



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

CARRERA: ABOGACIA

TITULO: "LA INDETERMINACIÓN TEMPORAL DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL ART.34, INC. 1° DEL CÓDIGO PENAL"

ALUMNA: ANA MARÍA MAÑANES.

FECHA: JULIO DE 2004.-

BUENOS AIRES, 23 DE OCTUBRE DE 2003.

Dra. María Susana Ciruzzi:

Tengo el agrado de dirigirme a Ud. a fin de solicitarle sea mi tutora en la presentación del trabajo final sobre el tema: "La indeterminación temporal de las medidas de seguridad en el artículo 34, inc.1 del código penal".

Saludo a Ud. atte.

Ana M. Mañanes.

D.N.I N°:6.220.264

ÍNDICE:

Capítulo I: "La indeterminación temporal de las medidas de seguridad en el artículo 34 inc.1° del Código Penal"

I- Introducción. Planteo del problema.	7
II- Del estado del conocimiento.	8
III- Hipótesis principal.	9
IV- Su justificación.	9
V- Consecuencia.	9

Capítulo II: Naturaleza de la medida de seguridad.

II. 1. Criterios que determinan la naturaleza jurídica de las medidas de seguridad.	12
II. 1.1. Penas y medidas de seguridad.	14
II. 2. Argumento preventivo.	16
II. 3. Argumento terapéutico o asistencial.	19
II. 4. Teoría de la unificación.	20
II. 5. Las Medidas de seguridad son consecuencias penales y no civiles.	23
II. 6. Las medidas son verdaderas sanciones penales.	24
II.7. Resumen: Naturaleza de las medidas de seguridad.	28

Capítulo III. Capacidad de culpabilidad (imputabilidad).

III. 1. Método para evaluar la incapacidad.	34
III. 2. Antecedentes legales.	36
III. 3. El problema dogmático de la capacidad de culpabilidad.	39
III. 3.1. Capacidad de culpabilidad y el destinatario de las normas.	40
III. 4. La fórmula del Código Penal Argentino.	42
III. 4.1. Análisis de la fórmula.	43
III. 4.2. Consecuencia de la incapacidad de culpabilidad.	52

Capítulo IV. Las medidas previstas en el Art.34. Código Penal

IV. 1. Antecedentes y proyectos nacionales.	54
---	----

IV. 2.	Régimen actual.	58
IV. 3	Diferencia entre ambas.	59
Capítulo V. Imposición de la medida de seguridad.		60
V.1.	Comisión de un hecho.	60
V. 1.2.	Función garantizadora.	61
V. 2.	El problema de la peligrosidad.	63
V. 2.2.	Peligrosidad social o criminal.	66
V. 2.3.	Diagnóstico psiquiátrico forense de la peligrosidad.	66
V. 2.4.	Principio de mínima intervención.	67
V. 2.5.	Delito y peligrosidad como presupuesto de la medida.	69
V. 2.6.	Diagnóstico médico-legal de peligrosidad.	70
V. 3.	Principio de proporcionalidad. Generalidades.	72
V. 3.1.	Principio de proporcionalidad como límite de intervención penal estatal.	74
V. 3.2.	El principio de proporcionalidad y los límites de la duración de la medida de seguridad.	76
Capítulo VI. Ejecución de la medida de seguridad.		80
VI. 1.	Establecimiento donde debe cumplirse.	81
VI .2..	Posibilidad de conceder permisos de salida.	83
VI. 2.1.	Competencia en el control de la intervención. Jurisprudencia.	84
Capítulo VII. Cesación de la medida de seguridad.		86
VII.1.	Consideraciones sobre el tema.	86
VII.2.	Externación del paciente.	87
Capítulo VIII. Problema de la indeterminación temporal de la medida.		90
VIII. 1.	Violación del principio de legalidad.	91
VIII. 2.	Violación del principio de razonabilidad.	98
VIII. 3.	Determinación del límite temporal.	100

Capítulo IX. Referencia a la experiencia española.	104
X. 1. El reconocimiento de la dignidad humana como fundamento del orden político y la paz social.	105
IX. 1.2. Derechos y libertades.	105
IX. 1.3. Fundamentos y fines de la pena en el estado social democrático.	106
IX. 2. Garantías y principios rectores en la internación Penal española.	106
IX. 2.1. El tratamiento jurídico del enfermo mental en el Consejo de Europa y sistema de garantías penal español.	106
X. 2.2. Los instrumentos de protección del enfermo mental, en el Consejo de Europa en relación con la salvaguarda de los derechos humanos y libertades fundamentales.	107
IX.2.3. El Convenio europeo para la protección de los derechos del hombre: y de las libertades fundamentales.	108
IX. 2.4. Recomendaciones del Consejo de Europa dirigidas a la protección de los enfermos mentales.	108
X. 3. Régimen aplicable en caso de apreciación de eximente completa de enajenación mental.	109
 Capítulo X. La evolución de la noción de individuo peligroso en psiquiatría legal.	 113
X.1. El sentido histórico de la alienación mental.	113
X. 2. Evolución del concepto de individuo peligroso.	114
X. 3. Medidas privativas y restrictivas de libertad del enfermo mental en el proceso penal.	116
X. 4. Resumen de nuevas propuestas.	117
 XI. Conclusiones-Generales	 120
XI. 2. Conclusiones.	120

XI. 3.	Propuesta de solución al problema.	121
NOTAS BIBLIOGRÁFICAS		123
BIBLIOGRAFÍA GENERAL		147
JURISPRUDENCIA		152
•	SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MENDOZA FISCAL C/MENDEZ ORTURBIA.	153
•	CAMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL, SALA I VICTOR RANIERI.	168
•	CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL, SALA I. C.,M.G.	183
CUADROS COMPARATIVOS: ESTADÍSTICA DE C.S.J.N		192
•	CUERPO MÉDICO FORENSE. 2002/2003	193
•	JUZGADOS NACIONALES DE EJECUCIÓN PENAL 2002/2003	195

“LA INDETERMINACIÓN TEMPORAL DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL ARTÍCULO 34 INC. 1º DEL CÓDIGO PENAL”

I. Introducción. Planteo del problema

El estudio sobre el problema de la indeterminación temporal en las medidas de seguridad del artículo 34 inc.1 del Código penal Argentino, desde 1921 a nuestros días.

Las medidas de seguridad de acuerdo con la regulación del art. 34 inc. 1º Código Penal se aplican a aquella persona que ha sido declarada incapaz de culpabilidad basado en alguna de las causas biológicas-psiquiátricas enumeradas en la ley, que llevan a que en el momento del hecho típico no haya podido comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones.¹

En este contexto, la ley exige para la aplicación de las medidas que el sujeto sea peligroso para sí o para terceros. Es el concepto de peligrosidad el que rige la medida, en contraposición a la pena, que exige la culpabilidad. La dicotomía es: pena- culpabilidad; medida- peligrosidad. De modo tal, que se puede decir que la culpabilidad es el fundamento de la pena, y la peligrosidad el de la medida de seguridad.²

En el caso de la pena, y aún en supuestos de delitos graves, que lleven a la prisión o reclusión perpetua, la ley tiene mecanismos que hacen que la duración de la pena tenga siempre un límite, de acuerdo al art. 13 Código Penal³ y a la ley de Ejecución penal 24.660.⁴

En cambio, en el caso de la medida de seguridad, en el actual sistema del art.34, inc.1, la duración de la medida no tiene límites, sino que ella se mantiene mientras no desaparece la peligrosidad de la persona. Con lo cual no existe relación con el injusto cometido, sino con la persona, su peligrosidad, y su incapacidad de comprender o dirigir sus actos. En resumen, esta peligrosidad puede no desaparecer nunca y la medida de seguridad puede llegar a ser perpetua, sin tener relación con el injusto del acto. Por este motivo, el incapaz de culpabilidad queda en peor situación que el capaz. Se suma el problema que el criterio de peligrosidad lo determina en la práctica el perito médico y los criterios para determinarla son ambiguos y difusos, de modo que en la mayoría de los casos y a los efectos de cubrirse de cualquier responsabilidad, el profesional, en la duda, elige el camino de internación.

Pese a los avances logrados en saber médico-psiquiátrico, no se han modificado los criterios referente a las medidas de seguridad. Desde 1921 año en que se dictó el Código Penal de la República Argentina, a nuestros días, no se ha expresado claramente la necesidad de limitar la duración de la medida de seguridad. Resultando que el individuo inimputable, que el Estado no puede castigar con una pena se ve afectado en sus derechos individuales, alterándose el principio fundamental de razonabilidad. ⁵

II. Del estado de conocimiento

La doctrina mayoritaria ha sostenido, que la base de la medida es la peligrosidad del autor. Así Maurach- Zipf- Gössel, han afirmado que: la medida se impone al incapaz de culpabilidad, no como retribución por el hecho, sino exclusivamente para curar su enfermedad o eliminar su peligrosidad ⁶.

La doctrina Argentina sigue igual criterio mayoritario. Autores como Soler, Nuñez, Fontán Balestra, Frías Caballero , siguen a la doctrina antes citada.⁷ Una vez impuesta la medida, sólo puede levantarse cuando los peritos declaren desaparecido el peligro que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás, o hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que lo hicieron peligroso. Sobre su duración debe ser inicialmente indeterminada, debido a que tiene como base recluir por peligrosidad al sujeto.

La jurisprudencia de los tribunales, mayoritariamente mantienen dicha posición exigiendo que la peligrosidad sea la base de la medida. ⁸

En contraposición a estas posturas, haciendo base en la Constitución Nacional y referencia al nuevo código penal Español,(art. 101 apartado 1°)⁹ una parte de la doctrina ha sostenido que las medidas de seguridad deben guardar cierta proporcionalidad con el hecho cometido, imponiéndose como límite temporal el máximo de la pena prevista para el delito perpetrado. Autores como Donna, de la Fuente, Hegglin, Zaffaroni, Spolansky, exigen esta relación pasando el cumplimiento de la medida una vez agotado el tiempo del máximo de la pena a la justicia civil. ¹⁰

Distintos estudios de campo revelaron que las internaciones prolongadas no generaron mejorías en los pacientes o su reubicación en la sociedad, sino que se limitaron a separarlos, aislarlos y tornarlos incapaces. En psiquiatría, la mayoría de la doctrina asume que las internaciones deben evitarse siempre

que sean posibles y que las prolongadas tienen una lamentable secuela discapacitante. ¹¹

III. Hipótesis principal

La duración de las medidas de seguridad en el art. 34 inc. 1º del Código Penal deben tener, dentro del ámbito penal, una duración máxima que nunca ha de exceder el tiempo de mensuración del máximo de la pena establecida para el delito cometido.

IV. Su justificación

Si bien ninguna ley dispone a que se castigue a los que han actuado bajo una perturbación completa, la sociedad debe respetar los derechos constitucionales que tienen los inimputables penales. La imposición y ejecución de las medidas de seguridad deben reducirse a lo estrictamente necesario en miras al respeto de la dignidad del hombre reconocida en la Constitución Nacional, el art.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el art.11 del Pacto de San José de Costa Rica y el art.10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. ¹²

Existiendo la posibilidad de elegir entre varias medidas, siempre corresponde aplicar la que siendo efectiva cause menores perjuicios al inimputable. El principio de proporcionalidad tiene como base constitucional el principio de razonabilidad. Este último tiene como finalidad preservar el valor justicia en el contenido de todo acto de poder, exigiendo que el medio escogido para alcanzar el fin válido guarde proporción y aptitud suficiente con ese fin. ¹³

La indeterminación temporal de las medidas de seguridad relacionadas con la imputabilidad, altera el principio fundamental de racionalidad, debido a que el individuo inimputable, que el Estado no quiere castigar, se ve afectado en sus derechos debido a que el Código Penal no delimita claramente la duración de la medida.

V. Consecuencia

Debido a que las medidas de seguridad impuestas coactivamente por el Estado limitan los derechos individuales, sería aconsejable el principio limitador de las mismas no pudiendo exceder el tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, a tal efecto el juez deberá fijar en la sentencia el límite

máximo. Si vencido el tiempo máximo de la medida de seguridad no ha cesado el peligro corresponde recurrir a los medios de protección menos lesivos previstos en el Derecho Civil(para internación de incapaces), con la posibilidad de exigir a los parientes de hacerse cargo del inimputable. Dicho en otra forma," la peligrosidad puede, junto con el delito, ser fundamento del aseguramiento, pero la peligrosidad sola, en cambio, nunca será fundamento del castigo". ¹⁴ La sociedad debe hacerse cargo de los enfermos que produce agregando a los numerosos motivos éticos "el derecho y deber del Estado en el cuidado, rehabilitación y asistencia del enfermo" ¹⁵, teniendo en cuenta razones de solidaridad social que se hallan comprometidas en estos casos. ¹⁶

II. NATURALEZA DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD

La comisión de un hecho delictivo puede dar lugar a dos consecuencias diferentes: la pena y la medida de seguridad. Según el sistema dualista, basado en la posición de Karl Stooss (quien por primera vez incorporó las medidas de seguridad en el anteproyecto suizo en 1893) la naturaleza de la medida de seguridad, es claramente diferenciable a la de la pena.

a)- La pena, se impone como retribución al autor de una acción típica, antijurídica y atribuible, que obró libremente, es decir, que tuvo la posibilidad de motivarse en la norma y no lo hizo.

b)- La medida de seguridad, tiene lugar cuando el autor de un hecho delictivo es inimputable, en este caso no se tiende a castigar, sino que se impone exclusivamente con fines de prevención. Es decir, que se trata de curar al enfermo y al mismo tiempo proteger a la sociedad.¹⁷

En este contexto la ley exige para la aplicación de las medidas que el sujeto sea peligroso para sí o para terceros. Es el concepto de peligrosidad el que rige la medida, en contraposición a la pena, que exige la culpabilidad. La dicotomía es: pena- culpabilidad; medida- peligrosidad.

La medida puede definirse, en sentido amplio, como un medio coactivo, mediante el cual el ordenamiento jurídico consigue la sujeción de un interés para tutelar otro a los fines de una ordenada convivencia social. La esencia común a toda medida jurídica es la función tutelar. Nos encontramos frente a unas medidas propias de la prevención que, en el campo penal, se dirige a evitar la comisión de futuros delitos. Así, estas medidas de seguridad, de naturaleza jurídico - penal (teniendo en cuenta que el campo de acción del derecho Penal abarca sólo al delito y sus consecuencias jurídicas)se imponen en ocasión de haberse cometido un hecho previsto en la ley como delito y en base a un juicio de probabilidad referido a la futura comisión de delitos; apreciar un estado de peligrosidad criminal, entendido como la situación personal del sujeto que permita deducir y pronosticar al juez acerca de la conducta probablemente delictiva de la persona considerada peligrosa.¹⁸

El problema ético tiene gran relevancia en el ámbito de las medidas de seguridad, porque la aplicación de éstas afecta y plantea cuestiones tan éticas como las del respeto de la libertad personal del peligroso, teniendo en cuenta y salvaguardando la dignidad del individuo.

En el ámbito de la lucha contra el delito se llegó a atribuir, a las medidas de seguridad, cierto sector doctrinal, un fundamento exclusivamente utilitarista frente a la finalidad ética de justicia que le corresponde a la pena. En contra de estas afirmaciones se ha revelado un importante sector doctrinal, reclamando el fundamento y justificación ética de las medidas de seguridad. Así, como apunta Rodríguez Mourullo: "mientras se pretendía fundamentar el derecho penal en presupuestos éticos, apelando al carácter retributivo de la pena, se dejó el portillo abierto al puro pensamiento utilitarista, en tanto la medida de seguridad se consideraba justificada, sin más, invocando el criterio finalista de la defensa de la sociedad."¹⁹

Mediante los principios de utilidad y finalidad de las medidas de seguridad no se logra justificar la intervención contra el individuo, pues, como decía Welzel, puede ser útil y eficaz para la protección de la sociedad, sin embargo, no se puede admitir éticamente. Y por lo tanto, aunque se demuestre su utilización y oportunidad, esto no será suficiente para justificar su aplicación, que debe respetar su integridad ética, y únicamente el claro reconocimiento de una limitación ética del poder estatal nos lleva más allá del utilitarismo y nos resguarda de un poder estatal totalitario.

La justificación ética de la medida de seguridad se logrará en la medida en que aparece como medio dirigido a la recuperación de la plena dignidad humana. El fundamento de su aplicación no estriba sólo en conseguir la tranquilidad del mayor número de personas, ni en el principio cristiano de caridad, sino en el deber, de carácter jurídico-constitucional, que pesa sobre el Estado respecto a remover los obstáculos que se oponen al pleno desarrollo de la personalidad humana. Así, por ejemplo, se justificará la medida de seguridad aplicable al loco en cuanto que carece de la capacidad de autocontrol para participar en la vida comunitaria., pero respetando el poder estatal la dignidad de la persona humana. En este sentido, el fundamento ético de la medida de seguridad viene a representar una garantía política para el individuo.²⁰

II. 1. Criterios que determinan la naturaleza jurídica de las medidas de seguridad

Jimenez de Asúa afirma que “en su origen, las penas y las medidas de seguridad son bien distintas, como se ve claramente en lo dicho por Stooss”. Entre otras diferencias, destaca según el autor del proyecto suizo, estas tres bien definidas. 1)- La pena se establece e impone al culpable en virtud de un delito; las medidas de seguridad se imponen por el carácter dañoso o peligroso del agente , o de una cosa cuyo carácter está relacionado con un acto punible. 2)- La pena es un medio de producir un sufrimiento al culpable; la medida de seguridad es un medio asegurativo que va acompañado de una privación de la libertad o de una intromisión en los derechos de una persona, pero cuyo fin no es producir el sufrimiento a un culpable. 3)- La pena se determina conforme a la importancia del bien lesionado, según la gravedad de la lesión y según la culpabilidad de su autor; entre los términos que la ley establece, el juez fija la duración de la pena; en cambio las medidas de seguridad se determinan en la ley conforme a su fin, su duración se establece solamente en términos generales, de tiempo indeterminado, y como depende éste del resultado obtenido, la medida cesa cuando se ha logrado la resocialización, enmienda o la inocuidad. Ante el derecho podemos atribuir a ciertos sujetos inimputables y por ende no culpables, su mero hecho dañoso .Pero como el agente no es culpable, no podemos cargarle el reproche de la pena y nos contentamos con aplicarle una medida de seguridad. Así damos a estas medidas de carácter preventivo características que permiten inscribirlas a justo título en el área del derecho que exige, en toda reacción social contra el infractor, un elemento objetivo(en caso de infracción dañosa) y el elemento subjetivo(ligamen psicológico del proceder del agente mismo).

Esta es la diferencia que existe entre penas y medidas de seguridad .Sin embargo existen ciertas dudas en la estructuración de esta figura, que se hace presente en la discusión entre monismo y dualismo.

A fin de deslindar las diferencias entres ambas instituciones, según Welzel: “La función de protección jurídica de la pena está limitada, tanto material como personalmente, a la retribución justa por el quebrantamiento de un derecho de parte del autor que actúa culpablemente. Esta función la cumple plenamente frente a los autores ocasionales o de conflicto de las capas de la población socialmente apta para la convivencia, pero no es suficiente respecto a la

peligrosidad”. Pero este mismo autor pone límites y reparos a causa de que “ la persona jamás debe ser utilizada como medio para un fin” ; no basta , para la licitud de la intervención en la esfera de la persona, que la intervención sea útil o requerida para cualquier fin común.²¹

II. 1. 1. Penas y medidas de seguridad

Para establecer la distinción entre penas y medidas de seguridad, existen una serie de criterios que, por su importancia, podemos resumir en lo siguiente: A)- En razón de la causa necesaria para su aplicación: la pena se aplica en base al acto culpable, mientras que la medida de seguridad se impone a causa del estado de peligrosidad del sujeto.²²

Así, la pena se modula en relación con el hecho cometido, en cambio, la medida de seguridad obedece a una contemplación sintomática del delito, fundamentándose su aplicación en razón de la personalidad del delincuente.

B)- Por su fundamento: el fundamento de la pena radica en la justa retribución del hecho delictivo, teniendo como objetivo primordial la prevención de la delincuencia. Por su parte, la medida de seguridad criminal se fundamenta en el estado personal de peligrosidad del sujeto y tiende preferentemente a la prevención especial del delito.

Las penas se regulan de acuerdo con su esencia retributiva y con su finalidad de prevención general, en tipos de hecho, mientras que las medidas se modelan, con relación a su finalidad de prevención especial en tipos criminológicos de autor.

Actualmente es opinión unánime en la doctrina que la pena ha de tener, en su ejecución, a la reeducación del delincuente. En base a esta afirmación, cierto sector de la doctrinal llegó a deducir la identidad entre la pena y la medida de seguridad.²³ Es conveniente tener en cuenta que la pretendida humanización de la pena, no implica la negación de su carácter retributivo, debido a que la idea de reeducación no ha de ser la única que domine la ejecución de la pena. La diferencia entre pena y medida debe persistir mientras la finalidad esencial de aquélla radique en la prevención general a través de una justa retribución del hecho (o sea a la proporcionalidad que debe existir entre el delito culpablemente cometido y la pena a imponer),frente al fin, exclusivamente, de prevención especial que impera en la medida de seguridad.

C)- Por el carácter determinativo o indeterminativo de su presupuesto: el presupuesto de la pena es la culpabilidad del sujeto, se aplica sólo a los culpables. Por otra parte la determinación de la pena se logrará en base al grado de culpabilidad del sujeto y teniendo en cuenta la gravedad del hecho delictivo cometido.

Las medidas tienen su presupuesto en la peligrosidad criminal, que es una cualificación personal del agente, reveladora de una relevante posibilidad de cometer nuevos delitos en el futuro. Se aplica a los inimputables. Recae en un juicio de pronóstico, su duración es indeterminada, es decir, dependerá del cese o no del estado de peligrosidad del sujeto.

D)- En cuanto a la ejecución: se proyectan en la práctica penitenciaria a través de un tratamiento apropiado al carácter de la pena y de las medidas de seguridad. La realidad es muy diferente y da lugar a que ciertos sectores de la doctrina consideren de igual naturaleza a la pena y a la medida de seguridad, fundamentando en base a que la ejecución en las medidas privativas de libertad, no difiere de las auténticas penas. Así, por ejemplo señala Lattanzi²⁴: "Constatando que la detención como la privación de libertad, es por sí aflictiva, puede parecer artificiosa en la práctica la distinción entre pena y medida de seguridad, tanto más en cuanto la pena debe tender también a la reeducación del condenado. Considera que las medidas de seguridad privativas de libertad son auténticas penas, en base a su ejecución similar. Su convergencia en la reeducación, tanto la pena como la medida de seguridad pueden refundirse en un tratamiento unitario".

E)- Otros criterios: en la práctica existen una serie de consecuencias importantes y diferenciables con motivo de la aplicación de uno u otro medio de lucha contra el delito. Esas consecuencias, como el derecho de gozar o no de la libertad condicional, es relevante a los efectos de la pena e irrelevante para las medidas de seguridad ;posibles causas de extinción propias de las penas no tienen relevancia en el ámbito de las medidas de seguridad. Y por otra parte, la aplicación de aquellas causas de extinción iría en contra de la naturaleza de las medidas de seguridad, en cuanto su duración ha de depender únicamente, de que cese el estado de peligrosidad del sujeto. Así, resulta difícil justificar la prescripción o aplicación del derecho de gracia en el ámbito de las medidas de seguridad. Como señala Ruiz-Funes: "El conceder una gracia colectiva a los peligrosos equivaldría a ignorar la verdadera naturaleza de la

peligrosidad. Sería algo tan extraño como afirmar que se puede perdonar al enfermo su enfermedad.”²⁵

II. 2. Argumento Preventivo

Se puede señalar que el argumento preventivo para su aplicación deviene de la época en que las medias de seguridad se introdujeron al sistema penal como respuesta alternativa o complementaria frente a la creciente desconfianza que merecía la pena. Época en la cual el paradigma científicista irrumpía, caracterizando a la sociedad como un organismo del cual los hombres eran células.

“Existen particulares grupos de personas (escribía Carl Stooss) a fines del siglo XIX, inclinadas a cometer delitos a causa de un estado corporal o espiritual. La pena por regla general, no es adecuada para ello, pues se determina no con arreglo al estado del agente, sino con arreglo al acto por él ejecutado. Son necesarias otras medidas que consigan lo que la pena no consigue.”²⁶ El mencionado autor, quien por primera vez trató las medidas de seguridad de manera sistemática en el Código Penal suizo de 1893, proponía estas medidas para los delincuentes jóvenes, los delincuentes alcoholizados, los vagos, los criminales habituales y los anormales mentales.

De esta manera, Stooss discriminaba entre penas y medidas de seguridad. La pena se imponía al culpable como consecuencia de un delito, era un medio para causarle un sufrimiento, se determinaba conforme al valor del bien jurídico atacado, según la gravedad del hecho y la culpabilidad del agente. Las medidas, por el contrario, no tendían a causar un sufrimiento, tenían por base la estimación de la nocividad o peligrosidad del agente, su duración se determinaba en atención a su fin de seguridad, protegían a la sociedad de los daños y peligros provenientes de personas que habían cometido un hecho punible.

Contemporáneo a Stooss fue Franz von Liszt, quien en el programa político criminal de 1892 se aparta de la concepción retribucionista de la pena, orientándola hacia fines de prevención especial.

Escribía von Liszt: “Corrección, intimidación, neutralización: éstos son, pues, los inmediatos efectos de la pena, los móviles que subyacen en ella y mediante los cuales protege los bienes jurídicos. La sociedad debe protegerse de los irrecuperables, y como no podemos decapitar ni ahorcar, y como no nos es

dado deportar, no nos queda otra cosa que la privación de libertad de por vida (en su caso por tiempo indeterminado).”²⁷

De lo expuesto surge que aquello que Carl Stooss pretendía alcanzar con las medidas de seguridad, von Liszt quería alcanzarlo con la pena.

Los positivistas italianos, Garófalo, Ferri, Lombroso, también propugnaron la sustitución de la pena-retributiva de la pena-fin y, en consecuencia, sostuvieron la fusión de la pena y la medida de seguridad.

El fundamento radicaba en la negación del libre albedrío del hombre. En ese sentido, señalaba Ferri: “El hombre, como otro ser que tenga vida, no es más que una máquina de transformación de fuerzas, sujeto a las leyes universales de la causalidad.”²⁸ En consecuencia, admitido el determinismo del hombre caía la idea de la pena como castigo en la medida en que ésta se sustentaba en la voluntad libre del hombre como causa de sus actos.

Por lo tanto, al no poder sustentarse en la faceta moral del hombre, la reacción penal frente al delito se apoya para los positivistas en la existencia de la sociedad y se justifica por la necesidad de defensa.

De ahí las palabras de Ferri: “La única razón natural y el criterio fundamental de la represión de los delitos está en la necesidad imprescindible de la propia conservación que domina en absoluto tanto un organismo social como un organismo animal y por esto que la necesidad de la propia conservación, en el individuo como en la sociedad, es y debe ser completamente independiente de todo elemento de culpabilidad moral en el autor de un ataque contra las condiciones naturales de existencia del individuo mismo o de la sociedad.”²⁹

En este sentido, la defensa social conduce a los fines preventivos del delito. La reacción frente a su ejecución debe atender el futuro, puesto que carece de sentido la pena que mira al pasado y respecto del delito cometido la sociedad ya no puede defenderse.

En resumen: por un lado, Stooss propuso un sistema dualista en donde la pena y la medida de seguridad, se aplicaban complementariamente o alternativamente. Mientras que von Liszt y la escuela positiva italiana postularon un sistema monista orientado a la corrección, intimidación o neutralización del delincuente. Sin embargo, ambos modelos justificaron a la medida de seguridad en necesidades de prevención especial. Su finalidad radicaba en evitar que el sujeto realizara una conducta que afectara o pusiera en peligro a la sociedad.

Este argumento resulta cuestionable, y esto es así puesto que responde a razones de corte utilitarista que vulneran la dignidad del individuo bajo el pretexto de defender a la sociedad concebida como ente abstracto y no como una integración de individuos concretos.

Desde esta perspectiva, la libertad del sujeto carece de un valor en sí misma que debe ser reconocido y respetado por el Estado, razones de defensa social justifican su restricción.

En definitiva, se niega al sujeto la condición de sujeto de derecho, o sea, de persona, para tomarlo como objeto de medidas defensivas, cuya naturaleza no es, en esencia, diferente de las que toma la autoridad respecto de animales peligrosos.

Las razones señaladas provocan los mismos cuestionamientos que – siguiendo a Kant- se les realizó a quienes pretendieron justificar la pena en consideraciones de prevención general y utilizaron al individuo como medio para lograr la intimidación.³⁰

En efecto, el individuo no puede ser “manejado nunca como medio para las intenciones de otro, ni mezclado con los objetos del derecho de cosas, contra lo que protege su natural personalidad”. Para un ordenamiento jurídico que respete la dignidad del hombre y que no considere al individuo como un objeto a disposición de la coacción estatal ni como material humano utilizable, sino como portador, completamente equiparado a todos los demás de un valor como persona, previo al Estado y que debe ser protegido por éste, tiene que ser inadmisibles tal instrumentalización del hombre.³¹

En el mismo sentido, se ha calificado de injusta a aquella medida que reduce el daño total que la comunidad sufriría sin ella, peor a costa de dañar desigualmente o de imponer inequitativamente cargas sobre algunos de sus miembros que, en ausencia de ellas, estarían en mejor posición.³²

Ahora bien, el hecho de que el sujeto no sea considerado un fin en sí mismo, conduce a un replanteo de la justificación de las medidas de seguridad. Sin perjuicio de ello, y hasta tanto no se encuentre un fundamento que, sin tratar al sujeto como un objeto a disposición de la sociedad, legitime la medida de seguridad, su imposición y ejecución deberán reducirse a lo estrictamente necesario en miras del respeto de la dignidad del hombre reconocida en la Constitución Nacional(art.75, inc.22)³³

El Derecho penal de prevención, tanto especial, como general no está de acuerdo con los derechos fundamentales de la persona. En este sentido fue Kant quien formuló la frontera- a fines del siglo XVIII-, entre el derecho penal de prevención y los derechos fundamentales de la persona. “La pena judicial..no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro, ni confundido entre los objetos del derecho real. El delincuente debe resultar castigado, y no debe ser pensado que esa pena tiene una utilidad para él o para los demás” Lo extraordinario de esta frase es, como ha resaltado Naucke, que no solo se refiere a la pena, sino que concierne a todo el Derecho penal en general. Con ello se afirma que el Derecho penal, no se estructura sobre la idea de fines y en consecuencia no es un instrumento al servicio de cambios sociales ya se limita a ser una reacción ante el hecho. ³⁴

II. 3. Argumento Terapéutico o asistencial

A los fines de superar las objeciones realizadas al modelo preventivo, la doctrina intentó encontrar una fundamentación ética de las medidas de seguridad.

Lo que es útil no está, por esa única razón, justificado, importa, sobre todo, que puede considerarse éticamente admisible la restricción por parte del Estado de la esfera jurídica de los individuos sujetos a las medidas de seguridad y no tan sólo que se demuestre la utilidad de esa restricción para la defensa de la sociedad. ³⁵ En ese sentido, se intentó poner la medida de seguridad al servicio del individuo.

Bajo esta premisa, se adoptó un modelo terapéutico y se orientó la ejecución de la medida de seguridad hacia la resocialización, curación y educación de sujeto que, por encontrarse en una situación de perturbación mental, resultaba peligroso.

Se ha señalado que para el supuesto de las medidas coactivas no punitivas esta objeción en términos de justicia puede generalmente superarse, observando ciertas condiciones en la imposición de aquellas. En el caso del confinamiento de dementes peligrosos, el carácter desagradable puede

reducirse al mínimo y algún beneficio para las personas sujetas a ellas puede asumirse como un objetivo importante de la medida.³⁶

De esta manera, se pretende compensar el mal sufrido por el sujeto pasivo de la medida y se busca limitar su carácter aflictivo a la mínima expresión.

Siguiendo esta línea, la jurisprudencia reconoce el sacrificio que, en función de la sociedad, realiza el sujeto pasivo de la medida y hace depender su imposición del principio de proporcionalidad el que, a su juicio, obliga a elegir la medida más adecuada, sea educativa o curativa, y con las modalidades de ejecución adecuadas a revertir el diagnóstico de peligrosidad que presenta el sujeto.

En ese sentido, señala que en la medida de seguridad se atiende más a lo que la persona es que a lo que ha hecho, y agrega que se basa en su condición personal por lo que su duración ha de ser indeterminada, ya que depende del efecto educativo y curativo que haya experimentado aquél a quien se impone.

Sin embargo, la experiencia indica que la medida de seguridad está prácticamente expuesta a cosechar fracasos frente a los autores peligrosos. Así, lo demuestra un trabajo publicado sobre la base de un estudio de campo realizado en el fuero civil, el que reveló que la internación no genera mejorías en los pacientes o su reubicación en la sociedad, sino que se limita a separarlos, aislarlos y tornarlos incapaces. En este sentido, se señaló que en el mundo entero se asume que las internaciones deben evitarse siempre que sean posibles y que las prolongadas tienen una lamentable secuela discapacitante. Además, se concluyó que las personas que sufren largos períodos de internación aumentan su aislamiento con respecto al medio social, pierden sus habilidades sociales y laborales y se marginalizan hasta perder toda capacidad productiva.³⁷

Estas circunstancias que, en el marco de las medidas de seguridad impuestas en los términos del art. 34, inc. 1º del Cód. Penal, resultan agravadas por la forma de ejecución, frustran sus supuestas ventajas terapéuticas y las convierten en una pena por tiempo indeterminado.

En tales condiciones, una política criminal que aspire a ser admisible a la luz de los postulados de un Estado de Derecho, debe partir de las premisas realistas reconocidas en el párrafo anterior y, en consecuencia, evitar los excesos, limitando la duración temporal de las medidas de seguridad.³⁸

II. 4. La teoría de la unificación

Propugna un tipo de sanción única para la lucha contra el delito. El reemplazo de “la retribución” como fundamento de la pena por la idea de prevención, acerca considerablemente a las penas y medidas. Cierta doctrina propugna que para determinados delincuentes peligrosos, y ante la ineficacia de la pena, es preciso acudir únicamente a la medida de seguridad, o a una sanción unificada, pena indeterminada, cuya duración dependerá de la peligrosidad del sujeto(Delitala, Nuvolone y Vassalli)

Para Díaz Palos “el problema que modernamente se plantea es el de combinar pena y medida de seguridad, que parecen difícil de amalgamar dada su distinta naturaleza, ya que la primera supone para su eficacia la capacidad del sujeto, en tanto que la segunda se aplica precisamente en vista a la ineficacia de la pena, dada la situación psíquica, moral o social del delincuente. En realidad se trata de suscitar en un punto concreto el problema más general de si las penas y medidas de seguridad se identifican en la idea superior de sanción(sistema unitarista o monista) o responden a distintos fines y naturaleza(sistema dualista o binario). Una cosa es señalar límites y garantías al internamiento y otra cosa es vincularlo a criterios extraños y heterogéneos, como son la gravedad y duración de la pena, totalmente ajenos al fin terapéutico”.³⁹

“La teoría de la unificación afirma que entre las penas y medidas de seguridad no existe ninguna diferencia cualitativa, y por ello se engloban o comprenden ambas medidas bajo el nombre de sanciones. Esta tesis, sostenida por el positivismo penal, es, en realidad, una consecuencia del principio de imputabilidad legal y no un principio autónomo. Si, en efecto, el único fundamento de la actividad penal del Estado fuese la defensa social, y en virtud de todo ello todos los autores del delito respondieran por el solo hecho de haberlo cometido, es natural que, cualquiera sea la naturaleza de la consecuencia del delito, llámese ésta pena o medida de seguridad, su carácter común aparecería indudable, y entre una y otra no existiría una diferencia cualitativa.”⁴⁰

Como señala Quintero Olivares, en la hora actual de la ciencia penal se percibe una progresiva claridad que se quiere dar a la pena” contenido y

función de medida”, y a las medidas ”rodearlas de las garantías propias de las penas.⁴¹

Según el sistema monista o unitario, no existen diferencias entre la pena y las medidas de seguridad. Considera que la pena y las medidas de seguridad deben fundirse en la sanción criminal. Según Grispigni, ésta reúne los siguientes caracteres: 1°- Presupone la existencia de un delito; 2°- Su naturaleza y gravedad se determinan por la peligrosidad del reo; 3°- Viene a ser como una amenaza de un mal, sirviendo a los fines de prevención general a través de la intimidación. Tiende preponderantemente a los fines de prevención especial que son de mejoramiento moral, eliminación e intimidación; y 4° - La sanción criminal es indeterminada y cesará cuando cese la peligrosidad. En realidad lo que propone no es unificar, sino absorber la pena por medio de la medida de seguridad . De esta forma la pena readaptadora, se aparta y contradice el concepto retributivo de la pena y supone un quebranto al principio de legalidad que requiere la existencia de penas ciertas y determinadas.

El sistema monista es objeto de diversas críticas, entre las que podemos destacar: a)- la distinta naturaleza jurídica de la pena y las medidas de seguridad. La primera, tiene naturaleza retributiva basada en la culpabilidad y cumple preferentemente la función de prevención general ; mientras que las medidas de seguridad poseen naturaleza preventiva fundada en la peligrosidad criminal y agota su función en la prevención especial. b)- el problema no se puede reducir a una simple cuestión de práctica criminal, desechando los principios elaborados y fundamentados por la doctrina del Derecho Penal en base a una desacertada y defectuosa puesta en práctica de los mismos. c)- la unificación de ambas sanciones viene a ser en cualquier caso peligrosa. Se pone en peligro la garantía de los derechos del individuo derivados del principio de legalidad, al reforzar el carácter intimidatorio de la medida de seguridad, cuando la lucha contra la criminalidad se condiciona a la mera peligrosidad valorada con respecto a la futura conducta criminal del sujeto. El acudir a una pena indeterminada, reeducativa puede implicar un grave riesgo para la seguridad jurídica del individuo y el retorno al utilitarismo puro.⁴² Al respecto son significativas las palabras de Marquardt, “la experiencia forense nos muestra que no es posible reemplazar la pena por una terapéutica

social, como sería la última consecuencia del llamado unitarismo, equiparando al hombre, con su pena preventiva, a un animal que debe ser amaestrado".⁴³

A juicio de Javier de la Fuente, el sistema de la doble vía todavía puede sostenerse. La pena se debe seguir considerando retributiva, es decir un castigo aplicado como reprochabilidad al autor culpable, como respuesta al hecho perpetrado. Como señala Donna, resulta inevitable afirmar el carácter retributivo de la pena. La sanción es un mal que se le impone al delincuente por parte del Estado ante una acción típica, antijurídica y culpable. Nadie en su sano juicio, puede sostener que la pena no sea un daño causado a la libertad, al patrimonio o al honor del delincuente. Esto no significa desconocer cualquier fin preventivo de la pena, sino que a partir de "la pena justa" impuesta como respuesta a la culpabilidad del autor, pueden operar tanto los fines de prevención especial como general. En cambio la medida no es retributiva, porque no responde al reproche de culpabilidad, no tiene su esencia vinculada al pasado (culpabilidad del agente), sino al futuro (la peligrosidad del sujeto), se impone al sujeto que cometió el hecho en estado de inimputabilidad, con el fin de curarlo y al mismo tiempo evitar que siga dañando a la sociedad.⁴⁴

II. 5. Las medidas de seguridad son consecuencias penales y no civiles

Las medidas de seguridad son de naturaleza penal, constituyen un instrumento del Derecho Penal. Si bien el Código Civil también en el art.482, regula la internación de incapaces, es lógico suponer que el legislador penal tuvo la intención de crear una institución independiente. Existiendo marcada diferencia entre el régimen de internación psiquiátrica regulado en el código civil contemplado cuando el enfermo "pudiere dañar su salud o la de terceros o afectare la tranquilidad pública" (art.482.Cód.Civil), en las medidas penales no alcanza con la mera peligrosidad sino que ésta debe haberse manifestado mediante la comisión de un hecho delictivo. Este hecho delictivo es el que marca la diferencia de ambas internaciones: la peligrosidad y la incapacidad de comprender o dirigir sus actos.

Sobre el tema, Cerezo Mir dice, que para la aplicación de las medidas de seguridad es preciso que concurren los requisitos establecidos por ley, es decir "que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito" y "que del hecho y las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos

delitos". Se trata ,por tanto , de medidas posdelictuales, cuyo fundamento es la peligrosidad criminal." Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito".

