

XV Jornadas de Investigación y Cuarto Encuentro de Investigadores en Psicología del Mercosur. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2008.

## **Antecedentes penales, condiciones personales y “peligrosidad”.**

García Sir, Carina Beatríz.

Cita:

García Sir, Carina Beatríz (2008). *Antecedentes penales, condiciones personales y “peligrosidad”*. XV Jornadas de Investigación y Cuarto Encuentro de Investigadores en Psicología del Mercosur. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-032/550>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/efue/rMd>

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

# ANTECEDENTES PENALES, CONDICIONES PERSONALES Y “PELIGROSIDAD”

García Sir, Carina Beatriz  
FONCyT. Argentina

## RESUMEN

El presente trabajo indaga la cuestión de la “peligrosidad” asociada a las condiciones personales del sujeto y su importancia en la determinación y graduación de la pena.

### Palabras clave

Peligrosidad Condiciones personales

## ABSTRACT

PENAL ANTECEDENTS, PERSONAL CONDITIONS AND “DANGEROUSNESS”

The present work enquires the question of “dangerousness” associated to the subject’s personal conditions and its importance in the determination and graduation of the penal sanction.

### Key words

Dangerousness Personal conditions

## INTRODUCCIÓN

*“La justicia es una víbora que sólo muerde el pie descalzo”.*

### Refrán popular

El objetivo del presente trabajo es indagar el inciso 2º del artículo 41 del CP Argentino en función de las condiciones personales del sujeto y la “peligrosidad”.

Para tal fin se tomaron fragmentos de entrevistas semi estructuradas realizadas durante el período 2007 dentro del marco del proyecto de investigación: “Representaciones Sociales de los Agentes Judiciales” (PAV 065) dirigido por la Dra. Marta Gerez Ambertín.

El análisis discursivo de las mismas se hará desde la propuesta de Foucault de: “captar el enunciado en su estrechez y la singularidad de su acontecer; de determinar las condiciones de su existencia, de fijar sus límites de la manera más exacta, de establecer sus correlaciones con los otros enunciados que pueden tener vínculo con él, de mostrar otras formas de enunciación que excluye.” (Foucault, 1970:45).

Vale decir, que el análisis apuntará a la continuidad y discontinuidad, a las rupturas, a los cortes, a las lagunas en las producciones discursivas con relación al tema de la “peligrosidad”.

## DESARROLLO

El Art. 41 del C. P. (1), refiere, por un lado, a una cuestión “formal u objetiva”, que sería el hecho delictivo en sí, y por el otro, a las condiciones personales del acusado, que serían las que determinarían su mayor o menor “peligrosidad”.

Este artículo sufrió varias modificaciones hasta su promulgación final en 1917, en el cual el concepto de “peligrosidad” sería el más claro ejemplo de la influencia del Positivismo italiano en el ordenamiento Penal Argentino (Zaffaroni, 2000).

Tanto en el material bibliográfico consultado como en las entrevistas realizadas se registraron al menos dos posturas diferentes respecto a la referencia de la “peligrosidad” en la determinación y graduación de la pena, a saber:

Para el Dr. Soler (jurista argentino): “La determinación de la pena funciona en nuestro sistema como un doble proceso, consistente en fijar, en primer lugar, los aspectos objetivos del hecho y,

luego, las circunstancias en las que pueda inducirse el grado de peligrosidad del sujeto” (Soler, 1929:420).

Con relación a este doble proceso, uno de los jueces entrevistados expresa: “*Cuando hablo de historia de vida estoy hablando de los artículos 40 y 41 pero, además, lo tengo en cuenta al momento de graduar la pena. Pero no al momento de establecer la responsabilidad sobre el hecho, la autoría del hecho, pero sí sobre la graduación de la pena.” (Entrevista N° 10, en adelante E-10).*

Sí se tienen en cuenta ambas cuestiones, es decir, hecho y autor, surge el interrogante: ¿Se juzga el hecho para establecer la responsabilidad y se juzga al autor para otorgar la medida de la pena?

Por otra parte, los Dres. González Roura y Malagarriga consideran que la medida de la pena no es más que la medida de la peligrosidad, mientras que para el Dr. Eusebio Gómez (jurista argentino), la “peligrosidad” es “una de las circunstancias a tener en cuenta.” (Gómez, 1952:525).

De las entrevistas realizadas, una fiscal refiere a este punto de la siguiente manera: “*En mi trabajo, nosotros no lo tenemos en cuenta (a la historia de vida), pero eso ya se hace por el artículo 41, ya se toma para dictaminar sentencia. Y sí, se le da importancia, porque justamente el artículo 41, si vos lo vas desmenuzando, hace a la forma de vida, a las posibilidades de ganarse el sustento y todo eso. Sí, yo diría que tiene el 50% de importancia*” (E-9).

