincuentes que padezcan enajenación mental o intoxicación, o en secciones especiales de la casa de salud para enfermos mentales o intoxicados.

Arto. 98.- El internamiento en los establecimientos atrás mencionados subsistirá hasta que el enfermo mental o intoxicado deje de ser un peligro para la sociedad. Dicho internamiento deberá cesar por resolución judicial, previa audiencia del Ministerio Público y dictamen de dos peritos médicos.

Arto. 99.- La libertad vigilada consiste en confiar a los enfermos de la mente o intoxicados por drogas heroicas, al cuidado de su familia o de internarlos en una casa de salud, hospital o manicomio común, previo dictamen de dos peritos médicos y audiencia del Ministerio Público, y por el tiempo mínimo indispensable para que cese su peligrosidad delictiva.

Arto. 100.- Cuando el delito fuere cometido por personas mayores de 70 años o valetudinarias sin acusar ningún estado de peligrosidad, podrán ser detenidas en sus casas, previa audiencia del Ministerio Público y dictamen del médico forense.

Arto. 101.- Cuando el delito fuere cometido por mujeres, deberán ser internadas en cárceles destinadas exclusivamente para ellas, o en pabellones de los establecimientos penales, debidamente separados de las celdas de los varones.

Estas cárceles y pabellones, deberán ser manejados por carceleras mujeres.

Arto. 102.- Las medidas de protección permanecerán vigentes hasta el completo alivio o readaptación social del asegurado, previo dictamen de peritos especialistas y audiencia del procurador correspondiente.

Cuando la acción u omisión fuere cometida por un miembro de la familia hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad dentro de la familia conviviente, o en unión de hecho estable, la autoridad judicial que conozca de oficio o a petición de parte podrá aplicar según el caso las siguientes medidas de protección:

- 1) Prohibir o restringir la presencia de la persona denunciada en el domicilio de la ofendida u ofendido dentro de un radio mínimo de ciento cincuenta metros.
- 2) Ordenar la reintegración de la persona ofendida al hogar del que hubiere sido sacada con violencia o intimidación.
- 3) Prohibir o limitar la presencia de la persona denunciada al lugar del trabajo de la persona ofendida u ofendido dentro de un radio mínimo de ciento cincuenta metros.
- 4) Ofrecer a la persona ofendida la atención médica, psicológica o psiquiátrica en caso de que fuere necesaria. A igual atención se someterán en caso necesario a la persona denunciada para su rehabilitación y evitar la reincidencia.
- 5) Ordenar el examen bio-psico-social de los menores involucrados en hechos de violencia intrafamiliar y brindarles su debida atención.

En caso de denuncias de maltrato infantil se solicitará a la autoridad correspondiente la intervención de organismos especializados que realicen la investigación y brinden apoyo, asesoría, consejería y seguimiento a la Familia involucrada.

- 6) La persona denunciada deberá prestar las garantías suficientes que determine el Juez para compensar los posibles daños ocasionados a la persona ofendida.
- 7) El decomiso de armas en posesión del presunto agresor.
- 8) En casos que la víctima fuere menor de edad o persona con discapacidad, la autoridad judicial competente podrá confiar provisionalmente la guarda protectora a quien considere idóneo para tal función, si estuviere confiada al agresor.
- 9) Prohibir toda forma de hostigamiento que perturbe la tranquilidad de la ofendida u ofendido incluyendo los medios electro-magnéticos o de otra índole.
- 10) En el caso de las Comunidades de la Costa Atlántica las medidas de seguridad serán aplicadas por el Juez comunal de acuerdo a los medios y procedimientos tradicionales y las leyes vigentes.
- 11) Esta medida de seguridad la autoridad judicial deberá tomarla al momento de tener conocimiento de los hechos, siempre que los mismos no constituyan delito. Para el cumplimiento de las mismas, podrá ordenar la ayuda de la fuerza pública.

CÓDIGO PENAL DEL PERÚ

TITULO IV

DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Medidas de seguridad-Clases

ARTÍCULO 71°.- Las medidas de seguridad que establece este Código son:

1. Internación; y
2. Tratamiento ambulatorio.

Requisitos para la aplicación

ARTÍCULO 72°.- Las medidas de seguridad se aplicarán en concurrencia con las circunstancias siguientes:

1. Que el agente haya realizado un hecho previsto como delito; y
2. Que del hecho y de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos.

Principio de Proporcionalidad

ARTÍCULO 73°.- Las medidas de seguridad deben ser proporcionales con la peligrosidad delictual del agente, la gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometiera si no fuese tratado.

Internación

ARTÍCULO 74°.- La internación consiste en el ingreso y tratamiento del inimputable en un centro hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado, con fines terapéuticos o de custodia.

Sólo podrá disponerse la internación cuando concurra el peligro de que el agente cometa delitos considerablemente graves.

Duración de la internación

ARTÍCULO 75°.- La duración de la medida de internación no podrá exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicarse por el delito cometido.

Sin perjuicio de que el Juez lo solicite cada seis meses, la autoridad del centro de internación deberá remitir al Juez una pericia médica a fin de darle a conocer si las causas que hicieron necesaria la aplicación de la medida han desaparecido.

En este último caso, el Juez hará cesar la medida de internación impuesta.

Tratamiento ambulatorio

ARTÍCULO 76°.- El tratamiento ambulatorio será establecido y se aplicará conjuntamente con la pena al imputable relativo que lo requiera con fines terapéuticos o de rehabilitación.

Aplicación de internación antes de la pena-Cómputo

ARTÍCULO 77°.- Cuando se necesite aplicar una medida de internación a un imputable relativo, o a un toxicómano o alcohólico imputable, el Juez dispondrá que ella tenga lugar antes de la pena. El período de internación se computará como tiempo de cumplimiento de la pena sin perjuicio que el Juez pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración atendiendo al éxito del tratamiento.