Para la aplicación de las medidas de seguridad es preciso, por tanto, que el que padezca una anomalía o alteración psíquica "haya cometido un hecho previsto como delito", es decir haya realizado una acción u omisión típica y antijurídica, pues al ser un inimputable no puede obrar culpablemente. Afirma que la gravedad de la infracción cometida es solo un indicio, que puede ser confirmado o desvirtuado por otros, para enjuiciar la peligrosidad del delincuente. Sostiene que la aplicación de las medidas posdelictuales deben ser competencia exclusiva de la jurisdicción criminal, pues hay que atender no solo a los aspectos sanitarios, sino especialmente a las exigencias de la prevención del delito. El criterio decisivo para él, será la eliminación de la peligrosidad y no la curación.⁴⁵

Según lo expresado en la exposición de motivos de las medidas de seguridad en el Proyecto Piñeiro, Rivarola y Matienzo del año 1891, deja en claro la intención del legislador de dotar al derecho penal de un instrumento como son las medidas de seguridad.

En ésta se dijo que la disposición del Código Civil: "Podía invocarse para pedir al juez civil que el alienado criminal fuera recluido momentáneamente , pero podría también no invocarse y no solicitarse por nadie medida alguna, entre tanto el loco quedaría en libertad y constituiría una amenaza para el público, sin obtener personalmente ninguna ventaja. La ley debe ordenar imperativamente la reclusión de los locos peligrosos, y desde que la intervención del juez criminal es necesaria, siempre que se ejecuten hechos declarados delitos, a él deberá corresponder su adopción, cuando el agente sea un enfermo". A fin de distinguir el alienado criminal del común afirma: "si uno de los objetos de la reclusión de los alienados delincuentes es presumir sus ataques ulteriores, es claro que, para conseguirlo, esa reclusión debe ejecutarse en casas que ofrezcan condiciones de seguridad que no presentan, ni requieren los manicomios comunes. Y aunque éstos ofrezcan mayores seguridades, no sería prudente, ni científico asilar en ellos, juntamente con los alienados ordinarios, a los alienados criminales, porque se suscitarían graves dificultades, insuperables en ciertos casos, para poner en práctica el

tratamiento adecuado a unos y a otros, y porque se expondría a los primeros a ser víctimas de los ataques de los segundos”.

Manifestaron que a partir de un sentimiento infundado “se estima de diverso modo a los locos ordinarios y a los locos delincuentes: en los primeros se ve simplemente desgraciados, en los segundos se ve algo más, se ve también individuos que han ofendido a la sociedad, y no es posible contener un movimiento de desconsideración, de repulsión, a veces hacia ellos”

Para concluir la misma Exposición de Motivos expresa con suma claridad: “Es visible la diferencia entre ambas clases de locos: la una delinque, la otra no. Esta sola diferencia basta para justificar la separación”.⁴⁶

II. 6. Las medidas son verdaderas sanciones penales

No se puede negar el carácter sancionatorio de las medidas de seguridad. Tanto las penas como las medidas de seguridad son reacciones penales de carácter coactivo. Constituyen verdaderos males que se causan al inimputable, sufriendo serias restricciones en sus derechos, y tan severas como las penas privativas de libertad, invocando en nombre de “que resultan beneficiosas” para el sujeto al que se imponen, ¿Qué mayor prueba de sufrimiento de privaciones de libertad? las unidades psiquiátricas como las N°20 y 27 del Servicio Penitenciario Federal.⁴⁷

No obstante, en la jurisprudencia podemos encontrar fallos que dicen: “Cuando el derecho, mediante un complejo de normas dispone que un sujeto anormal sea internado, esa internación no es conminada como sanción y, contrariamente a lo que dice Grispigni, no constituye la disminución de un bien jurídico. No tiene ningún 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. Llamarle "sanción" a la internación de anormales comporta un error formal referido a la estructura de la norma jurídica, ya que en caso alguno aquello constituye la consecuencia del incumplimiento de un deber. Comporta, además, un equívoco en cierto sentido moral deplorable, pues supone teñir, aunque levemente, de reproche la medida que debe estar inspirada por fines curativos y pietistas.”⁴⁸

Si bien se las define como “medidas benefactoras” destinadas a curar al peligroso, legitiman intervenciones desmesuradas y sin límite. Con el argumento de que no se trata de penas, o sanciones o castigos, el peligroso deberá sufrir limitaciones en sus derechos y garantías.

Las medidas de seguridad se tratan de instrumentos de control, que limitan derechos individuales y se imponen coactivamente por el Estado. Este pensamiento se encuentra desarrollado por Francisco Muñoz Conde, quien expresa que “se deben tratar como las penas desde el punto de vista de las garantías”. No pueden ser presentadas asépticamente y sin más como medidas benefactoras dirigidas a curar al peligroso, porque ese es un discurso legitimador de intervenciones desmesuradas y carentes de límites, con el que se llega al denominado “fraude de etiquetas”, es decir a tolerar mayores limitaciones de derechos y ausencia de garantías en la aplicación de las medidas de seguridad, con el argumento formal de que no son penas, sanciones o castigos.⁴⁹

Al decir de Jescheck, el principio de la doble vía tropieza con ciertas dificultades. Por un lado las medidas de seguridad, al no regirse por el principio de culpabilidad, posibilitan intervenciones que quizá sean más gravosas, y por ello más temidas que las propias penas de larga duración. Por otra parte, cuando las medidas no se cumplen en hospitales, sino en centros penitenciarios es muy sutil la posible distinción con las penas privativas de libertad.⁵⁰

En definitiva, las medidas de seguridad se trata de privaciones de bienes jurídicos como la misma libertad, cuentan con una naturaleza jurídica punitiva. Como señala Nodier Agudelo Betancur⁵¹, si partimos de la base de que la sanción es una consecuencia que el ordenamiento jurídico imputa a la realización de un supuesto, es evidente que la medida de seguridad es la consecuencia que el ordenamiento jurídico imputa a la realización de conductas típicas y antijurídicas concretadas por un inimputable. Las medidas de seguridad no son simples caridades porque corresponde a la esencia de la obra caritativa que el agraciado pueda aceptar o no el beneficio, lo que no se da en las medidas ya que ellas no se someten a la libre aceptación del inimputable.

Podemos decir por lo tanto, que las medidas de seguridad constituyen una clase de sanción penal, es decir, una reacción del Estado contra el individuo que cometió un hecho penalmente dañoso.

Para Creus, tanto la pena como la medida de seguridad en tanto funcionan como prevención general no son del todo diferentes, las distingue por su limitación y sostiene que la medida de seguridad no está vinculada a su duración y gravedad a la medida de culpabilidad sino solamente al principio de proporcionalidad, que permite injerencias más amplias que lo que está autorizado en la pena.⁵²

Tozzini se refiere a las medidas de seguridad como "sanciones sin delito, impuestas sobre el exclusivo juicio de peligrosidad de quien, habiendo cometido un hecho típico y antijurídico, no puede ser reprochado por ser inimputable."⁵³

Contrario a esta postura, Soler, considera que la internación del inimputable no es conminada como sanción, pues no constituye la disminución de un bien jurídico. Según él, no tiene ningún sentido de amenaza, y por lo tanto no tiene carácter penal sino administrativo. Critica la teoría que sostiene el carácter sancionatorio de las medidas de seguridad afirmando que no se trata de sanciones. "La genérica prevención de males y de delitos es una función primaria del gobierno y, como tal, asume las formas más variadas, y pertenece propiamente al derecho administrativo. Sucede que existen sujetos hasta los cuales la amenaza penal no puede alcanzar, porque carecen de un mínimo de 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 cobran un valor primordial. "El empleo de la expresión "sanciones" para designar a un tiempo penas y medidas de seguridad es incorrecto, porque en derecho aquella expresión tiene un sentido técnico preciso que no corresponde al contenido y a la función de las medidas de seguridad. La pena es una sanción, pero no lo es la medida de seguridad"⁵⁴

Para Nuñez, la distinción entre penas y medidas no merece tanto respeto. Afirma "que si bien se tiende hacia un monismo consistente en englobar bajo el nombre común de sanción, las que sustancialmente siguen siendo penas y las medidas de seguridad propiamente dichas. Agrega, que actualmente se intenta llegar a la integración de ambas consecuencias del delito o, también, a la substitución sustancial de la pena por las medidas. Sin embargo, siempre será

posible mantener la diferenciación en lo que atañe al fundamento científico de la pena y de la medida; culpabilidad delictiva por un lado y peligrosidad delictiva por el otro. La cuestión reside, sin embargo, en la necesidad y posibilidad de mantener prácticamente ese dualismo o de recurrir a un monismo que pueda resultar más provechoso científica, social y económicamente. Pero sin lugar a dudas, éste es un problema que no puede resolverse de una manera general, sino que sus posibilidades deben enmarcarse en el ámbito de la individualización del tratamiento exigido por el delincuente en cada caso.”⁵⁵

Para Zaffaroni, bajo la denominación de las medidas de seguridad se tratan de verdaderas penas de reclusión para incapaces psíquicos de delito, reclusión por tiempo indeterminado, que puede ser el resto de su vida. En rigor, es la única pena realmente perpetua que existe en el código, pues su término no depende de nada que pueda hacer la persona para ponerle fin. “Las llamadas medidas de seguridad para las personas incapaces de delito que protagonizan un conflicto criminalizado, particularmente cuando se trata de una internación manicomial, implican una privación de libertad por tiempo indeterminado, que no difiere de una pena más que en su carencia de límite máximo y, por ende, por la total desproporción con la magnitud de la lesión jurídica causada.”⁵⁶

II. 7. Resumen : naturaleza de las medidas de seguridad

La realización de un hecho delictivo puede generar dos respuestas distintas: la pena y la medida de seguridad. Ambas constituyen verdaderas consecuencias jurídicas penales de carácter coactivo.

Desde el punto de vista de la teoría de las normas, también encuentra una explicación el carácter sancionatorio de las medidas de seguridad. Si se parte de la base que la norma jurídica está destinada a todas las personas, incluso a los inimputables, se debe concluir que al violar éstos la norma, realizan una acción antijurídica. Como afirma Jescheck⁵⁷, los imperativos de las normas se dirigen a todas las personas afectadas por el contenido de ellas mismas. En este punto no se hace distinción según la capacidad de comprensión del destinatario de la norma, sólo así se puede participar, dentro de ciertos límites, en la vida de la comunidad, esto tiene una importante consecuencia práctica de las medidas de seguridad en relación con los enfermos mentales, son auténticas sanciones que se conectan con un hecho antijurídico.

Sin embargo lo dicho no significa que la pena y las medidas de seguridad tengan idéntica naturaleza. Es común que en la actualidad se hable de “la crisis del sistema de doble vía”, intentando llegar a una unión conceptual entre la pena y las medidas de seguridad, esto se debe en gran parte al abandono de la retribución como fundamento final de la pena.

Para Donna y de la Fuente, la pena y las medidas de seguridad son esencialmente diferenciables. Es decir: a)La pena se impone como retribución al autor culpable, que obró con libertad ya que tuvo la posibilidad de motivarse en la norma y no lo hizo.

b)La medida se impone al incapaz de culpabilidad, su esencia no es retributiva porque no responde al reproche de culpabilidad(no como retribución por el hecho) ,sino exclusivamente para curar su enfermedad, o al menos, eliminar su peligrosidad. ⁵⁸

III. CAPACIDAD DE CULPABILIDAD(IMPUTABILIDAD)

Según Frías Caballero, la imputabilidad es la aptitud o capacidad de comprender la antijuricidad del hecho y de dirigir las acciones conforme a dicha comprensión.

Ciertas situaciones o estados personales de carácter bio-psicológicos, denominados “causas de imputabilidad” o “causas que excluyen la imputabilidad, aniquilan la capacidad personal de reprochabilidad, de tal modo que el autor del acto típicamente antijurídico deja de ser imputable. Se puede complementar el concepto enunciado afirmando que” la imputabilidad es la aptitud o capacidad de comprender la antijuricidad del hecho o de dirigir las acciones conforme a dicha comprensión, condicionada por un desarrollo mental suficiente, por una conciencia sin perturbaciones profundas y por un psiquismo exento de alteraciones en el momento del hecho.⁵⁹ Aptitud(imputabilidad) personal para realizar el acto interior reprochable y actitud(culpabilidad) acto interior susceptible de reproche.⁶⁰

Comprender se refiere al intelecto y dirigir alude a la voluntad. De manera que son sólo planos intelectuales y volitivos los que interesan a la imputabilidad. Por otro lado sabemos que en el sistema penal mixto no caben las contradicciones, porque la inimputabilidad legal constituye una estructura unitaria, integral e indivisa: lo que la causalidad anuncia, las consecuencias lo rubrican; cuando la psiquiatría duda, la valoración psicológica lo decide. Inseparablemente asociados, ambos elementos se complementan y compenetran en una misma gestalt, como una llave en su cerradura .La fórmula de la inimputabilidad ha captado la esencia del ser humano en su vertiente somática psicológica, señalando la distancia entre el hombre sano y el enfermo de la mente, en su doble valoración biológica y espiritual.⁶¹

Por regla general los códigos no contienen una norma expresiva de este concepto ,limitándose a consignar las causas que excluyen la imputabilidad, esto es, aquellas situaciones o estados de carácter personal que la condicionan negativamente.

Para este menester se utilizan en la legislación comparada tres distintos métodos o sistemas o fórmulas de inimputabilidad. Denominados : a) el método biológico; b) el método psicológico; c) método mixto.

En el primer sistema o método biológico: la ley se limita a señalar aquellos estados negativos de inimputabilidad, que como causas personales, la excluyen. En el segundo se indica únicamente la exclusión del contenido de la imputabilidad, prescindiendo de señalar las causas; y en el tercero se combinan los dos anteriores, consignando por una parte las causas y por otra la exclusión resultante de ellas, del contenido de la imputabilidad. Como ejemplo del sistema mixto, entre muchos otros se encuentra el Código Penal Argentino de 1921, en cuyo artículo 34 se estatuye que :no son punibles el que no haya podido en el momento del hecho ,ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones. Se incorpora así, la falta de conciencia de la antijuricidad y la ausencia de autodominio. ⁶²

Podemos advertir una fórmula mixta, que está integrada por dos partes diferentes: 1)- una primera en donde se enumeran las llamadas “causas biológicas o psiquiátricas” de inimputabilidad: insuficiencia de las facultades, alteraciones morbosas de las mismas y estado de inconsciencia; y una segunda 2)- en que se señalan los efectos, comúnmente denominados “psicológicos imprescindibles para la inimputabilidad: no haber podido comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones. Concepto cultural-jurídico-valorativo que no se constriñe sólo a lo psiquiátrico o psicológico. ⁶³

Para Zaffaroni la imputabilidad es la ausencia de impedimentos de carácter psíquico para la comprensión de la antijuricidad y para la adecuación de la conducta conforme a esa comprensión. En la calificación de la acción constituye pues, un requisito negativo que se traduce en una característica positiva que, aunada a la ausencia de error y sumado al otro requisito negativo de ausencia de otra situación constelacional constrictora , arroja como saldo la ausencia de reductores que puedan operar sobre al ámbito de autodeterminación del agente, lo que equivale a afirmar la efectiva posibilidad de reproche o culpabilidad por el acto. Dado que la imputabilidad es la ausencia de impedimento psíquico para la comprensión de la antijuricidad y para la adecuación de la acción a esa comprensión, corresponde su ubicación sistemática en el mismo nivel analítico en que se halla la posibilidad exigible de comprensión de la antijuricidad por un lado, y de la ausencia de situación constelacional reductora o constrictora por otro, esto es, en la culpabilidad.

1. Referente a la estructura de la fórmula legal ,en ocasión de analizar la involuntariedad se ha visto el largo curso que siguió la gestación de la fórmula del inc. 1° del art. 34, que no es solo una fórmula de la inimputabilidad, sino una síntesis de los elementos cognoscitivos del delito en todos los niveles analíticos, además de la referencia final (que admite un doble alcance) a la capacidad de dirección de las acciones. Suele decirse que la fórmula legal de la inimputabilidad –que obviamente también está en el inc.1 art.34- es una fórmula psiquiátrico psicológica. Con ello se quiere significar que el código no sigue el criterio según el cual la patología es lo que produce inimputabilidad, extendiéndose el concepto por analogía a estados similares aunque no fuesen patológicos, sino que indicaría –con criterio muy general - cuales podrían ser las fuentes de incapacidad, y también precisa qué es lo que debe impedir comprender. En rigor, interpretando la fórmula argentina conforme a su contenido semántico puro, puede sostenerse que es más correcto calificarla como psicológico jurídica.

El código argentino no habla de alienación mental sino de insuficiencia de las facultades y de alteración morbosa de la misma, que en definitiva , no son más que los efectos psicológicos que requiere para que haya inimputabilidad, pero siempre que esas circunstancias hayan impedido comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones, lo cual demanda claramente la valoración del acto jurídico de la intensidad de esos estados en referencia al contenido injusto del hecho concreto. Este requerimiento es el componente jurídico o valorativo con que deben juzgarse la insuficiencia o la alteración para dar lugar a inimputabilidad. Como se ha dicho con toda claridad, cuando la psiquiatría duda es la valoración psicológica que decide y la que en definitiva es determinante para el juicio jurídico. Por ello suele señalarse que la fórmula legal responde a un criterio psicológico jurídico, puesto que carece de referencias psiquiátricas y biológicas. Es cercana a lo que se ha llamado criterio psíquico normativo, puesto que la fórmula, en rigor, hace referencia a las limitaciones psíquicas y a una precisión de criterio de valoración jurídica. No se trata de una cuestión insignificante o de detalle, sino de fundamental trascendencia teórica y práctica: el código no clasifica a los seres humanos en locos de competencia médica y cuerdos de competencia judicial, sino en personas a las que en el momento del hecho puede exigírsele o no el

comportamiento conforme al derecho. Con ello queda claro que la inimputabilidad penal es un concepto jurídico, cuya valoración corresponde únicamente al juez, al que el perito solo ilustra con los datos de su saber.

2. Conforme al método combinado seguido por la ley vigente, habría en principio solo dos posibles fuentes de inimputabilidad: la insuficiencia de las facultades y la alteración morbosa de las facultades. Se ha visto que la inconsciencia no puede ser causa de inimputabilidad porque implica ausencia de conducta, no siendo más que un juego de palabras el intento de hacerla fuente de una incapacidad de culpabilidad. Por otra parte, ambas fuentes genéricas de la inimputabilidad bien pueden dar lugar también a una ausencia de tipicidad en caso de eliminar la capacidad de dolo, de modo que ellas serán tratadas solo bajo su aspecto de fuentes generadoras de inimputabilidad.
3. En este sentido el código vigente se aparta notoriamente de todos sus antecedentes, sin perjuicio de que éstos puedan ayudar a precisar en algo su terminología. El art.147 del código de Tejedor seguía el art.120 bávaro que eximía de pena a los menores de diez años, los furiosos, los locos y, en general, a los que hayan perdido completamente el uso de su inteligencia y cometan un crimen en este estado; los imbéciles incapaces de apreciar las consecuencias de sus acciones o de comprender su criminalidad; las personas que hayan perdido el uso de su inteligencia por efecto de senectud; los sordomudos que no hayan recibido la educación conveniente para conocer la criminalidad de sus actos, no siendo instruidos de las penas impuestas por la ley positiva y cuya irresponsabilidad esté fuera de duda. Agregaba que las personas nombradas que cometan algún crimen serán encerradas en alguna de las casas destinadas para los de su clase o entregadas a su familia, según lo estime el juez conveniente. El art. 148 declaraba que la acción no estaba sujeta a pena generalmente siempre que el acto haya sido resuelto y consumado en una perturbación de cualquiera de los sentidos o de la inteligencia, no imputable al agente y durante la cual éste no haya tenido la conciencia de dicho acto o de su criminalidad. El código de 1886 decía en el inc.1 del art. 81: El que ha cometido el hecho en estado de locura, sonambulismo, imbecilidad absoluta o beodez completa e involuntaria; y

en general siempre que el acto haya sido resuelto y consumado en una perturbación cualquiera de los sentidos o de la inteligencia, no imputable al agente y durante la cual éste no ha tenido conciencia de dicho acto o de su criminalidad. Respecto de la expresión criminalidad – que junto con no imputable- se mantiene desde Tejedor, cabe precisar que, como sucede a lo largo de todo ese código, responde a un error de la traducción francesa de Vattel, pues el código bávaro decía punibilidad .⁶⁴

III. 1. Métodos para evaluar la incapacidad

I-BIOLÓGICO: es el método que sólo se fija en el estado anormal del sujeto actuante, y con él se conforma para declarar la inimputabilidad.

Maurach afirma que el procedimiento biológico es el que limita legalmente el enunciado de las causales necesarias y suficientes para estimar que existe la capacidad de imputabilidad. El ejemplo traído por él entre otros es el del Código Penal prusiano de 1851, para el cual "no hay delito si el autor, al momento de la acción, se encontraba en estado de demencia o idiocia." ⁶⁵

La causa puede ser patológica o transitoria. Díaz Palos cita como ejemplo típico al Código francés de 1810 que decía: "Il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prevenue était en état de demence au temps de l'action" ("No hay ni crimen ni delito cuando el acusado está demente al tiempo de la acción")⁶⁶. No hay mucha diferencia con respecto al art. 64 que afirma: No hay crimen ni delito cuando el reo se encontraba en estado de demencia en el momento de la acción, o cuando estaba bajo impulso de una fuerza a la cual no pudo resistir.

El Código francés, al remitir al concepto de demencia, opta por el sistema biológico. Por demencia, los doctrinarios entienden como toda forma de alienación mental. Esta demencia debe ser de tal grado que no le permita al autor el control de sus actos. Quizá lo que caracteriza este criterio es que la existencia y gravedad de la alienación mental debe ser determinada por la pericia médica.

Si hubiera que atenerse al concepto estricto de alienación mental, la interpretación debería quedarse en la idea de abolición de las facultades intelectuales, ya sea como consecuencia de la senilidad o de alguna enfermedad evolutiva; o, como dice Prats Canut, lo que se denomina psicosis, tanto por causas endógenas como exógenas. Sin embargo, a partir del "Étude Michaux", tanto la jurisprudencia como la doctrina ha renunciado a una

clasificación basada en criterios etiológicos, eligiéndose una clasificación puramente descriptiva. En esta clasificación se incorporan, aunque con distintos efectos, las demencias propiamente dichas, los delirios crónicos, los estados de excitación, los estados maníacos depresivos, las insuficiencias del desarrollo intelectual, la epilepsia, las alteraciones del carácter y del ánimo.⁶⁷

Sin embargo, tal caracterización del Código Penal francés ya ni siquiera es válida para los franceses, pues el Código se modificó. El 1º de marzo de 1994 se reformó el Código Napoleón. El nuevo art. 122-1 ha tratado la capacidad de culpabilidad de acuerdo a los modernos conocimientos científicos, de modo que se descarta la imputabilidad, tanto por fundamentos físicos como neuropsíquicos. Esta exclusión de la capacidad de culpabilidad se encuadra en causas de exclusión de la culpabilidad, pero se las distingue de las causas de justificación, siguiendo en esto a la doctrina alemana.⁶⁸

II- PSICOLÓGICO: este método psicológico no se fija en los problemas biológicos, en las causas o en los estados de anormalidad, sino en sus consecuencias psicológicas. El ejemplo más citado es el de Codex Iuris Canonici cuando determina: "Delicti sunt incapaces qui actu carent usu rationis".

Otros ejemplos son el Código austríaco de 1852, "enteramente privado de razón", "no sea consciente de su acción" y el Código Penal para la Confederación Alemana del Norte, en el cual sólo se enumeran los efectos jurídicos relevantes".⁶⁹

Cercano a este criterio Simonin expresaba que "la conjunción de dos condiciones es indispensable para determinar la imputabilidad penal: 1º) la inteligencia o discernimiento, que nos dará la noción del bien y del mal, y 2º) la libre voluntad o libertad, que permite escoger entre el bien y el mal. Toda causa que prive de una u otra condición suprime la imputabilidad".⁷⁰

III- BIOPSICOLÓGICO O MIXTO: es el método preferido por la mayoría de las legislaciones. Dice Maurach: "La ley enumera taxativamente las causas del deterioro espiritual, pero les atribuye importancia solo en la medida en que alcancen el grado presupuestado."⁷¹

El método mixto, según Díaz Palos, "atiende tanto a las bases biológicas que producen la inimputabilidad como a sus consecuencias en la vida anímica del autor". Dentro de este último grupo se pueden encontrar diversas alternativas del sistema mixto, que van desde fórmulas biológicas, psicológicas

y psiquiátricas, hasta fórmulas psiquiátricas-jurídicas. En estas últimas, se ubica el Código Penal argentino, por lo menos en la interpretación que se realiza actualmente.

Agrega Díaz Palos que "son fórmulas psiquiátricas-jurídicas aquellas que incorporan los resultados de alcance moral y jurídico inherente a la psiquiátrica deficiencia o perturbación. Esta forma de regular la capacidad de culpabilidad se remonta a las Partidas, cuando se refería al loco, desmemoriado o menor, y les exime de pena en el homicidio, porque 'non sabe, ni entiende el yerro que face'. Esta doctrina española no reaparece hasta principios del siglo XIX, recogida por códigos foráneos; el primero, el de Baviera de 1813, que sirve de fuente, a su vez, a los códigos de los cantones suizos para incorporarse luego en las legislaciones hispanoamericanas (Argentina, Paraguay y México). En este tipo de fórmula se da una conjunción feliz del error y de la insania, concretado en la expresión que impida al agente tener conciencia del hecho o de su criminalidad. En este sentido puede decirse incorporada al Código danés de 1886, al noruego de 1902 y al alemán vigente." ⁷²

El Código Penal italiano, en los arts. 85 al 98, regula el tema de la imputabilidad. En el art. 85 afirma que nadie puede ser penado por un hecho que la ley describe como delito si al momento de cometerlo no era imputable. Y es imputable quien tiene la capacidad de entender la realidad exterior del mundo que lo circunda y los valores sociales dominantes, y la facultad de autodeterminarse en función de esos valores. ⁷³

Para poder analizar cuándo faltan la inteligencia y la voluntad se recurre, en principio, a un criterio biológico (de enfermedad).

En este sentido se sigue la clasificación de Schneider, que distingue: a) anomalías psíquicas, entre las que se encuentra la deficiencia mental, la perturbación psíquica morbosa, y la perturbación de la conciencia, y b) enfermedades mentales, que incluyen las psicosis orgánicas y la psicosis endógenas. ⁷⁴

Este criterio mixto es admitido desde el punto de vista médico, tal como lo han sostenido autores como Ortega Monasterio y Cabello, entre otros.

III .2. Antecedentes legales

Cuando se analiza el tema de la capacidad de culpabilidad en el Código Penal argentino, es imprescindible examinar la opinión de Moreno, quien afirma

que el art. 34, inc. 1º, concuerda con los arts. 46, 48, 57 y 58 del Cód. Penal de Italia, con el art. 64 del Cod. Penal francés y con los arts. 51 y 58 del Cód. Penal alemán.⁷⁵

1)- PROYECTO TEJEDOR: este proyecto decía en su art. 22: "Son exentos de pena: Los furiosos, locos y los que hayan perdido el uso de su inteligencia y cometan un crimen en ese estado" (inc. 2º).

"Los imbéciles, incapaces de apreciar las consecuencias de sus acciones o de comprender su criminalidad" (inc. 3º).

"Los que hayan perdido el uso de su inteligencia por senectud" (inc. 4º).

"Los sordomudos que no hayan recibido educación conveniente para conocer la criminalidad de sus actos, ni hayan sido instruidos de las penas impuestas por la ley positiva y cuya irresponsabilidad esté fuera de duda" (inc. 5º).

Por otra parte, el art. 3º, inc. 3º, expresaba que "está exento de pena siempre que el acto haya sido resuelto y consumado en una perturbación mental cualquiera de los sentidos, o de la inteligencia no imputable al agente y durante el cual éste no ha tenido conciencia de dicho acto o de su criminalidad".

El proyecto traía en sus notas un interesante párrafo de Chaveau: "La justicia moral de acuerdo con la ley no pueden reconocer delitos en la acción de un hombre que ha perdido el uso de razón. Pero las dificultades aparecen al hacer su aplicación a la multitud de hechos diversos que puedan reclamar por su carácter propio o por analogía una excepción. ¿Que hechos constituyen la locura? La ley penal no podría trazar el círculo de aplicación, sin descender a dificultades científicas que no son de su resorte".

Siguiendo con este razonamiento se concluye con la idea de que la imbecilidad, para que tuviera efectos de desligar la responsabilidad, debía alcanzar una gravedad tal que suspendiera o destruyera la voluntad.

2)- PROYECTO DE VILLEGAS, LANZAR Y GARCÍA: en su art. 3º, nº 3 afirmaba que estará exento de pena: "El que ha cometido el hecho en estado de demencia, sonambuloso, enajenación mental o imbecilidad".

3)- CÓDIGO DE 1886: en su art. 81, inc. 1º, afirmaba expresamente: "Está exento de pena el que ha cometido el hecho en estado de locura, sonambulismo, imbecilidad absoluta o beodez completa e involuntaria y siempre que el acto haya sido resuelto, consumado en una perturbación

cualquiera de los sentidos o de la inteligencia, no imputable al agente y durante el cual éste no haya tenido conciencia de dicho acto o de su criminalidad".

4)- PROYECTO DE 1891: en su art. 55 variaba en parte el concepto al decir: "Son exentos de responsabilidad criminal: el que ha cometido el hecho en estado de enajenación mental cualquiera, no imputable al agente.

La Comisión del Senado ,sobre el punto sostuvo que para que proceda la aplicación de la ley penal, es necesario que recaiga sobre un sujeto normal, es decir sobre una persona de situación corriente, que se dé cuenta del hecho que comete y de sus consecuencias. Si el individuo es anormal o no pudo en el momento del hecho tener conciencia de éste, la sanción resulta ineficaz y no debe concurrir. Y agregaba la Comisión, citada por Moreno: "Felizmente nuestra tarea ha sido singularmente facilitada por un texto satisfactorio que encontramos en uno de los proyectos de Código Penal, uno de los más científicos que se hayan publicado hasta hoy y que lleva la gran autoridad de sus sabios redactores. Como se comprende una fórmula como la que buscamos, es independiente de las peculiaridades de un pueblo, pues todos ellos, cualesquiera que sea su raza o costumbre, reconocen las mismas causas de irresponsabilidad de origen psíquico". El proyecto al que nos referimos es el ruso y su art. 35 dice: "No es punible el hecho cometido por un individuo que, por insuficiencia de sus facultades mentales, o sea por alteraciones morbosas de la actividades de su alma, sea en un estado de inconciencia, no podía en el momento de la acción comprender la naturaleza y el sentido de lo que hacía o dirigir sus acciones." ⁷⁶

5)- PROYECTO RUSO DE 1881: realizado por una comisión creada por el zar Alejandro III, compuesta por cuarenta y ocho miembros, en catorce volúmenes, fue publicada desde 1897.

La traducción alemana del art. 35 decía: "No se juzgará culpable de una acción que fuere cometida por una persona, que por insuficiencia de las capacidades de su espíritu o por perturbaciones morbosas de las facultades de su alma o por su estado de inconciencia, en el momento de la acción no pueda comprender las características y el significado del hecho o dirigir sus acciones".⁷⁷

No parece dudoso que los legisladores argentinos hayan seguido la traducción francesa, pero cualquiera haya sido la fuente, ésta revela sin lugar a duda que Moreno tenía en este aspecto una precisa idea sobre aquellos puntos

de los cuales debía apartarse por estar imbuidos de las ideas positivistas de su época, cosa que logró concitando las críticas de sus contemporáneos y los elogios de la doctrina posterior.

CRÍTICAS AL PROYECTO: el problema para el codificador fue establecer los alcances del término "comprender". En su momento defendió su posición, afirmando que los doctores Piñeiro y Rivarola eran contrarios al mantenimiento del proyecto vigente, porque los individuos que están afectados de enajenación mental difícilmente se den cuenta de la criminalidad de los actos que cometen. Con respecto a la idiotez no habrá cambio de estado sino anormalidad. Probablemente haya sido Ramos el que dio la opinión más extrema sobre el punto. Dijo: "Estas expresiones (comprender y dirigir) que trasuntan el criterio psicológico, dificultan la correcta interpretación de un estado de alteración psíquica. Nada agregan al concepto de la insuficiencia de las facultades, o de sus alteraciones morbosas. Si éstas existen en calidad de alienación, que es lo que el Código quiso decir con aquellas palabras de insuficiencia o alteración, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones, son términos que están de más. Si no existen en esa calidad, también están de más, porque no corresponden las medidas de seguridad del art. 34. La frase es psiquiátricamente inadecuada. Hay alienados lúcidos. Van al delito con premeditación y comprendiendo la naturaleza del acto que están por realizar, dentro de las condiciones determinadas de antemano de una manera precisa. El sentido exacto del art 34, inc. 1º, tal como está redactado podría llevar a la condena de estos enfermos, cosa que nadie intenta en la hora presente de la ciencia penal." ⁷⁸

Más adelante agrega Ramos: "En el proyecto argentino de estado peligroso de 1927, proponemos la supresión de estas palabras, abandonando todo criterio de imputabilidad psicológica incompatible con el estado peligroso, para aceptar el biológico puro, por más que reconozcamos que no llegamos a un texto ideal, desde el momento que, según nuestras convicciones doctrinarias, todo criterio de responsabilidad que no comprende a todos los delincuentes, exceptuando los casos de justificación legal, no son estrictamente científicos". ⁷⁹

III. 3. El problema de la capacidad de culpabilidad

Maurach y Zipf han hecho notar que la terminología usada (capacidad de culpabilidad) es distinta a la de la imputabilidad, con lo que se está haciendo

resaltar que el tema no es de la acción, sino que se refiere al juicio de culpabilidad. Pero, además, el término imputabilidad parece hacer referencia a una relación más bien "física", en cambio, el que se propone tiene que ver con lo normativo.⁸⁰

III. 3.1- La capacidad de culpabilidad y el destinatario de las normas

En principio, se puede afirmar que el tema de la capacidad de culpabilidad tiene que ver con el problema del destinatario de las normas. Binding había descubierto que el delincuente no violaba el tipo penal, sino, al contrario, que lo cumplía. Cuando el sujeto realiza el tipo penal de homicidio, no está haciendo otra cosa que cumplir con el tipo penal, pero desde otro punto de vista; está violando la norma que dice "no matarás". Este extraño fenómeno, como afirma Gössel, se puede describir de la siguiente forma: "Sólo se castiga al que actúa meticulosamente, al pie de la letra de la ley penal". Esto es, el delincuente en realidad no lesiona la ley penal, sino que actúa de acuerdo con ella. Entonces ni el asesino, ni el ladrón sobrepasan la ley penal. Sin embargo, existen en el orden jurídico preceptos que prohíben el ocasionar la muerte de otras personas, así como el apoderamiento de bienes ajenos, o el tener relaciones sexuales en contra de la voluntad de la otra persona. Estos preceptos jurídicos que se distinguen necesariamente de las leyes, son las normas.⁸¹

Con este razonamiento, Binding había descubierto que las normas no existían por sí solas, sino en función de proteger intereses que la comunidad social considera como indispensables para ella, y que se denominan bienes jurídicos. Los tipos penales sólo describen aquellas acciones que, violentando la norma, atacan los bienes jurídicos.

El problema más grave, a nuestro juicio, con el cual se encontró la teoría de las normas, fue la cuestión del destinatario de estas normas. En este sentido, afirmaba Kaufmann: "Si los imperativos se dirigen a la totalidad de los sujetos del orden jurídico, estarían también dirigidas a los incapaces de acción y a los inimputables, así como a los bebés, a quienes están durmiendo, a los locos y a los ebrios. Tal cosa sería sencillamente imposible."⁸²

El tema, que no fue resuelto por Binding, fue tomado en cuenta por Kaufmann quien expresó: "La norma es la forma ideal de la obligación de los hombres. Su objeto es una acción final. Como forma ideal, la norma no puede ser sino abstracta, separada de cada individuo en particular y de actos

concretos. Ella se dirige a todos los que en cualquier momento o en cualquier lugar entran en consideración como sujetos del acto o como partícipes en él y a los que ella prohíbe o manda algo. Por lo menos teóricamente entran aquí todos los hombres. Todos son destinatarios de la norma". Aquí aparece la clave del problema, esto es, la capacidad de culpabilidad, en el paso siguiente de la argumentación. Lo importante no es tanto a quién se dirige, sino quién, en el caso individual, está obligado a responder. O dicho en otras palabras: "La concreción del deber abstracto del ámbito del destinatario, por tanto de la norma, es el deber de un destinatario individual determinado". Ese deber del sujeto, en quien se concreta la norma, exige en éste ciertas condiciones. Dice Kaufmann que el individuo estaría en condiciones de llevar a cabo, en determinadas situaciones, el acto prohibido, o sea que este individuo tiene -según la situación concreta- disposición de los presupuestos psíquicos y físicos para la realización del acto prohibido. En síntesis, la norma se concreta en aquellos que son capaces de acción. Dicho en términos del autor citado: "La capacidad de cumplir el deber como deber es, por tanto, capacidad de motivarse por el deber y, en consecuencia, capacidad de llegar a ser consciente del deber en el momento de la posibilidad de acción y de dirigir la voluntad conforme al deber".

De lo expuesto hasta ahora, el criterio básico en el tema consiste en determinar si el sujeto puede comprender el injusto o ilícito de su acción y actuar conforme a esa comprensión. En otros términos, podrá ser culpable quien se ha conducido en forma antijurídica, pese a que pudo determinarse o motivarse de acuerdo a derecho o conforme a la norma primaria ("no debes matar"). De ahí que la acción antijurídica le sea reprochable cuando el autor pueda ser motivado por la norma y, en consecuencia, tenga el deber jurídico de no realizar la acción. La omisión, en cambio, le será reprochable al autor, cuando, motivado por la norma, tenga el deber jurídico de obrar.

Se puede afirmar que la capacidad de culpabilidad no es otra cosa que la capacidad para ser determinado por el deber jurídico de actuar o de abstenerse de hacerlo en el caso concreto. Con ello se tiene el común denominador que subyace en la moderna teoría de la culpabilidad.

Se podría hacer un esquema, que exigiría la siguiente división :1)- capacidad para actuar conforme al deber jurídico, en base a la motivación que el deber exige; en el caso concreto, capacidad para comprender el deber

jurídico y la posibilidad de determinar la voluntad de acuerdo al deber comprendido, y 2)- esta capacidad para una motivación, conforme a la norma, es decisiva para poder realizar el reproche al sujeto que actuó antijurídicamente.

De lo expuesto surge que la incapacidad de culpabilidad terminará excluyendo la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad, o la capacidad de conducirse conforme al reconocimiento de la norma o la incapacidad de ser motivado por la norma jurídica.

Ya se dijo que la fuente del art. 34, inc. 1º, es el Código ruso de 1881, tema que llevó a discutir acerca de cuál fue la versión que el legislador había tomado, y que además provocó las críticas de los positivistas argentinos. El tema de la imputabilidad, en el art. 34, inc. 1º, no es un dechado de claridad conceptual, aunque hay que admitir que no cayó en el positivismo de la época, al agregar el término comprender. Sin embargo, todavía es interpretado tal como los positivistas italianos lo habrían hecho, no lográndose, salir del ahogo que, desde Nerio Rojas hasta acá, produjeron esas concepciones al derecho argentino.⁸³

III. 4. La fórmula del Código Penal Argentino

El método legal de determinación de la capacidad de culpabilidad: tal como la doctrina lo ha puesto de manifiesto, el Código trae una fórmula mixta que "prevé las causas psicopatológicas y las consecuencias psicológicas que debe haber provocado, pero valoradas por el juez en cuanto pudieran haber privado al sujeto de la comprensión del acto o de la posibilidad de dirigir sus acciones según esa comprensión".

Es que, como bien lo afirma Jakobs, el concepto de capacidad de culpabilidad no se construye ni con condiciones biológicas, ni con condiciones psicológicas, sino que es, en el fondo, una cuestión normativa, ya que se trata de una forma de imputación o de atribución.

En el plano jurídico, la pregunta que debe hacerse es si la persona, como destinataria de la norma, tuvo capacidad para que ésta se concretara en él (es decir, que la comprenda) y, en consecuencia, pudo tomar la decisión de actuar en su contra, a pesar de que sobre sí pesaba el deber de actuar conforme a la norma. En este punto es donde se debe analizar la conducta del autor, no sólo

en base a las pericias, sino teniendo en cuenta todo el contexto en que se realizó la acción del imputado.⁸⁴

III. 4.1 Análisis de la fórmula del Código Penal

La fórmula del art. 34 del Cód. Penal permite ser interpretada de acuerdo a los cánones antes expuestos. La concretización del deber aparece regulada, de forma que el legislador ha dado pautas para interpretar quiénes no pueden ser sujetos del deber de actuar o de omitir hacerlo.