Con esta afirmación no queda lo suficientemente claro si el Art. 41 es tenido en cuenta para determinar la responsabilidad jurídica del hecho o para la graduación de la pena.

Continuando en esta línea, según el Dr. Zaffaroni, fue el Dr. Ramos (jurista argentino) quién impulsó la interpretación de que todos los criterios son indicadores de “peligrosidad” (Zaffaroni, 2000:996).

Así, por ejemplo, el Dr. Nuñez, y el Dr. Fontán Balestra, entre otros, sostienen que la “peligrosidad” no sólo es la medida sino también el fundamento de la pena. (Fontan Balestra, 1995:537).

Se observa entonces el enunciado de dos posturas diferentes:

- Para algunos juristas el Art. 41 supone, en primer lugar, determinar la responsabilidad del hecho y, en segundo lugar, la graduación de la pena por el delito cometido, donde la “peligrosidad” sería sólo uno de los indicadores a tener en cuenta.
- Para otros, la “peligrosidad” jugaría un papel preponderante, no sólo para la determinación de la responsabilidad sino, además, como el mayor indicador para la graduación de la pena.

De una u otra manera, la referencia a la “peligrosidad” siempre aparece involucrada, ya sea para dictaminar sentencia o para otorgar la medida de la pena.

Ahora bien, al indagar acerca de qué se entiende por las condiciones personales que refiere el inciso 2º del artículo 41 del CP, los magistrados respondieron:

*“Historia de vida del sujeto no es solamente los antecedentes sino si fue criado por sus padres, si fue a la escuela, si fue golpeado, si fue víctima de abuso sexual, el nivel de educación”.* (E-5).

*“Si es una persona sin antecedentes va a jugar a su favor, pero si es una persona con antecedentes la historia de vida juega en su contra”* (E-8).

*“Doy mucha importancia a los antecedentes y, dentro de los mismos, entra la historia de vida del hombre: su familia, la posibilidad de terminar su educación, la figura del padre, etc.”* (E-13).

De estas afirmaciones se desprenden como “historia de vida del sujeto”: los antecedentes y las condiciones personales, a continuación se detallan cada una de ellas:

### • Los antecedentes

En Derecho Penal existe un principio que reza: “*Ne bis in idem*” que implica “Nunca dos veces (juzgado, investigado, sancionado) por el mismo hecho”. Si un hecho ya fue sancionado y el acusado ya cumplió con su condena, ¿por qué se habrían de tener en cuenta al momento de dictaminar sentencia?

### • Las condiciones personales

Comprende la educación, el entorno familiar y social, etc. Ante esto cabría preguntar: ¿se sectoriza el delito según el estrato

social, económico y familiar? Es decir, ¿qué ocurre con aquellos que tuvieron una familia, que “fueron criados por sus padres”, que no fueron “víctimas de abuso sexual”, que tuvieron la posibilidad de terminar su educación? ¿La historia de vida juega a su favor o en su contra?

Siguiendo en este desarrollo se citarán dos respuestas que reflejan con mayor precisión la diferenciación que existe entre los sujetos que delinquen según el estrato social al que pertenecen:

Un juez comenta: *“No es que no tengan razón los positivistas que se basaban en métodos experimentales, basados en los métodos de las ciencias naturales, sí tenían razón en decir de que había individuos que son más peligrosos, o sea, que están más expuestos, como ser: las personas que no tiene domicilio, que no tienen la contención de una familia, que son alcohólicos, las prostitutas”* (E-9).

Se puede decir que el eje central en esta expresión sería el sujeto y su entorno, y no el sujeto y su hecho delictivo. El delito aparecería como un modo de vida, como un modo de pensar, como un modo de reacción y, por qué no, como algo adquirido de lo que sería muy difícil escapar.

Otro magistrado expresa: *“Lo que pasa es que nosotros manejamos ciertos delitos en el ámbito Federal... la lucha está más centrada en hechos muy significativos, de mucha magnitud, cometido por personas que se supone que han tenido, yo me animaría a decir, una vida normal. Yo aquí, por ejemplo, manejo causas por violación a los derechos humanos, y si nosotros analizamos quiénes han sido las personas que han cometido actos aberrantes de violación a derechos humanos, que van desde Generales de la Nación, o sea, militares, gendarmes, policías, o sea, personas que han tenido una educación, una formación incluso muy estricta, como la que se tiene normalmente en los institutos militares, y sin embargo, no han tenido ningún problema de cometer los actos que han cometido. Pero además respondiendo a una ideología determinada, o sea, en el absoluto convencimiento de que lo que hacían lo hacían porque así debía ser. Entonces, ya ésta pregunta queda un poquito fuera de contexto. Otros casos que tenemos nosotros, por ejemplo, de corrupción, estafas al Estado, defraudaciones, por cuestiones de contrabando o del hecho penal tributario, que no son personas que estén mal influenciadas por su medio como para que lo lleven a ese tipo de delitos salvo, (...), que ya se han criado en un ámbito donde lo más normal sea cometer ese tipo de hechos”* (E-4).