El inc. 1º tiene en su párrafo 1º dos partes determinadas: en la primera se establecen causas tales como la alteración morbosa de las facultades, insuficiencia de las facultades y los estados de inconciencia. En la segunda parte del mismo párrafo, el artículo prevé que, por esas causas, el autor del hecho antijurídico no haya podido comprender el injusto de su acto o actuar en consecuencia de esa comprensión.

A)- INSUFICIENCIA DE LAS FACULTADES. La inmadurez psíquica del autor del hecho es lo que se engloba por insuficiencia de las facultades. Esta insuficiencia puede producirse por un hecho natural; esto es, la edad de la persona, pues, como se sabe, nuestra legislación establece que hasta los dieciséis se es inimputable, aunque se comprenda la criminalidad del acto (art. 1º, ley 22.278).⁸⁵

El segundo motivo de la insuficiencia puede provenir de una inhibición enfermiza del desarrollo de la persona. Se trata de un problema que afecta a la inteligencia, que aparece como resultado de traumatismos intrauterinos, o en el momento del nacimiento, o por daños cerebrales producidos en la gestación o en la infancia.

Los tres grados de la debilidad mental u oligofrenia, que es un término científicamente más exacto, son: a)- la idiocia, que es un desarrollo de la inteligencia detenida en el nivel de un niño de seis años; b)- la imbecilidad, que es la no superación del crecimiento intelectual alcanzado hasta la pubertad, y c)- la debilidad mental, que es el estancamiento del desarrollo de la inteligencia en la etapa inmediatamente posterior a la pubertad.

B)- ALTERACIONES MORBOSAS. Resulta anacrónico decir que alteración morbosa es sólo un sinónimo de alienación. La alteración morbosa remite al concepto de enfermedad mental y, como en toda dolencia psíquica, quien está afectado es el "yo". El problema se plantea al considerar que el cuerpo es una

cosa diferente al "yo", de modo que solamente existiría enfermedad en tanto y en cuanto aparezca una causa orgánica.

Desde una perspectiva fenomenológica, la única forma de manifestarse el "yo" es a través del cuerpo, o dicho de forma más sintética: el cuerpo es el yo manifestado. En estas cuestiones es casi imposible aprehender la cosa en sí misma, sino que sólo se puede conocer el fenómeno; la esencia del "yo" no es sino su manifestación, y ésta se da sólo a través del cuerpo.

Este "yo", soporte del ser humano, es, al mismo tiempo, el hombre. Dividir al hombre en cuerpo y alma es romper la unidad no sólo conceptual sino también real. El "yo" va apareciendo en tres estadios: 1) el somático, que constituye la morfología anátomo-patológica; 2) el de los fenómenos que no son propiamente orgánicos, pero que están estrechamente ligados al soma; todo lo que sean impulsos, emociones, afectos, sentimientos, etc., configuran, sin duda, la cara interior del cuerpo, y 3) el cognoscitivo-volitivo, que determina la relación del "yo" con los fenómenos superiores, que son el ejercicio de las facultades intelectuales y la capacidad para hacer o no una cosa.

La enfermedad no es otra cosa que una manera peculiar de aparición del "yo", algo así como su "encarnación". No parece lógico, ni responde a la naturaleza de las cosas, sostener que la enfermedad es sólo aquello que atañe a lo físico, al soma, como si el resto de lo humano debiera ser ignorado. Bien lo sostiene Frías Caballero: "En términos de inimputabilidad es perfectamente indiferente que se trate de un genuino enfermo mental (en el clásico y restringido sentido), de un simple anómalo psíquico o de un sujeto normal perturbado en sus funciones anímicas." ⁸⁶

La conclusión es obvia: dentro de las alteraciones morbosas deben incluirse todas las afecciones que involucren cualquiera de estas tres formas de aparición del "yo" en el mundo.

1)- ENCUADRE DE LAS ALTERACIONES MORBOSAS. Tal como lo dice la ley, debemos hablar de una desviación de la normalidad psíquica que existía previamente. Esta desviación patológica que afecta la esfera psíquica, debe influir, además, en el núcleo de la personalidad del autor. Con lo cual se está afirmando que no sólo puede estar afectada la inteligencia y la voluntad, sino también la zona de los afectos y de los impulsos.

Éste es el campo de las llamadas alteraciones psíquicas patológicas, o enfermedad mental propiamente dicha. Dentro de ellas se encuentran las

enfermedades psíquicas genuinas, o sea las psicosis exógenas, que tienen una base corporal manifiesta. Como ejemplo podemos mencionar las psicosis traumáticas (trastornos debidos a lesiones cerebrales), las psicosis por infección (parálisis progresiva), los espamoaneurismas de orden orgánico (la epilepsia) y las degradaciones de la personalidad que culminan en demencia (arteriosclerosis). También quedan abarcadas por las alteraciones morbosas las llamadas psicosis endógenas, que son las enfermedades en donde se presume lo corporal, sin posibilidad de una prueba definitiva, aunque ya se admite que también existen condiciones somáticas. Las formas de expresión más importantes de estas afecciones son la escisión de la conciencia (esquizofrenia), y los casos de demencia maníaco-depresiva circular que tiene como nota relevante los cambios inmotivados del ánimo, que van desde profundos estados de depresión hasta lo que se podría llamar delirios de grandeza. Pero siempre estas enfermedades deben haber limitado el centro de la personalidad y haber limitado la capacidad de actuar de la persona. La psiquiatría ha hecho una caracterización de las enfermedades mentales agudas, afirmándose que están constituidas por síntomas cuya yuxtaposición u organización permiten prever su carácter transitorio. Se trata de crisis, accesos o episodios más o menos largos que, ciertamente, pueden reproducirse, pero que presentan una tendencia natural a la remisión. Dentro de este grupo se encuentran las psiconeurosis emocionales, las manías, las melancolías, las psicosis delirantes y alucinatorias agudas, las psicosis confusionales y los trastornos mentales de la epilepsia.

El otro grupo está constituido por las enfermedades mentales crónicas. "Lo que las caracteriza, es el presentar espontáneamente una evolución continua o progresiva que altera de manera persistente la actividad psíquica. Según su grado se distinguen las neurosis, las psicosis esquizofrénicas y las demencias."⁸⁷ En orden a estas enfermedades y su relación con la imputabilidad ha dicho la jurisprudencia.

a)- La psicosis endógena, caracterizada como forma clínica de esquizofrenia catatónica, impide comprender la desaprobación jurídico-penal del acto y dirigir la conducta de acuerdo con esa comprensión.

b)- No hay perito capaz de penetrar el círculo autístico de un esquizofrénico para saber qué pasa en él; lo único que puede hacer es, conforme a su

experiencia, estimar que le es muy difícil comprender la criminalidad y que hay un elevadísimo grado de probabilidad que le sea absolutamente imposible.

c)- La alteración morbosa, exigida por la ley, no significa únicamente alienación, pues ello reduciría arbitrariamente el concepto legal al aspecto intelectual de la actividad psíquica, descartando la alteración en la emotividad y en la afectividad.

d)- Insistir tozudamente en que los esquizofrénicos, sin lugar a dudas, gozan de capacidad de motivarse en las normas, entienden la desaprobación jurídico-penal de sus actos y no tienen automatismos ni compulsiones, es embarcarse en una omnipotencia judicialista que cierra herméticamente las ventanas de los resultados obtenidos por otras disciplinas.

e)- Nadie puede tener perplejidad en la absoluta falta de sentido que tendría la imposición de una pena, aun a costa del estupor catatónico esquizofrénico de su destinatario.⁸⁸

2)- ANOMALÍAS PSÍQUICAS GRAVES: entran en este grupo las llamadas psicopatías, como una desproporción a favor de los impulsos del individuo en desmedro de su intelecto, las neurosis y los trastornos de los impulsos sexuales.

Bien dicen Maurach y Zipf que contra la aceptación de estas categorías se objetó que iba a existir un derrumbe del dique de contención o una catarata de absoluciones. Aunque, sin embargo, también se admitió que el castigo, en estos casos, afectaría el derecho penal de culpabilidad.

La doctrina entiende por psicopatías a todas las variantes congénitas de la personalidad que tienen como efecto una rebaja de la capacidad del sujeto de adaptarse a las normas sociales. El defecto se encuentra no en el ámbito de la inteligencia, sino en el de la personalidad ética. Como hace notar Lange, el psicópata se caracteriza por un problema de defecto en el sentimiento, en la voluntad y en el carácter. Sin embargo se ha discutido mucho acerca de si puede haber una respuesta única sobre el concepto de psicopatía. Algunos autores sostienen que en el psicópata lo que existe es una perturbación y anomalía de los sentimientos, de la voluntad y del carácter, y no tanto del intelecto. Se entiende por personalidad anormal aquella cuyo carácter, sentimiento y voluntad la apartan de la norma y le muestran la vida como fracaso y perturbación. Para decidir sobre su capacidad de culpabilidad habrá que tener en cuenta si la psiquis del autor se aparta considerablemente del

término medio, debido a un defecto en su carácter, sentimiento y voluntad, y si por ello está seriamente alterada su capacidad para actuar, de acuerdo a valores, que es un serio déficit para la decisión de su acción.

En las neurosis, en cambio, lo que se experimenta es una reacción vivencial anormal o un trastorno en la elaboración de las vivencias que, si llegan a tener cierta magnitud, deberán ser vistos como grave anormalidad psíquica.

a)- La jurisprudencia se ha hecho cargo del asunto y decidió en el sentido que indicamos a continuación.

1)- Para investigar una psicopatía no pueden buscarse síntomas como en el caso de los neuróticos, pues su principal característica es la conducta antisocial tomada como actitud básica agresivamente antisocial. Por eso, la psicopatía puede establecerse, en el caso, consultando los antecedentes del reo, de cuyo frondoso prontuario se sigue un proceder que no responde a una lógica más o menos razonable, ni siquiera desde el ángulo de la ética delincuencial.

2)- La calificación de personalidad psicopática alude a una profunda perturbación de la esfera emocional, que impide o dificulta a quien la sufre internalizar pautas de conducta, es decir motivarse en la norma, que es la posibilidad exigible como presupuesto ineludible de la culpabilidad.

3)- El Código Penal exige que el autor haya tenido la posibilidad de comprender la criminalidad de su conducta, o sea que no exige comprensión efectiva sino posibilidad de comprensión y es coherente con la diferencia entre "comprender" y "conocer". La antijuridicidad de una conducta es un desvalor, no un ente del mundo físico, sino una valoración jurídica y la posibilidad de comprenderla es más que la posibilidad de conocerla, pues los valores se internalizan o introyectan que es lo que exige el Código Penal.

4)- La ciencia médica no da una respuesta única sobre el concepto de psicopatía. La psicopatía conducirá a la inimputabilidad, cuando sus efectos sean similares a los de la psicosis e impidan comprender la criminalidad del acto y dirigir las acciones, como lo exige el art. 34 del Cód. Penal. El problema no es el nombre que se da a la enfermedad, sino que ella impida la comprensión .

5)- En lo que hace a su relevancia para la imputabilidad o, lo que es lo mismo, para la culpabilidad, la conclusión del peritaje médico forense abarca una valoración jurídico-penal que es exclusivo patrimonio de la materia judicial y que, en modo alguno, compete a los peritos médicos. Ello así, la función del

peritaje psiquiátrico debe limitarse a describir las condiciones psíquicas de las personas y las características, intensidad, signos y síntomas de su padecimiento si lo hubiese, pero el significado que esto tenga para el juicio de culpabilidad, es una valoración eminentemente jurídica.

b)- En el mismo sentido, en otro caso, se dijo cuanto sigue.

1)- La psicopatía podrá ser causa de inimputabilidad si ella actúa sobre el sujeto como lo hace una psicosis, si configura una alteración morbosa de las facultades que lleve a no comprender la criminalidad de los actos o dirigir las acciones.

2)- Los rasgos psicopáticos que se presentan en personalidades psicopáticas, ya que cualquier individuo de ordinario presenta notas distintivas de la esquizofrenia, la manía o cualquier otra, sin que por ello sea alienado o inimputable.

c)- En otros decisorios se ha resuelto: 1)-En el ámbito de la inimputabilidad no es necesario otra cosa que la verificación de una alteración morbosa en la mente del acusado, entendida en su acepción más amplia y moderna de alteración enfermiza o por enfermedad que afecta al ser humano en su totalidad psicofísica, sin que se requiera, a la vez, que esa alteración morbosa pueda ser encasillada en alguna de las entidades nosológico-psiquiátricas específicas.

2)- A los fines de la inimputabilidad no es necesario que la alteración morbosa, presentada por una personalidad psicopática en un momento dado de su desarrollo existencial, deba producir efectos similares a los de una verdadera psicosis para poder adquirir relieve en el campo jurídico-penal.

3)- Es incuestionable que la pena sólo puede estar dirigida como intimidación general y con fines individuales de retribución proporcional a la culpabilidad, a individuos que tengan capacidad para captar el significado de la sanción.

d)- Asimismo, se ha dicho: 2) Los vocablos alteraciones morbosas del art. 34 inc. 1º, del Cód. Penal no deben en modo alguno entenderse como simples sinónimos de enajenación o alienación mental, sino de manera más amplia (del voto de la minoría)⁸⁹.

C)- LOS DENOMINADOS TRASTORNOS PROFUNDOS DE LA CONCIENCIA.

Tal como la doctrina mayoritaria viene sosteniendo, se trata de una confusión o exclusión parcial de la conciencia, en el momento de cometer el hecho típico. Con lo cual se puede sostener que la terminología del Código es incorrecta,

habida cuenta que la persona inconsciente no puede actuar, con lo cual, en este caso, se estará ante un problema de falta de acción y no de inconciencia. Estrictamente hablando se trata de casos de turbación de la conciencia.

Si bien es dificultoso dar un concepto de conciencia, se sostiene que es un estado por el cual, por una parte, percibimos lo que tenemos en torno (conciencia objetiva) y de otra nos percibimos a nosotros mismos (autoconciencia).

Encuadran en este caso los trastornos patológicos, como la embriaguez, envenenamiento, delirios en estado febril y alucinaciones. También entran en este punto los trastornos por causas psicológicas, como los estados de hipnotismo y los estados pasionales de alto grado que se diferencian de los que están previsto en el art. 81, inc. 1º, del Cód. Penal(a)estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable; b)propósito de causar daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte).

Tal como hemos hecho notar quedan excluidos los casos de total falta de acción por carecer de conciencia, como, por ejemplo, el sueño.

Al respecto ha dicho la jurisprudencia.

1)- La imputabilidad es la aptitud psíquica de autogobernar el comportamiento por el temor al castigo (pena) con que en la norma penal se conmina la realización de una cierta conducta; esto es, la capacidad psíquica para inhibirse de practicar la conducta prohibida por la norma penal, ante el temor de que se imponga la pena que amenaza la realización de esa conducta.

2)- Ni la drogadicción, ni la embriaguez solas llevan a la inimputabilidad, sino que ambas causas deben producir la no comprensión de la criminalidad del acto.

3)- La psicopatía puede ser causa de inimputabilidad sólo cuando ella se equipara en sus efectos a las llamadas psicosis; más, sostener que el psicópata por el solo hecho de serlo es inimputable, no tiene fundamentos legales por una parte, ni médicos por otra. ⁹⁰

D)- IMPOSIBILIDAD DE COMPRENDER LA CRIMINALIDAD DEL ACTO: no hay duda que es éste el elemento normativo de la capacidad de culpabilidad. Este segundo elemento exige que las causas antes mencionadas provoquen en el autor la incapacidad de comprender el injusto de su acto, o de actuar conforme a ese entendimiento, lo que está en crisis es la capacidad del sujeto

para orientarse de acuerdo a ciertos valores. Es decir, se está en el ámbito de la capacidad o no del sujeto para poder motivarse de acuerdo a las normas.

Nuestra doctrina ha insistido en interpretar este artículo basándose en la significación de la palabra comprender, sin darse cuenta que al admitirse en la ley una fórmula mixta, necesariamente se está exigiendo al autor que pueda motivarse en la norma, lo que hace referencia a una problemática de capacidad de valoración. De todas formas, la palabra comprender está asociada al análisis del sentido de las cosas. De ahí, que aun sin referencia a la criminalidad, se puede afirmar que sólo comprende la persona que puede ir más allá del mundo fenoménico (mundo real). Esta idea de sentido adquirió mayor valor cuando el legislador reemplazó el vocablo original de proyecto ruso (sentido) por criminalidad. De modo que lo que debe ser captado por el sujeto es algo más que el sentido de las cosas; es también el valor negativo de su acto, su contrariedad a la norma jurídica que está violando.

La comprensión de la criminalidad se refiere, por lo tanto, al ámbito de lo ético-normativo. El sujeto debe haber captado, al examinar la realidad, si su acto viola la norma que protege al bien jurídico. Con lo cual se está diciendo que el sujeto debe tener conciencia de la antijuridicidad material, esto es, el desvalor de su acto y, por ende, la posibilidad de motivarse en la norma. Para decirlo más claramente: lo que está en juego es la capacidad de la persona para captar las consecuencias de su acción en el ámbito normativo, y si a pesar de esa comprensión igual decidió llevar a cabo su conducta. Tal comprensión viene dirigida por la idea de valor del acto en el medio social en que el sujeto se mueve. Tal captación del sentido del acto es obvio que está dirigida por la libertad del sujeto. En síntesis, como bien afirma Schaeffler, la comprensión designa un esfuerzo cognoscitivo de tipo especial.

En consecuencia, podemos decir que, para que el sujeto sea inimputable, la enfermedad o las causas psíquicas o biológicas deben haber comprometido la libertad en relación a la valoración del hecho.

En este orden de ideas afirma Cabello que "el delirante celotípico que mata a su mujer, sabe con qué y cómo la mata, pero yerra, y aquí la falta de comprensión, en cuanto al razonamiento que lo lleva a creer en la infidelidad de su mujer" ⁹¹. Es decir, el sujeto no comprendió la criminalidad por la alteración de la conciencia moral; o como dice Copelli: "el individuo reconoce el carácter antijurídico de su acción y su punibilidad por la ley, pero subjetivamente,

moralmente se considera en mayor o menor grado justificado en su conducta. El enfermo aceptará, en estos casos, una responsabilidad jurídico-penal, pero rechazará la responsabilidad subjetiva, moral del acto realizado”.

De igual manera, el delirante paranoico que mata a su presunto perseguidor admitirá a menudo el carácter punible de su acción, pero tratará de justificarse diciendo que sus quejas no fueron escuchadas, que tuvo que hacer justicia con su propia mano, etcétera.

Spolansky afirma con razón que "sólo puede ser capaz de culpabilidad (imputabilidad), quien puede sentirse culpable, esto es quien puede sentir el reproche"; o, dicho de otra forma, "la capacidad de culpabilidad requiere que el sujeto esté en condiciones de poder sentir el grado del desvalor de la conducta." ⁹²

En síntesis se puede afirmar que :para establecer una defensa basada en incapacidad mental, se debe probar que, al tiempo de la comisión del acto, el acusado actuó bajo el efecto de falta de razón, de una enfermedad de la mente, que le hizo ignorar el acto que estaba cometiendo o, si lo sabía, ignoraba que estaba actuando mal. ⁹³

E)- DIRIGIR SUS ACCIONES. La dirección de las acciones significa que el sujeto debe tener la capacidad para dirigir sus actos, de modo que si por las causas antes enumeradas ello es impedido, tampoco será capaz de culpabilidad. Por lo tanto, esa capacidad comenzará a ser relevante, a los efectos de la inimputabilidad, cuando alguna de las causas del llamado apartado biológico del art. 34, inc. 1º, del Cód. Penal se haya verificado; es decir, cuando el autor no haya podido adecuar su voluntad y comprensión.

Por lo expuesto, en el análisis de la capacidad de dirigir las acciones es decisivo ponderar si el autor es capaz de contrarrestar sus impulsos mediante las inhibiciones.

Como la fórmula es normativa, no hay duda de que es el juez quien debe analizar, con la ayuda de los peritos, si la capacidad de culpabilidad existió en el momento del hecho. Este juicio no debe ser delegado en el perito médico, y si el juez no está de acuerdo con el dictamen deberá fundar su disidencia.

Al respecto tiene expresado la jurisprudencia que "la atribución al procesado de rasgos psicopáticos injertados en una personalidad normalmente estructurada, aunque inmadura y emocionalmente lábil, no afecta su capacidad para comprender la criminalidad de sus actos y dirigir sus acciones conforme a

esa comprensión, debiendo distinguirse la personalidad normal con rasgos psicopáticos de la personalidad psicopática".

En el mismo tema se ha aclarado: 1) La comprensión de la criminalidad de los actos supone vivenciar los valores, en virtud de la incorporación en las ideas de una conciencia discriminativa de lo valioso de aquello que no lo es y de una conciencia ética, mediante la cual se pueden vivenciar los valores y normas elaboradas por el grupo social e internalizarlos en la personalidad.

2) La afirmación de que alguien es o no imputable debe resultar del contexto de toda la prueba y no sólo porque así lo afirmen o lo nieguen los médicos, ya que la apreciación del extremo es de competencia exclusiva y excluyente de los jueces, conforme el criterio psiquiátrico-psicológico-jurídico que admite el Código Penal.

En cuanto a la caracterización de la figura ha dicho la jurisprudencia.

1- Para que la fórmula eximente del art. 34, inc. 1º, del Cód. Penal funcione como tal, la enfermedad mental o la falta de conciencia deben repercutir en el estrato psicológico, de manera tal que el sujeto no haya podido comprender, en el momento del hecho, la criminalidad del acto, sin que la sola comprobación de la patología sea suficiente.

2- El mérito de los medios probatorios y de las críticas que a ellos dirijan las partes, así como las propias conclusiones del juzgador sobre el particular, deben decidirse en el fallo sin necesidad de un pronunciamiento independiente que la ley no exige.⁹⁴

III. 4.2. Consecuencia de la incapacidad de culpabilidad

El principio básico es que la persona capaz de culpabilidad será merecedora de una pena; en cambio, al inimputable sólo se le podrán aplicar medidas de seguridad, si es peligroso para sí o para terceros, tal como es explicitado en el art. 34, inc. 1º, del Código Penal. De modo tal, que se puede decir que la culpabilidad es el fundamento de la pena, y la peligrosidad el de la medida de seguridad.

Donna sostiene, que tal como está estructurada, la medida de seguridad puede llegar a ser inconstitucional. Debido a que ella se aplica según la peligrosidad para sí o para terceros, y como dicha peligrosidad puede no desaparecer nunca, la medida de seguridad penal puede llegar a ser perpetua, sin tener relación con el injusto del acto. Por este motivo, el incapaz de

culpabilidad queda en peor situación que el capaz. Para ello, la medida de seguridad no sólo debe estar en relación con la peligrosidad, sino con el injusto, y no debería durar más tiempo que el máximo de la pena del delito cometido. Luego cesaría la medida de seguridad penal y debería pasar al ámbito civil.

En este aspecto se impone una inmediata reforma al Código Penal, además de que se permita que la medida de seguridad pueda ser cumplida no siempre en encierro, sino también en instituciones particulares, y además que sea progresiva. No se olvide que nada se le reprocha al inimputable.

Todo este sistema de medidas y de penas requiere por consiguiente una reforma, dado que, tal como están reguladas, son totalmente anacrónicas,⁹⁵ e inconstitucionales sus fundamentos.

Es necesario crear o extraer del ordenamiento jurídico ese límite temporal; sería aconsejable que una futura reforma del Código Penal Argentino receptara el principio limitador de las medidas de seguridad, para que su aplicación se vea rodeada de las mismas garantías que rigen para las penas, respetando los principios de legalidad y proporcionalidad previstos en el art.18 de la Constitución Nacional.

Zaffaroni afirma: que si no pueden ser cruel las consecuencias jurídicas propiamente penal de un delito(la pena), con mayor razón aún no podrá serlo la consecuencia no penal(administrativa y asistencial) de la presencia de caracteres parciales de un delito, que ni siquiera se impone a título de pena. La medida de seguridad también debe respetar el principio de proporcionalidad; si ha pasado el tiempo máximo de la medida de seguridad y no ha cesado el peligro del sujeto y, por ende menos aún puede decirse que se haya curado, la permanencia del peligro será justamente lo determinante para su incorporación a la normativa psiquiátrica menos gravosa prevista en el Código Civil. ⁹⁶

IV- LAS MEDIDAS PREVISTAS EN EL ART. 34 DEL CODIGO PENAL

IV. 1- Antecedentes y proyectos nacionales

Es interesante recordar cómo se regulaban anteriormente en la ley y en los proyectos de reforma más importantes las medidas de seguridad.

1- El Código Tejedor(Código penal de la provincia de Buenos Aires de 1884) en su art.147 in fine establecía: "Las personas nombradas que cometan algún crimen ,serán encerradas en algunas de las casas destinadas para los de su clase o entregadas a su familia, según lo estime el juez conveniente.."

Este decía en su art.22 : "Son exentos de pena :Los furiosos ,locos y los que hayan perdido el uso de su inteligencia y cometan un crimen en ese estado"(inc.2°). "Los imbéciles ,incapaces de apreciar las consecuencias de sus acciones o de comprender su criminalidad"(inc.3°)."Los que hayan perdido el uso de su inteligencia por senectud (inc.4°)."Los sordos mudos que no hayan recibido educación conveniente para conocer la criminalidad de sus actos, ni hayan sido instruidos de las penas impuestas por la ley positiva y cuya irresponsabilidad esté fuera de duda" (inc.5°).En el art.3,inc.3°, expresaba:"está exento de pena siempre que el acto haya sido resuelto y consumado en una perturbación mental cualquiera de los sentidos, o de la inteligencia no imputable al agente y durante el cual éste no ha tenido conciencia de dicho acto o de su criminalidad".

El proyecto Tejedor traía en sus notas un párrafo de Adolphe Chaveau:"La justicia moral de acuerdo con la ley no pueden reconocer delitos en la acción de un hombre que ha perdido el uso de razón.." ⁹⁷

En la nota al artículo , Tejedor, afirma que si bien la ley debe dispensar al loco de un castigo que sería bárbaro aplicarle, puesto que no comprendería ni su razón ni sus efectos, debe proteger también a la sociedad contra sus ataques. ⁹⁸

2. Proyecto de Villegas ,Ugarriza y García(1881), mantenía una redacción similar al código tejedor en su art.95. En su art.3° afirmaba que estará exento de pena:" El que ha cometido el hecho en estado de demencia, sonambuloso, enajenación mental o imbecilidad".

3. Proyecto Piñero, Rivarola y Matienzo del año 1890, en su art.59 establecía: "están exentos de responsabilidad criminal: 1) El que ha cometido el hecho

bajo la influencia de una enajenación o enfermedad mental cualquiera. Si la perturbación no es momentánea o si puede temerse su repetición, y el hecho ejecutado es de los que la ley reprime con pena de muerte, presidio, deportación o penitenciaria, el Juez decretará la reclusión del agente en un establecimiento de alienados criminales o en un departamento especial de los manicomios comunes, del que no saldrá sino por resolución judicial en que se declare ,con audiencia del Ministerio Público, y previo dictamen de peritos, que ha desaparecido el peligro que motivó la reclusión. En el mismo caso, si se tratase de un hecho reprimido con penas diferentes a las mencionadas, el agente será puesto en libertad bajo fianza de custodia, que garantice su buena conducta ulterior, observándose mientras dicha fianza no se prestare, lo dispuesto en el párrafo precedente”.

El proyecto establece dos clases de medidas de seguridad, según la gravedad del delito imputado. Para hechos graves se prevé la reclusión manicomial y para los menos graves la libertad con fianza de custodia. En parte recepta el principio de proporcionalidad.

4. Proyecto Segovia del año 1895: introduce un dato adicional , no obstante mantener el mismo texto:.. ”cualquier persona podrá solicitar la soltura y el Director del manicomio estará en estricta obligación de reclamarla cuando proceda..”(art.15).

5. Proyecto de 1906: introdujo la reclusión manicomial tal como se encuentra regulada en la actualidad, con la salvedad que la imposición de la medida era obligatoria para el juez. Según el art.41: ”En caso de enfermedad mental, el juez ordenará la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del Ministerio Público y previo dictamen de peritos, que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás”.

6. Proyecto año 1917: se mantuvo la misma redacción, pero se incorporó la “reclusión en establecimiento adecuado hasta que se comprobase la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso”.

7. Código Penal del año 1921: vigente al día de hoy, contempló la misma regulación anterior, con la salvedad que otorgó a la reclusión manicomial un carácter facultativo para el magistrado al sustituir la expresión “ordenará” por “podrá ordenar”.

Art 34. No son punibles:

“1° El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteración morbosa de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

En caso de enajenación , el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

En los demás casos en que se absolviere a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal *ordenará* la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobase la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso;..”.

8. Proyecto Coll-Gomez del año 1937: la particularidad de este proyecto es que la internación manicomial era tratada como una verdadera pena. En su art. 62 establecía: "Si el delito se ha cometido en estado de alienación mental , el tribunal ordenará la internación del agente en un manicomio, del que no podrá salir sino por resolución Judicial, con audiencia del Ministerio Público, y previo dictamen de peritos oficiales que declaren que ya no es peligroso para sí ni para terceros”

Art .63. "Si el delito se ha cometido en estado de inconsciencia completa, el tribunal ordenará la internación del agente en un establecimiento adecuado, del que no podrá salir sino en las mismas condiciones y con las mismas formalidades establecidas en el artículo anterior. Esta sanción no será impuesta en el caso de que las condiciones personales del agente, las circunstancias de hecho y el informe de peritos oficiales autoricen a declarar la ausencia de toda peligrosidad".

Art. 64: "Si el delito se ha cometido a causa de una grave anomalía psíquica, que no importe alienación, o en un estado de intoxicación crónica producida por alcohol o el uso de drogas o estupefacientes, el tribunal ordenará la internación del agente, por tiempo indeterminado, en un establecimiento especial, con régimen curativo y de trabajo obligatorio, en cuanto lo consientan sus condiciones de salud. El tiempo de internación no será inferior al máximum de la sanción estatuida para el delito, ni menor de tres años, si dicho máximum fuera inferior a este término. Si la sanción fuere la reclusión perpetua se impondrá ésta. Cuando, previo informe de peritos oficiales, se juzgue que la permanencia

en el establecimiento especial ha dejado de ser necesaria, el tribunal convertirá la internación en reclusión o prisión, conforme a lo establecido para el delito, pero, tanto la una como la otra serán por tiempo indeterminado, con el mínimo que se fija en el párrafo anterior. A los fines que corresponda, se computará el tiempo de permanencia en el establecimiento especial”.

Sobre los lugares en donde se debía cumplir la medida el art.50 establecía: "La internación en un manicomio se hará efectiva en manicomios criminales o en secciones especiales de los manicomios comunes del Estado. La internación en establecimientos adecuados para el tratamiento y la curación, se hará efectiva, cuando no se disponga de tales establecimientos, en secciones especiales de los institutos de carácter oficial en que sea posible el tratamiento que corresponda”.

9. Proyecto Peco del año 1941: Consideró a las medidas de seguridad como "sanciones curativas, en su art.39 enumeraba las medidas curativas como una clase de sanción. Disponía en su art.30: "El que en el momento de cometer el hecho padeciere de enajenación mental, o de trastorno mental transitorio de índole patológico, o de intoxicación crónica producida por el alcohol, drogas o estupefacientes, será internado en un establecimiento especial por tiempo indeterminado. La medida curativa cesará judicialmente, con audiencia del Ministerio Público, previo dictamen de peritos oficiales, cuando el enfermo no sea peligroso para sí ni para terceros”.

10. Proyecto del año 1951: sigue considerando sanciones a las medidas de seguridad. Según el art. 50: "Si el agente en el momento de la comisión del hecho delictivo no hubiere podido comprender la criminalidad del mismo o inhibir sus impulsos criminales en consecuencia con dicha comprensión, por insuficiencia o alteración morbosa de sus facultades psíquicas, será exclusivamente sometido a una sanción por tiempo indeterminado en un manicomio judicial o sección especial de un establecimiento carcelario” .En su art.51 se contemplaban iguales medidas para los casos de trastorno mental transitorio.

11. Proyecto Levene-Maldonado-Laplaza del año 1953: establecía que "Si los inimputables resultaren peligrosos, la medida correspondiente se hará efectiva internándolos por tiempo indeterminado en institutos especializados o en secciones independientes de establecimientos de detención. Dicha internación tendrá por objeto su curación y reeducación social. En cualquier momento, de

oficio o a propuesta de la autoridad administrativa, y cada dos años a petición de parte, el tribunal resolverá si debe cesar o no la medida..”

12. Los proyectos de 1960, 1973 y 1979: mantuvieron un criterio similar. Disponían: "Cuando el imputado sea absuelto por la causal establecida por el art.34 , el tribunal podrá ordenar previo dictamen de peritos, la internación del agente en un establecimiento adecuado, si por causa de su estado existe peligro que el sujeto se dañe a sí mismo o dañe a los demás. Esta internación se prolongará por el tiempo requerido para la seguridad. Cada dos años el tribunal se pronunciará sobre el mantenimiento , la modificación o la cesación de la medida, sin perjuicio de poder hacerlo en cualquier momento, requiriendo previamente en todo caso los informes pertinentes y dictamen de peritos”.

13. Proyecto del año 1975: establecía en art.45 que el inimputable”podrá ser internado en un establecimiento psiquiátrico de curación y cuidado mientras existiera peligro de que se dañe a sí mismo o cometiera nuevos hechos punibles. Esta medida se dispondrá con intervención del Ministerio Público Fiscal y previo dictamen de peritos. El juez, fundamentará periódicamente el mantenimiento de la misma, sin perjuicio de su obligación de hacerlo toda vez que media, al respecto, una petición fundada”.

Art. 47: "Si la internación no fuera necesaria, el juez podrá reemplazarla por un régimen de externación bajo control del juez de ejecución y con reserva de internación. Esta medida sólo se dispondrá previo dictamen pericial". ⁹⁹

IV. 2. Régimen actual

El art. 34 del Código Penal contiene sólo dos tipos de medidas de seguridad.

1)- La llamada reclusión manicomial , medida destinada a ser aplicada para los autores de hechos que no pueden ser penados en razón de su “enajenación mental” Este término debe ser considerado, según Ricardo Nuñez como “enfermedad mental.” ¹⁰⁰ La reclusión manicomial se encuentra enunciada en el inc. 1°, segundo párrafo que dispone: “En caso de enajenación ,el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás”.

Esta medida, está prevista para quienes hayan obrado sin capacidad de culpabilidad por padecer insuficiencias en sus facultades mentales o alteraciones morbosas de las mismas.

2)- Reclusión en establecimientos especiales, esta sería la segunda medida prevista en el Código Penal , esta medida se impone en los estados de inconsciencia(generalmente ebriedad o estupefacientes),la misma se encuentra regulada en el párrafo 3° del art.34: “En los demás casos en que absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso;..”.

IV. 2.1 Diferencia entre ambas

Está dada en el lugar que se deben cumplir cada una. La reclusión manicomial es optativa ,”podrá ordenar.. ”,en cambio en relación a la reclusión en establecimientos especiales, la aplicación de la medida es obligatoria para el juez, ”..el tribunal ordenará.” ¹⁰¹

V. IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD

Para que pueda aplicarse una medida de seguridad se deben dar los siguientes presupuestos:

- I- Comisión de un hecho
- II- Peligrosidad.
- III- Principio de proporcionalidad.

V. 1. Comisión de un hecho.

El primer presupuesto para la imposición de una medida de seguridad es que previamente exista la comisión de un hecho delictivo por parte del sujeto. Según Soler, no es necesario que se haya cometido lo que técnicamente se considera delito o sea una "acción típica, antijurídica y atribuible", sino "un hecho lesivo de bienes jurídicos penalmente tutelados". Es absolutamente inconstitucional la imposición de una medida de seguridad, si no se cometió ningún hecho penalmente disvalioso.¹⁰²

Según Donna, el "fundamento real de la medida de seguridad no es la peligrosidad, sino el delito. La peligrosidad es un fundamento secundario que va necesariamente unido al delito, pues siempre es imprescindible que exista un hecho típico y antijurídico. Por más peligrosa que parezca una persona, es obvio que, en nuestro sistema legal, nada se podrá hacer si no comete una acción que esté tipificada en el Código Penal". "La medida de seguridad no sólo debe estar en relación con la peligrosidad, sino con el injusto, y no debería durar más tiempo que el máximo de la pena del delito cometido. Luego cesaría la medida de seguridad penal y debería pasar al ámbito civil".¹⁰³

De acuerdo a los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, nuestro Derecho Penal es un derecho de acto, sustentada en el tipo penal de hecho, ya que sanciona conductas o comportamientos; y no de autor, motivo por el cual no se puede condenar a alguien por lo que es o será, sino tan solo por lo que hizo. Nuestras normas constitucionales exigen la prueba concreta del hecho delictivo cometido. "Sólo cabe condenar a alguien por el hecho del proceso". En los casos de delitos de sospecha, donde no se condena a alguien por lo que hizo (por un hecho) sino porque se supone que por su conducta cometió o cometerá un delito, aunque éste no se haya realizado o acreditado, en este caso se

estaría actuando inconstitucionalmente, infringiéndose el art.18 de la Constitución Nacional ,que reclama prueba concreta del delito, vale decir del hecho delictivo específico.” ¹⁰⁴

En relación al tema José Cerezo Mir explica que la imposición de medidas de seguridad a personas cuya peligrosidad criminal no se haya puesto de manifiesto, realizando una conducta delictiva , implica un gravísimo riesgo para la seguridad jurídica. ¹⁰⁵

V. 1.2. Función garantizadora

El exigir la previa comisión de un delito, cumple con una triple función garantizadora: como primera función , vemos que 1)- refuerza el pronóstico de peligrosidad, porque mediante la comisión de un hecho delictivo el autor pone de manifiesto su capacidad criminal; su segunda función, 2)- es fortalecer el principio de legalidad , debido a que la medida no dependerá sobre un juicio de pronóstico sobre la peligrosidad del delincuente, sino de la previa comisión de un hecho delictivo legalmente descrito .Esta medida no depende su aplicación solamente del juez ,sino de la ley penal y por ultimo 3)- reduce a límites tolerables la función preventiva .Esto es, constituye un freno a fin de no permitir argumentar la justificación de una determinada medida con fines preventivos ,porque en todos los casos se encuentra sujeta a la previa comisión de un hecho delictivo por el sujeto.

En resumen : para poder imponer una medida de seguridad, debe existir como primer requisito que se haya acreditado la comisión de un delito por parte del inimputable. De existir dudas acerca de ello la imposición de la medida se torna improcedente. En este tema la jurisprudencia se ha manifestado afirmando que la medida de seguridad requiere la concurrencia de dos presupuestos : la comisión de un hecho delictivo y la existencia de un peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o los demás.

Hechos que pueden dar lugar a la imposición de una medida: comisión de un injusto penal y la necesidad de que el hecho haya sido probado en proceso.

1)- La comisión de un injusto penal: la imposición de una medida de seguridad requiere la comisión de un injusto penal por parte del inimputable, es decir que el sujeto debió realizar una acción típica y antijurídica pero inculpable.

Debe ser responsable por el hecho, saber si de acuerdo a las exigencias propias de la sociedad se le podría exigir al autor, una conducta distinta de la

que realizó, es decir, si puede llegar a ser responsabilizado como miembro de la comunidad por las lesiones antijurídicas que ocasionó. Según Roxin, el sujeto no será responsable por el hecho, si teniendo en cuenta esos parámetros sociales, no es posible “exigirle una conducta distinta a la que realizó”.(ejemplos de estado de necesidad disculpante, miedo insuperable).¹⁰⁶ Es innecesaria una sanción porque el autor está totalmente integrado socialmente, y sólo una extraordinaria situación lo ha llevado a realizar esa acción. En estos casos, si el inimputable actuó en alguna situación mencionada, no es posible la aplicación de una medida de seguridad, debido a que también debe beneficiarse al incapaz de culpabilidad en causas que pueden hacer desaparecer la exigibilidad de la conducta adecuada al derecho referente de autores imputables. Caso contrario se vulneraría el principio de igualdad ante la ley, debido a que se le exigiría más al enfermo que a una persona normal.