En esta respuesta, lo “normal” refleja una educación estricta, el responder a una ideología determinada pero, a pesar de ello, esa educación no los privó de realizar los delitos que cometieron. Sin embargo, son sujetos que no “(...) están mal influenciados por el medio”.

En “La vida de los hombres infames” Foucault, comenta un caso donde el acusado se niega a declarar, se niega a justificar su delito. El autor evidencia la manera cómo el tribunal no logra comprender esta conducta del reo, pero igualmente la juzga y lo sanciona por el hecho delictivo.

Cabe aclarar que no es que la justicia no pueda condenar a un sujeto sólo por un hecho, como en este caso particular en donde el implicado se reservó el derecho a declarar, ya que, sin lugar a dudas “(...) la responsabilidad jurídica, seca y desnuda, autoriza formalmente un castigo, pero no puede darle un sentido” (Foucault, 1983: 246).

De este modo se podría preguntar: ¿el sentido otorgado a ese delito es el sujeto mismo? ¿La historia de vida, las condiciones personales, lo que el sujeto es, darían cuenta del por qué el acusado cometió “ese” delito?

## CONCLUSIÓN

En esta indagación acerca de la “peligrosidad” asociada a las condiciones personales del sujeto (Art. 41, inc. 2° CP) se pudo ir observando cuál es el lugar que ocupa ésta a la hora de dictaminar sentencia u otorgar la medida de la pena.

El Código Penal Argentino no sólo establece cuáles son los delitos sino, además, cuáles son sus consecuencias, de manera

que la graduación de la pena se encuentra pre establecida. Esto es que, según el delito, la medida de la pena variará desde una cierta cantidad de años hasta otra.

De acuerdo a lo trabajado en esta presentación, se pudo ir delimitando que para algunos juristas la “peligrosidad” no es tenida en cuenta para determinar la responsabilidad jurídica del hecho cometido, pero sí para la graduación de la pena; para otros ésta juega un papel importante tanto para dictaminar sentencia como así también para la medida de la pena.

Con esto, se remarca que tanto en uno como en otro caso la referencia a la “peligrosidad” en el sistema jurídico es entendida generalmente en función de las condiciones personales del sujeto, en donde las mismas serían una suerte de camino “inevitable” hacia lo delictivo.

Dentro de lo que debería ser o cómo debería funcionar la institución judicial se encuentra la siguiente expresión que da cuenta de una tercera posibilidad y es la no aceptación de la “peligrosidad”; expresa un fiscal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: *“La medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma, o sea, que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad del autor (...). De este modo, nuestra Constitución impuso desde siempre un Derecho Penal de Acto, es decir, un reproche del acto ilícito en razón de la concreta posibilidad y ámbito de reproche, y rechaza toda forma de reproche a la personalidad del agente. No se pena por lo que se es sino por lo que se hace”*. (Casal, 2005:14).

En consecuencia: la medida de la pena debe ser proporcional a la culpabilidad del autor, es decir, al hecho delictivo cometido y no debería reflejar la “personalidad del agente”. De este modo no se penaría a alguien por lo que es, sino por lo que hizo.

Para finalizar, lo haré desde una cita de Foucault que expresa: *“Bajo el nombre de crímenes y de delitos, se sigue juzgando efectivamente objetos jurídicos definidos por el código, pero se juzga a la vez pasiones, instintos, anomalías, achaques, inadaptaciones; se castigan las agresiones, pero a través de ellas las agresividades”* (Foucault, 1976:25).

---

## BIBLIOGRAFÍA

- (1) Art. 41 del C. P.: “A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:
- 1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causado;
  - 2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad” (Código Penal Argentino. 1999:17).
- Achával, A.: “Manual de Medicina Legal. Práctica Forense”. 5º edición. Abeledo - Perrot. Bs. As. Argentina. 2000
- CASAL, E.: Corte Suprema de Justicia de la Nación. Partes M., D. E. y otros. Publicado en: LA LEY 2006-C, 288. Fecha 7 de diciembre de 2005
- FONTAN BALESTRA, C.: “Derecho penal. Introducción y parte general”. Decimoquinta edición. Artes gráficas Candil. Bs. As. 1995
- FOUCAULT, M.: (1970) “La arqueología del saber”. Siglo XIX. México. 1984
- FOUCAULT, M.: (1976) “Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión”. Siglo XIX. Bs. As. 2002
- FOUCAULT, M.: (1983) “La vida de los hombres infames”. ALTAMIRA. Argentina. 1992
- GÓMEZ, E.: “Leyes Penales Anotadas”. Bs. As. 1952
- ZAFFARONI, E.: “Derecho Penal. Parte General”. EDIAR. Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Bs. As. 2000