2) - Si bien la regla general es que las medidas sólo se imponen a autores de injustos penales, es posible su aplicación en sujetos que no han actuado típicamente o incluso ni siquiera realizaron la acción.¹⁰⁷

Los casos de atipicidad estarán dados por los supuestos de error de tipo psíquicamente condicionado, ya sea por enajenación o cualquiera otra anormalidad psíquica del autor. Un ejemplo puede aclarar el tema, el caso de un esquizofrénico delirante que debido a su enfermedad cree que el camión que tiene frente a él es de su propiedad y decide llevarlo, no se encuentra realizando el tipo penal de hurto porque no obró con dolo. Sucede lo mismo en el caso del sujeto que por estado de intoxicación de estupefacientes o alcoholismo cree estar matando una serpiente y en realidad está destruyendo la ropa a una persona. Estos supuestos demuestran que la enfermedad le impide conocer los elementos objetivos del tipo penal, motivo por el cual se puede decir que incurrió en un error de tipo. En estos casos es posible la imposición de una medida de seguridad, aunque no haya realizado un injusto penal. Lo mismo puede ocurrir en los casos de epilepsia, sonambulismo, desmayos, que hacen incurrir al autor en un supuesto de falta de acción, basado en un estado de inconsciencia absoluta en el momento que comete un delito.

Podemos decir por lo tanto, que si bien las medidas se aplican a personas que cometen acciones típicas y antijurídicas, también se pueden extender a los

casos de falta de acción o de error de tipo. Según la ley las medidas se pueden imponer en cualquiera de los casos enunciados en art. 34.inc.1°, motivo por el cual no es correcto limitarlas a los supuestos de incapacidad de culpabilidad, ya que el propio artículo se refiere a los casos de inconsciencia y de error o ignorancia de hecho no imputable. Es decir a los supuestos de exclusión de la acción y de la tipicidad.

3)- La necesidad de hecho probado durante el proceso que se debe seguir al sujeto inimputable. Si se tiene en cuenta los perjuicios que pueden causar la imposición de una medida de seguridad, en ciertos casos aún más graves que la aplicación de una pena, es necesario que el tribunal interviniente reúna todas las pruebas posibles que acrediten la comisión del hecho. Como primera medida a tomar por el juzgado ,es ordenar una pericia psiquiátrica, cuando el sujeto imputado padece una enfermedad mental(art.76y78 del Cód.Proc.Penal) Una vez confirmada la inimputabilidad ,el procedimiento correcto es proseguir con la investigación hasta concluir, y una vez probado el hecho proceder a imponer la medida. Por lo general este procedimiento queda trunco ,en la práctica ,una vez que fue declarado inimputable, se lo sobresee y se impone la medida de seguridad, dejando de lado la incorporación de pruebas, debido a que no se prosigue con la investigación para acreditar la comisión del hecho. Este proceder descripto atenta contra las garantías constitucionales, debido a que lleva a admitir en la praxis la imposición de medidas de seguridad sin delito(porque no se probó).¹⁰⁸

V. 2. El problema de la peligrosidad

Otro elemento a considerar, además de la comisión de un hecho delictivo, para poder imponer una medida de seguridad, el Código Penal exige que el autor sea peligroso para sí o para terceros.

Garófalo denominó a la peligrosidad la “temibilitá” y la definió como “la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad del mal previsto que hay que temer por parte del mismo delincuente”.¹⁰⁹. Asigna a la pena la función de eliminación o neutralización física de la persona para conservar una sociedad ,que se parece a un organismo o a un ser humano, a la que se le ha afectado una disfunción que es síntoma de la inferioridad biopsicosocial de una persona y que es necesario responder en la medida necesaria para neutralizar el peligro que importa su inferioridad”.¹¹⁰

Completando esta idea de peligrosidad Grispigni afirmó "desde el punto de vista psíquico, la peligrosidad es un atributo, una cualidad de una persona, y más precisamente, es la condición psíquica de una persona en cuanto probable causa de delito". Florian ,considera a la peligrosidad como "posibilidad mayor o menor de que el individuo que ha cometido un hecho punible delinca de nuevo en el porvenir, produciendo nuevos daños en el ordenamiento social, por lo que la peligrosidad criminal consiste en la aptitud del individuo para cometer nuevos delitos". ¹¹¹

Si bien los autores tendrán diferencias acerca de los elementos a tener en cuenta sobre la peligrosidad es claro que se mantendrá el concepto de temibilidad, el que consiste en la cantidad de mal previsto que se debe tener por parte del delincuente.

La peligrosidad ,al igual que la culpabilidad, es un juicio sobre el autor, la diferencia está en que la culpabilidad constituye un juicio de reproche por haber cometido un acto delictivo, la peligrosidad es un juicio de probabilidad, de pronóstico sobre la futura conducta de quien mediante la comisión de un hecho, se ha revelado como portador de un determinado carácter, es decir como un determinado tipo de autor. A diferencia de lo que acontece con el delito que, antes que nada, es una conducta humana, la peligrosidad es básicamente una situación o status de la persona que ha de ser formulada judicialmente. Así pues se trata de un juicio, y más precisamente, de un juicio futuro, en la medida que supone la afirmación de una probabilidad de delinquir." En suma, la peligrosidad no es más que un pronóstico.¹¹²

Jescheck sostiene, que el valor del pronóstico de peligrosidad aparentemente depende de la posición que se pueda adoptar respecto al problema de la libertad. Quien tenga una postura determinista creará en el pronóstico, debido que en esta postura las mismas causas tendrán los mismos efectos, no obstante nunca podrá predecir todas las condiciones futuras del comportamiento de una persona. Contrariamente los no deterministas, desconfiarán de todo pronóstico, debido que el factor de la libertad del hombre se opone por principio a la previsión de su comportamiento futuro ,sabe que de la vida anterior pueden extraerse conclusiones sobre su futuro, motivo por el cual, es posible un pronóstico dentro de ciertos límites. ¹¹³

A fin de asegurar el máximo respeto de las garantías constitucionales, nunca se debe perder de vista que al ser la peligrosidad un pronóstico futuro, la misma no puede ser determinada con absoluta precisión.

Señala Zaffaroni ,que” las llamadas medidas pese a todos los esfuerzos realizados por diferenciarlas de las penas, no pasan de ser una particular categoría de penas(con menos garantías y límites que las otras) o, cuanto menos una expresión clara de poder punitivo”. ”Todo saber requiere una definición previa de la delimitación de su horizonte ,que haga manifiesta su intencionalidad, para permitir el control de su racionalidad.”...” En la forma republicana de gobierno, las decisiones judiciales ,que también son actos de gobierno ,deben ser racionales, lo que demandan que no sean contradictorias (aunque la racionalidad no se agote en esa condición)”.¹¹⁴

Teniendo en cuenta que la medida de seguridad se aplica sobre un juicio de probabilidad resulta necesario o fundamental, fijar límites claros al concepto de peligrosidad y en lo posible reducir al máximo su ámbito de ejecución a fin de garantizar en mayor medida la vigencia de la seguridad jurídica.¹¹⁵

V. 2.1. Sobre el concepto de peligrosidad

Peligrosidad no es sinónimo de enfermedad, no alcanza para imponer una medida de seguridad que el sujeto padezca una enfermedad mental o haya cometido el hecho en estado de inconsciencia, sino que la peligrosidad debe probarse. Para Zaffaroni ,la identificación de enajenación con peligrosidad es inadmisibles, puesto que resulta contraria a toda razonabilidad ” si conforme al segundo párrafo del inc.1° del art.34, el tribunal podrá ordenar la reclusión manicomial del enajenado, de ello se deduce que no la deberá ordenar cuando no haya peligro de que se dañe a sí mismo o a los demás. La identificación entre alienado o diferente con el peligroso es un claro producto racista, que pertenece al peor orden de prejuicios pseudocientíficos de la psiquiatría política lo cual hace aún más inadmisibles esta idea desde el punto de vista constitucional” .”En cuanto al segundo párrafo también se hace inadmisibles la “peligrosidad automática”, particularmente si tenemos en cuenta que abarca los casos de error e ignorancia. Conforme a ello, resulta razonable suponer que la reclusión del incapaz no enajenado se impone necesariamente sólo cuando media una efectiva comprobación de la peligrosidad”.¹¹⁶

V. 2.2. Peligrosidad social o criminal

Según Carlos Landecho, por "peligrosidad criminal" suele entenderse la posibilidad de que un sujeto cometa un delito o siga una vida delincencial, refleja por tanto un individuo antisocial. La peligrosidad social es la posibilidad, o realidad, de que un individuo llegue a ser o sea ya un marginado, un parásito molesto para la convivencia social, que sea por tanto asocial, aunque no suele cometer delitos propiamente dichos" ¹¹⁷

Se discute si para la imposición de una medida de seguridad es suficiente con que el inimputable pueda cometer hechos socialmente dañosos, o si la peligrosidad se refiere a la futura comisión de hechos delictivos. La discusión se centra si es posible aplicar la medida de seguridad alegando sólo la peligrosidad social o se debe fundar en la peligrosidad criminal.

Según la postura mayoritaria : la medida procede no solamente cuando el daño que del sujeto puede esperarse constituya un delito, sino que se tiene en cuenta la comisión de cualquier evento dañoso dirigido contra el propio inimputable o un tercero .

Sin embargo, si tenemos en cuenta el carácter penal de las medidas de seguridad, es lógico exigir que puedan imponerse sólo en los casos de peligrosidad criminal. Las medidas no deben considerarse simplemente como asistenciales, sino que son verdaderos instrumentos del Derecho Penal. Si no existe peligro alguno de comisión de delito, no hay razón para que intervenga esta rama del derecho. Lo fundamental de esta interpretación es que no es posible imponer una medida de seguridad cuando existe solamente peligrosidad para el propio enfermo y no para terceros (por ej.. el riesgo de suicidio o de autolesión). La sola posibilidad de que el inimputable se dañe a sí mismo evidentemente no es un caso de peligrosidad delictual. A la mera peligrosidad social hay que hacerle frente con medidas preventivas de carácter asistencial, al margen del Derecho penal. ¹¹⁸

V. 2.3. Diagnóstico psiquiátrico forense de la peligrosidad

"La peligrosidad médico-legal abarca no solamente la posibilidad de un nuevo delito(peligrosidad específica), sino la comisión de cualquier evento dañoso dirigido contra el propio sujeto o contra el resto de las personas(desaparición del peligro de que el enfermo se dañe así mismo o a los demás del art.34,apart.2).

Cabello cita a Ricardo Nuñez "Una interpretación literal restringida que llevase a la conclusión de que la ley sólo se refiere al daño en la persona del agente o de un tercero, no satisfaría la finalidad de la medida, que busca, no sólo la seguridad personal, sino la seguridad general"¹¹⁹. Agregando cita de Soler: "Aunque el daño que del agente pueda esperarse no sea un delito"¹²⁰

La interpretación extensiva de esta cláusula nos incita a preguntar si su alcance no se superpone entonces al concepto de peligrosidad sustentado en el Código Civil.

Vicente P. Cabello, señala que el daño cuyo peligro toma en cuenta la ley para imponer o poner término a la reclusión, no debe ser necesariamente delictivo. Se trata de cualquier perjuicio apreciable que el agente pueda causarse en su persona o bienes u ocasionar a la persona o bienes de terceros ,ya que la medida no sólo atiende a la seguridad personal, sino , a la seguridad general. ¹²¹

Con respecto a este ultimo concepto expresado, la peligrosidad a la que alude el Código Penal no encontraría diferencia con la prevista en el art.482 del Código Civil, que regula la internación de los incapaces.

El art.482 del Código Civil dispone:" El demente no será privado de su libertad personal sino en los casos en que sea de temer que, usando de ella, se dañe a sí mismo o dañe a otros. No podrá tampoco ser trasladado a una casa de dementes sin autorización judicial. Las autoridades policiales podrán disponer la internación, dando inmediata cuenta al juez, de las personas que por padecer enfermedades mentales, o ser alcoholistas crónicos o toxicómanos pudieren dañar su salud o la de terceros o afectaren la tranquilidad pública. Dicha internación sólo podrá ordenarse, previo dictamen del médico oficial. A pedido de las personas enumeradas en el art. 144 el juez podrá, previa información sumaria, disponer la internación de quienes se encuentran afectados por enfermedades mentales aunque no justifiquen la declaración de demencia, alcoholistas crónicos y toxicómanos, que requieran asistencia en establecimientos adecuados, debiendo designar un defensor especial para asegurar que la internación no se prolongue más de lo indispensable y aún evitarla ,si pueden prestarle debida asistencia las personas obligadas a la prestación de alimentos".

V. 2.4. Principio de mínima intervención

Este principio rige en materia penal. Según el cual la intervención se reduce a casos de ataque de extrema gravedad a los bienes jurídicos más importantes. Dejando las perturbaciones más leves del orden jurídico como objeto de otras ramas del Derecho. Esta interpretación es mantenida por Muñoz Conde - García Arán.¹²²

Si se tiene en cuenta el carácter penal de las medidas de seguridad, las que no pueden ni deben considerarse como simples medidas asistenciales, sino como verdaderos instrumentos del Derecho Penal éstas sólo son imponibles en caso de peligrosidad criminal. De no existir peligro de comisión de delito, no se encuentra la razón para que intervenga.

María Florencia Hegglin señala, que extender la aplicación de las medidas de seguridad a supuestos de peligrosidad meramente social no responde a los fines reconocidos al Derecho Penal. "No es tarea de éste la defensa de todo universo axiológico, sino la de intentar evitar los ataques a los bienes y valores derivados de la condición de persona e imprescindibles para la vida social. Las funciones educativas de alcance más amplio, no son propias del Derecho Penal, sino de una política social general."¹²³ Unido al principio de mínima intervención que rige en materia penal, se puede interpretar que no es posible imponer una medida de seguridad cuando existe solamente peligrosidad para la propia persona (autolesión) y no para terceros. No sería un caso de peligrosidad delictual, la sola posibilidad de que el inimputable se dañe a sí mismo.¹²⁴

De existir razones para suponer que el sujeto cometerá actos socialmente dañosos contra sí mismo o terceros, lo que corresponde es recurrir a los medios menos lesivos previstos en el Derecho Civil. Resultando irracional imponer medidas de seguridad de carácter penal, cuando no existe peligro de comisión de delito por parte del inimputable. El Estado no puede justificar el encierro con un discurso terapéutico.

No obstante lo expuesto, en materia penal difícilmente se plantee el caso de mera peligrosidad social, ya que generalmente en la práctica, la comisión de un delito por parte del inimputable proporciona el indicio de peligrosidad criminal. O sea, el hecho de que el enfermo haya delinquido, ya brinda un elemento demostrativo de dicha peligrosidad y así lo expresa la jurisprudencia.

V. 2.5. Delito y la peligrosidad como presupuesto de la medida de seguridad

Sólo frente a la peligrosidad de una recaída en el delito son admisibles las medidas de seguridad.

¿Cuál es el criterio para calificar como peligrosa a una persona?

El juicio de peligrosidad se atenderá a dos elementos: el daño y su probabilidad. El bien que corre riesgo de ser lesionado por parte del sujeto y el número, certeza e importancia de los factores sobre los que el juicio se basa. Si aquél es delictivo puede hablarse de sujetos criminalmente peligrosos cuando, además, existan los factores justificativos de la afirmación de probabilidad.

La doctrina ha destacado los inconvenientes que acarrea el valor que se le otorgue a cada uno de estos elementos al momento de medir la peligrosidad del sujeto acreedor de la medida de seguridad. Ello es así puesto que la medida de seguridad se basa en un pronóstico

En virtud de lo expuesto, impuesta la medida de seguridad sobre un juicio de probabilidad, resulta imperioso reducir al máximo su ámbito de ejecución, a fin de garantizar en mayor medida la vigencia de la seguridad jurídica, propia de un Estado de Derecho.

El delito y la peligrosidad son los presupuestos para imponer una medida de seguridad. Solamente la conducta definida como delito en el Código Penal constituye el punto de partida y el presupuesto de la reacción jurídico penal.

Ello se desprende del principio de legalidad reconocido en el art. 18 de la Constitución Nacional en virtud del cual “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”.

La exigencia de que el “hecho del proceso” se encuentre fundado en “ley anterior” limita la intervención coactiva del Estado, tanto al configurar el delito como al aplicar y ejecutar sus consecuencias y, de esta manera, evitar el ejercicio arbitrario del poder penal estatal.

Es decir, el Estado solamente puede perseguir, juzgar y aplicar una pena o una medida de seguridad con motivo de una conducta que haya sido calificada por la ley como delito.

En consecuencia, en función del principio de legalidad, todas las sanciones jurídico penales requieren la comprobación al menos de un “hecho antijurídico”, es decir, se debe tratar de comportamientos que expresen un ilícito en el sentido del tipo penal.

Donna señala que a pesar de que se pueda decir que la peligrosidad es el fundamento de la medida de aseguramiento, no hay duda de que el delito es el fundamento real. Es decir, la peligrosidad aparece en este caso como fundamento, pero junto al delito, no independientemente de él.

Participa de esta postura, Maurach quien, a partir de la teoría de la responsabilidad por el hecho, encontró un criterio de atribución personal del hecho que no sólo hace procedente la responsabilidad del autor para la pena, compensadora de la culpabilidad y que por ello la presupone, sino también para las medidas de seguridad, independientes de la culpabilidad. Para este autor antes de considerar la posibilidad de formular un reproche individual basado en las capacidades y posibilidades del autor, es preciso cuestionarse si como consecuencia de la especial situación del hecho la conducta adecuada a derecho resultaba exigible a toda persona. Desde esta perspectiva, en el supuesto de excluirse “la responsabilidad por el hecho”, el sujeto incapaz de culpabilidad será absuelto sin necesidad de considerarse su estado de inimputabilidad y, por consiguiente, su eventual peligrosidad.

Esta vinculación entre el delito y la medida de seguridad lleva a Zaffaroni a fijar cierta relación de proporcionalidad entre aquélla y los caracteres delictivos parciales que presuponen su ordenamiento y, además, a calificar de irracional y cruel a la medida que se impone sin tener en cuenta esa relación. En función de ello, entiende que si se requiere cierta proporcionalidad, no puede afirmarse que ante caracteres delictivos parciales de injusto insignificantes pueda imponerse una reclusión por tiempo indeterminado. A su juicio, bien puede, ante la irracionalidad de tal medida, ser suficiente con la legislación psiquiátrica ordinaria.

V. 2.6. Diagnóstico médico-legal de peligrosidad

La Fórmula de los cinco elementos:

Teniendo presente que la peligrosidad, a diferencia de la culpabilidad, no es un juicio hacia el pasado, sino un cálculo de la conducta futura, nunca se puede pensar en términos de certeza. No obstante este pensamiento, los peritos especialistas brindan una serie de pautas y condiciones a confrontar a fin de elaborar un pronóstico de peligrosidad.

Según Cabello la peligrosidad se diagnóstica aplicando la fórmula de los cinco elementos: personalidad del autor, naturaleza y carácter de la

enfermedad que padece; su momento evolutivo; la gravedad del delito; condiciones mesológicas del egreso.

I- La personalidad del autor: "No es la enfermedad que hace peligroso al hombre, es el hombre que hace peligrosa a la enfermedad". Afirma que sabiendo cómo es un sujeto, el resto es cuestión de medida y oportunidad. A este elemento lo señala como primer elemento, asignándole el nombre de llave maestra para realizar el diagnóstico. Por ejemplo ,un paranoico sensitivo decidirá la forma clínica de un delirio, tornándolo efímero ,endeble y autoreferido, otro paranoico ,esta vez perverso, audaz y sin escrúpulos, matará al responsable de sus males, sirviendo más a sus instintos que a los directivos delirantes.

II- La naturaleza y carácter de la enfermedad mental que padece: obviamente la enfermedad es fundamental. Si bien no hay delitos específicos de una determinada psicosis, ésta marca generalmente una tendencia criminosa. Por ejemplo, el homicidio altruista es propio del melancólico, al igual que el suicidio;del oligofrénico son las violaciones y atentados al pudor.

III- El momento evolutivo de la afección: en este sentido el autor explica que especialmente al inicio las dolencias mentales favorecen la propensión a los delitos, o mejor dicho, existe un momento en la evolución donde hace crisis la actividad delictiva, y se la conoce con el nombre de período médico legal; más tarde ,cuando se autoconfigura el proceso, sobreviene un estado de relativa inocuidad.

IV- La gravedad del delito: este elemento también tiene un valor decisivo porque proporciona un medio valioso para apreciar psiquiátricamente al sujeto. La investigación psicogenética del mecanismo delictivo que reconstruye la dinámica de los diversos factores, determina el papel que éstos desempeñaron, permitiendo deducir si aún se hallan presentes en el momento actual. Su ausencia por desgaste, liquidación o represión, es un índice favorable." La psicogénesis delictiva es la sombra que acompaña a la peligrosidad."

V- Condiciones mesológicas: Por último otro aspecto esencial es el ambiente donde se mueve el enfermo. Según el autor el ambiente se puede clasificar en tres categorías: adverso, favorable o neutro.

Un ambiente es adverso cuando en él perduran los motivos del conflicto que alimentaron el tema psicótico. Será favorable si la objetivación morbosamente concebida ha desaparecido.¹²⁵

V. 3. El principio de proporcionalidad. Generalidades

Es fundamental este principio cuando se trata de imposición de medidas de seguridad, debido a que deben guardar relación con la peligrosidad del inimputable.

En el enjuiciamiento de la proporcionalidad se debe tener en cuenta la importancia de los delitos cometidos por el autor, o que quepa esperar que cometa en el futuro. No obstante, teniendo presente el principio de intervención mínima, para el supuesto que quepa elegir entre varias medidas, corresponde aplicar la que siendo efectiva cause menor perjuicio al inimputable.

Así como la medición de la pena está limitada por el principio de culpabilidad, la disposición de una medida sólo es admisible en tanto las cargas que a ella se vinculan no se encuentren fuera de toda relación y seguridad con el peligro que representa el autor.¹²⁶

En nuestro código penal en el art.34, la aplicación del principio de proporcionalidad se ve limitado debido a que el art.34 prevé como única medida de seguridad la internación psiquiátrica. De acuerdo a la letra de la ley, el juez no cuenta con distintas opciones de mayor o menor gravedad, sino que la única medida prevista es la internación del inimputable.

Según Zaffaroni, todo saber requiere una definición previa de la delimitación de su horizonte, que haga manifiesta su intencionalidad, para permitir el control de la racionalidad. El Derecho Penal es la rama del saber jurídico que mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho. En la forma republicana de gobierno, las decisiones judiciales, que también son actos de gobierno, deben ser racionales, lo que demandan que no sean contradictorias.

El principio de proporcionalidad cuenta con una base constitucional en el principio de razonabilidad. Según Bidart Campos, cada vez que la Constitución depara una competencia a un órgano de poder, impone que el ejercicio de la actividad consiguiente tenga un contenido razonable. Toda actividad del Estado debe ser razonable; lo no razonable excede lo constitucional. Y ya sabemos que lo razonable es lo justo, lo proporcionado, lo equitativo, por oposición a lo irrazonable, que es lo arbitrario o lo injusto. Exige que el medio escogido para

alcanzar el fin válido guarde proporción y aptitud con ese fin; o que haya razón valedera para fundar el acto de poder.¹²⁷

La base del principio de razonabilidad la encontramos en la Constitución Nacional en su art.28: “Los principios ,garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

Afirma Bidart Campos, que en primer lugar, la razonabilidad consiste en una valoración axiológica de justicia que nos demuestra lo que se ajusta o es conforme a la justicia, lo que tiene razón suficiente. En segundo lugar, el sentido común y el sentimiento racional de justicia de los hombres hacen posible vivenciar la razonabilidad, y su opuesto, la arbitrariedad. La Constitución suministra criterios ,principios y valoraciones que, integrando su ideología, permiten componer y descubrir, en cada caso, la regla de razonabilidad. El principio de razonabilidad tiene como finalidad preservar el valor justicia en el contenido de todo acto de poder e incluso, de los particulares. Fundamentalmente exige que el medio escogido para alcanzar el fin válido guarde proporción y aptitud suficientes con ese fin: o que haya razón valedera para fundar tal o cual acto de poder.

Una manifestación del principio de proporcionalidad puede verse en la ley 22.914, (Salud Pública. internación y egreso de establecimientos de salud mental)que regula la internación en establecimientos de salud mental. Según su art.11..”los jueces dispondrán de oficio todas las medidas apropiadas a fin de que las internaciones se limiten al tiempo indispensable requerido por las necesidades terapéuticas y la seguridad del internado y de terceros..”.

Este principio debe aplicarse al momento de imponer la medida de seguridad, pues de lo contrario la misma puede tornarse irrazonable y arbitraria. Es por ello, que la internación debe disponerse solamente cuando los peritos consideren que es imprescindible en virtud de la peligrosidad y estado del paciente.

Si bien nuestro Código Penal sólo contiene dos clases de medida de seguridad para inimputables: la reclusión manicomial y la reclusión en establecimiento adecuado y en ambos casos implica la internación de la persona, sucede que pese a existir índices de peligrosidad , en ciertos casos los médicos aconsejan un tratamiento ambulatorio. A fin de evitar internaciones innecesarias ,con todos los perjuicios que trae aparejado, en la práctica son

numerosos los casos que los tribunales imponen como medida de seguridad la obligación de realizar tratamientos ambulatorios en instituciones públicas o privadas ,en búsqueda de medios menos lesivos Esta situación demuestra que se está obrando al margen de lo que la ley dispone para estos casos.

Si el Código Penal prevé como única medida de seguridad la internación del inimputable, por aplicación del principio de proporcionalidad, no se encuentra otra alternativa que considerar que la peligrosidad a la que alude la ley debe ser de tal grado que exija la internación del paciente. Si en cambio, los peritos consideran que en razón de la menor peligrosidad del sujeto, alcanza con que cumpla un tratamiento ambulatorio, lo que corresponde no es inventar una medida no prevista en el Código Penal sino darle intervención a la justicia en lo civil para que efectúe el control del enfermo.

En consecuencia, no cualquier peligrosidad dará lugar a la imposición de una medida de seguridad, sino aquella que revista una entidad tal que exija la internación del paciente. Motivo por el cual, surge de la práctica que cuando el grado de peligrosidad del enfermo no haga aconsejable la imposición de alguna de las medidas previstas en el art.34, lo correcto es remitir los antecedentes a la justicia civil para que se prosiga con la vigilancia del enfermo, resultando ilegítimo el mantenimiento del control por parte del juez penal.

Otros códigos prevén mayor cantidad de medidas de seguridad, entre las que existen algunas que son privativas de libertad y otras que se cumplen en libertad. En esta situación la imposición de estas medidas resultan legítimas porque se encuentran legalmente previstas, sucediendo lo opuesto en nuestro país.¹²⁸

V. 3.1 El principio de proporcionalidad como límite de la intervención penal estatal

El problema de las medidas de seguridad ocupa un lugar importante en el ámbito de la problemática del Estado de Derecho, en cuanto que aquéllas pueden convertirse en un temible instrumento aniquilador de los derechos fundamentales del individuo. Y no olvidemos que una de las esenciales características del Estado de Derecho es la del reconocimiento por parte del Estado de ese conjunto de derechos que pertenecen a la persona considerada en virtud de su humanidad, la cual es el centro de esos derechos que deben respetarse incluso en el campo de acción de las medidas de seguridad.

El principio de proporcionalidad fija un límite a la intervención del poder penal estatal y protege a la persona frente a una restricción de su libertad que excede lo estrictamente necesario a la luz de las razones que justifican la intervención.

El principio de proporcionalidad es un principio general que debe respetar tanto el Derecho Penal como el Derecho Procesal Penal en la medida en que a través de ellos el Estado, con el fin de desarrollar una determinada política criminal, reglamenta la vida de los ciudadanos. El principio de proporcionalidad, exige a todos los poderes públicos respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales.

En el Derecho procesal penal las graves injerencias y limitaciones de derechos que los ciudadanos se ven obligados a soportar sólo pueden justificarse, desde una perspectiva de respeto constitucional, si se cumplen todos los presupuestos y requisitos propios del principio de proporcionalidad, que tiende a la solución de los conflictos entre los intereses contrapuestos, apoyados en valores legítimos, sin anular el más débilmente tutelado, satisfaciéndolos equilibradamente según su importancia; pero, ha de advertirse, inclinándose preferentemente por el valor libertad. La libertad y la justicia como valores superiores del ordenamiento jurídico, son pilares básicos para la vigencia del principio de proporcionalidad.

Un Estado de Derecho, en el que la libertad constituye un valor superior del ordenamiento jurídico, reclama la aplicación del principio de prohibición de exceso en el Derecho Penal y, en consecuencia, del principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad se sienta sobre dos presupuestos, uno formal constituido por el principio de legalidad, y otro material, el principio de justificación teleológica.

El primero exige que toda medida limitativa de derechos fundamentales se encuentre prevista por la ley. El segundo analiza el fin en sí mismo considerado, requiere que toda limitación de derechos fundamentales tienda a la consecución de fines legítimos.¹²⁹

Ahora bien, el principio de proporcionalidad, coincidente con la prohibición de exceso, se descompone en tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La idoneidad exige la adecuación de la medida al fin, es decir, que sea apta para alcanzar los fines que la justifican. La necesidad se concreta en el principio de intervención mínima, de la alternativa menos gravosa, en la prohibición de exceso. Obliga a los órganos del Estado a comparar las medidas restrictivas aplicables que sean suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir, finalmente aquélla que sea menos lesiva para los derechos de los ciudadanos. La proporcionalidad, en sentido estricto, obliga a realizar un juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la conminación penal, comparación que ha de atender a la gravedad del delito cometido, esto es, al contenido del injusto, al mal causado y a la mayor o menor reprochabilidad del autor. Es un principio valorativo, ponderativo entre fines y medios. Su campo propio de aplicación se encuentra en el terreno de los valores.

La doctrina suele utilizar el principio de proporcionalidad en el sentido de límite de las medidas de seguridad, como contrapartida del principio de culpabilidad que limita las penas.

En nuestra jurisprudencia, la Cámara de Casación reconoció en el caso de Víctor Raineri al principio de proporcionalidad como principio rector de las medidas de seguridad, sin embargo, lo hizo de manera parcial puesto que se limitó al criterio de idoneidad sin atender ni el principio de proporcionalidad y los límites de la duración de la medida de seguridad a la necesidad ni a la proporcionalidad en sentido estricto.

En efecto, el tribunal sostuvo que “su imposición no depende del grado de culpabilidad, sino del principio de proporcionalidad, que obliga a elegir la medida más adecuada, sea educativa, curativa o eliminatoria y con las modalidades de ejecución adecuadas a revertir el diagnóstico de peligrosidad que presenta el sujeto pasivo de la medida de seguridad”.¹³⁰

V. 3.2. El principio de proporcionalidad y los límites de la duración de la medida de seguridad

De lo expuesto, surge que para evitar que las medidas sean excesivas a la luz de los fines preventivo y terapéutico que las motiva, resulta necesario acudir al criterio de proporcionalidad en todos sus aspectos y establecer límites a su duración.

El primer límite viene dado por la duración de la perturbación psíquica, que hace peligroso al sujeto. No puede haber peligrosidad criminal si no se configuran los presupuestos taxativamente enumerados en el art. 34, inc. 1º del Código Penal. Las medidas cuya naturaleza o duración sean incompatibles con las necesidades terapéuticas o educativas deben cesar inmediatamente. De otra manera no pueden ser idóneas.

El segundo límite queda aún más reducido, ya que puede darse el caso de que la enajenación o la alteración psíquica pueda durar más tiempo que la peligrosidad. Desaparecida ésta procede cancelar las medidas de seguridad, aunque la inimputabilidad permanezca.

La tercera limitación proviene del límite máximo penal conminado para el delito por el que el sujeto fue acusado. El Código Penal no lo dice expresamente, pero tampoco lo prohíbe.

La proporcionalidad en sentido estricto obliga a contrastar el hecho cometido con la medida de seguridad. Y no porque entren en juego consideraciones retribucionistas, sino porque sólo el hecho realizado aporta datos objetivos sobre la peligrosidad que se pretende neutralizar.

Desde esta perspectiva, el principio exige considerar si mantener la medida de seguridad impuesta resulta imprescindible a la luz de los fines que la justifican. En el análisis no debe desecharse la conducta que le permitió al juez penal invocar la peligrosidad del sujeto para restringir su libertad.

En lo que se refiere al fin terapéutico, mantener la medida de seguridad resulta innecesario. En efecto, una vez transcurrido el tiempo máximo previsto en la escala penal establecida para el delito por el cual el sujeto fue acusado, el juez penal puede mantener su internación a disposición de la justicia civil en caso de que éste continúe siendo peligroso. Ante ello, el juez civil se ocupa de continuar el tratamiento terapéutico iniciado y por consiguiente, el fin curativo perseguido con la medida de seguridad no se interrumpe.

Sin perjuicio de lo expuesto, conviene recordar que el hecho de que el juez penal transfiera el control de la medida al juez civil no constituye un simple cambio de etiquetas, sino que por el contrario, configura, como ya se explicó, una atenuación en el modo de cumplimiento de la medida de seguridad.

Ahora bien, ante las mismas circunstancias y teniendo en cuenta la seguridad de la colectividad, la jurisprudencia de la Cámara de Casación califica de insuficientes a las medidas de internación civiles, puesto que éstas

no cuentan con las medidas de “seguridad” necesarias para enfrentar a un sujeto capaz de cometer un acto criminal y, a raíz de ello, desconoce el límite de tiempo mencionado, olvidándose del delito que motivó su intervención.

De lo expuesto surge que solamente razones de defensa social justifican la subsistencia de la medida de seguridad, lo que resulta irrazonable en un Estado de Derecho, puesto que en función de esa finalidad, podrían aceptarse medidas eliminatorias o segregativas fundadas exclusivamente en la peligrosidad del sujeto.

Por otra parte, se advierte que si bien la medida de seguridad será apta para proteger a la sociedad del sujeto peligroso, su subsistencia no se ajusta ni a la exigencia de necesidad ni a la de proporcionalidad en sentido estricto.

En efecto, la reacción penal resulta inadecuada, pues la sociedad puede ser protegida por un medio menos lesivo que la medida de seguridad. Además, la medida resulta desproporcionada a la defensa del bien que motivó la intervención penal y, en consecuencia, dio origen a la restricción de libertad. La carga coactiva se torna abusiva y cruel.

Por otra parte, el juez penal no puede, por razones de seguridad, someter al sujeto al régimen penitenciario más tiempo del que le hubiera correspondido si hubiera sido declarado culpable. Admitir lo contrario significaría darle al juez penal mayor intervención en los supuestos en que el sujeto sea absuelto y corresponda una medida de seguridad que en el supuesto en que el sujeto sea condenado y sometido a la ejecución de una pena. Aún cuando el sujeto culpable resulte criminalmente peligroso, razones de defensa social no justifican la extensión de la ejecución de la pena más tiempo del previsto por el legislador para el delito cometido. Lo contrario, implicaría condenarlo por la calidad de peligroso y no por el delito ejecutado, lo que se opone al principio de culpabilidad reconocido en la Constitución Nacional.

Sin perjuicio de ello, frente a una medida de seguridad por tiempo indeterminado también se podrían cuestionar las razones por las cuales se trata más benévolamente al sujeto culpable de la comisión de un delito que al inimputable que fue liberado de responsabilidad.

Desde esta perspectiva, una interpretación coherente y sistemática de la Constitución nos lleva a encontrar en ella un límite temporal a la medida de seguridad, entendida ésta como respuesta penal del Estado frente al delito, de la misma manera en que el principio de culpabilidad opera para la pena.

El límite está fijado por el principio de proporcionalidad reconocido en la Constitución Nacional que, como se sostuvo, exige que la duración de la medida de seguridad guarde relación con el delito que habilitó la intervención del juez penal (es también la gravedad del delito un elemento que tiene valor decisivo para apreciar psiquiátricamente al sujeto) y que, en consecuencia, hizo posible que el sujeto peligroso sea privado de su libertad bajo las condiciones del régimen penal.

De lo expuesto surge que la duración temporal de las medidas de seguridad operará entre un límite mínimo y un límite máximo. El mínimo estará fijado por la peligrosidad criminal del sujeto pasivo de la medida. Es decir, si el sujeto no resulta peligroso, no será necesario imponerle el cumplimiento de la medida. El máximo, en cambio, dependerá del máximo penal previsto para el delito por el cual el sujeto fue acusado. ¹³¹

VI. EJECUCIÓN DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD

Nuestro Código Penal tiene un importante vacío legal en materia de ejecución de medidas de seguridad, puesto que se limita a señalar que mientras una clase de medidas se cumplen en un manicomio ; el resto se cumple en establecimientos especiales.

Para determinar la forma de ejecución de la medida, se debe partir de los fines de la misma. Si la medida de seguridad tiene por finalidad el “tratamiento” del enfermo inimputable, en su ejecución se deben respetar todos los métodos previstos por la psiquiatría.

Una de las cuestiones fundamentales en el ámbito de las medidas de seguridad es la de su ejecución , teniendo en cuenta las necesidades de “seguridad- resocialización”, el sistema rígido reduce las posibilidades de conseguir ese tipo de soluciones en nuestro derecho positivo. En la práctica se requiere un sistema de ejecución adecuado en base a un personal especializado y una red de establecimientos idóneos para el cumplimiento de la medida de seguridad. Es evidente que estos dos elementos, son las piezas claves de la ejecución de las medidas de seguridad.

En el marco de la ejecución de las medidas de seguridad podemos destacar tres puntos fundamentales: a) Sistema jurisdiccional de ejecución. Estará sometida al control de los órganos jurisdiccionales. El juez cuidará del cumplimiento de las medidas y del tratamiento eficaz del peligroso; b) El personal encargado de la ejecución, el que será especializado para mejor desarrollo de su cometido y c) Los establecimientos.

Señala Zaffaroni, la reclusión manicomial y con mucha más razón la reclusión en establecimiento adecuado, no pueden ser entendidas actualmente como el encierro del paciente en un ámbito de máxima seguridad. Cualquiera sea la técnica terapéutica, no cabe duda que han quedado archivadas definitivamente las ideas que concebían al enfermo o paciente psiquiátrico como un aparato descompuesto, al que se le rectificaban algunas piezas y se lo volvía a la libertad sin tránsito alguno. La incorporación de los psicofármacos, de las técnicas de comunidad terapéutica, etc., van dando lugar a un reducción de la función propiamente manicomial, a la desaparición de las celdas acolchadas y otros elementos semejantes. Se tiende a reincorporar

paulatinamente al sujeto a la vida social y se organiza un sistema que, conforme a los avances del tratamiento va permitiendo un mayor ámbito de libertad al paciente.¹³²

VI. 1. Establecimiento donde debe cumplirse la medida de seguridad

En materia de lugares de internación psiquiátrica contamos con instituciones de máxima seguridad como las unidades n°20 y 27 del Servicio Penitenciario Federal, ubicadas dentro de los Hospitales José Borda y Braulio Moyano . Teniendo en cuenta que se trata de verdaderas cárceles, la permanencia de inimputables en esos lugares debe limitarse a los casos estrictamente necesarios. Cuando el estado del paciente lo permite se debe procurar su traslado a clínicas privadas u hospitales psiquiátricos con régimen más abierto.

Un problema muy grave en esta materia es la falta de establecimientos hospitalarios con suficientes medidas de seguridad para evitar la fuga de los pacientes. En la practica se presentan serios problemas ,cuando un juez de ejecución necesita trasladar un interno de una unidad psiquiátrica a un establecimiento más adecuado, se encuentra con problemas como: carencia de obra social por parte del inimputado, o falta de recursos económicos para solventar internaciones en centros privados, además de falta de continencia y apoyo familiar, motivo por el cual ,el juez no cuenta con otra alternativa que derivar al paciente a algún hospital público, los que generalmente son de régimen abierto y de los que es muy común que se fuguen en reiteradas oportunidades. Frente a esta situación , el juez de ejecución se encuentra en la encrucijada de mantener al paciente en una institución carcelaria ,o derivarlo a lugares no destinados a su patología. La carencia de establecimientos adecuados para ejecutar las medidas produce situaciones como encontrar pacientes toxicómanos y alcohólicos internados en lugares destinados a psicóticos. Si bien existe a fin de evitar estas situaciones la posibilidad de solicitar becas a la Secretaría de lucha contra el Narcotráfico , no se logra en todas las oportunidades.

Referente al tema, en el art.101, apartado 1° del Código Penal español, explica Cerezo Mir que se encuentra prevista la posibilidad de aplicar medidas de seguridad a las personas que sean declaradas exentas de responsabilidad criminal por padecer una anomalía o alteración psíquica. De acuerdo a dicho precepto: Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal ,se le

podrá aplicar si fuere necesaria, la medida de internación para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie , o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3° del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto y a tal efecto el juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo.

Para la aplicación de las medidas de seguridad es preciso que concurren los requisitos establecidos por ley, es decir “que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito” y “que del hecho y las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”. Se trata ,por tanto , de medidas posdelictuales, cuyo fundamento es la peligrosidad criminal.” Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito”.¹³³

Para la aplicación de las medidas de seguridad es preciso, por tanto, en primer lugar, que el que padezca una anomalía o alteración psíquica “haya cometido un hecho previsto como delito”, es decir haya realizado una acción u omisión típica y antijurídica, pues al ser un inimputable no puede obrar culpablemente. El término delito está utilizado en sentido estricto, por contraposición a las faltas, pues éstas se castigan únicamente con multa o arresto de fin de semana. En el artículo 101 se prevé que sólo cabe aplicar medidas de seguridad privativas de libertad si la infracción penal está castigada con pena privativa de libertad y la duración de la medida no puede exceder de la de la pena que le hubiera sido impuesta al sujeto de haber obrado culpablemente.

Para la aplicación de las medidas de seguridad es necesario, en segundo lugar, “que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la posibilidad de comisión de nuevos delitos” ,es decir que se aprecie en el sujeto una peligrosidad criminal.

El internamiento debe tener lugar, según el artículo 101, “en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie”. Deberá tener lugar, por tanto, en un establecimiento psiquiátrico o en un centro de educación especial, en los supuestos de retraso mental, no

considera centros de terapia social. Los centros de terapia social han sido creados en varios países europeos, habiendo servido en principio como modelo el fundado por el doctor Sturup, un psiquiatra danés, de Copenhague. En estos centros se someten a los delincuentes a un tratamiento con métodos psiquiátrico-sociales (combinando la terapia individual y grupal). Se trata de desarrollar por medios psiquiátricos, psicológicos y pedagógicos la voluntad y la capacidad del delincuente de llevar una vida sin conflictos con la ley penal. Se trata de conseguir la cooperación activa de los delincuentes en un proceso de readaptación. Los establecimientos están dirigidos por un psiquiatra y tienen un reducido número de internos (20 a 60 en Alemania) divididos en pequeños grupos. La relación del número de internos con el personal es de aproximadamente de dos a uno y el personal está formado por un equipo de psiquiatras, psicólogos, pedagogos y asistentes sociales¹³⁴. Actualmente estos centros están discutidos y no está prevista la internación en ellos, debido a que no figuran en el catálogo de medidas previstas en el código penal español 1983. En la propuesta de Anteproyecto se incluía (con duración máxima 5 años) y preveía esta medida como única medida de seguridad privativa de libertad a delincuentes habituales, debido a su elevado costo en relación a las posibilidades económicas resultó inviable.¹³⁵

VI. 2. Posibilidad de conceder permisos de salida

Nuestro Código Penal sólo contiene dos clases de medida de seguridad para inimputables: la reclusión manicomial y la reclusión en establecimiento adecuado y en ambos casos implica la internación de la persona. A fin de evitar internaciones innecesarias, con todos los perjuicios que trae aparejado, en la práctica son numerosos los casos que los tribunales imponen como medida de seguridad la obligación de realizar tratamientos ambulatorios en instituciones públicas o privadas, en búsqueda de medios menos lesivos. Esta situación demuestra que se está obrando al margen de lo que la ley dispone para estos casos.

En la jurisprudencia encontramos casos sobre el carácter excepcional de la internación por tratamiento ambulatorio:

“Corresponde declarar la competencia del Juzgado Nacional de Ejecución Penal para seguir conociendo en el control del tratamiento ambulatorio

impuesto como medida de seguridad”.(C.N.C.P., Sala II, c. 4004, “Cabanillas, Martín M.”, reg. 5052, 17-7-02.).

Si el Código Penal prevé como única medida de seguridad la internación del inimputable, por aplicación del principio de proporcionalidad, no se encuentra otra alternativa que considerar que la peligrosidad a la que alude la ley debe ser de tal grado que exija la internación del paciente.

Por reclusión manicomial o en establecimiento especial, en este momento debe entenderse el sometimiento del paciente a un régimen institucional de tratamiento psiquiátrico ,sin que se lo prive de ninguno de los pasos que demanda ese tratamiento, incluyendo salidas para su paulatina readaptación a la vida libre. Para ello debe contar con el dictamen favorable de los peritos, y el tribunal no podrá negar éstas, porque forma parte del tratamiento que debe controlar.

Para la concesión de estas salidas no es necesario que los médicos forenses declaren desaparecido el peligro, solo que alcanzó el paciente un grado de recuperación que indica la necesidad de entrar en otra fase de tratamiento. ¹³⁶

En cuanto a la modalidad de las salidas ,habrá que tener en cuenta la opinión de los médicos tratantes. Se puede aconsejar la salida en compañía de un familiar o miembro de la institución o hasta se podrá llegar a conceder permisos sin acompañante.

En el ámbito de las medidas de seguridad, el régimen del art.34 inc. 1° del Código penal, es severo, puestos que los permisos de salida son estrictos y sólo se conceden con previa autorización judicial, se trata de un régimen cerrado.

VI. 2.1. Competencia en el control de la internación- Jurisprudencia

Al tribunal oral le compete dictar las instrucciones y modificaciones pertinentes a la ejecución de las medidas de seguridad establecidas en el art. 34, inc. 1 del Código Penal y al señor juez de ejecución vigilar su cumplimiento, sin perjuicio de su facultad de decretar el cese en las condiciones que la ley determina. (C.N.C.P., Sala I, "Aguilera Brito, José Remigio s/conflicto", 20/02/96, reg. 922. (Fallos C.N.C.P., 1996–1).

En materia de medidas de seguridad, no hay conflicto posible entre el tribunal oral y el tribunal de ejecución: éste último vigilará el cumplimiento de la

medida, recibirá los informes de las autoridades del establecimiento o lugar en que se cumpla e informará al tribunal oral sobre el estado de la persona sometida a la medida o sobre cualquier otra circunstancia de interés, pero el órgano que la dispuso es soberano para adoptar las resoluciones que el curso de la ejecución aconseje, y si razones de urgencia autorizaran la inmediata intervención del magistrado a cargo de aquellas funciones de vigilancia, va de suyo que su providencia será provisoria y "ad referendum" de su aprobación posterior. (Voto en disidencia Dr. Rodriguez Basavilbaso). C.N.C.P., Sala I, "Dominguez, Cristina Concepción s/conflicto", 20/02/96, reg. 921.(Fallos C.N.C.P., 1996–1).

Las entrevistas con la familia, que por su naturaleza atañen a la competencia del juez de ejecución, en este caso fueron establecidas entre las instituciones para el cumplimiento de la medida de seguridad impuesta por el tribunal oral, con lo cual quedaron dentro de la esfera de su decisión. Pero como la permisión concedida por el juez de ejecución atendió a su favorable incidencia sobre la internada, ha de mantenerse en esta caso particular.(Voto Dres. Catucci y Madueño). C.N.C.P., Sala I, "Dominguez, Cristina Concepción s/conflicto", 20/02/96, reg. 921.(Fallos C.N.C.P., 1996–1).

Las salidas terapéuticas importan una modificación de la internación dispuesta por el tribunal oral que son de competencia de este órgano. En tal sentido, corresponde agregar que si después de dictar las medidas de seguridad el tribunal que las ordenó se desvinculara del asunto no tendría objeto la prescripción del artículo 512 del código instrumental de seguir recibiendo la información periódica acerca del estado de la persona a ella sometida o sobre cualquier circunstancia de interés. Por el contrario, esa actualización de datos revela que sobre la base de esos informes puede disponer el cambio de las instrucciones. (Voto Dres. Catucci y Madueño). C.N.C.P., Sala I, "Dominguez, Cristina Concepción s/conflicto", 20/02/96, reg. 921.(Fallos C.N.C.P., 1996–1).

VII. CESACION DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD

De acuerdo al Código Penal, el internado en reclusión manicomial "no saldrá sino por resolución judicial ,con audiencia del Ministerio Público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás". En cuanto a la reclusión en establecimiento adecuado para disponer su cese, el Código exige "la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso".

Por su parte, el Código Procesal Penal de la Nación prescribe en su art.514 que "para ordenar la cesación de una medida de seguridad, de tiempo absoluto o relativamente indeterminado, el tribunal de ejecución deberá oír al Ministerio Fiscal, al interesado o, cuando éste sea incapaz, a quien ejerciere su patria potestad, tutela o curatela y, en su caso requerir dictamen pericial".

VII. 1. Consideraciones sobre el tema

a)- Desaparición del delito: Así como el primer requisito para imponer una medida de seguridad es imprescindible la comisión de un hecho delictivo por parte del inimputable. Si el hecho previo en que funda la medida desaparece, consecuentemente debe disponerse la cesación de la misma.

Puede suceder que mediante un recurso de revisión se prueba que el hecho delictivo no se había cometido ,o que el sujeto inimputable no participó del mismo. En estos casos resulta obvio que la medida penal no pueda continuar.

Otra situación es que puede derogarse el delito, por el cual se impuso la medida .En este supuesto por aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más benigna, también corresponde disponer la cesación de la medida de seguridad. Como ejemplo podemos citar el caso de "Lira, Gustavo" ,sujeto que fue declarado inimputable en orden al delito de desacato. Al derogarse ese tipo penal ,la Cámara entendió que se debía disponer la cesación de la medida de seguridad(CNCas.Penal.Sala III-2/11/95).

b)-Cesación de la peligrosidad .

Para disponer la cesación de una medida no es imprescindible que el enfermo se cure, sino simplemente que deje de ser peligroso, situación muy distinta¹³⁷. Según la ley, "la medida de seguridad culmina cuando el inimputable deje de ser peligroso para sí o para terceros". Existiendo enfermedades

psiquiátricas incurables, en tales casos, aunque la enfermedad perdure, si en virtud del tratamiento se logró contener la peligrosidad, la medida debe finalizar.

Sobre el tema, la Cámara Nacional de Casación ha dicho que la finalidad de la medida es que desaparezca el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo y a los demás. Desaparecido el peligro, desaparece la medida. Pero esto no requiere necesariamente la cura del inimputable.(CNCas.Penal.Sala I,c.424,Rainieri, Victor. Rta.30.5.95).

En consecuencia, una vez que los médicos manifiesten que culminó la peligrosidad del inimputable corresponde declarar la cesación de la medida, aunque según los mismos facultativos sea conveniente que el paciente continúe internado o bien prosiga con los controles. Desaparecida la peligrosidad, la medida pierde todo sustento y con ello la intervención del juez penal debe concluir.

c)Procedimiento para disponer la cesación:

El art.514 del Código Procesal Penal., establece que el juez de ejecución debe oír al fiscal, al interesado, o su representante, y en su caso requiere dictamen pericial, ya que de acuerdo al Código Penal, en ningún caso se puede prescindir del dictamen del Cuerpo Médico Forense, el Código establece la obligatoriamente la intervención de peritos y Ministerio Público Fiscal.

Referente a este tema debemos tener en cuenta la clara diferencia entre psiquiatría asistencial y psiquiatría forense. Con sentido asistencial, cuando el cuadro mental ha remitido, con toda seguridad que el médico clamará por la externación del paciente, argumentando que su peligro ha cesado. No hay duda que ello es un concepto real, puesto que las posibilidades de dañarse o dañar han desaparecido, pero ello no es óbice para que no haya cesado su peligrosidad desde el punto de vista médico legal, para la cual no sólo se deberá tener en cuenta los índices psicológicos (diferentes tipos de psicosis o personalidades antisociales), sino también los índices sociales (su entorno) y legales(perfil conducta del individuo como antecedentes, vida carcelaria, etc.).

VII. 2. Externación del paciente

Hemos dicho que la única modalidad de medida de seguridad prevista es la internación psiquiátrica del inimputable, es por esto que no cualquier peligrosidad es suficiente para mantener la medida, sino sólo cuando es de tal

grado que el paciente debe permanecer internado. La única peligrosidad que justifica la internación del juez penal es aquella que hace imprescindible el régimen de internación. Si los índices de peligrosidad permiten que el sujeto realice un tratamiento ambulatorio, el juez penal debe culminar su control. Es muy común que los médicos forenses consideren que la persona sigue teniendo índices de peligrosidad, pero en razón de su estado y la evolución del tratamiento, aconsejen que la misma continúe realizando un tratamiento ambulatorio.

Esto no significa que se deje desprotegido al enfermo y a la sociedad, pues existen otros medios de control tan efectivos como la medida de seguridad penal, y que además resultan menos gravosos, como la intervención de la justicia civil. Es decir, una vez que no existen razones para mantener la reclusión del inimputable, corresponde declarar la cesación de la medida y darle la intervención correspondiente al juez civil.

Referente a la anomalía o alteración psíquica sobrevenida después de la comisión del delito, Cerezo Mir sostiene que, la aplicación de la eximente de anomalía o alteración psíquica exige que la ausencia de capacidad de culpabilidad se dé en el momento de realización de la acción u omisión típica y antijurídica. Si la anomalía o alteración sobreviniente al sujeto con posterioridad a ese momento y durante la tramitación de la causa, de acuerdo con la Ley de enjuiciamiento Criminal, una vez concluido el sumario se archivará hasta que el procesado recobre su salud, pudiendo ser sometido a las medidas de seguridad previstas en el código penal. Si el juez o el tribunal hubieran pronunciado sentencia firme, y se apreciara en el penado "una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena", se suspenderá el cumplimiento de la pena privativa de libertad, garantizando el juez o tribunal que el penado reciba "la asistencia médica precisa". Restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescripto, sin perjuicio de que el juez o tribunal por razones de equidad, puedan dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente.

Frente a la simple suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y la consiguiente prestación de asistencia médica, Cerezo Mir sostiene que sería preferible prever la aplicación de una medida de seguridad de carácter curativo, se tendría en cuenta la posible peligrosidad del sujeto y se

llegaría a resultados más conformes con el principio de humanidad, al descontar en todo caso de la pena el tiempo de duración del tratamiento, si ha sido en régimen de internamiento. ¹³⁸

En resumen, desaparecida la peligrosidad, el internado saldrá por resolución judicial y la intervención del juez penal debe concluir. Hemos de entender que las formas de extinción de la pena criminal no pueden extenderse a las medidas de seguridad ya que la duración de éstas dependerá exclusivamente del cese del estado personal de peligrosidad del sujeto (y no del delito). "El conceder una gracia colectiva a los peligrosos equivaldría a ignorar la verdadera naturaleza de la peligrosidad. Sería algo tan extraño como afirmar que se puede perdonar al enfermo su enfermedad." ¹³⁹

VIII. EL PROBLEMA DE LA INDETERMINACION TEMPORAL DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD PENAL.

De acuerdo al Código Penal la medida de seguridad culmina cuando desaparece la peligrosidad del inimputable, o bien cuando la peligrosidad es tan mínima que ya no es necesaria su internación. ¿En caso que no desaparezca la peligrosidad, el sujeto debe continuar internado de por vida?

En el supuesto que la peligrosidad siga exigiendo su internación, ¿Es justo para el inimputable que la medida continúe indefinidamente? O se debe aceptar un límite temporal?

Según la ley, la medida de seguridad sólo puede cesar una vez acreditada la desaparición de la peligrosidad, motivo por el cual, en principio la respuesta a nuestros interrogantes es afirmativa. Este pensamiento llevó a la doctrina tradicional a considerar que las medidas son absolutamente indeterminadas en el tiempo, motivo por el cual sostiene que no es posible establecer ningún límite temporal.¹⁴⁰

De acuerdo al art. 34 del Código Penal, las medidas de seguridad se imponen en caso de falta de capacidad de culpabilidad en el autor. Según la ley, una vez impuesta la medida ,solo puede levantarse cuando los peritos "declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás", o hasta que se "comprobase la desaparición de las condiciones que lo hicieron peligroso"

Ello significa que conforme a la letra de la ley y también a la opinión que sostiene la Cámara de Casación, cualquiera fuera el delito cometido o su gravedad, una vez impuesta la medida de seguridad, ésta sólo puede culminar cuando el inimputado deje de ser peligroso. Por lo tanto, es posible que un sujeto permanezca internado de por vida, aunque haya cometido un delito de poca gravedad, cuando su trastorno psíquico sea incurable y su peligrosidad subsista.

La ley es clara sobre ello. Sin embargo ,es fundamental recordar a Bidart Campos, cuando afirma que, los jueces no deben aplicar ciegamente la ley, sino que frente al caso concreto, se encuentran obligados a verificar que la misma respete la Constitución Nacional. Como dijo la Corte Suprema en su fallo del 5 de diciembre de 1865, "..es elemento de nuestra organización

constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no su conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los posibles abusos involuntarios de los poderes públicos”.¹⁴¹

A juicio de Donna y de la Fuente, la indeterminación temporal de la duración de las medidas de seguridad es violatoria de los principios de legalidad y razonabilidad.¹⁴²

Cabe recordar el pensamiento de Alejandro D. Carrió: “...adhiero firmemente al criterio de que los valores como los establecidos en la Sección de Declaraciones, Derechos y Garantías de la Constitución Nacional deben ser respetados en forma prioritaria. De lo contrario, habremos de convertir a nuestro país ,tal vez, en un lugar con bajo índice de criminalidad, pero a costa de hallarnos todos los habitantes - criminales o no- a merced de la arbitrariedad, la fuerza y la opresión. Este último representa, y aquí no creo discrepar con ninguno, un precio excesivamente alto a pagar por ello. Las garantías están aguardando, en el texto de la Constitución. Es sólo cuestión de aplicarlas”.¹⁴³

VIII. 1. Violación del principio de legalidad

El principio de legalidad, no solo consiste en la descripción legal del hecho, sino también en la determinación de la pena y sus consecuencias. Nadie duda que el tipo penal debe contener expresamente la “medida máxima de la reacción estatal”, o sea, debe especificar en forma clara y precisa la duración máxima de la pena. ¿Por qué no aplicarse estas reglas con relación a las medidas de seguridad?. La medida ,al igual que la pena , implica la privación de ciertos derechos fundamentales (especialmente la libertad). A fin de evitar el abuso de poder es importante que las medidas respeten las garantías constitucionales que se reconocen en las penas , no obstante su carácter sancionatorio y coactivo. En esta línea de pensamiento, resulta concluir que la “indeterminación de su duración “ es contraria al principio de legalidad.

Referente a la jurisprudencia sobre el tema, la Cámara Nacional de Casación Penal, no comparte estos argumentos, ha señalado que la legalidad de la medida se sustenta en razón de su aplicación a los supuestos jurídicos establecidos en la ley, esto es que el individuo hubiese cometido un hecho considerado objetivamente delictuoso por el cual se lo haya considerado inimputable y que se presente como un sujeto peligroso en los términos del art. 34 inc.I° del C.P. Para la Cámara Nacional de Casación no existe ningún límite temporal en las medidas de seguridad:

“En materia penal, las medidas de seguridad cumplen dos funciones: de socialización, educación o tratamiento en el caso del sujeto peligroso, y de protección de la comunidad.

En el conflicto de intereses entre el de defender a la sociedad de futuros ataques que pueden poner en peligro o lesionar bienes jurídicos, y el de respetar los derechos individuales del sujeto sometido a una medida de seguridad por cometer un delito y cuya conducta revela probabilidad de cometer hechos delictivos futuros, prevalece la defensa social. Ello, en virtud de que debe existir una proporción entre el interés que se sacrifica y el que prevalece.

Las medidas de seguridad hallan justificación en función de la ponderación de bienes. Así, una libertad puede ser privada cuando su utilización conducirá con gran probabilidad a perjuicios a otros, los cuales en su totalidad son mucho más graves que las restricciones que debe tolerar el que causa el peligro en virtud de la medida de seguridad. La imposición de esta clase de medidas depende del principio de proporcionalidad, que obliga a elegir la medida más adecuada sea educativa, curativa o eliminatoria, con las modalidades de ejecución adecuadas al fin de revertir el diagnóstico de peligrosidad del sujeto pasivo de la medida.

Mediante la pena, el legislador concreta su interés de prevención sólo en el marco delimitador de la culpabilidad por el hecho; pero en los casos excepcionales de una puesta en peligro de la generalidad, especialmente tenaz, puede ser superado ese límite mediante la imposición de una medida de seguridad. De ello se deriva que la naturaleza de esta medida es en función del tiempo indeterminado”.(C.N.C.P., Sala I, “Rainieri, Victor Nelson”, 30/5/95, L.L., Suplemento Jurisp. Penal, 30/5/97. En igual sentido C.N.C.P., Sala II, c. 3689, “Borroni, Víctor Hugo”, 19-4-02.).¹⁴⁴

En sentido análogo se expide gran parte de la doctrina española, según José Miguel Zugaldía Espinar afirma que “ la constitucionalidad de estas medidas de seguridad indeterminadas es, sin embargo, discutible. Si se parte de que las medidas de seguridad han de estar rodeadas de las mismas garantías que la pena y sometidas a idénticos límites constitucionales, también en estos casos la actividad prestacional de la Administración- aparte de exigir, como se exige, la realización de un hecho previsto por la ley como delito- debería tener un límite temporal por razones de proporcionalidad y de seguridad jurídica. Este límite, en una interpretación constitucionalmente conforme del mismo, podría ser quizás el de la duración de la pena, que hubiera podido imponerse al autor de haber sido declarado culpable del hecho cometido”.¹⁴⁵ El autor continúa con un ejemplo: “el enajenado mental que cometiera un homicidio podría ser internado en un centro psiquiátrico, pero nunca por tiempo superior a los veinte años. Pasados esos años- la sociedad- por razones de seguridad jurídica- tendría que asumir el riesgo de su puesta en libertad, sin perjuicio de eventuales medidas de precaución que pudieran adoptarse a posteriori conforme a lo previsto en la legislación civil¹⁴⁶. De esta forma se evitaría por ejemplo que ,contra todo sentido, un enfermo mental crónico(irrecuperable) que hubiera cometido un delito de hurto pudiera verse privado de libertad a perpetuidad en un establecimiento de enfermos mentales.

Para Quintero Olivares, las Garantías del Estado de Derecho , se han convertido en irrenunciables. Destaca entre ellas, las medidas de seguridad, que en referencia a los castigos significa no solo saber en qué consiste, sino también cuál va a ser su duración real, que no podrá difuminarse por las combinaciones o alteraciones de los conceptos de pena y medida, ni tampoco por la teóricamente necesaria “indeterminación” de todas o algunas de las medidas de seguridad, de las que se predicó que debían durar lo preciso para alcanzar un objetivo, (principio de positivismo y que ya muy pocos defienden). El autor, sostiene que para las medidas de seguridad se debe exigir “algo que inicialmente se considera imprescindible para las penas: la predeterminación exacta de su duración .¹⁴⁷

Para Muñoz Conde, los inconvenientes jurídicos que presenta la indeterminación de las medidas para enajenados no se encuentran en su fundamento ni en el principio de proporcionalidad, sino en la sumisión del principio de legalidad ,lo que exigiría que la ley determinara la duración de las

medidas, puesto que *la garantía material* que contiene dicho principio obliga a la “predeterminación normativa” de las conductas y las sanciones. Sin embargo para solucionar los problemas de persistencia de la peligrosidad, según el autor, puede proponerse , el establecimiento de un límite legal que puede ser el de la pena correspondiente al delito y la posibilidad de que una nueva resolución judicial prolongue la duración de la medida si se renueva el juicio de peligrosidad. ¹⁴⁸

En igual sentido, Carlos María Romeo Casabona, señala que: “la indeterminación en cuanto a los límites de duración de medidas de seguridad ha dado lugar a importantes abusos, por falta de una revisión judicial adecuada y obligatoria de la situación del enajenado. Por tal razón, consecuente con el principio de legalidad se propugnó que el legislador debía fijar un límite máximo para la duración de las medidas de seguridad. Si bien semejante reclamación contradice la naturaleza de las medidas de seguridad, pues su duración ha de ser inicialmente indeterminada, si han de perseguir el fin de eliminar la peligrosidad del sujeto, el momento de cuyo logro no puede conocerse con antelación al imponer aquellas, en consecuencia y en puridad del principio de proporcionalidad aplicado a las medidas de seguridad ha de vincularse a dicha peligrosidad y a la gravedad de los delitos cuya comisión probable se pretende evitar. Normalmente se sugiere que no supere el de la duración de la condena que se hubiere impuesto de haber sido declarado penalmente responsable; agregando que sea éste u otro el criterio limitador , por ejemplo que en la misma sentencia se indique el tiempo máximo de duración , o que la ley señale un límite máximo de duración de la medida o medidas que se le pudieran aplicar sucesivamente ,o una combinación de ambos, hay que estar de acuerdo con la necesidad de recoger alguno, a pesar de la inevitable contradicción apuntada. Por otros lados la ley debería fijar los plazos de revisión obligatoria del mantenimiento de la medida de seguridad, en particular cuando consistiera en internación . ¹⁴⁹

María Florencia Hegglin sostiene que existe una contradicción entre la indeterminación temporal de las medidas de seguridad con el principio de legalidad reconocido en el art. 18 de la Constitución Nacional.

Afirma que el principio de legalidad es el principal límite por las exigencias del Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva e incluye una serie de garantías para los ciudadanos que genéricamente pueden reconducir a la

imposibilidad de que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que le permite la ley.

Por otra parte, este principio exige que el ciudadano conozca en todo momento las consecuencias de su conducta y el modo en que dichas consecuencias le van a ser aplicadas, con la absoluta seguridad de que si la ley no las establece no le podrán ser impuestas.

Como miembro de una sociedad democrática, todo ciudadano debe conocer hasta dónde podrá el Estado afectar su libertad en el supuesto de que cometa un hecho típico y antijurídico y, además, se convierta en un sujeto peligroso para sí y para terceros. Ese conocimiento hace a su seguridad jurídica.

Ahora bien, el principio de legalidad impone ciertos requisitos a la norma penal, los que pueden clasificarse en torno a la triple exigencia de *lex previa*, *lex scripta* y *lex stricta*.

El requisito de *lex scripta* plantea especiales problemas en relación con las medidas de seguridad.

En efecto, esa exigencia impone un cierto grado de precisión de la ley penal y da lugar al llamado “mandato de determinación”, que exige que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que puede acarrear. Sin embargo, en lo que se refiere a las medidas de seguridad resulta difícil como ya se trató, delimitar con una precisión suficiente el presupuesto de la peligrosidad del sujeto y la duración y características concretas de las propias medidas. De ahí, que convenga, por una parte, exigir la comisión de un delito previo que demuestre la peligrosidad y, por otra parte, señalar límites máximos a la duración de las medidas.

Respecto de la incertidumbre jurídica que provoca la indeterminación de la medida de seguridad, la Cámara de Casación se ha limitado a exponerla como una consecuencia natural e inevitable de la peligrosidad que fundamenta la medida de seguridad. Y, aparentemente, frente a las consecuencias inevitables, el principio de legalidad debe resignarse a no ser respetado y junto con él, el sujeto titular de la garantía y acreedor de la medida de seguridad.

Ante ello, corresponde hacer dos observaciones. En primer lugar, la idea de que la indeterminación de la medida de seguridad constituye una consecuencia inevitable de la peligrosidad proviene de confundir a la medida de seguridad regulada en el art. 34 del Cód. Penal con la medida de internación regulada en el art. 482 del Cód. Civil. Como ya se señaló, el hecho de que el sujeto

mantenga su calidad de peligroso, una vez transcurrido el máximo penal, determinará que éste sea dispuesto a la orden del juez civil, cesando su control por parte del juez penal. En segundo lugar, la predeterminación de la medida resulta perfectamente razonable si atendemos al principio de proporcionalidad como criterio para limitar su duración.

Superar los inconvenientes que acarrea la medida del art. 34, inc. 1º, del Cód. Penal, asegura el respeto al principio de legalidad que, como se enunció, exige que el presupuesto de cualquier medida penal –pena o medida de seguridad- deba ser constituido por la realización de una de las figuras delictivas taxativamente previstas en la ley, con indicación del límite máximo de privación de libertad correspondiente.¹⁵⁰

Existe acuerdo en la doctrina nacional respecto de que la medida de seguridad es una institución preventiva y no retributiva, puesto que no tiene por finalidad castigar un acto culpable, sino proteger a la sociedad y al propio enfermo de su peligrosidad. Lo expuesto no significa desconocer el carácter aflictivo que en sí mismas tienen las medidas de seguridad, sin perder de vista el principio de mínima intervención. Debemos tener presente, que cuando la ley autoriza y regula injerencias en la esfera de los derechos y libertades de los ciudadanos ha de cumplir ciertas garantías que tienden a la protección de la seguridad jurídica y a la tutela de la libertad.

Si pretendemos hacer compatibles las medidas de seguridad en el marco del Estado de Derecho, ha de respetarse y estar vigente el principio de legalidad. Las medidas de seguridad en cuanto son privativas y restrictivas de la libertad del individuo han de ser objeto de estudio y reconocimiento en el ámbito constitucional.

Para el reconocimiento y vigencia del principio de legalidad en el ámbito de las medidas de seguridad, no será suficiente una declaración formal del mismo, sino que resulta imprescindible que sea referido y reflejado en la determinación legal de las condiciones necesarias para la declaración de peligrosidad. Para garantizar la seguridad jurídica del individuo, esas condiciones han de reunir las características de claridad y precisión. El juicio de peligrosidad fundamento para aplicar las medidas de seguridad, como todo juicio de probabilidad entraña un grave riesgo con respecto a la infracción del principio de legalidad. La seguridad jurídica será más difícil de garantizar en el ámbito del Derecho de medidas de seguridad que en el sector delito-pena, pues el presupuesto de

aquéllas no se determina en base a la comisión de un hecho concreto, sino en relación a un estado personal de peligrosidad del sujeto, situación que puede dar lugar a situaciones arbitrarias. El estado peligroso es una situación personal subjetiva, pero real y actual, que en base a unas circunstancias concretas, determinadas en la ley, permite formular al juez un juicio acerca de la conducta futura del presunto peligroso y los factores o índices de peligrosidad en que se apoya han de someterse a la tipicidad legal y, en consecuencia al principio de legalidad.(el juicio de peligrosidad va referido a la probabilidad de una conducta). Las posibles dificultades que pueden y han de entrañar la tipificación de las condiciones y presupuestos necesarios para declarar la peligrosidad y aplicar las medidas de seguridad, no pueden justificar el abandono del principio de legalidad. Por lo tanto, para imponer una medida de seguridad no basta con que el juicio de peligrosidad recaiga acerca del sujeto como probable autor de conductas antisociales sino que es necesario radicar tal juicio en acciones constitutivas de delito. Sin embargo, la peligrosidad, aún dentro de su carácter propiamente criminal, no reúne las suficientes garantías de certeza que se precisa en todo Estado de Derecho. A los efectos de garantizar su constitucionalidad, puede cumplirse a través de la vigencia del principio de proporcionalidad, que cumple una importante función delimitadora de las medidas de seguridad, al exigir para la aplicación de éstas una relevante proporcionalidad entre el hecho realizado y esperado del autor así como de peligro que de él se deriva.

Para no desvirtuar la naturaleza de la medida de seguridad, su contenido y ejecución debe estar desprovisto de todo carácter aflictivo, no obstante podemos comprobar que el cumplimiento de las medidas de seguridad, difícilmente, podrá liberarse del carácter aflictivo imperante en la pena. Debemos tener en cuenta que el Derecho debe prevenir la comisión de delitos, pero ha de hacerlo a través de medidas que respeten la libertad individual y no convirtiendo a todos los ciudadanos en sujetos custodiados. Otro de los más graves problemas que plantea la compatibilidad entre los postulados del Estado de Derecho y las medidas de seguridad radica en la naturaleza indeterminada de la misma , sólo podrá salvaguardar el principio de legalidad siempre y cuando el legislador asigne, para el cumplimiento de cada medida, un razonable período temporal de duración, a fin de fijar límites mínimos y máximos para su cumplimiento .¹⁵¹

VIII .2. Violación del principio de razonabilidad

La indeterminación temporal de la medida de seguridad es contraria al principio de razonabilidad. Anteriormente planteamos que la indeterminación temporal es violatoria de los principios de legalidad y razonabilidad., en este punto pasaremos a desarrollar el segundo argumento.

El segundo argumento se debe buscar en el principio de “razonabilidad”, previsto en el art.28 de la Constitución nacional : “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. Repetimos nuevamente el decir de Germán Bidart Campos: para la constitucionalidad de la ley hace falta un cierto contenido de justicia. A este contenido de justicia lo llamamos razonabilidad. Su opuesto es la arbitrariedad ¹⁵². De modo general, podemos decir que cada vez que la Constitución depara una competencia a un órgano del poder, impone que el ejercicio de la actividad consiguiente tenga un contenido razonable. También el art.30 del Pacto de San José de Costa Rica dispone: “Las restricciones permitidas, de acuerdo a esta convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

Como señala Sagües, para aprobar el examen de racionalidad, la norma tiene que subordinarse a la Constitución, adecuar sus preceptos a los objetivos que pretende alcanzar, y dar soluciones equitativas, con un mínimo de justicia. Cabe advertir que para determinar si una norma es razonable o no, el juez debe investigar ,en alguna medida ,algo sobre su conveniencia, ventajas, eficacia o acierto. En conclusión, la averiguación de un acierto mínimo en cuanto a los medios escogidos por el legislador para conseguir los fines de la ley, y su correspondencia mínima con ciertos valores constitucionales como justicia y bien común, es tarea inevitable para el Poder Judicial en su misión de control de razonabilidad de las normas. Superado ese cupo mínimo, y satisfecho así el recaudo de razonabilidad de la norma reglamentaria, la tarea judicial no debe proseguir para señalarle al legislador cuál es el mejor acierto o la mejor correspondencia, porque la decisión, en este punto, es trabajo propio y exclusivo de quien elabora la norma(el Congreso) y no del que revisa(el juez)¹⁵³. Es que resulta “irrazonable” que un individuo al que el Estado no

quiere castigar, se vea afectado en sus derechos en una medida mayor de lo que hubiese correspondido en caso de ser condenado como autor responsable. El medio escogido(medida de seguridad de carácter penal indeterminada en su duración) no guarda relación con el fin propuesto(protección del inimputable y de la sociedad). Para resaltar algunas incongruencias, basta con señalar que el Estado tiene otros medios idóneos y menos gravosos, como la legislación psiquiátrica prevista en el código civil.

No se debe perder de vista que el régimen civil puede ser idóneo y además es mucho menos estricto que el de las medidas penales. Basta con mencionar algunos aspectos como la regulación de permisos de salida. De acuerdo a la ley 22.914, cuando el internado se encuentra bajo autoridad judicial, cualquiera sea el origen de la internación, el director del establecimiento podrá autorizar salidas o paseos a prueba, si los juzga convenientes y el grado de recuperación del internado lo permite, individualizando con precisión a la persona responsable de su cuidado fuera del establecimiento e informando al juez dentro de las 24 horas. En cambio en el ámbito de las medidas de seguridad, el régimen del art.34 inc. 1° del Código penal, es mucho más severo, puesto que los permisos de salida son mucho más estrictos y sólo se conceden con previa autorización judicial. Se advierte que si bien la medida será apta para proteger a la sociedad del individuo peligroso, sus subsistencia no se ajusta ni a la exigencia de necesidad ni a la de proporcionalidad. La reacción penal resulta inadecuada, pues la sociedad puede ser protegida por un medio menos lesivo que la medida de aseguramiento. Además ésta resulta desproporcionada a la medida del bien que motivó la intervención penal y, en consecuencia, dio origen a las restricciones de libertad .La carga coactiva se torna abusiva y cruel.¹⁵⁴

La finalidad del principio de legalidad es afianzar la seguridad individual de los gobernados. La ley predetermina las conductas debidas o prohibidas, de forma que los hombres puedan conocer de antemano lo que tienen que hacer u omitir, y quedar exentos de decisiones sorpresivas que dependan solamente de la voluntad ocasional de quien manda. Este aspecto toma en cuenta el valor previsibilidad. En el tránsito del principio de legalidad al de razonabilidad ,el principio de legalidad es, realmente , esencialmente formalista en cuanto exige la forma normativa de la ley para mandar o prohibir. Pero nos preguntamos ¿Basta que la ley mande o prohíba , para que sin más lo mandado o lo

impedido sea constitucional? De ninguna manera: la constitución está pensando, cuando enuncia la fórmula del principio de legalidad, en una ley constitucional. No basta la formalidad de la ley: es menester que el contenido de esa ley responda a ciertas pautas de valor suficientes. Por eso es menester dar contenido material de justicia al principio formal de legalidad. Para ello, acudimos al valor justicia, que constitucionalmente se traduce en la regla o el principio de razonabilidad. La razonabilidad es la pauta para ponderar la medida de la igualdad, con lo que queda entendido que el legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen trato diferente entre los habitantes, a condición de que el criterio empleado para discriminar sea razonable.

El principio de razonabilidad tiene como finalidad preservar el valor justicia en el contenido de todo acto de poder e, incluso de los particulares.

hacen falta dos cosas. A) proporción en el medio elegido para promover un fin válido y B) que no haya una alternativa menos restrictiva para el derecho que se limita.

El principio de legalidad rezaría de la siguiente manera: nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley “justa” o razonable no manda, ni privado de lo que la ley “justa”(o razonable) no prohíbe.

VIII. 3. Determinación del límite temporal

Teniendo en cuenta que la indeterminación temporal de las medidas de seguridad previstas en el código penal , resulta inconstitucional, es necesario crear en el ordenamiento jurídico ese límite temporal.

Debido a que se trata de una intervención coactiva y limitadora de derechos individuales debe estar rodeada de las mismas garantías que rigen para las penas, respetando los principios de legalidad y proporcionalidad de la pena, previstos en el art.18 de la constitución Nacional.

Su indeterminación temporal violaría el principio de legalidad, desde que el mismo exige la “predeterminación normativa” de las sanciones.

Permitir que la medida supere el máximo de la pena prevista, iría contra el principio de proporcionalidad del art. 18 de la Constitución Nacional, al prohibir las penas crueles. Sobre el tema Zaffaroni afirma que si no puede ser cruel la consecuencia jurídica propiamente penal de un delito, con mayor razón no podrá serlo la consecuencia no penal. La medida de seguridad también debe

respetar el principio de proporcionalidad, como imperativo derivado de la razonabilidad, del art. 33 de la Constitución Nacional en función de la garantía implícita, que emerge de la proscripción de penas crueles del art. 18, por tener mayor fundamento la proscripción de cualquier otra reclusión que sea cruel, cuando ni siquiera se impone a título de pena. No es justificable de ningún punto de vista que una medida asistencial y administrativa resulte más lesiva de bienes jurídicos que la medida máxima de la reacción penal que hubiere tenido lugar en caso de delito.¹⁵⁵

Podemos precisar:

I)- La medida no puede superar la pena máxima que hubiera correspondido en caso de condena. Más allá de este límite se podría decir que el sometimiento del sujeto al control penal resulta manifiestamente irracional. Debido a que se trata de un problema constitucional, este límite se puede imponer aunque no se encuentre previsto en la ley. De no limitarse, el sujeto inimputable, sobre el que no recae reproche alguno, sufrirá consecuencias negativas de su conducta más graves que las que sufre el imputable, cuya pena siempre tiene duración determinada.

II)- Al margen del límite de razonabilidad, se podría considerar, como ejemplo el Código Penal de España, que la medida asegurativa no puede superar la pena que hubiera correspondido al sujeto teniendo en cuenta la gravedad del hecho. En su art. 101, dispone que el sujeto declarado exento de responsabilidad criminal, se le podrá aplicar, si fuera necesaria la medida de internación adecuada al tipo de anomalía o alteración psíquica que se precie. Esta internación no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable, y a tal efecto el juez o tribunal fijará en la sentencia el límite máximo. Estamos ante una decisión de política criminal. Evidentemente tal cual se encuentra nuestra ley no es posible aplicarlo a este límite, siendo necesario una reforma del Código Penal a fin de evitar una carga coactiva a la restricción de libertad que se torna abusiva y cruel. Como también a los fines de evitar fallos contradictorios.

Afirma Jorge Barreiro, que el concepto de peligrosidad, es un concepto peligroso. Se extiende la convicción de que, al menos en el estado actual de la ciencias sociales, es imposible un pronóstico futuro de la delincuencia futura, y por tanto de la peligrosidad. Esa predicción queda sometida a la intuición del autor, hasta tal punto que se ha llegado a afirmar que, cuando el juez o el

psiquiatra formulan un juicio de peligrosidad, ocurre lo mismo que cuando una persona lanza una moneda al aire para tomar una decisión. La peligrosidad descubre así su función “ideológica”, más de pretexto legitimador de una medida de seguridad, que como razón objetiva fundamentadora. No sólo varía el imponderable específico de cada individuo, sino un incontable constelación de factores ambientales(materiales, sociales y económicos) que dificultan al máximo el diagnóstico de peligrosidad. Por eso el escepticismo de ciertos autores cuando se pondera la función garantista de la exigencia de la comprobación de la peligrosidad, como presupuesto de la imposición de una medida de seguridad. ¹⁵⁶

Una internación acordada con una finalidad exclusivamente asegurativa, que no se pueda justificar científicamente, que no sea aconsejable desde el punto de vista terapéutico ni asistencial, constituirá una privación de libertad desproporcionada, y por tanto inconstitucional. En cuanto a los casos que resulte dudosa la internación, será preferible que el juzgado penal, en materia de tratamiento, abra paso a la acción de las instituciones asistenciales y de los órganos jurisdiccionales civiles, sin perjuicio de adoptar otras medidas complementarias .

Cuando no hay referencia en el código penal a la duración de la internación, según Muñoz Tuero y García Andrade , no contradice el principio de legalidad, dada la naturaleza misma de la enfermedad mental y la dificultad de predecir una fecha de curación. La opinión tradicional viene sosteniendo que ha de mantenerse el tiempo indispensable para conjurar la peligrosidad puesta de relieve por la realización del hecho típicamente antijurídico y no sea posible sustituirlo por otra medida menos gravosa.

Sin embargo, está tomando cuerpo un modo diferente de entender las medidas de seguridad sustitutivas de la pena. Se pregunta Muñoz Conde ¿En qué medida , no estamos jugando con las palabras y al cambiar el nombre de pena no estamos dejando indefenso al individuo frente al poder absoluto del Leviatan estatal?. Esta filosofía se traduce en la propuesta de fijar límites máximos a la duración de la internación de la medidas de seguridad, tomando como base la propia de la pena a imponer al imputable.

Frente a la seguridad de la opinión tradicional, se argumenta que la medida de seguridad de internación psiquiátrica, constituye la única excepción al imperio del principio de legalidad. Este a juicio de algunos doctrinarios exige la

previa determinación de la duración de la internación, sea cronológica o directamente, o sea por criterios clara y previamente objetivables, susceptibles de control jurisdiccional, de oficio o a raíz de impugnación eficaz por el interesado, por lo que las resoluciones judiciales deben ser previa a la internación y contener exigencias mínimas de determinación.

Revisando el fundamento de la indeterminación “durar todo el tiempo que resulte indispensable”, se replica inexplicable porque no vale igual argumento a propósito de medidas de prohibición de conducir, portar armas ,etc).Por otra parte, pese a que se insiste en la finalidad curativa de la internación, no puede ocultarse que late en él una innegable función asegurativa: evitar la repetición de un hecho semejante. Ello obliga a fundarlo en un pronóstico cuya sustentación científica, está siendo fuertemente cuestionada.

La indeterminación puede conducir a conclusiones injustas, mediante como lo que se ha denunciado como el “fraude de etiquetas” el inimputable puede sufrir una consecuencia penal más aflictiva que la que correspondería a la realización del mismo hecho al autor plenamente responsable. Es cierto que fijar límites cronológicos en la Ley o en la sentencia puede suponer que, en ciertos casos, el mero transcurso del tiempo obligue a poner en libertad o a dejar de tratar a quien aún puede reincidir .Pero esta objeción podría formularse, con idéntico fundamento estadístico, frente a la no cuestionada limitación de la pena que también tiene orientación resocializadora y lo único que puede demostrar es, quizás, el fracaso de la cárcel y el manicomio. ¹⁵⁷

En el momento se reclama ,desde esta perspectiva concreta que:

- a)La internación se acuerde en virtud de resolución judicial previa.
- b) Esta resolución debe determinar la duración de la medida .
- c) La duración se fije en función del objetivo terapéutico preferente.
- d) La internación guarde proporción con la alternativa punitiva.
- e) Control e informes en un tiempo y forma determinado .

En resumen , la medida de seguridad requerirá en todo caso garantías sustantivas derivadas de las exigencias constitucionales, en orden al límite de la privación de la libertad, marcando taxativamente, y adecuado a conceptos de principios que permitan una clara objetivación, requiriendo garantías procesales de previa y suficiente defensa. Como ejemplo el Código penal Portugués dispone que la primera internación no puede exceder en más de cuatro años el límite máximo de la pena correspondiente al tipo de delito realizado por el

inimputable ,excepto si hubiese un peligro tan grave de nuevos delitos contra las personas, que desaconseje el riesgo de su puesta en libertad.

El actual Código penal de Perú, también prevé expresamente un límite máximo de duración a la medida de seguridad. En su art. 75 expresa: "La duración de la medida de internación no puede exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido por el delito cometido".

Se observa una necesidad de garantías respecto del sometido a la medida de seguridad, sería bueno conocer qué tratamiento va a recibir y cuánto tiempo va a durar. En Italia, por ejemplo, se prescribe un tiempo mínimo de permanencia en el centro psiquiátrico social, según el delito cometido(el mayor tiempo es de diez años), si bien el planteamiento es fuertemente retribucionista, al regular la medida en función del delito, y fijar el tiempo máximo de duración, ya , al menos figura un límite.

La nuevas propuestas sostienen que la duración de la medida de seguridad nunca podrá rebasar el límite máximo de la pena señalada al delito cometido, y como solución tranquilizadora , se afirma que es perfectamente posible que cumplido el máximo de internación persistan los presupuestos que dieron lugar a él, siendo contraproducente la puesta en libertad. En la práctica se soluciona este problema manteniendo la internación, pero con orden de naturaleza civil. No debemos olvidar que se trata de un enfermo, de un enfermo mental necesitado de asistencia médica y no de un delincuente merecedor de una pena perpetua.

IX. REFERENCIA A LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA

IX. 1. El reconocimiento de la dignidad humana como fundamento del orden político y la paz social.

Según la Constitución Española, en su art.10.1 proclama :”La dignidad de la persona ,los derechos individuales que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social”.

La referencia a la dignidad de la persona humana es trascendental, pues según filósofos del derecho de las más diversas orientaciones el respeto a la dignidad de la persona humana es un principio material de justicia de validez a priori. Si el Derecho no quiere ser mera fuerza, mero terror, si quiere obligar a los ciudadanos en su conciencia, ha de respetar la condición del hombre como persona, como ser responsable, como un ser capaz de regirse por los criterios del sentido, de la verdad y del valor. El respeto a la dignidad de la persona humana aparece en la mencionada corriente de la moderna filosofía del derecho europeo, como un límite inmanente al derecho positivo. Se considera, como hacía ya Radbruch, que no hay más derecho que el derecho positivo, pero no todo derecho positivo es derecho. Hay preceptos que aunque emanen de la autoridad competente y su cumplimiento pueda ser impuesto por la fuerza carecen de obligatoriedad en conciencia, no son derecho, si suponen una grave infracción del respeto debido a la dignidad de la persona humana.

IX. 1.2. Derechos y libertades

En la Constitución Española de 1978, se incluye un amplio elenco de derechos y libertades. En primer lugar se proclama el principio de igualdad . Se enumeran los derechos fundamentales, el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad ideológica, seguridad, el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces o tribunales, al juez ordinario predeterminado por ley, a la defensa y asistencia de letrado, a ser informado de la acusación, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a la presunción de inocencia, se proclama el principio de legalidad penal.

IX. 1.3. Fundamentos y fines de la pena en el Estado Social y democrático de Derecho

Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados, en la constitución española , se asigna a las penas, en general, el fin de reeducación del delincuente, no siendo éste el único fin, ya que sigue conservando su esencia retributiva y la finalidad intimidatoria. Para Cerezo Mir la pena no sólo ha de ser justa, sino también necesaria, debido a que satisface en mayor medida las exigencias de un estado social y democrático de derecho, al proporcionar un sólido fundamento a la exigencia de proporcionalidad de los delitos y las penas. ¹⁵⁸

IX. 2. Garantías y principios rectores en la internación penal española

Como es sabido la posibilidad de internación de un enfermo mental de acuerdo con las previsiones del Código Penal español está condicionada a que el sujeto haya cometido un hecho constitutivo de infracción penal y que haya sido declarado inimputable cuando cometió ese hecho, esto es penalmente irresponsable o que al menos se le haya reconocido en la sentencia una imputabilidad disminuida como consecuencia de su enfermedad psíquica. Quedando exentos de responsabilidad criminal el enajenado y el que se halla en situación de trastorno mental transitorio, a no ser que éste haya sido buscado de propósito para delinquir.

IX. 2.1. El tratamiento jurídico del enfermo mental en el Consejo de Europa y sistema de garantías en el sistema penal español.

Con relativa frecuencia, sobre todo en el pasado, sin olvidar que todavía sucede en la actualidad, el enfermo mental ha sido víctima de la marginación y del rechazo social, cuando no de la vulneración de los derechos que como persona le corresponde, lo que agrava en su caso, porque su propia enfermedad le dificulta, cuando no imposibilita, hacer valer sus derechos por sí mismo o por medio de terceros. La enfermedad mental afecta no sólo la salud psíquica del paciente, lo cual ya es grave, sino también , lo que es mucho más, a su capacidad de autodecisión, de dirigir, de tomar decisiones sobre aspectos varios de su vida personal y precisamente sobre su propio tratamiento, al tener alteradas en mayor o menor medida sus facultades volitivas o intelectuales, o

ambas al mismo tiempo. La cuestión principal es cómo evitar que el tratamiento suponga una merma de la dignidad del enfermo mental y de los demás derechos fundamentales de los que es acreedor, por tal motivo tanto por parte de los psiquiatras y juristas , se ha visto la necesidad de introducir garantías con el fin de impedir esa tendencia efectiva a la desigualdad, al abuso y a la marginación.

Estos riesgos se han acentuado cuando está en cuestión la internación forzosa o involuntaria en un centro de salud mental, (como consecuencia de aplicarle una medida de seguridad en lugar de una pena), si ha cometido un delito por el que ha sido declarado exento de responsabilidad penal, debido a su enfermedad en el momento de perpetrarlo. La preocupación actual se centra sobre todo en que la adopción de cualquier medida constrictiva que afecte a los derechos del enfermo mental ,en particular a su libertad ,esté rodeada de las máximas garantías jurídicas posibles y que al mismo tiempo no suponga una disminución o conculcación de los demás derechos fundamentales que le corresponden.

IX. 2.2. Los instrumentos de protección del enfermo mental, en el Consejo de Europa en relación con la salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Este estatuto del Consejo de Europa señala que la finalidad del mismo consiste en “conseguir una unión más estrecha entre sus Miembros, a fin de salvaguardar y promover los ideales y los principios que son su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social”. En el desarrollo de estos objetivos destaca, la preocupación por la protección de los derechos del individuo, en particular de los que se encuentra en una situación más proclive al abuso, desprotección ,desigualdad y marginación. A estas características responde el enfermo mental. esta protección cuenta con repercusión directa en el derecho interno, debido a que los nacionales pueden obtener tutela en el seno de éste organismo, en ultima instancia, porque algunos de los instrumentos jurídicos sirven de interpretación y delimitación del derecho interno ,principalmente potenciando el conjunto de garantías.

Se pueden destacar tres caminos diferentes: 1)- El Convenio Europeo para la protección de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales; 2)- La comisión Europea y el Tribunal Europeo de derechos Humanos (TEDH); y

3)- Las recomendaciones y resoluciones emanadas de las instituciones competentes del consejo Europeo, dirigidas a los estados miembros del mismo.

IX. 2.3. El convenio europeo para la protección de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales

El derecho a la libertad y sus limitaciones :

El Convenio Europeo data de 1950. Su peculiaridad e importancia radica en que vincula como normas jurídicas a los estados que voluntariamente se han sometido a él, de modo que asume incluso la obligación de adaptar, si fuere necesario, su ordenamiento nacional interno a las prescripciones del convenio. Su cumplimiento efectivo se garantiza mediante el establecimiento de un recurso a un órgano jurisdiccional supranacional independiente, una vez que han agotado las vías jurisdiccionales internas. Fue suscrito y ratificado por España en 1977 y 1979.

El convenio reconoce el derecho a la libertad y seguridad física (ausencia de atentado arbitrario por parte de los poderes públicos a la libertad personal del individuo) de todas las personas. Del Convenio se deducen las garantías que han de observarse cuando se pretende la internación forzosa de un enfermo mental.

IX. 2.4. Recomendaciones del Consejo de Europa dirigidas a la protección de los enfermos mentales

Refleja su preocupación para salvaguardar los intereses de los enfermos mentales con la mayor precisión posible. Aunque las recomendaciones no posean la fuerza vinculante de norma jurídica que caracteriza al convenio, constituyen directrices dirigidas a los estados miembros para que adapten su legislación interna a las mismas, deben ser aprobadas por unanimidad, sin perjuicio que el estado que lo estime oportuno formule reserva. Referente al fin de la internación, recomienda que debe ser fijada por un período limitado, debe revisarse su necesidad en intervalos regulares; el paciente tiene derecho a que la autoridad judicial reconsidere la necesidad de su continuación en intervalos razonables. La finalización de la internación no implica la de tratamiento ,que puede continuar de modo voluntario.

IX. 3. Régimen aplicable en el caso de la apreciación de eximente completo de enajenación mental

A)- En primer lugar es preciso que se haya cometido un delito, la duda surge si se tratase de una falta, pero si bien es cierto que una falta puede revelar ya una peligrosidad criminal (incluso grave si se comprueba la probabilidad de cometer en el futuro delitos ,no sólo faltas, no parece un elemento indiciario o sintomático suficiente, dado lo conjetural e incierto del juicio de peligrosidad, y por ello no se concilia muy bien con el principio de proporcionalidad que debe regir también en relación con las medidas de seguridad, en cuanto a la peligrosidad que la sola comisión de una falta pudiera revelar.

B)- La aplicación de una medida de seguridad, cualquiera que ésta sea, requiere como presupuesto irrenunciable que el enajenado haya revelado una peligrosidad criminal a través del delito cometido, es decir que se haya comprobado el riesgo de que vuelva a delinquir en un futuro más o menos próximo. Sin perjuicio de dejar a salvo todas las reservas que suscita la fiabilidad de los métodos disponibles y que vienen siendo utilizados para realizar ese juicio de pronóstico tan incierto y relativo sobre la conducta futura previsible de una persona cualquiera.

Existe una presunción de peligrosidad, al expresar literalmente la obligación de imponer la medida de internación .Al introducir otras medidas se flexibiliza la situación, al poder sustituir la autoridad judicial la internación por alguna o varias de aquéllas desde el principio o a la vista de la evolución del tratamiento. Sin embargo a partir de la letra de la ley, subsiste una aparente obligación de imponer alguna medida de seguridad, incluso si la personalidad del enajenado declarado exento de responsabilidad penal no revela peligrosidad criminal alguna. No obstante, dada la naturaleza exclusivamente preventivo- espacial de las medidas de seguridad, el criterio sería no imponer ninguna medida de seguridad(incluidas las menos gravosas) si no se da su presupuesto, esto es de prevenir la comisión de un delito en el futuro puesta de manifiesto por el delito ya cometido. Sin perjuicio de esta solución, si la autoridad judicial llegara a la convicción de la necesidad de someterlo a tratamiento en régimen de internación, se puede tomar la iniciativa que reconoce el Código Civil. Si el enajenado ha sido declarado exento de responsabilidad criminal por hallarse amparado en una causa de justificación al realizar el hecho típico, no hay base suficiente para apreciar peligrosidad

criminal alguna, puesto que el hecho realizado era lícito y faltará por tal motivo el presupuesto de toda medida de seguridad(no debe haber conexión entre el hecho y su anomalía psíquica)

C)- No se debe confundir la desaparición de la peligrosidad con la desaparición de la enfermedad, pues sólo la primera justifica el mantenimiento de las medidas, nunca la pretensión de conseguir a través de ellas la curación, que puede requerir más tiempo; a la inversa, la curación constituye una presunción irrefutable de la desaparición de su peligrosidad criminal(la que dio origen a la exención de responsabilidad penal y a la aplicación de medidas de seguridad). Si desaparecida la peligrosidad criminal el Juez o tribunal entendiera motivada la conveniencia de continuar la internación, deberá acudir a las condiciones y procedimientos previstos en el Código Civil. Para promover la declaración de incapacidad el juez se verá obligado a comunicar al Ministerio Fiscal, quien deberá actuar por propia iniciativa y de acuerdo a lo previsto en la normativa. Se deja sentado que son diferentes la autorización del Juez de internación del enfermo mental en un centro psiquiátrico o en la unidad o servicio psiquiátrico de un hospital general y la declaración por parte de aquél de su incapacidad civil, pues tienen presupuestos y finalidades diferentes sin perjuicio que algunos aspectos puedan coincidir, como es la situación mental del afectado).La primera va dirigida a la internación del enfermo o deficiente psíquico en un establecimiento de tratamiento, por razones de salud o de su interés personal así lo requiera, mientras que la segunda pretende privar de la capacidad de obrar, por no poder gobernarse por sí mismo. Sea cual fuere el procedimiento (forzoso o voluntario), se requiere la autorización judicial, en civil, el juez no ordena, en sentido estricto, tan solo autoriza, situación diferente se presenta en el ámbito penal con el enajenado autor de un delito.

Como antecedente el Tribunal Constitucional Español no consagró una eventual privación de libertad indefinida en el tiempo y a la plena disponibilidad del órgano judicial competente. Basándose en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en las condiciones establecidas al respecto por el TEDH, señaló que las mismas garantizan que la internación no resulte arbitraria y responde a la finalidad objetiva para la que fue prevista: evitar que persista el estado de peligrosidad social inherente a la enajenación mental apreciada y que resulta por consiguiente obligado en aras del derecho fundamental que obliga a interpretar restrictivamente cualquier

excepción a la regla general de libertad, el cese la internación, mediante la concesión de la autorización precisa, cuando conste la curación o la desaparición de la peligrosidad.

La indeterminación en cuanto a los límites de duración de la aplicación de medidas de seguridad han dado lugar a importantes abusos, por falta de una revisión judicial adecuada y obligatoria de la situación del enajenado. Por tal razón, consecuente con el principio de legalidad, se propugnó que el legislador debía fijar un límite máximo para la duración de la medida de seguridad. Si bien semejante reclamación contradice la naturaleza de las medidas de seguridad, pues su duración ha de ser inicialmente indeterminada, si han de perseguir el fin de eliminar la peligrosidad criminal del sujeto, el momento de cuyo logro no puede conocerse con antelación al imponer aquellas, en consecuencia y en puridad del principio de proporcionalidad aplicado a las medidas de seguridad ha de vincularse a dicha peligrosidad y a la gravedad de los delitos cuya comisión probable se pretende evitar. Normalmente se sugiere que no se supere el de la duración de la condena que se le hubiere impuesto(lo que sería sólo aplicable a penas privativas de libertad) de haber sido declarado penalmente responsable. Sea esto u otro el criterio limitador(por ejemplo que en la misma sentencia se indique el tiempo máximo de duración de la medidas o medidas que se pudieran aplicar sucesivamente, o que la ley señale un límite máximo de duración de cada medida, o una combinación de ambos). Por otro lado la ley debería fijar los plazos de revisión obligatoria del mantenimiento de la medida de seguridad, en particular cuando consistiera en internación.

Late una evidente desconfianza sobre las medidas de internación, a la vista de las experiencias recientes, sobre el casi absoluto desamparo en que se han encontrado los enfermos mentales autores de un delito, al haber permanecido durante muchos años en centros psiquiátricos y sin ningún tipo de seguimiento judicial, sin tratamiento adecuado en muchas ocasiones y sometidos a la discrecionalidad del personal sanitario, lo que pone de manifiesto que las construcciones teóricas por muy valiosas que sean, están condenadas al fracaso si no cuentan con un soporte social, cultural o científico suficiente. Se deben evitar situaciones de desigualdad de trato en relación con los imputables condenados, hay que reconocer el aspecto diferencial que presenta el inimputable, que en virtud del principio de culpabilidad no puede ser condenado

a una pena, pero tampoco puede dejar de ser sometido a algún modo de intervención penal si presenta riesgo de volver a delinquir.

D)- La medida de seguridad , en cuanto supone en sentido estricto la limitación o restricción de derechos, solo puede tomarse previo juicio y el pronunciamiento de sentencia absolutoria, pues únicamente de ese modo se garantizan los principios de contradicción y defensa, en caso de absolución o sobreseimiento, el juez no podrá imponer medida de seguridad. ¹⁵⁹

X. LA EVOLUCIÓN DE LA NOCIÓN DE INDIVIDUO PELIGROSO EN PSIQUIATRIA LEGAL

X.1. El sentido histórico de la alienación mental

Sin duda debemos buscar la forma primitiva de la alienación, en esa posesión en la que se ha visto desde los primeros tiempos, el signo mayor de locura, la transformación del hombre en “otro” distinto o el energúmeno de los griegos, o el mente captus de los latinos, es igual en quien actúa o se debate una fuerza venida de no se sabe dónde. Este mismo “energúmeno” que es recogido por la tradición cristiana para denunciar el demonio que lo habita, el poseído es la presencia encarnada del demonio, se quemará al insano para su salvación. En el Renacimiento adquiere la posesión un nuevo sentido en el pensamiento cristiano, ya no es más perversión del cuerpo, que deja intacta la libertad del alma (Santo Tomás), sino posesión del espíritu, abolición de la libertad, ahora ya no se trata de destruir el cuerpo, sino de evitar que sea el instrumento de un espíritu insano. La obra de los siglos XVIII y XIX es inversa, restituye la enfermedad a la enfermedad mental su sentido humano, pero aleja al enfermo mental del mundo de los hombres.

El siglo XVIII aporta una idea capital: la locura no es un añadido demoníaco a la obra de Dios, sino sólo la desaparición de las facultades más altas del hombre. Dice la Enciclopedia: “La locura no es más que “privación”, la incapacidad de reconocer lo verdadero. El insano ya no es más un poseído; en todo caso es un desposeído. En 1793 Pinel libera a los encadenados y los “deja vivir como hombres”. Esquirol pide justicia para aquellos de quienes Diderot decía que: “no eran tal vez diferentes al resto de los hombres”. Y agrega: ¿“Quién puede asegurar que no será tocado por una enfermedad que hace víctimas a todas las edades, en todos los rangos, en todas las condiciones?”. No obstante, de la concepción humanista surgirá una práctica que excluye al enfermo de la sociedad de los hombres. Se abandonó la práctica demoníaca de la posesión, pero para llegar a una práctica inhumana de la alienación. Si el demente es un desposeído ¿cuál es la facultad que perdió?. El siglo XIX responde que es una de las más altas, la libertad, cuyas formas civiles y jurídicas son reconocidas a los hombres por la Declaración de los Derechos, pierde la libertad que le confirió la revolución burguesa. La

anulación de la voluntad, deja sin titularidad de derechos de todo ciudadano, de todo padre de familia, otro en lugar suyo puede ejercer sus derechos, otro lo sustituye como sujeto de derecho. Para evitar una alienación de hecho se la sustituye por una alienación de derecho, que trasmite a otro legalmente designado, derechos que el enfermo ya no puede ejercer y de los que otro podría abusivamente apropiarse. Hasta 1838 se internaba de oficio a todos los infortunados que corrían el riesgo de “perturbar” la tranquilidad pública. Pero el caso de los alienados que no alteraban el orden no estaba reglamentado. Para librarse de ellos las familias se creó la “internación voluntaria”, independiente de la voluntad del enfermo, pero dependiente de la familia. La enfermedad mental lo desliga de la comunidad, porque él es un extranjero, nuestra sociedad le da un status de exclusión. La sociedad no se reconoce en la enfermedad, el enfermo se siente a sí mismo como un extraño. ¹⁶⁰

X. 2. Evolución del concepto de individuo peligroso

La intervención de la psiquiatría en el terreno penal surgió a comienzos del siglo XIX, en relación con una serie de casos que presentaban ,más o menos la misma forma y que tuvieron lugar entre 1800 y 1835(denominados “de los crímenes sin razón o sin un motivo”)

Los grandes crímenes sin motivo plantearon a los jueces un difícil problema ¿cómo castigar a alguien cuyos motivos para cometer un crimen se ignoran? En otros tiempos para castigar bastaba encontrar al autor , uno sin coartada(no estando furioso o demente). Convertida la razón del crimen en la razón de castigar ¿Cómo castigar sin razón un crimen?

La intervención de la medicina mental en la institución penal se debe al ajuste de dos necesidades ,el funcionamiento de la medicina como higiene pública y el funcionamiento de la punición legal como técnica de transformación individual (cada una con diferentes razones). En la medicina: la locura es en último término siempre peligrosa y la impotencia judicial para determinar la punición de un crimen sin haber determinado los motivos del mismo (“monomanía homicida”) hacen su complemento. Cada vez más la psiquiatría del siglo XIX se orientará hacia la búsqueda de los estigmas patológicos que pueden marcar a los individuos peligrosos(la que permitió el nacimiento de la antropología del hombre criminal elaborada por la escuela italiana).

Se produce como consecuencia de la vieja noción de responsabilidad penal y se va a ver transformada considerablemente. La responsabilidad penal que se encontraba próxima al derecho civil ,para imputar una infracción a un sujeto siempre que éste fuese libre, consciente y que no padeciera demencia”.. a partir de ahora la responsabilidad no está simplemente ligada a esta forma de conciencia ,sino también a la inteligencia del acto en relación con la conducta, el carácter y los antecedentes del individuo. Este aparecerá más responsable de su acto ,cuanto más ligado esté con él a una determinación psicológica, mejor podrá ser considerado como sujeto responsable. Cuanto más indeterminado ,más se tenderá a eximirlo de responsabilidad. La psiquiatría y el derecho penal entran en una fase de incertidumbre, de entrecruzamientos entre la responsabilidad penal y la determinación psicológica. El riesgo está en su propia personalidad, sin importar la causa o el efecto. ¹⁶¹

En resumen: A partir de los grandes crímenes sin razón de comienzos del siglo XIX ,se plantea el problema del individuo peligroso” ser peligroso”(término introducido por Prins en 1905 en la Unión Internacional de Derecho Penal)¿existen individuos intrínsecamente peligrosos? ¿cómo reconocerlo y prevenir sus acciones?. Evidentemente el derecho penal del siglo pasado no evolucionó desde una moral de libertad, codificó la sospecha y detención del individuo peligroso ,desde la monstruosa figura de la monomanía hasta la cotidiana del degenerado, mediante una interacción del saber médico y la institución judicial.

A partir de Beccaria la sociedad se concede el derecho de castigar por lo que hacen no por lo que son .Pero si ponemos cada vez más al criminal como sujeto del acto y al individuo peligroso como virtualidad de actos ¿no se le está concediendo a la sociedad derechos sobre el individuo a partir de lo que él es y no a partir del hecho? Mecanismos que desde finales del siglo XIX a través de los cuales ¿se pretende defender a la sociedad? .¹⁶²

Michel Foucault consideró que la psiquiatría como especialista estudiosa de los problemas relativos a la salud mental, en su nacimiento no lo hacía desde los problemas planteados por la enfermedad, sino por las tensiones sociales que el individuo portador de patología generaba a la sociedad, la que intentaba resolver esas tensiones a través del encierro del paciente para desembarazarse de “todos los desviados que ofenden la moral y la razón”.

Los criterios de peligrosidad siguen vigentes desde la época de Pinel, esperando el código penal su reformulación de criterio “científico. psiquiátrico” convalidando la ilegítima privación de la libertad con una psiquiatría represiva , perpetuando espacios manicomiales, que van engrosando la población de secuestrados institucionales sin posibilidad de reinserción social. ¹⁶³

Al parecer existe impermeabilidad entre la teoría y la práctica en el sistema penal actual en relación a las medidas de seguridad y los derechos del inimputable, ¿Se trata de un castigo a las posibles o futuras infracciones que podrá producir a la sociedad?. Razones culturales y sociales ,pueden llegar a justificar el obrar y pese a las críticas lanzadas rara vez se producen transformaciones en la práctica real. A pesar de los avances jurídicos y psiquiátricos, parecería que fuera imposible trasvasarlos a la práctica. Los efectos producidos no coinciden con el fin planteado o que debe alcanzar .Así como la prisión no ha conseguido la enmienda del delincuente, o su resocialización. tampoco la medida ha logrado la cura o el cuidado de la persona sometida a ella .Este sistema se muestra arbitrario. ¹⁶⁴

X. 3. Medidas privativas y restrictivas de la libertad del enfermo mental en el proceso penal

Según Jesús Fernández Entralgo, el marco de referencia que permite abordar el tratamiento de la enfermedad mental debe reposar sobre tres ideas básicas. En primer lugar, el enfermo mental es un ciudadano, en segundo lugar, es un ciudadano enfermo; y en tercer lugar, un ciudadano aquejado de un tipo de enfermedad particular. En cambio la imagen colectiva lo presenta como un ser improductivo y peligroso. Generalmente cuando los medios de comunicación hacen saltar a la luz pública la comisión de delitos por trastornos mentales, se presenta inmediatamente la inquietud social, por la sensación de inseguridad que le producen esos hechos y el deseo “encubierto” o “manifiesto” de que se encierren a esos sujetos en un lugar donde ya no puedan producir más daño(no se preocupan por el trastorno mental o la enfermedad).

No se ha perdido durante los años la asimilación que se hacía a partir de 1848 en España entre los dueños de animales feroces y dañinos que los dejaren sueltos o en disposición de causar mal y los encargados de la custodia de un enajenado que le dejasen vagar por las calles o sitios públicos sin la debida vigilancia. Es necesaria una reconversión social en la que los

ciudadanos dejen de pensar en los enfermos mentales como seres peligrosos y molestos, de los que uno puede y debe desembarazarse. Sólo cuando se asimile la idea de que se trata de ciudadanos enfermos, con los que se puede convivir en la mayor parte de los casos y para los que la internación debe ser un remedio transitorio ,sólo entonces la psiquiatría podrá desarrollar un papel integrador. ¹⁶⁵

X. 4. Resumen de nuevas propuestas

Resulta irrazonable, que una persona a la que el Estado no pretende castigar, se vea afectado en sus derechos en una medida mayor de lo que hubiese correspondido en caso de ser condenado como autor responsable.

La medida de seguridad de carácter penal indeterminada en su duración , no guarda relación con el fin propuesto y por lo tanto resulta desproporcionada.

En el conflicto que enfrenta al sujeto peligroso y a la sociedad, debemos exigir el respeto de los derechos y de las garantías individuales y, en consecuencia, imitar la ejecución de la medida de seguridad a su mínima expresión.

Es por ello que será necesario correr el velo de benignidad y colocarse en la situación del sancionado para quien lo que cuenta no es la teoría jurídico – penal, sino el perjuicio real que lleva consigo y reconocer que no todo el mundo considera, que “enfermedad sea menos que “culpabilidad “. ¹⁶⁶

Según Francisco Muñoz Conde, la tarea de la medicina legal y el derecho penal, no consiste en reactivar el contraste entre imputabilidad e inimputabilidad, sino en desarrollar instrumentos para que por un lado se imponga al autor del delito imputable o no ,la consecuencia más adecuada al hecho y a su personalidad ,garantizándole ,al mismo tiempo, sus derechos a un proceso penal justo, objetivo y formal.

Cuando el enfermo mental ha perpetrado una acción tipificada como delictiva, se considera demostrada su peligrosidad y legitimada la adopción de medidas de seguridad ,cuyo arquetipo es la internación. Se trata de un pararrayos con que la sociedad se protege frente a predecibles futuras tormentas desencadenadas contra el enajenado. ”Contra las tormentas se levantan pararrayos, y a los torrentes que se desbordan se les enfrenta con estacas y diques. Así pues cuando una persona que no tiene razón perturba a la sociedad y le causa males, el poder público posee el derecho de rodear de

embarazos a esa persona. No tiene otro fundamento el de encerrar a los locos que el peligro inminente en que su libertad o su soltura ponen a sus conciudadanos..”.Este momento pertenece a la filosofía de la etapa histórica que Foucault denominó “ la gran internación”. Diagnostica Francisco Muñoz Conde: la idea que el enfermo mental es siempre peligroso y un ser al que hay que encerrar y separar del resto de la sociedad ,tanto más cuando ha cometido un delito ,el internamiento obligatorio del enfermo que ha cometido un delito se convierte así en un sustituto de la pena, con la misma finalidad aflictiva y defensiva que ésta. Para ello se mitifica la peligrosidad del enfermo mental “muchas personas fueron recluidas no porque sean peligrosas, sino porque son chivos emisarios de la sociedad, cuya persecución es justificada por la propaganda y la retórica psiquiátrica” .Lo que está en crisis sostiene Muñoz Conde ,es la medida misma de internación. Si la finalidad de la medida es la curación del enfermo, su imposición cuando no sea necesaria para su curación, o sea inútil, significa pura y simplemente represión y convierte a la medida de internación obligatoria en una especie de prisión por tiempo indeterminado, es por ello que han cobrado un auténtico protagonismo en la psiquiatría moderna las medidas alternativas no privativas de libertad. El carácter obligatorio de la medida de internación dificulta una mínima eficacia terapéutica, reduciendo y matizando negativamente las actuales posibilidades del tratamiento psiquiátrico . Al admitir de hecho la internación “indefinida”, se quiebra el principio de seguridad jurídica y el principio constitucional en que las penas y medidas se orienten a la reeducación. ¹⁶⁷

Teniendo en cuenta que la peligrosidad es un juicio de probabilidad de conducta futura, no puede ser determinado con absoluta precisión , motivo por el cual resulta imperioso reducir al máximo la medida de seguridad a fin de garantizar en mayor medida la vigencia de la seguridad jurídica, propia de un estado de derecho, asegurando al máximo el respeto de las garantías constitucionales, especialmente en las medidas de seguridad que su implementación acarrea una indeterminación temporal que resulta a todas luces violatoria de los principios de legalidad, razonabilidad y mínima intervención penal, principio de humanidad. ¹⁶⁷

Si bien en los últimos años se ha producido un gran adelanto respecto al tratamiento de enfermos mentales , se pueden producir verdaderas injusticias en cuanto a los pacientes ingresados por orden judicial en un hospital

psiquiátrico como inimputable, con inteligencia y voluntad anulada por su enfermedad mental irreversible,(ej; por amenaza telefónica) y permanecer internado por razones de seguridad en base a la peligrosidad de su diagnóstico.(fallo:núm.104.312.CNFed.CrimyCorrec.,salaI,2002/07/01.C,M.G.A dla,XLIV-).

XI. CONCLUSIONES GENERALES

Si bien la indeterminación por razones de garantías de las personas, se mira con recelo en el campo de las penas, tratándose de medidas de seguridad no existe tal suspicacia. Sin embargo, aunque cualquier lógica rechazaría la posibilidad de que un enfermo pueda ser tratado en forma más rigurosa que un penado, razones terapéuticas, resocializadoras y curativas ocultan argumentos de defensa social y cubren de un velo de “benignidad” a las medidas de seguridad.

En ese sentido, nos lleva a replantearnos los argumentos que legitiman su imposición y, tras ellos nos deja la sensación de tener que considerar a las medidas de seguridad, al igual que a las penas, como una amarga necesidad.

En el conflicto que enfrenta al sujeto peligroso y a la sociedad, debemos exigir el respeto de los derechos y de las garantías individuales y, en consecuencia, limitar la ejecución de la medida de su seguridad a su mínima expresión.

XI. 2. CONCLUSIONES

Como conclusiones de este trabajo, cabe mencionar a las siguientes:

1)- Las medidas de seguridad constituyen verdaderas sanciones de carácter coactivo. Debido a que su imposición implica la disminución de bienes jurídicos fundamentales, se deben exigir las garantías propias de las penas.

2)- Para su imposición, es imprescindible:

a)- Que el inimputable haya cometido un hecho delictivo, un injusto penal, probado debidamente por el órgano jurisdiccional.

b)- Que los peritos declaren que el sujeto es peligroso criminalmente. Existiendo probabilidad cierta de futura comisión de delitos. Resultando insuficiente la mera peligrosidad social o la peligrosidad para sí mismo.

c)- En virtud del principio de proporcionalidad, la medida sólo se puede imponer cuando los médicos consideren imprescindible la internación del inimputable. Si en razón de la menor peligrosidad del sujeto se encuentra en condiciones de realizar un tratamiento ambulatorio, no procede la medida penal.

3)- Ejecución de la medida: no se debe perder de vista su fin primordial : es la recuperación del enfermo. Para ello:

- a) La medida en lo posible debe cumplirse en instituciones psiquiátricas no carcelarias. Solo en casos estrictamente necesarios se derivará a los pacientes a las Unidades 20 y 27 del S.P.F. En lo posible hay que procurar el traslado de los enfermos a hospitales públicos o clínicas privadas.
- b) Si los médicos lo consideran necesario para el tratamiento, se debe autorizar la concesión de permisos de salida al inimputable.

4)- Finalmente, respecto a la cesación de la medida:

- a) Si el delito que da origen a la medida desaparece ,(por ejemplo se prueba que no fue cometido o que el inimputable no participó, o se deroga el tipo penal) la medida de seguridad debe concluir.
- b) No es necesario la curación del enfermo para cesarla, sino que alcanza con la desaparición de su peligrosidad criminal.
- c) La única internación que justifica la intervención del juez penal es aquella que exige la internación del paciente. Si en virtud a su grado de recuperación los médicos consideran que puede realizar tratamiento ambulatorio, también debe disponerse el cese de la medida.
- d) La indeterminación temporal de la medida de seguridad, resulta inconstitucional, por vulnerar los principios de legalidad y razonabilidad. En ningún caso la medida de seguridad puede superar el máximo de la pena que le hubiese correspondido en caso de condena. Pasado el tiempo máximo la permanencia del peligro será lo determinante para su incorporación al régimen del Código Civil.

XI. 3. PROPUESTA DE SOLUCION AL PROBLEMA

Como corolario de la hipótesis planteada , para que el sistema sea más racional en la regulación de las medidas de seguridad de acuerdo a los principios de proporcionalidad y de legalidad, sería conveniente una reforma del art. 34 inc.1° del Código Penal.

Enfrentar el tema de la modificación al Código Penal de 1921, hace a la búsqueda de soluciones que requieren una respuesta integral y eficiente fundada en la razonabilidad. El principio de proporcionalidad en sentido estricto se enmarca, en el más amplio principio de prohibición de exceso; presupone el estudio de la relación medida-finalidad que abordan los principios

de idoneidad y necesidad. La idea es que la duración de las medidas de seguridad penal, no deba ir más allá del injusto del delito. Por este motivo, no se podrá ordenar una medida de seguridad cuando ésta fuera desproporcionada con el ilícito del autor o con futuros hechos de probable ocurrencia, en razón de la conducta revelada.

Podemos sugerir como propuesta, que : la persona que sea declarada exenta de responsabilidad criminal por haber cometido un hecho ilícito en estado de incapacidad de culpabilidad (por padecer una anomalía o alteración psíquica) se le podrá aplicar, si fuere necesario,(por peligrosidad) una medida de internación para tratamiento médico en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie. La internación no podrá exceder el tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el juez o tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo. El sometido a esta sentencia no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del juez o tribunal que lo sentenció.

Conforme a las necesidades del tratamiento: el tribunal o juez ,durante la ejecución de la medida podrá decretar el cese en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto; podrá reemplazar una medida por otra que considere más adecuada, dejar en suspenso su ejecución en atención al resultado ya obtenido y anualmente se deberá evaluará la situación del enfermo a fin de mantener, cesar ,sustituir o suspender la medida de seguridad privativa de libertad impuesta. Antes de cualquier disposición, el tribunal deberá oír a la persona en forma directa e indelegable.

La primacía del derecho a la libertad, configurada como valor superior y obliga por el principio de proporcionalidad a rechazar las medidas en el supuesto de clara desproporción. Cumplido el tiempo máximo y de persistir la peligrosidad, ante la necesidad de continuar en tratamiento, corresponde recurrir a medios de protección menos violentos y autoritarios dentro del sistema jurídico. Se evitará así, que el enfermo continúe bajo un ámbito represivo(que está demostrado que causa daño y no permite otras intervenciones) con el fin de pasar a un ámbito exclusivamente curativo, a un sistema más flexible, sin menoscabar la protección de la comunidad y sin que sea necesario recurrir a soluciones que atentan contra los principios constitucionales.

NOTAS:

¹ *Código Penal de la República Argentina*. Bs.As: Zavalía ; 1999.p.15.

- Título 5: Imputabilidad:

Art.34. No son punibles:

1° El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades ,por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputables ,comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

En caso de enajenación ,el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

En los demás casos en que absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso;..

² Agustín Jorge Barreiro: *Las medidas de seguridad en el derecho penal español*. Madrid: Civitas. 1976.p. 41.

³ Art.13: El condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido veinte años de condena, el condenado a reclusión temporal o a prisión por más de tres años que hubiere cumplido los dos tercios de su condena y el condenado a reclusión o prisión ,por tres años o menos ,que por lo menos hubiese cumplido un año de reclusión u ocho meses de prisión, observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrán obtener la libertad por resolución judicial previo informe de la dirección del establecimiento bajo las siguientes condiciones:

1° Residir en el lugar que determine el acto de soltura;

2° Observar las reglas de inspección que determine el mismo auto, especialmente la obligación de abstenerse de bebidas alcohólicas;

3° Adoptar en el plazo que el auto determine, oficio ,arte, industria o profesión ,si no tuviere medios propios de subsistencia;

4° No cometer nuevos delitos;

5° Someterse al cuidado de un patronato, indicado por las autoridades competentes.

Estas condiciones regirán hasta el vencimiento de los términos de las penas temporales y en las perpetuas hasta cinco años más, a contar desde el día de la libertad condicional.

⁴ Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad. Publ: B.O. 16/7/1996.

⁵ Art.28 C.N. Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. *Constitución de la Nación Argentina*, Bs.As: aZ editora; 2000.

⁶ Murrach-Zipf-Gössel: *Derecho Penal*. Parte General, tr. J.Bofil Genzche, t.I. Bs.As: Astrea; 1994. p.535.

⁷ Sebastián Soler: *Derecho Penal Argentino*, t.II, Bs.As: Ed.Tea; 1970,p.408.

⁸ Edgardo Alberto Donna y o/s: *El código penal y su interpretación en la jurisprudencia*. t.I. Santa Fe: Rubinzal Culzoni editores; 2003.p.323.

En materia penal, las medidas de seguridad cumplen dos funciones de socialización, educación o tratamiento en el caso del sujeto peligroso, y de protección de la comunidad.

En el conflicto de intereses entre el de defender a la sociedad de futuros ataques que pueden poner en peligro o lesionar bienes jurídicos, y el de respetar los derechos individuales del sujeto sometido a una medida de seguridad por cometer un delito y cuya conducta revela probabilidad de cometer hechos delictivos futuros, prevalece la defensa social. Ello, en virtud de que debe existir una proporción entre el interés que se sacrifica y el que prevalece.

Las medidas de seguridad hallan justificación en función de la ponderación de bienes. Así, una libertad puede ser privada cuando su utilización conducirá con gran probabilidad a perjuicios a otros, los cuales en su totalidad son mucho más graves que las restricciones que debe tolerar el que causa el peligro en virtud de la medida de seguridad. La imposición de esta clase de medidas depende del principio de proporcionalidad, que obliga a elegir la medida más adecuada sea educativa, curativa o eliminadora, con las modalidades de ejecución adecuadas al fin de revertir el diagnóstico de peligrosidad del sujeto pasivo de la medida.

Mediante la pena, el legislador concreta su interés de prevención sólo en el marco delimitador de la culpabilidad por el hecho; pero en los casos excepcionales de una puesta en peligro de la generalidad, especialmente tenaz, puede ser superado ese límite mediante la imposición de una medida de seguridad. De ello se deriva que la naturaleza de esta medida es en función del tiempo indeterminado.

C.N.C.P., Sala I, “Rainieri, V.N.”, 30/5/95, L.L., Suplemento Jurisp. Penal, 30/5/97.

Los ordenamientos jurídicos consagran un sistema de doble vía: la pena y las medidas de seguridad, sistematizadas estas últimas bajo ópticas preventivo-especiales. No obstante la diferencia en la nominación de la reacción estatal que se utilice en la coacción, la pena o la medida de seguridad, en cuanto ambas implican un ilícito jurídico penalmente relevante, tienen en todos los casos los mismos presupuestos, de modo que este ejercicio del “ius puniendi” estatal reconoce límites que dimanar de las garantías constitucionales, y no habilita, por más loables que sean los objetivos que se persigan, al menoscabo de presupuestos de orden superior que nacen del principio de legalidad, exigiéndose indisolublemente la doble precisión de la ley de los hechos punibles y de las penas (del voto del Dr. Hornos, en coincidencia con la mayoría).

C.N.C.P., Sala IV, c. 2448, “Bruna, Darío”, 23-2-01. En igual sentido, C.N.C.P., Sala IV, c. 2880, “Estrada, Carlos Alberto”, 27-5-02 y c. 3047, “Rojas, Delia Celia”, Rta. 25-10-02.

Nuestra legislación distingue entre quien perpetró una conducta típica, antijurídica y culpable haciéndole acreedor de una pena con un límite temporal, de aquél que cometió un acto típico y antijurídico “un injusto” y por ser inimputable y peligroso para sí y para terceros resulta sujeto a una medida de seguridad, la que sólo puede finalizar con la cesación de dicha peligrosidad, habida cuenta que no puede poseer un límite temporal por estar fundada en las cualidades psíquicas del individuo.

Pretender un plazo máximo es inexorablemente procurar una limitación temporal de la medida de seguridad que jamás podría ser razonable si tan solo reparamos en la incertidumbre que rodea a la desaparición de las condiciones que hacen peligroso al individuo en los términos del Código Penal. Por lo

demás, ello implicaría ir más allá de lo que la ciencia autoriza y permite, aventurando una extensión determinada y la consecuente modificación de una situación médica, circunstancia que a todas luces –y por el momento- resulta irrazonable e inadmisibile.

C.N.C.P., Sala IV, “Pérez, Rubén Antonio”, c. 3215, 25-6-01.

Las medidas previstas en el art. 34, inc. 1, del Código Penal no son simplemente institutos de tipo “asistencial” sino que se trata de verdaderas consecuencias penales, restrictivas de derechos fundamentales como la propia libertad del inimputable. Su fundamento no debe buscarse únicamente en la “peligrosidad” del autor, sino también en la previa comisión de un hecho ilícito, es decir, de un injusto penal. Está claro que por más peligrosa que aparezca la persona, si no cometió ningún “hecho previo”, el Derecho Penal debe abstenerse de cualquier intervención.

Tratándose de reacciones penales, es fundamental exigir respecto de las medidas de seguridad la totalidad de garantías constitucionales, impidiendo - en lo posible- cualquier abuso o exceso, tanto en la imposición como en la misma ejecución de la medida.

Juz. Nac. Ejec. Penal Nro. 3, c. 2589, “Suriano, Luis Ramón”, 5/5/00. En igual sentido c. 4733/I, “Albornoz, Ramón Martín”, 22/10/01; c. 4922/I, “Gomez Llambi, Beatriz Alcira”, 29/1/02; leg. 4387/I, “Bensignor, Ruth”, 29/5/01.

⁹ Código Penal Español, Edición a cargo De Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Mc.Graw Hill; 2000. p.37;17.

De las medidas privativas de libertad: Art.101.1.AI sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1° del artículo 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo.

2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código.

Art.20. Están exentos de responsabilidad criminal:

1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión...”En los supuestos de los tres primeros números se aplicaran, en su caso, las medidas de seguridad previstas en éste Código”.

¹⁰ María Florencia Hegglin, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, primera edición, año 2,Nº3, Bs.As: Ad-Hoc; 1996.p.375.

¹¹ Marta Albarracín y Martín Repetto: *Insanía, inhabilitación e internación*: resultado de un estudio de expedientes, La Ley, actualidad, Bs.As. 6.4.1995.

¹² Norberto Eduardo Spolansky: *Los inimputables penales*, Bs.As: La Ley, 30 de agosto de 2002.p.6.

Declaración Universal de Derechos Humanos: Art.1: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Pacto de San José de Costa Rica: Art. 11: Protección de la honra y de la dignidad. 1- Toda persona tiene derecho al respeto a su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2- Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 3- Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

Pacto Internacional de derechos civiles y políticos: Art. 10: 1- Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano..”

Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano: Art.1: Los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común. Art.4: ”La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no daña al otro; por lo tanto, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tienen más límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley.

¹³ Germán Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional Argentino*, t.I, Bs.As: Ediar; 1993 .p.228.

¹⁴ Edgardo Donna: *Teoría del delito y de la pena*, t .I, Bs.As: Astrea; 1992. p.4.

¹⁵ Hans Welzel: *Derecho Penal alemán*, Parte General 11°ed., trad. Juan Bustos Ramirez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago de Chile, Jurídica; 1970 p.288.

¹⁶ Ley N° 22.914(15.IX.1983). Salud Pública. Internación y egresos de establecimientos de salud mental. Art. 11 :Los jueces dispondrán de oficio todas las medidas apropiadas a fin de que las internaciones se limiten al tiempo indispensable requerido por las necesidades terapéuticas y la seguridad del internado y de terceros.. “El Director del establecimiento , en informe fundado, hará saber cuándo el internado se encuentre en condiciones de egresar y, de ser posible, propondrá a quienes tengan mayor idoneidad para hacerse cargo de ello, en su caso, manifestará lo innecesario de esta previsión. El juez previa vista al curador y al Ministerio de Menores e Incapaces, resolverá con preferente despacho.”

Decreto N°1514(27.VII.2000) Ley de Salud Mental de la Ciudad de Buenos Aires. Art.2°- Principios. La garantía del derecho a la salud mental se sustenta en: f)- La internación como una modalidad de atención, aplicable cuando no sean posibles los abordajes ambulatorios; h)- La función del estado como garante y responsable del derecho a la salud mental individual, familiar, grupal y comunitaria. Evitando políticas, técnicas y prácticas que tengan como fin el control social. Art.3°- Derechos: a)-“Los establecidos por la Constitución Nacional ..y demás tratados internacionales, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires..”; i)- La aplicación de la alternativa terapéutica más conveniente y que menos limite su libertad; Art. 10- Lineamientos y acciones: a)- La promoción de la salud de la población a través de la ejecución de políticas orientadas al reforzamiento y restitución de lazos sociales solidarios; d)- La potenciación de los recursos orientados a la asistencia ambulatoria, sistema de internación parcial y atención domiciliaria, procurando la conservación de los vínculos sociales, familiares y la reinserción social y familiar; Art.19: La internación es una instancia del tratamiento que evalúa y decide el equipo interdisciplinario cuando no sean posibles los abordajes ambulatorios..”; Art.40: ”El alta de la persona afectada por un padecimiento mental conforma un acto terapéutico por lo que debe ser considerado como parte del tratamiento y no

como la desaparición del malestar psíquico; Art.47: Durante las internaciones se promueven, cuando sea posible los permisos de salida como parte del tratamiento y rehabilitación del paciente, favoreciendo la continuidad de su relación con el medio familiar y comunitario.

¹⁷ Javier Esteban de la Fuente: *Medidas de seguridad para inimputables*.

Cap.XVI, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año IV, N°8, Bs.As.: Ad-Hoc; 1998.p.287.

¹⁸ Agustín Jorge Barreiro :*Las medidas de seguridad en el derecho español*. Madrid: ed. Civitas; 1974,p.91.

¹⁹ Agustín Jorge Barreiro: op. cit., p. 83.

²⁰ Agustín Jorge Barreiro: op. cit., p.85.

²¹ Edgardo Donna,: *Reincidencia y culpabilidad*, Bs.As: Astrea; 1984,p.89.

²² Maurrach-Zipf-Gössel: *Derecho Penal*. Parte General, tr. J. Bofil Genzche, t.I. Astrea.: Buenos Aires; 1994, p.535.

²³ Convegno di diritto penale di Bressanome, 1963 Sul problema della rieducazione del condannato, Padova,1964.

²⁴ Giuseppe Lattanzi: *La personalidad del condenado en el régimen penitenciario italiano*. Milano: en Rass, Studi pen; 1955, p.151.

²⁵ Manuel Ruiz-Funes: *Peligrosidad y defensa social*, Madrid: en La Ley, t. 46; 1947. p.963.

²⁶ Eugenio Cuello Calón, :*La moderna penalogía*, Barcelona: Bosch; 1973.p.87.

²⁷ Franz von Liszt: *La idea de fin en el derecho penal*, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, Universidad de Valparaíso, Chile, 1984.p.120.

²⁸ José Ramón Casabó Ruiz: *El fundamento de la medida de seguridad*, Colección de Estudios Instituto de criminología y departamento de derecho Penal, Universidad de Valencia, 1974,p.46.

²⁹ Enrique Ferri: *Los nuevos horizontes del derecho y procedimientos penales*, 1887,p.60.

³⁰ María Florencia, Hegglin: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. 1ra.edición, Año 2, N°3, Bs.As: AD-HOC; 1996. p.363.

³¹ Claus, Roxin: *Sentido y límites de la pena estatal*, en problemas básicos del derecho penal. Madrid: Reus; 1976.p.18.

³² Carlos Santiago Nino: *Los límites de la responsabilidad penal*. Buenos Aires: Astrea; 1980 .p. 219.

³³ María Florencia, Hegglin:op. cit. p.364.

³⁴ Edgardo Donna: *¿Es posible el derecho penal liberal?* ,Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo abril 2003-Valencia: Tirant lo Blanch; 2004.p.224.

³⁵ Guillermo Rodriguez Morullo: *Medidas de seguridad y Estado de derecho*; en peligrosidad social y medidas de seguridad, Colección de Estudios, Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia, España, 1974, p. 367.

³⁶ Carlos Santiago Nino: op.cit., p. 222.

³⁷ Marta Albarracín y Martín Repetto: *Insanía, inhabilitación e internación*: resultado de un estudio de expedientes, La Ley, actualidad, Bs.As. 6.4.1995.

³⁸ María Florencia Hegglin: op. cit. p.376.

³⁹ Fernando Díaz Palos: *Teoría general de la imputabilidad*. Barcelona: Bosch; 1965. p.77.

⁴⁰ Edgardo Alberto Donna y osts: *El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia*. tl. Santa Fe: Rubinzal –Culzoni; 2003.p.323.

La teoría de la unificación afirma que entre las penas y medidas de seguridad no existe ninguna diferencia cualitativa, y por ello se engloban o comprenden ambas medidas bajo el nombre de sanciones. Esta tesis, sostenida por el positivismo penal, es, en realidad, una consecuencia del principio de imputabilidad legal y no un principio autónomo. Si, en efecto, el único fundamento de la actividad penal del Estado fuese la defensa social, y en virtud de todo ello todos los autores del delito respondieran por el solo hecho de haberlo cometido, es natural que, cualquiera sea la naturaleza de la consecuencia del delito, llámese ésta pena o medida de seguridad, su 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. No obstante sus manifiestos equívocos, esta tesis ha ejercido cierto influjo doctrinario (determinando que algunos autores consideren metódicamente correcto englobar bajo un solo rubro de "sanciones" las penas y medidas de seguridad) y hasta, legislativo (como ocurre con el C.P. cubano, que no se llama penal, sino de defensa social y que no tiene penas sino sanciones). (Voto del Dr. Fégoli).

Se citó: C.S.J.N. Fallos: 263:309; 299:428.

C.N.C.P., Sala II, "Sosa, Claudio Marcelo s/inconstitucionalidad", 14/05/98, reg. 1977.2 (B.J.C.N.C.P., 1998, segundo trimestre).

⁴¹ Gonzalo Quintero Olivares: *Derecho Penal*. Parte general. 2° ed. Madrid : Marcial Pons; 1992, p.116.

⁴² Agustín Jorge Barreiro, op. cit. p.182.

⁴³ H.Marquardt: *Jornadas de Derecho Penal* ,Buenos Aires, 22/27 de agosto de 1960, p. 122.

⁴⁴ Javier de la Fuente: op. cit. p.289.

⁴⁵ José Cerezo Mir: *Temas fundamentales de derecho penal*, t.I, Santa Fe: Rubinzal Culzoni; 2001.p. 491.

⁴⁶ Rodolfo Moreno(hijo):*El código penal y sus antecedentes*. Buenos Aires: H. Atomasi Editor; 1922. p.235

⁴⁷ Unidad 20 y 27 del Servicio Penitenciario Federal corresponden a Hospitales Borda y Moyano.

⁴⁸ Edgardo Alberto Donna y osts: op. cit.p. 323.

Cuando el derecho, mediante un complejo de normas dispone que un sujeto anormal sea internado, esa internación no es conminada como sanción y, contrariamente a lo que dice Grisigni, no constituye la disminución de un bien jurídico. No tiene ningún 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. Llamarle "sanción" al internación de anormales comporta un error formal referido a la estructura de la norma jurídica, ya que en caso alguno aquello constituye la consecuencia del incumplimiento de un deber. Comporta, además, un equívoco en cierto sentido moral deplorable, pues supone teñir, aunque levemente, de reproche la medida que debe estar inspirada por fines curativos y pietistas. Si, para designar al mismo tiempo penas y medidas de seguridad se hubiese adoptado la expresión "medidas", esta crueldad se habría evitado, pero entonces la pena dejaría de ser una amenaza, esto es, la promesa de un mal, y las dificultades vendrían por otro camino. (Voto del Dr. Fégoli).

C.N.C.P., Sala II, "Sosa, Claudio Marcelo s/recurso de casación", 14/05/98, reg. 1977.2.(B.J.C.N.C.P., 1998, segundo trimestre).

⁴⁹ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán: *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch; 1993. p. 511.

⁵⁰ Hans Heinrich Jeschek: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 4°ed. tr.José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares; 1993. p.77.

⁵¹ Nodier Agudelo Betancur:*La imputabilidad penal*. Santa Fe de Bogotá. 1994. p.111.

⁵² La Ley, jurisprudencia, t. 1997-C, Bs .As., p. 370.

⁵³ Carlos Tozzini: *Código Penal*, t. I. Bs.As. Hammurabi; 1982. p.507.

⁵⁴ Sebastián Soler: *Derecho Penal Argentino*. t.II.Bs.As:TEA; 1988. p.463. Actualizador :Guillermo J.Ferro.

⁵⁵Ricardo Nuñez:*Derecho Penal Argentino*. Parte General II. Bs.As: Ed. Bibliográfica Omeba ; 1960 . p.481/550.

⁵⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alagia - Slokar :*Derecho Penal Parte General*. Bs.As: Ediar; año 2000.p.884.

⁵⁷ Hans Heinrich Jescheck:*Tratado de derecho penal*. Parte General. 4° ed. tr.José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Ed.Comares; 1993.p.214.

⁵⁸ La Ley.*Jurisprudencia*. t.1997-C; p.363.

⁵⁹ Jorge Frías Caballero: *Capacidad de culpabilidad penal*. Bs.As: Hammurabi; 1994. p.158.

⁶⁰Jorge Frías Caballero: *Capacidad de culpabilidad penal*. Bs.As: Ed.Hammurabi; 1994.p.54 .”La imputabilidad es en sí misma una aptitud. Aptitud personal para realizar el acto interior reprochable. Mientras que la culpabilidad es una actitud, o sea un autentico acto interior susceptible de reproche; ambas son estrictos presupuestos de la pena. Se encuentran dentro del concepto de delito. La responsabilidad ,en cambio, se encuentra fuera de él, como su consecuencia. Se concreta en el deber jurídico de sufrir la pena consecuente al delito cometido, a su vez la llamada responsabilidad por el acto, elaborada por Maurach, trae aparejada la obligación de someterse a otra consecuencia: la medida de seguridad”.

⁶¹ Vicente P. Cabello: *Psiquiatría forense en el Derecho Penal*, t.I, Buenos Aires: Ed. Hamurabi; 1981.p124.

- ⁶² Fernando Díaz Palos: *Teoría general de la imputabilidad*. Barcelona,: Bosch. p.173.
- ⁶³ Jorge Frías Caballero,: *Capacidad de culpabilidad penal*.Buenos Aires: Ed. Hammurabi ;1994. p.158
- ⁶⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni. Alejandro Alegia , Alejandro Slokar: *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar; 2000. p.664.
- ⁶⁵ Reinhart Maurrach, Heinz Zipf, Karl Gössel: *Derecho Penal*. Parte general, tr.Jorge Bofil Genzch, t.II Bs.As: Astrea; 1994. p.36.
- ⁶⁶ Fernando Díaz Palos: op. cit. p.169.
- ⁶⁷ Miguel Prats Canut: *Imputabilidad y alteración psíquica*, en patología jurídica y forense, t I, Barcelona,: Bosch;1991. p.196.
- ⁶⁸ Edgardo Alberto Donna: *Teoría del delito y de la pena*. t.2. Bs.As: Astrea; 2001. p.217.
- ⁶⁹ Reinhart Maurrach: op.cit. p.36.
- ⁷⁰ Edgardo Alberto Donna: op. cit. p.216.
- ⁷¹ Reinhart Maurrach: op.cit. p.36.
- ⁷² Fernando Díaz Palos: op. cit., p. 173.
- ⁷³ Miguel Prats Canut: *Imputabilidad y alteración psíquica*, en patología jurídica y forense, t I, Barcelona: Bosch; 1991. p. 208.
- ⁷⁴ Miguel Prats Canut: op.cit.,p. 209.
- ⁷⁵ Rodolfo Moreno: *El Código Penal y sus antecedentes*, Bs.As.: Ed. Tommasi,; 1923.p .220.
- ⁷⁶ Rodolfo Moreno: op. cit.,p.224.
- ⁷⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni: *Teoría del delito* .Bs.As: Ediar ;1993. p.153.
- ⁷⁸ Edgardo Alberto Donna: *Teoría del delito y de la pena*. t2, Bs.As: ed. Astrea; 2001.p.223.
- ⁷⁹ Juan P. Ramos: *Curso de Derecho Penal*, t. IIBs.As: Biblioteca Jurídica Argentina; 1938 p. 276.
- ⁸⁰ Edgardo Alberto Donna: *Teoría del delito y de la pena*. t2. Bs.As: ed. Astrea; 2001.p.224.
- ⁸¹ Edgardo Alberto Donna: op. cit., p.225 .
- ⁸² Armin Kaufmann: *Teoría de las normas*, Bs.As., Depalma; 1977. p.165
- ⁸³ Edgardo Alberto Donna: op. cit., p.226 y ss.
- ⁸⁴ Edgardo Alberto Donna: op. cit., p.229.

⁸⁵ Ley 22.278(B.O. 28/8/80). Régimen penal de la minoridad. Art.1°."No es punible el menor que haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación..."

⁸⁶ Jorge Frías Caballero: *Imputabilidad penal*.Bs.As: Ediar; 1981.p. 268.

⁸⁷ Henry Bernard Ey: *Tratado de psiquiatría*, Barcelona, Masson; 1992.p. 200.

⁸⁸ CPen.Rosario, Sala 2°, 21/2/92. "Ronsisvalle, Juan", JA, 1993-III-56.

⁸⁹ CNCrimCorr.,Sala I, 22/5/90, "Ulmann, Alejandro", JA, 1990-IV-425.

⁹⁰ CNCrimcorr, Sala I, 20.4.89. Stambuli, Fabio", JA. 1990-I-168.

⁹¹ Vicente P. Cabello: *El concepto de alienación mental ha caducado*. Bs.As: LL;123-1199, con cita de Copelli: *La locura ante el derecho penal*.

⁹² Norberto Spolansky: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Bs.As., 1968. P.83.

⁹³ Edgardo Alberto Donna: op. cit., p.247.

⁹⁴ CNCrimCorr, Sala VI, 17/12/90,"Escobar, Adrián M", LL ;1991-D-191.

⁹⁵ Edgardo Alberto Donna: op. cit., .265.

⁹⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni: op. sit.,t V, p.467.

⁹⁷ Edgardo Alberto Donna: op. cit., p.220.

⁹⁸ Javier Esteban de la Fuente: op. cit. p. 294 .

⁹⁹ Javier Esteban de la Fuente: op. cit.,p. 297.

¹⁰⁰ Ricardo Nuñez: *Derecho Penal Argentino*.t.II, Bs.As: Bibliográfica Omeba; 1960. p.561.

¹⁰¹ Sebastián Soler: *Derecho penal Argentino*. t.II. Bs.As: Ed.-Tea; 1988.p.482.

¹⁰² Sebastián Soler: op. cit., p. 483.

¹⁰³ Edgardo Donna: op. cit. ,p.265.

¹⁰⁴ Néstor Pedro Sagües :*Elementos de derecho constitucional* . t. II . Buenos Aires: Astrea; 1997. p.649.

Art.18 C.N: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales. O sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también

la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes .Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice.”

Art.19 C.N: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan el orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

¹⁰⁵ José Cerezo Mir: *Curso de derecho penal español*, t.I.Madrid: ed.Tecnos. p.35.

¹⁰⁶ Claus Roxin: *Problemas básicos del derecho Penal*. trad. Diego Luzón Peña Madrid: Reus; 1976.p.211.

¹⁰⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni : *Tratado de derecho penal Parte General* .t.V. Buenos Aires: Ediar; 1983.p.468.

¹⁰⁸Edgardo Donna y ots : op. cit .p.326.

Requisitos para su imposición.

a) Presupuestos básicos:

Los ordenamientos jurídicos consagran un sistema de doble vía: la pena y las medidas de seguridad, sistematizadas estas últimas bajo ópticas preventivo-especiales. No obstante la diferencia en la nominación de la reacción estatal que se utilice en la coacción, la pena o la medida de seguridad, en cuanto ambas implican un ilícito jurídico penalmente relevante, tienen en todos los casos los mismos presupuestos, de modo que este ejercicio del “ius puniendi” estatal reconoce límites que dimanar de las garantías constitucionales, y no habilita, por más loable que sean los objetivos que se persigan, al menoscabo de presupuestos de orden superior que nacen del principio de legalidad, exigiéndose indisolublemente la doble precisión de la ley de los hechos punibles y de las penas.

La inimputabilidad del sujeto que cometió la acción típica y antijurídica ha sido concebida como la primera condición exigida para la imposición de las medidas

de seguridad previstas en el segundo y tercer párrafo del art. 34 inc. 1, de modo que sólo una declaración jurisdiccional en tal sentido puede dar fundamento a tan seria interferencia en la libertad del individuo.

C.N.C.P., Sala IV, c. 2448, “Bruna, Darío”, 23-2-01. En igual sentido, C.N.C.P., Sala IV, c. 2880, “Estrada, Carlos Alberto”, 27-5-02 y c. 3047, “Rojas, Delia Celia”, 25-10-02.

La imposición de una medida de seguridad no depende del grado de culpabilidad sino, y como se dijo, del principio de proporcionalidad, que obliga a elegir la medida más adecuada, sea educativa, curativa o eliminatoria, y con las modalidades de ejecución adecuadas a fin de revertir el diagnóstico de peligrosidad que presente el sujeto pasivo de la medida.

La medida no está vinculada en su duración y gravedad a la medida de la culpabilidad –como la pena-, sino solamente al principio de proporcionalidad, que, permite injerencias más amplias que lo que le está autorizado a la pena; asentándose en la peligrosidad y mirando al futuro con finalidades preventivo especiales (del voto del Dr. Hornos, en coincidencia con la mayoría).

C.N.C.P., Sala IV, c. 3047, “Rojas, Delia Celia”, 25-10-02.

Para que la aplicación del art. 34, inc. 1, del C.P. no se traduzca en un absoluto proceder irracional, tal disposición debe ser entendida en el sentido de que la “peligrosidad” a que se hace referencia requiere necesariamente del encierro – o “*reclusión*” como explícitamente se indica- para ser neutralizada o contenida. De lo contrario, si se entendiese que por el mero hecho de considerar “peligroso” al inimputable su encierro sería viable aunque no fuese una medida imprescindible, no sólo se estaría poniendo en crisis la noción de “*última ratio*” del derecho penal, aplicable también a las “medidas” que no se consideran formalmente “penas”, sino que también existiría una contradicción con lo dispuesto en el propio art. 34, inc. 1, del C.P., que en su primer párrafo declara no punibles a estos sujetos: si la medida, en su extensión o intensidad no es inexorablemente la necesaria, existirá cuanto menos un “plus” de castigo, ya que el Estado no podrá justificar su accionar con un discurso estrictamente terapéutico.

El encierro, como “medida de seguridad”, sólo se justifica en los términos del art. 34, inc. 1, del C.P., cuando no es posible una medida menos lesiva de la libertad que neutralice la peligrosidad del agente.

Resulta errónea la decisión de mantener una medida de seguridad cuando los informes indican la ausencia de indicadores de peligrosidad, aunque ello se condicione a la continuidad de un tratamiento en una Comunidad Terapéutica. (del voto de la Dra. Capolupo de Durañona y Vedia en disidencia).

C.N.C.P., Sala IV, c. 2880, “Estrada, Carlos Alberto”, 27-5-02.

Resulta improcedente la internación decretada pues el art. 34, inc. 2 y 3, del C.P., prevé el sistema de las “medidas de seguridad”, para los casos de enajenación y de inconsciencia. Integra el sistema, un presupuesto básico: “que el sujeto sea inimputable” por trastorno de las facultades o de la conciencia, y que haya cometido un hecho delictivo y ofrezca peligro de daño para sí o los demás. En el caso falta aquel presupuesto básico: si no se le observara se violaría el principio de reserva penal. Ello sin perjuicio de que se contemple la aplicación del sistema de resguardo que surge de los arts. 152 bis, inc. 2 y 482 (en especial párrafo 3ero.) del C. Civil.

C.Acusación Córdoba, “Salomón, S.”, 11/4/86, LLC, 986–769.

b) Imputado no indagado

Es nulo lo actuado por carecer el Juez de atribuciones jurisdiccionales para declarar la inimputabilidad y disponer la internación compulsiva de quien no fue legitimado pasivamente mediante el llamado a prestar declaración indagatoria, pues nuestra legislación no admite medidas predelictuales.

C.N.Crim. Sala II, c. 39.419, “SZANTO, Alejandra M.”, 23/5/91.

La internación dispuesta sobre persona no legitimada en el proceso, como lo es quien sólo ha declarado a tenor del art. 236, 2° parte, del C.P.M.P. es ajena a las atribuciones jurisdiccionales del Juez Penal, resultando indiscutible la intervención del Juez Civil.

La inconveniencia de una audiencia indagatoria probablemente ingobernable no exime al magistrado de adoptar las medidas procesales impuestas por la normativa legal, sin perjuicio de su facultad para suspender el acto cuando lo estime pertinente.

C.N.Crim. Sala IV, c. 37.748, “RAMIREZ MARTINEZ, Ezequiela”, 7/6/90.

c) Procedimiento

Debe reputarse anómala –e innecesaria- la intervención del sistema penal, y en concreto, de la Justicia de Ejecución Penal, si de la compulsión de las actuaciones surge que en ningún momento se impuso una medida de

seguridad respecto del imputado o, al menos, su internación, conforme prescribían en su momento los arts. 73 y ss. (especialmente el 74, primera parte) del Reglamento para la Jurisdicción Criminal y Correccional de la Capital Federal y que lo hace hoy el art. 337, "in fine", del C.P.P.N.

C.N.C.P., Sala IV, c. 3073, "Poledri, Ángela Beatriz", 27-5-02.

Por aplicación analógica y subsidiaria de las prescripciones del Código Procesal Civil y Comercial, para la declaración de demencia o inhabilidad, la internación de una persona dispuesta en causa penal debe tramitar por vía incidental, debiendo el defensor cubrir el papel atribuido por la ley civil al curador.

C.N.Crim., Sala III, c. 27.318, "ROSALES, Néstor O.", 12/7/90. Se citó: C.N.Crim., Sala III, "Albarracín, Raúl", rta: 31/7/89, c. 25.593.

d) Falta de declaración o duda sobre la inimputabilidad

Corresponde dejar sin efecto la medida de seguridad impuesta si el tribunal dispuso el sobreseimiento del imputado, pero expresamente se optó por no declararlo inimputable, aún cuando se haya invocado el art. 336, inc. 5, C.P.P.

C.N.C.P., Sala IV, c. 2448, "Bruna, Darío", 23-2-01.

En caso de duda sobre la inimputabilidad del procesado, no es procedente la internación como medida de seguridad.

C.N.Crim. Sala I, c. 40.612, "SANDOVAL, Gladys.

e) Imposición en la etapa de instrucción

No existe dispositivo legal que inhiba al Juez de Instrucción el abordar y decidir lo atinente a la inimputabilidad del procesado y consecuente internación (art. 34 del C.P.), no siendo admisible el cuestionamiento formal a la ausencia de debate ya que no se lesionan garantías sustanciales, dado el carácter cautelar y tuitivo de la medida y la posibilidad de intervención de la defensa con vistas a la mantención o levantamiento de la misma.

C.N.Crim. Sala I, c. 40.869, "PARISI, Rodolfo", 22/5/92. Se citó: C.N.Crim., Sala I, c. 37.349, "Caravetta", rta: 11/7/90 y c. 39.166, "Mandatori, José", rta: 30/7/91.

Existe evidente incompatibilidad entre las normas del Código de Procedimientos y las del Código Penal generada por la no previsión en el primero de la imposición de la medida de seguridad prevista en el art. 34 inc. 1º

del segundo, explicable por la aparición de esa institución con posterioridad en el tiempo a la sanción de las prescripciones de rito.

El modo procesal correcto de procurar realizar el derecho penal de fondo, atendiendo escrupulosamente a no violar los principios constitucionales, se encuentra si el magistrado instructor, habiendo concluido en que por aplicación del art. 34 inc. 1º C.P. debe sobreseer definitivamente a quien encontró autor del hecho típico, ordena –si considera que puede darse la posibilidad de aplicación de la medida de seguridad prevista en el citado artículo– hacer incidente destinado a resolver sobre la posible internación duradera y sujeta a control terapéutico judicialmente supervisado del inimputable; incidente que deberá tramitar con aplicación subsidiaria y analógica de las normas del Cód. Proc. Civil y Com. para la declaración de demencia o inhabilidad (arts. 624/636) y en el que el defensor cubrirá el papel que atribuye al curador el trámite civil (arts. 632 y 633).

C.N.Crim. Sala III, c. 25.593 “ALBARRACIN, Raúl. “, 31/7/89.

NOTA: Se anuló la resolución referida a la internación –ya que el sobreseimiento definitivo por inimputabilidad había quedado firme– porque se consideró que la decisión del a–quo no fue tomada luego de los necesarios exámenes y debates.

¹⁰⁹ Edgardo Donna: *La peligrosidad en el Derecho Penal*. Bs.As: Astrea; 1978. p.25.

¹¹⁰ Eugenio Zaffaroni: *Derecho Penal, Parte General*. Bs.As: Ediar; 2000. p.54.

¹¹¹ Edgardo Donna: *La peligrosidad en el derecho penal*. Bs.As: Astrea; 1978.p.26.

¹¹² Cobo del Rosal y Vives Antón :*Derecho Penal* .Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch; 1991. p.784.

¹¹³ Hans Heinrich Jescheck: *Tratado de derecho penal*. Parte General.4º ed. tr.José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares; 1993.p.79.

¹¹⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni: *Derecho Penal*. Parte General. Bs.As: Ediar; 2000. p. 4.

¹¹⁵ María Florencia Hegglin : op. cit. .p.368.

¹¹⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni: op. cit. .p. 463.

¹¹⁷ José Cerezo Mir: *Peligrosidad social y Medidas de seguridad*, Universidad de Valencia; 1974.p.250 .

¹¹⁸ Edgardo Donna: op. cit., p.336.

Paciente con problemas de tipo “asistencial”:

No resulta razonable la continuación de la medida de seguridad penal si el informe médico es claro en el sentido de que lo único que justifica la internación del inimputable es la falta de continencia social y familiar, hallándonos por ende ante un problema exclusivamente de tipo “asistencial” que escapa a la competencia de la justicia en lo penal.

Juz. Nac. Ejec. Penal Nro. 3, c. 2625/I, “González, Heraldo Jorge”, 8/10/01.

¹¹⁹ Ricardo Nuñez: *La culpabilidad penal en el código penal*. Bs.As: ed. Omeba, 1965, p. 95.

¹²⁰ Sebastián Soler: *Derecho Penal Argentino.*, t II,.Bs.As: ed. Tea; 1988.p.461.

¹²¹ Vicente P. Cabello: *Psiquiatría forense en el Derecho Penal*, t. I, Buenos Aires: Editorial Hammurabi; 1981. p.208.

¹²² Francisco Muñoz Conde-Mercedes García Arán: *Derecho Penal*. Parte General. Valencia : Tirant lo Blanch; 1993.p.66.

¹²³ María Florencia Hegglin :*Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, Año 2.N°3. Buenos Aires: Ad-Hoc; 1996. p.366.

¹²⁴ Edgardo Donna y ots.: *El código penal y su interpretación en la jurisprudencia*, t.I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni; 2003. p.340 .

Pronóstico de peligrosidad

Una adecuada exégesis del ámbito de aplicación funcional del art. 34, inc. 1, segundo párrafo, del C.P., en lo que respecta a la desaparición de la peligrosidad, reclama dejar de lado pronósticos ajenos a ese preciso diagnóstico en cuanto amenaza actual, grave y seria.

La evaluación actual del parámetro de peligro en la sintomatología del enfermo, que debe contener caracteres ciertos de entidad que indiquen si realmente se puede temer, conforme a un cuadro de vida, que ponga en peligro su vida, su integridad personal, su salud, o las de terceros “(del voto de la Dra. Berraz de Vidal en coincidencia con la mayoría).

C.N.C.P., Sal IV, c. 3047, “Rojas, Delia Celia”, 25-10-02.

Debe mantenerse la medida de seguridad cuando el dictamen de los profesionales del cuerpo médico forense indica que, si bien al momento actual el inimputable no presenta indicadores psicopatológicos de peligrosidad, ésta se encuentra supeditada a la continuación del tratamiento psiquiátrico,

pudiendo concluirse que aquella aún no ha remitido (del voto del Dr. Hornos, por la mayoría).

C.N.C.P., Sala IV, c. 2880, “Estrada, Carlos Alberto”, 27-5-02.

Para que la aplicación del art. 34, inc. 1, del C.P. no se traduzca en un absoluto proceder irracional, tal disposición debe ser entendida en el sentido de que la “peligrosidad” a que se hace referencia requiere necesariamente del encierro o “reclusión” como explícitamente se indica- para ser neutralizada o contenida.

De lo contrario, si se entendiese que por el mero hecho de considerar “peligroso” al inimputable su encierro sería viable aunque no fuese una medida imprescindible, no sólo se estaría poniendo en crisis la noción de “*última ratio*” del derecho penal, aplicable también a las “medidas” que no se consideran formalmente “penas”, sino que también existiría una contradicción con lo dispuesto en el propio art. 34, inc. 1, del C.P., que en su primer párrafo declara no punibles a estos sujetos: si la medida, en su extensión o intensidad no es inexorablemente la necesaria, existirá cuanto menos un “plus” de castigo, ya que el Estado no podrá justificar su accionar con un discurso estrictamente terapéutico.

El encierro, como “medida de seguridad”, sólo se justifica en los términos del art. 34, inc. 1, del C.P., cuando no es posible una medida menos lesiva de la libertad que neutralice la peligrosidad del agente.

Resulta errónea la decisión de mantener una medida de seguridad cuando los informes indican la ausencia de indicadores de peligrosidad, aunque ello se condicione a la continuidad de un tratamiento en una Comunidad Terapéutica. (del voto de la Dra. Capolupo de Durañona y Vedia en disidencia).

C.N.C.P., Sala IV, c. 2880, “Estrada, Carlos Alberto”, 27-5-02.

Corresponde disponer la cesación de la medida de seguridad si fue impuesta hace ya más de diez años –en forma ambulatoria los primeros seis años, y mediante internación los últimos cuatro-; a lo que debe adunarse la ponderación de la naturaleza del delito que se imputó: daño –art. 183 del C.P.- y que durante los seis años en que la paciente gozó de libertad ambulatoria, no cometió otros delitos.

C.N.C.P., Sal IV, c. 3047, “Rojas, Delia Celia”, 25-10-02.

Aceptando el carácter de sanción penal de la medida de seguridad, está claro que ella pierde todo sentido cuando el inimputable es solamente peligroso para

si y no para terceros. Si no existe riesgo, comprobado de acuerdo a los informes médicos, de que el paciente pueda incurrir en alguna conducta delictiva, la intervención del juez de ejecución debe culminar.

El fin preventivo de las medidas de seguridad únicamente entra en consideración cuando los médicos indican que el inimputable es peligroso para terceros, resultando suficiente para los casos de peligrosidad para sí con los mecanismos de control y resguardo previstos en la legislación civil. No se debe olvidar que el principio de proporcionalidad (previsto en nuestra Constitución Nacional) exige que la medida sea proporcional a la peligrosidad del autor y, claro está, en los supuestos de peligrosidad para sí, el régimen penal resulta absolutamente desproporcionado e irrazonable.

En consecuencia, resulta apropiado extraer testimonios del último informe médico obrante en el legajo y remitirlo al Juzgado en lo Civil que intervenga respecto del inimputable, a los efectos que se continúe controlando el tratamiento implementado.

Nac. de Ejec. Pen. N°3 ,7.8.2002."D,F.J",c3964/1

¹²⁵ Vicente P. Cabello: op. cit. p. 209.

¹²⁶ Maurach, Zipt, Gössel: op. cit.. p. 865

¹²⁷ Germán Bidart Campos: *La Constitución Argentina*. Bs.As: Lerner; 1966. P.46.

¹²⁸ Javier de la Fuente: op. cit.. p.311.

¹²⁹ Nicolás González Cuellar Serrano: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex; 1990, p. 69.

¹³⁰ María Florencia Hegglin: op. cit., p. 370.

¹³¹ María Florencia Hegglin: op. cit. p. 374.

¹³² Eugenio Raúl Zaffaroni: *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. T.V, Buenos Aires: Ediar; 1983. p.464.

¹³³ José Cerezo Mir :*Curso de Derecho Penal español*. Parte general, 5° ed. , Madrid: Tecnos; 1996. p.34 y ss.

¹³⁴ Hilde Kaufmann: *Criminología, ejecución penal y terapia social*, tr. Juan Bustos Ramirez, Bs.As: Depalma; 1979. p.238.

¹³⁵ José Cerezo Mir: *Temas fundamentales de Derecho Penal*. t.I. Bs.As: Rubinzal Culzoni; 2001. p. 393 ss.

¹³⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni: op. cit. .p.466.

¹³⁷ Ricardo Nuñez: op. cit., p.560.

¹³⁸ José Cerezo Mir: op. cit. ,p. 496 y ss.

¹³⁹ Agustín Jorge Barreiro: op. cit., p.305.

¹⁴⁰ Sebastián Soler : op. cit. p.446 y 483; en igual sentido Ricardo Nuñez: op. cit. ,p. 560; Fontán Balestra: *Tratado de Derecho Penal*, t.III, 2° ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1977. p. 435.

¹⁴¹ Javier de la Fuente: op. cit. .p. 317.

¹⁴² Edgardo Donna y Javier de la Fuente: *El problema de la indeterminación temporal de las medidas de seguridad*. Bs.As: LL, sup. Jurisprudencia Penal, mayo 30.5.97. p.365 y ss.

¹⁴³ Alejandro D. Carrió: *Garantías Constitucionales en el proceso penal*. 4° ed. Bs.As: Ed. Hammurabi; 2003. p.17.

¹⁴⁴ Edgardo Donna y ots: op. cit. p. 336.

Nuestra legislación distingue entre quien perpetró una conducta típica, antijurídica y culpable haciéndole acreedor de una pena con un límite temporal, de aquél que cometió un acto típico y antijurídico “un injusto” y por ser inimputable y peligroso para sí y para terceros resulta sujeto a una medida de seguridad, la que sólo puede finalizar con la cesación de dicha peligrosidad, habida cuenta que no puede poseer un límite temporal por estar fundada en las cualidades psíquicas del individuo.

Pretender un plazo máximo es inexorablemente procurar una limitación temporal de la medida de seguridad que jamás podría ser razonable si tan solo reparamos en la incertidumbre que rodea a la desaparición de las condiciones que hacen peligroso al individuo en los términos del Código Penal. Por lo demás, ello implicaría ir más allá de lo que la ciencia autoriza y permite, aventurando una extensión determinada y la consecuente modificación de una situación médica, circunstancia que a todas luces –y por el momento- resulta irrazonable e inadmisibile.

C.N.C.P., Sala IV, “Pérez, Rubén Antonio”, c. 3215, 25-6-01.

La medida no está vinculada en su duración y gravedad a la medida de la culpabilidad –como la pena-, sino solamente al principio de proporcionalidad, que, permite injerencias más amplias que lo que le está autorizado a la pena; asentándose en la peligrosidad y mirando al futuro con finalidades preventivo especiales (del voto del Dr. Hornos, en coincidencia con la mayoría).

C.N.C.P., Sal IV, c. 3047, “Rojas, Delia Celia”, 25-10-02.

No es preciso la curación:

La medida de seguridad está supeditada a la desaparición de las condiciones que hicieren peligroso al sujeto, resultando innecesario en cambio que haya readquirido la capacidad de ser culpable.

C.N.C.P., c. 3215, “Pérez, Rubén Antonio”, 25-6-01.

La cesación de la medida de seguridad se condiciona a la desaparición del peligro, no a la curación, circunstancia que debe ser decidida por resolución judicial, con necesaria audiencia del ministerio público y dictamen de peritos (del voto del Dr. Hornos, en coincidencia con la mayoría).

C.N.C.P., Sal IV, c. 3047, “Rojas, Delia Celia”, 25-10-02.

¹⁴⁵ José Miguel Zugaldia Espinar: *Fundamentos de Derecho Penal*, 3^o ed., Valencia: Tirant lo Blanch; 1993. p. 151.

¹⁴⁶ Edgardo Donna y o/s: op. cit. p. 335.

Competencia del juez civil:

Si bien es cierto que la sentencia de interdicción o inhabilitación no trae consecuencias para excluir o admitir la responsabilidad de las personas, no es menos cierto que lo dispuesto por el art. 34, inc. 1, del C.P., en cuanto a medida de seguridad, tiene un alcance administrativo extra penal, destinado a amparar a la sociedad y proteger al incapaz, sin perjuicio de la intervención del juez civil. Y es a partir de la intervención del juez civil, que entran en funcionamiento todas las medidas que hayan de adoptarse, así como fiscalización del régimen de visitas, consecuencias del ejercicio de facultades jurisdiccionales diferidas por la naturaleza del asunto y propias de la competencia de los jueces civiles ordinarios”

C.N. Civ., Superintendencia, “R., M. J.”, 30/12/86, LL, 1987–C, 411 – DJ, 987–2–875.

No resulta razonable la continuación de la medida de seguridad penal si el informe médico es claro en el sentido de que lo único que justifica la internación del inimputable es la falta de continencia social y familiar, hallándonos por ende ante un problema exclusivamente de tipo “asistencial” que escapa a la competencia de la justicia en lo penal.

Juz. Nac. Ejec. Penal Nro. 3, c. 2625/I, “González, Heraldo Jorge”, 8/10/01.

- ¹⁴⁷ Gonzalo Quintero Olivares: *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Marcial Pons. p. 116.
- ¹⁴⁸ Francisco Muñoz Conde: *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*. Madrid: Cuadernos de política criminal N°12; 1980. p. 45.
- ¹⁴⁹ Carlos María Romeo Casabona: *Psiquiatría legal y forense*. t.II, cap. 77. Madrid: Colex; 1994. p. 806.
- ¹⁵⁰ María Florencia Hegglin: op. cit. , p. 376.
- ¹⁵¹ Agustín Jorge Barreiro: op. cit. p.160.
- ¹⁵² Germán Bidart Campos: op. cit., p. 228
- ¹⁵³ Néstor Pedro Sagües: *Elementos del derecho Constitucional*. Bs.As: Astrea;1997. p.703.
- ¹⁵⁴ María Florencia Hegglin :op. cit. p.392.
- ¹⁵⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni: *Derecho Penal. Parte General*. t.V, Bs.As: Ediar; 1983. p.466.
- ¹⁵⁶ Agustín Jorge Barreiro: *Derecho penal del estado democrático*, Madrid: Edersa; 1983. p. 496.
- ¹⁵⁷ Francisco Muñoz Conde: op. cit. p.46.
- ¹⁵⁸ José Cerezo Mir: op. cit.. p. 374.
- ¹⁵⁹ Carlos María Romeo Casabona: *Psiquiatría legal y forense*, vol II, cap. 77. Madrid: Colex; 1994. p. 785 y ss.
- ¹⁶⁰ Michel Foucault: *Enfermedad mental y personalidad*. 3ra. ed. Barcelona: Paidós Studio ;1991. p. 88.
- ¹⁶¹ Michel Foucault: *La vida de los hombres infames* . Bs.As: ed. Altamira; 1996. p. 157 y ss.
- ¹⁶² Michel Foucault: *La verdad de las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa; 1980; 1980.p. 101.
- ¹⁶³ Michel Foucault: op. cit., p. 231.
- ¹⁶⁴ Michel Foucault: op. cit. p., 158.
- ¹⁶⁵ Jesús Fernández Entralgo: *Psiquiatría legal y forense*, vol II. Madrid: ed.Colex; 1994. p.721.
- ¹⁶⁶ Winfried Hassemer: *Fundamentos de Derecho Penal*, Barcelona: Bochs; 1985.p.322 .
- ¹⁶⁷ Francisco Muñoz Conde: op. cit , p. 47. Con referencia a: (J.F Pacheco, *el Código Penal Comentado*, Madrid, año 1856.p.137).

¹⁶⁴Norberto Spolansky: *Los inimputables penales ¿tienen derechos constitucionales?*. Suplemento de jurisprudencia penal. Buenos Aires: La Ley; 3.8.2002.p. 6.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

- ALBARRACÍN,M,REPETTO,M: *Insania, inhabilitación e internación*. Buenos Aires: La Ley; 1995.
- AGUDELO BETANCUR,N. *La imputabilidad penal*. Santa Fe de Bogotá; 1994.
- BARBERO SANTOS, M. *Reflexiones de la prisión, marginación social y derecho represivo*. Barcelona: Bosch; 1980.
- BARREIRO,J. *Derecho penal del estado democrático*. Madrid: Edersa; 1983.
- BARREIRO,J. *Las medidas de seguridad en el Derecho Español*. Madrid: Civitas; 1976.
- BERALDI,C. *Inconstitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado*. Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal N°8. Bs.As.: Ad-Hoc; 1998.
- BACIGALUPO,E. *Principios Constitucionales de Derecho Penal*. Bs.As.: Hammurabi; 1999.
- BIDART CAMPOS,G. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino* .tl. Bs.As: Ediar; 1995.
- BIDART CAMPOS,G. *Derecho Constitucional*. Bs.As.: Hammurabi; 1982.
- BIDART CAMPOS,G. *Constitución Argentina*, Bs.As.: Lerner; 1966.
- CABELLO,V. *Psiquiatría forense en el derecho penal*.t.1. Bs.As.: Hammurabi; 1981.
- CARRIO,A. *Garantías constitucionales en el proceso penal* 4ta. ed.2ª. reimpresión. Bs.As.: Hammurabi; 2003.
- CEREZO MIR,J. *Temas fundamentales de derecho penal*.t.I. Bs. As: Rubinzal Culzoni; 2001.
- CEREZO MIR,J. *Curso de derecho penal español*. Parte general.t.I. 5ª. ed. Madrid :Tecnos; 1996.
- CEREZO MIR,J. *Peligrosidad social y medidas de seguridad*. Universidad de Valencia; 1974.
- CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA: Bs.As.: Abeledo-Perrot; 2000.

- CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA: Bs.As.: Zavallía; 1999.
- CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA NACIÓN ARGENTINA. 16ª .ed. Bs.As.: aZ; 2000.
- CUELLO CALON,E. *La moderna penalogía*. Barcelona: Bochs; 1958.
- CREUS,C. *Introducción a la nueva doctrina penal*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1991
- CREUS,C. *Derecho penal*. Parte general. Bs.As. Astrea; 1994.
- DE LA FUENTE,J. *Medidas de seguridad para inimputables*. Cap.XVI. Separata de Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal. Año IV,Nº8. Bs.As.: Ad-Hoc. 1998.
- DELGADO BUENO, S, compilador. *Psiquiatría legal y forense*. Vol.II Madrid: Colex; 1994.
- DIAZ PALOS, F. *Teoría general de la imputabilidad*. Barcelona: Bosch; 1965.
- DONNA,E, DE LA FUENTE,J, MAIZA,M, PIÑA,R. *El código penal y su interpretación en la jurisprudencia*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni ;2003.
- DONNA,E. *Teoría del delito y de la pena*. t.1 teoría de la pena y la culpabilidad. Bs.As. :Astrea; 1992.
- DONNA,E. *Teoría del delito y de la pena*. T.2 Imputación delictiva. Bs.As.: Astrea; 1995.
- DONNA,E, DE LA FUENTE, J. *El problema de la indeterminación temporal de la medida de seguridad*. Nota a fallo CNCasación Penal, sala I,30 de mayo de 1995.R., V.N. Bs.As.: La Ley; C1997.
- DONNA,E. *La peligrosidad en el derecho penal*. Bs.As.: Astrea; 1978.
- FONTAN BALESTRA. *Tratado de derecho penal*, tIII, Bs.As. .Abeledo Perrot; 1977
- FOUCAULT,M. *La vida de los hombres infames*. Bs.As.: Altamira; 1996.
- FOUCAULT,M. *Vigilar y castigar*. Madrid: Siglo XIX; 1981.
- FOUCAULT,M. *La verdad de las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa; 1980.
- FOUCAULT,M. *El nacimiento de la clínica*. Bs.As.: Siglo XXI; 2003.
- FOUCAULT,M. *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*. Madrid: Alianza Editorial; 1981.

- FOUCAULT, M. *Historia de la locura en la época clásica*. México: Fondo de Cultura Económica; 1967.
- FRIAS CABALLERO, J. *Capacidad de culpabilidad penal*. Bs.As.: Hammurabi; 1994.
- GARRIDO GUZMAN, L. *Tratamiento penitenciario de la enajenación mental*. Madrid: Colex; 1994.
- GONZALEZ CUELLO SERRANO, N. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex; 1990.
- HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984.
- HEGGLIN, M. *¿Medida de seguridad o pena por tiempo indeterminado?*. Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal. Año 2, N°3. Bs.As.: Ad.Hoc; 1996.
- JESCHEK, H. *Tratado de derecho penal*. Parte general. 4ª edición, tr. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares; 1993.
- KAUFMANN, A. *Teoría de las normas*. Buenos Aires: Depalma; 1977
- KAUFMANN, H. *Criminología, ejecución penal y terapia social*. trad. Bustos Ramirez, J. Bs.As.: Depalma; 1979.
- KAUFMANN, H. *Concepto de la pena en la ejecución del futuro*. Bs.As. Depalma; 1977.
- LANDROVE DÍAZ, G. *Consecuencias jurídicas del delito*. Barcelona: Boch; 1976.
- LATTANZI, G. *La personalidad del condenado en el régimen penitenciario italiano*. Milano: Rass .studi pen; 1955.
- LOSANO, M, MUÑOZ CONDE, F (Coordinadores): *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*. Actas del coloquio internacional Humboldt, Montevideo 2003. Valencia: Tirant lo Blanch; 2004.
- LUZON PEÑA, D. *Derecho Penal*. Código Penal, 4ª ed. Madrid: Mc Graw Hill; 2000.
- MAURACH, ZIPT, GÖSSEL. *Derecho Penal*. Parte General. tr. J. Bofil Genzche. tl. Bs.As. Astrea; 1994.
- MORENO, R(h). *El código penal y sus antecedentes*. t.II. Bs.As.: H.A. Tomasi; 1922 (ejemplar N°2918).

- MUÑOZ CONDE,F,GARCIA ARAN, M. *Derecho penal*. Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch; 1993.
- MUÑOZ CONDE,F *Culpabilidad y prevención en el derecho penal*. Cuadernos de política criminal N°12. Madrid; 1980.
- NINO,C. *Los límites de la responsabilidad penal*. Buenos Aires: Astrea; 1980.
- NUÑEZ,R. *Manual de Derecho Penal*. Parte general. Córdoba: Larne; 1972.
- NUÑEZ,R. *Derecho Penal Argentino*. Parte general t.II. Bs.As: Omeba; 1960 .
- QUINTERO OLIVARES,G. *Derecho Penal*. Parte general.2ª.ed. Madrid: Marcial Pons; 1992.
- RAMOS,J. *Curso De Derecho Penal*,t.II. Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina, 1938.
- ROMEO CASABONA,C. *El tratamiento jurídico del enfermo mental*. Cap.77en *Psiquiatría legal y forense*. Madrid: Colex; 1994.
- ROXIN,C. *Problemas básicos del Derecho Penal*.tr. Diego Luzón Peña. Madrid: Reus; 1976.
- RUIZ FUNES,M. *Peligrosidad y defensa social*.t. 46. Madrid: La Ley;1994.
- SABSAY,D. *Colección de análisis jurisprudencial*. Buenos Aires: La Ley; 2003.
- SAGÜEZ,N. *Elementos De Derecho Constitucional*. t.II.2ª.ed. Buenos Aires: Astrea; 1997.
- SOLER,S. *Derecho Penal Argentino*. Actualizador :Ferro,G.t.II.Bs.As: As: Tea; 1988.
- SPOLANSKY,N. *Los inimputables penales ¿Tienen derechos constitucionales?*. Nota al fallo CNFed.crim y correc.,sala I-2002.07.01.C,M.G.Bs.As: La Ley; 30.8.2002-E.
- WELZEL,H. *Derecho Penal alemán*. Parte general.11ª ed.tr.Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Jurídica; 1970.
- ZAFFARONI,E. *Trtado de Derecho Penal*. Parte general.t.V. Bs.As: Ediar; 1983 .

- ZAFFARONI,E. *Política criminal latinoamericana*. Bs.As: Hammurabi; 1962.
- ZAFFARONI,E; ALAGIA,A; SLOKAR,A. *Derecho Penal*. Parte general. Bs.As: Ediar;2000.
- ZUGALDIA ESPINAR,J. *Fundamentos De Derecho Penal*.3ª.ed. Valencia: Tirant lo Blanch;1933.



“ES TAN BARBARA LA SEGURIDAD COMO EL DELITO” (Goya)

JURISPRUDENCIA

MENDEZ ORTUBIA: no a la medida de seguridad superior a la pena.

En Mendoza, a veintinueve días del mes de marzo del año dos mil uno, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 70.245, caratulada: "FISCAL C/MENDEZ ORTUBIA GABRIEL DAVID P/CORRUPCION DE MENORES EN FORMA AGRAVADA" S/CASACION".-

De conformidad con lo decretado a fs. 277, quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero Dr. HERMAN A. SALVINI, segundo Dr. CARLOS BÖHM y tercero Dr. JORGE H. NANCLARES.-

ANTECEDENTES:

A fs. 267/269, el titular de la Primera Fiscalía de Cámara del Crimen interpone recurso extraordinario de casación contra la resolución dictada a fs. 264/265 vta. de los autos N° 14.161, caratulados: "F.c/Mendez Ortubia Gabriel David p/Corrupción de Menores en forma agravada", originarios de la Excma. Cámara Primera del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial.

A fs. 276 se da trámite de ley al recurso interpuesto y a fs. 277 se fija fecha para informar, señalándose asimismo el orden de estudio de la causa por parte de los miembros del Tribunal.

A fs. 283 corre agregada el acta que da cuenta de la audiencia para informar realizada en la causa, fijándose fechas para la deliberación del Tribunal y lectura de la sentencia.

De conformidad con lo establecido por el art. 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

P R I M E R A: ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto?

S E G U N D A: En su caso, qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTION EL DR. SALVINI, dijo:

I.- A fs. 267/269 el titular de la Primera Fiscalía de Cámara del Crimen, interpone recurso de casación contra el auto de fs. 264/265 vta. de los autos n°

14.161 tramitados ante la Cámara Primera del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial, en cuanto se ratifica en todos sus términos lo resuelto a fs. 218/226 vta., en cuanto se dispone la cesación de la medida de seguridad impuesta a Gabriel David Mendez Ortubia por sentencia de fecha 20/04/89, y en consecuencia se ordena su externación. Solicita la revocación de dicha decisión.-

II.- MOTIVOS CASATORIOS:

Funda la queja en el motivo que autoriza el inc. 1º del art. 503 del C.P.P..-

Expresa que se ha aplicado e interpretado erróneamente el art. 34 inc. 1º, ap. 3º del Código Penal.-

Refiere que en su momento se ordenó la internación con el objeto de obtener la reinserción de Méndez en la sociedad, sin riesgos para terceros en cuanto a la reiteración de hechos similares al cual se encontraba procesado, y de la liberación de sus impulsos agresivos. Que previo a hacer cesar la medida de seguridad, a través del Cuerpo Médico Forense se dictaminó que el sujeto tiene una peligrosidad potencial controlable únicamente con medicamentos específicos. (Recurso, fs. 268).-

Señala que según la normativa pertinente, la medida sólo puede cesar si hubieren desaparecido las condiciones que hicieron peligroso al sujeto, y que la propia Cámara llegó a la conclusión que el peligro indicado no había desaparecido. (Recurso, fs. 268 vta.).-

III.- SOLUCION DEL CASO:

Un detenido análisis de la causa traída a estudio, me convence que debe acogerse la censura planteada, conforme a los siguientes argumentos que paso a exponer.-

En primer lugar, estimo conveniente tener en cuenta que el a-quo expresa en el auto atacado, que se dan por reproducidos los fundamentos desarrollados en el de fs. 218/226 vta., a fin de justificar la decisión de la medida de seguridad en cuestión.-

En este sentido, es dable resaltar que en la resolución de fs. 218/226 vta. el tribunal compartió el "pronóstico negativo" del Ministerio Público, en

cuanto a que no han desaparecido las condiciones de peligrosidad que determinaron la medida de seguridad en cuestión. A ello le suma el resultado desfavorable que tuvo una autorización de salida, como la agresividad demostrada en relación a Mabel Cola (madre de su hijo y quien se comprometió a ayudarlo en su recuperación), y las constantes fugas de su lugar de internación, resaltando la que realizara a sólo dos días de que se reiterara su pedido de externación.-

Asimismo, la Cámara se expidió en los considerandos del auto de fs. 218/226 vta. diciendo: "...La enfermedad que padece el causante, si bien ofrece una mejoría mientras permanece internado bajo control médico y con suministro de los fármacos adecuados, no autoriza a pensar lo mismo en caso de externación, máxime que el mismo no cuenta con un grupo familiar o un entorno que autorice a pensar en una red seria de contención." (Ver fs. 222 vta.).-

Por otro lado, entiende que seguir manteniendo la internación por un plazo superior al del monto de la pena que le hubiera correspondido de ser declarado culpable (diez años fue la pena solicitada por el Sr. Fiscal de Cámara en el debate), o al de la pena máxima prevista para el delito, viola los principios de legalidad y proporcionalidad y el criterio de razonabilidad, concluyendo por ello en la decisión de cesación de la medida de seguridad. (ver fs. 265 y vta.).-

Ahora bien, para la solución del caso concreto se debe considerar, que la finalidad de las medidas de seguridad sancionadas por el Código Penal, es la de evitar el peligro de que el delincuente enfermo se dañe a sí mismo o a los demás (art. 34, inc.1º, ap. 2º), o procurar la desaparición de las condiciones que hicieren peligroso al delincuente inconsciente (ap. 3º).-

De esta forma, se distinguen claramente las penas y las medidas de seguridad, en cuanto a la razón que autoriza su aplicación. La pena se impone al autor responsable de un delito, como retribución de éste, con el fin de evitar nuevos hechos de esa naturaleza, y mensurándola por la gravedad del delito cometido. Por el contrario, las medidas de seguridad, se aplican al autor material inimputable del delito, para preservar su persona y la seguridad de los terceros, y su medida responde no al delito, sino a las circunstancias personales de peligrosidad del sujeto.-

De ello surge que nuestra ley penal acepta el dualismo de penas y medidas de seguridad.-

Entonces, conforme al Código Penal, la duración temporal de la internación está subordinada a la desaparición del peligro de daño que la motivó. El daño que debe tomarse como criterio para imponer y hacer cesar la medida de seguridad, es cualquier perjuicio que pueda esperarse, aunque no sea un delito. Por ello, para que la medida cese, debe comprobarse en forma indudable que ha desaparecido dicho peligro, por lo que la externación no puede ser condicional. A través de esto, se busca, no sólo la seguridad personal del agente, sino la seguridad general.-

Entiendo, que atento a las diferencias en la naturaleza de las penas y las medidas de seguridad, no se puede reconocer en éstas un carácter coactivo y sancionatorio en cuanto a la restricción de la libertad, asimilándolas a la penas, tal como lo hace el a-quo.-

Por ello considero incorrecta la interpretación que hace del principio de legalidad en relación a la indeterminación temporal de las medidas de seguridad, ya que está asentada en el desconocimiento del sistema de dualidad que rige en nuestra legislación. Ello se verifica cuando se expresa "...lo que por carácter transitivo obliga también a acatar esa medida temporal en el caso de las medidas de aseguramiento..." (Ver fs. 224 vta.).-

En el mismo sentido, estimo errado el análisis que lleva a la conclusión de la violación del principio de proporcionalidad (ver fs. 225 y vta.), atento a que también está basado en la equiparación de las medidas de seguridad con las penas, ya que conforme a las claras diferencias antes explicitadas, no cabe la aplicación de la prohibición de crueldad que rige sobre las penas, en forma semejante respecto de las medidas de seguridad.-

También se debe considerar errónea la atribución de falta de razonabilidad a la vigencia de la medida de seguridad en el caso concreto, ya que como se han expresado ut supra, existen razones tan valederas como son la seguridad tanto del sujeto como de la sociedad toda, ante la presencia de un potencial peligro de perjuicio, no correspondiendo además la comparación con la condena que le hubiese sido aplicable como autor res-ponsable del delito perseguido.-

Por último, en cuanto a la solución propiciada por el a-quo, de la incorporación del externado al régimen civil, concuerdo con Vicente P. Cabello, en la conveniencia práctica de un criterio unicista de apreciación en los fueros penal y civil, porque sería absurdo que por conducto penal diéramos de alta a un enfermo que, por la misma peligrosidad, internásemos al día siguiente por vía del Código Civil. La discordancia rompería la unidad de doctrina, desconociendo la realidad psiquiátrica, igual a sí misma en todos los frentes. El criterio unicista obliga a extremar el rigor y la severidad de las condiciones de alta, como garantía de seguridad colectiva. (Conf. autor citado, "Psiquiatría forense en el Derecho Penal", T. I, pág. 209).-

En conclusión, conforme a la base fáctica establecida en la especie, en la que no se considera desaparecido el peligro que motivó la internación, porque ello depende de que se cumpla con un tratamiento terapéutico, no es procedente declarar la externación, ya que no ha desaparecido la peligrosidad en forma definitiva, siendo ésta la correcta aplicación al caso concreto del art. 34 inc. 1º del Código Penal.-

Por todo lo expuesto, y opinión concordante del Sr. Procurador General, debe acogerse el remedio intentado por parte del Ministerio Fiscal.-

ASI VOTO.-

SOBRE LA MISMA PRIMERA CUESTION EL DR. BÖHM (EN DISIDENCIA), dijo:

Me permito discrepar con el voto emitido por mi colega de Sala, por considerar que corresponde confirmar lo resuelto por el tribunal aquo, por las razones que a continuación paso a desarrollar.

Considero necesario detenerme en el análisis de ciertos aspectos fundamentales pertinentes al tema en cuestión, y cuyo tratamiento deviene necesario para dilucidarlo adecuadamente, y para arribar a una solución que constituya una respuesta coherente con la finalidad a la que propende la labor de este Cuerpo, como es la de mantener el imperio de la Constitución, y a través de ello realizar la justicia en el caso particular.

Siendo esto así, comienzo con lo que considero reviste carácter preliminar, y es la noción de Estado de Derecho, en el cual estamos inmersos y

a cuyos postulados debemos atenernos sin condicionamientos. Éste debe ser el punto de partida y el principio rector en la dilucidación del problema planteado por medio del presente recurso, dada las innegables proyecciones que sobre el derecho penal material y adjetivo el mismo, tiene. Son muchas las definiciones que intentan representar la noción de Estado de Derecho, pero coincido con Enrique Bacigalupo, quien dice que: "el Estado de Derecho debe ser entendido como un "principio directivo" que requiere una concreción de sus detalles en cada situación dada. Y a continuación agrega: "Es claro, sin embargo, que el Estado de Derecho se caracteriza al menos por garantizar la seguridad de los ciudadanos, mediante una vinculación de la actuación del Estado a normas y principios jurídicos de justicia conocidos de tal manera que los mismos resulten en todo caso comprensibles. En lo demás, se sostiene en la actualidad que el Estado de Derecho es una "forma de racionalización de la vida estatal" que permite, a la vez, un eficaz cumplimiento de los contenidos del estado y, por otra parte, hacer calculable la acción estatal mediante la seguridad jurídica". (Principios Constitucionales del Derecho Penal. Hammurabi. 1999. Págs. 231 y sgtes.).

La sola lectura de los conceptos anteriores, permite comprender la dimensión o importancia que reviste la noción de Estado de Derecho; y, fundamentalmente su implicancia en el ámbito del derecho penal, ya que es de la esencia de aquel la sujeción de todo poder a normas de derecho, lo cual se traduce en garantía de libertad, y ello, a su vez, en expresión de seguridad jurídica.

La materialización de los postulados del Estado de Derecho en materia penal se canalizan por medio de una serie de principios, que constituyen directrices del sistema, o bien pilares sobre los que descansan las instituciones jurídico-penales, tales como el principio de legalidad, de razonabilidad, de proporcionalidad, el de intervención mínima, el principio del hecho, el principio de humanidad, etc.. Los que sumados importan un marco de garantías que limitan el "ius puniendi", cuya observancia viene exigida por la Constitución misma, y de los cuales no puede quedar marginado ningún instituto jurídico-penal, entre ellos tampoco las medidas de seguridad; de manera que todo lo que en adelante referenciamos respecto de cada principio debe considerarse también relativo a ellas.

Íntimamente relacionado con las pautas del Estado de Derecho está el principio de legalidad, el que se expresa a través del aforismo "nullum crimen, nulla poena sine lege", lo que significa que solo la ley (previa) dictada por órgano competente puede definir las conductas delictivas y establecer sus penas. En este principio de germen constitucional encuentra respaldo toda idea de libertad, de certeza y de seguridad jurídica. La innegable importancia de este principio conduce a derivar del mismo una serie de consecuencias de análogo valor, las que se traducen en cuatro prohibiciones básicas: la prohibición de aplicación analógica, la prohibición de aplicación retroactiva, la prohibición de fundar la condena en derecho diverso del surgido de la ley en sentido formal (sobre todo del derecho consuetudinario) y la prohibición - particularmente relevante en este caso- de cláusulas generales o indeterminadas.

Dije, particularmente relevante en este caso, porque justamente estamos considerando un problema que deriva de una norma imprecisa o indeterminada, como es el art. 34 inc. 1 , párrafos 2 y 3 , al no establecer un límite temporal para las medidas de seguridad, y dejar la cesación de las mismas sujeta a parámetros puramente subjetivos o discrecionales del sujeto al que se confía la ponderación de la existencia o inexistencia de las circunstancias que autorizan terminar con la imposición de ellas.

Esta indeterminación no representa un tema menor, si tenemos en cuenta la grave afectación de derechos individuales que la aplicación de estas medidas implica. No puede desconocerse, que más allá de la finalidad preventiva que a las mismas inspira, materialmente revisten el carácter de medidas coactivas, de la que se vale el Estado para neutralizar un estado de peligrosidad inserto en una persona. Esto nos convence, que menoscabando la misma ese ámbito de libertades individuales, no pueden aplicarse indefinidamente, y quedar el cese de ellas pendiente de una simple apreciación respecto a la cura de la peligrosidad latente en el sujeto. El principio de legalidad compele a la determinación y precisión del límite temporal de estas medidas.

El principio de razonabilidad, por su parte, que se desprende del art. 28 de la Constitución Nacional es otra pauta, cuya consideración deviene insoslayable para la solución del caso. Javier E. De La Fuente citando a Bidart

Campos, dice que: "cada vez que la Constitución depara una competencia a un órgano de poder, impone que el ejercicio de la actividad consiguiente tenga un contenido razonable. En primer lugar la razonabilidad consiste en una valoración axiológica de justicia que nos demuestra lo que se ajusta o es conforme a la justicia, lo que tiene razón suficiente. En segundo lugar, el sentido común y el sentimiento racional de justicia de los hombres hacen posible vivenciar la razonabilidad, y su opuesto, la arbitrariedad. La Constitución formal suministra criterios, principios y valoraciones, que, integrando su ideología, permiten componer y descubrir, en cada caso, la regla de razonabilidad. El principio de razonabilidad tiene como finalidad preservar el valor justicia en el contenido de todo acto de poder, e incluso de los particulares. Fundamentalmente exige que el "medio" escogido para alcanzar el "fin" válido guarde proporción y aptitud suficiente con ese fin; o que haya razón valedera para fundar tal o cual acto de poder" (Medidas de Seguridad para inimputable. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Año IV Número 8 A. págs. 287/324). Como síntesis de lo anterior puede decirse que todo acto de poder debe respetar un contenido de justicia, y que este respeto es lo que torna razonable al acto y lo resguarda de la arbitrariedad. La afirmación precedente me lleva a preguntar si, una medida de seguridad que ha superado en demasía la pena máxima, que según la apreciación del órgano encargado de instar la acción penal, correspondía aplicar al sujeto en caso de reconocérselo capaz de reproche penal, es justa; o dicho de otra manera: este acto de poder que representa la imposición de una medida de seguridad, tiene en el caso concreto un contenido de justicia, cuando la misma ha traspasado el plazo por el que prudencialmente hubiera correspondido afectar la libertad de Mendez Ortubia mediante la aplicación de una pena?. Si esto no es así, entonces el acto deviene irrazonable y en consecuencia contrario al mandato constitucional.

Otro principio penal que resulta pertinente a la solución del caso es el de la proporcionalidad. Ya muchos autores han advertido respecto a la necesidad de que las medidas de seguridad respeten el principio de proporcionalidad. Así se ha dicho que: "El principio de proporcionalidad constituye, por tanto, un límite fundamental del "ius puniendi", como consecuencia del Estado democrático de Derecho, el cual como señala Mir

Puig, que debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los derechos a que se asignan. La necesaria proporción entre delitos y penas exige que la dureza de la pena no sea superior a la gravedad que socialmente tiene el hecho castigado. El referido principio significa por tanto, que la gravedad de la pena o de la medida de seguridad debe corresponder con la gravedad del hecho cometido o con la peligrosidad del sujeto respectivamente. Bien entendido que por gravedad del hecho se afirma el contenido del injusto, el daño que el hecho produce en la sociedad; mientras que por peligrosidad criminal se alude a la probabilidad de que el sujeto cometa un hecho descrito en la norma jurídico-penal como delito. En consecuencia no se pueden imponer penas graves a hechos de escasa gravedad, así como tampoco se pueden aplicar medidas de seguridad de naturaleza penal a sujetos, que revelen, únicamente, cierta peligrosidad social" (Juan Antonio Marcos Núñez, Principios Penales en el Estado Social y Democrático de Derecho". Revista de Derecho Penal y Criminología", N I, 1991, UNED, Madrid, Págs.217/29-6).-

Estas consideraciones vertidas por el autor citado en torno al principio de proporcionalidad, resultan plenamente aplicables al caso de marras; ya que si tenemos en cuenta que el recurso que nos ocupa deriva de la disconformidad del órgano fiscal con la externación dispuesta por el tribunal de mérito, y entre las razones que éste invoca en abono de su impugnación está aquella referida al dictamen del Cuerpo Médico Forense donde, éste al expedirse indica la existencia de "peligrosidad potencial" en el sujeto examinado. El órgano fiscal entiende que si el Cuerpo Médico Forense no concluye contundentemente negando la existencia de peligrosidad, no corresponde la cesación de la medida (ver Recurso fs. 268 y 268 vta.). De manera, que esta apreciación pericial acerca de la presencia "potencial de peligrosidad", esta simple "virtualidad de peligro", es a criterio del representante del ministerio fiscal, un elemento determinante, y con valor suficiente para negar el cese de la misma. Si recreamos la última expresión de Juan Antonio Marcos Núñez, en donde expresa: "así como tampoco se pueden aplicar medidas de seguridad de naturaleza penal a sujetos, que revelen, únicamente, cierta peligrosidad social", debemos forzosamente concluir que no es dable mantener una medida de seguridad por la sola posibilidad de que la

peligrosidad que se intentó neutralizar con ella no haya desaparecido ciertamente; es decir, es contrario al principio de proporcionalidad conservar la medida por la sola posibilidad de que el riesgo de incurrir en futuros delitos se mantenga potencialmente en la persona sujeta a la medida.

Otro principio del derecho penal con relevancia en el tema, y que me decide a la solución que propicio es el principio de intervención mínima. En virtud de este principio "los derechos fundamentales y las libertades públicas que nuestro texto constitucional reconoce y garantiza reclama no solo que el Derecho Penal sea lo menos extenso posible, sino, como advierte Rodríguez Ramos, "mínimamente intenso, es decir, lo menos aflictivo o estigmatizante para los que infrinjan los mandatos y prohibiciones penales"...El Derecho Penal, por tanto, ha de concebirse como última ratio, esto es, solo debe recurrirse a él cuando han fallado los demás controles formales e informales, pues, como afirma Bustos Ramirez, "la gravedad del control penal, es decir, el modo tan directo y personal de ejercicio de la violencia estatal que él significa, impone que solo se lo considere en última instancia". Esto es así porque en un Estado Social y Democrático de Derecho, como el nuestro, que propugna como el primer valor superior de su Ordenamiento Jurídico: la libertad, la fácil huida hacia el Derecho penal, prefiriéndose el recurso a la pena o a la medida de seguridad antes que el examen de medios menos gravo-sos para los ciudadanos, conduciría, inexorablemente, a un Estado policial"(Juan Antonio Martos Núñez, ob.cit. Págs. 220 y 222).

Considero que este principio de intervención mínima no solo actúa en el momento anterior a la aplicación de la pena o de la medida de seguridad, decidiendo al juez por la no utilización de estas medidas de control, cuando la finalidad perseguida con las mismas puede cumplirse adecuadamente por otros medios; sino también -y en lo que aquí interesa- cuando una vez aplicada la pena o la medida de seguridad, el principio de mínima intervención sugiere retraerse de la aplicación de ellas , sustituyendo tales medidas por otras menos gravosas, como resulta posible en este caso derivando la regulación de la situación al régimen del Código Civil, tal como lo aconseja el tribunal de mérito (ver fs. 226 y 226 vta).

El otro principio que considero necesario merituar es el principio del hecho, el que señala que el hecho es la base natural sobre la que descansa el

juicio de disvalor penal. Por consiguiente, el hombre no delinque en cuanto es, sino, como subraya Antón Oneca, en "cuanto obra".

"El nuevo Derecho Penal debe partir, como señala Barbero Santos, del dogma del hecho; de allí que solo la comisión de un acto delictivo en grado de tentativa o consumado ha de dar lugar - a juicio del referido autor- a la imposición de una sanción penal, sea pena, sea medida de seguridad"... "En efecto, frente a la contraposición entre Derecho Penal de Hecho y Derecho Penal de Autor, conviene destacar con la doctrina dominante que, desde un punto de vista político, el Derecho Penal del Autor debe ser rechazado porque es incompatible con las exigencias de certeza y seguridad jurídica, propias del Estado de Derecho" (Juan Antonio Martos Núñez, ob.cit.).

Estos conceptos nos están haciendo una advertencia central: si entendemos las medidas de seguridad solo en correspondencia con la peligrosidad del sujeto al que se aplican, si la peligrosidad es la base y es lo que decide el quantum de ella, debemos también afirmar que la razón de ser de la medida de seguridad responde a lo que se es y no a lo que se hizo; y esto representa nociones propias de un derecho penal de autor. Si el acto no reviste interés alguno para cuantificar la medida; sino solo el especial modo de ser de la persona es lo trascendente, entonces las exigencias de certeza y seguridad jurídica del Estado de Derecho se encuentran comprometidas. Y esto no puede ser de modo alguno tolerado; para aventar el peligro que importa aceptar sin reparos una medida de seguridad impuesta, y más aún, mantenida solo en virtud del modo de ser del sujeto, es necesario considerar, también, el elemento objetivo del hecho típico y antijurídico que dio origen a la medida, la gravedad de éste debe ser un parámetro para decidir cuán grave o amplia debe ser ella. En este caso concreto creo que la gravedad del hecho no guarda relación con la gravedad de la medida, desde que esta ya ha superado la pena máxima que hubiera correspondido a Mendez Ortubia de habérselo penado. Mantenerla equivaldría a convalidar el rigor de una medida que por excesiva deviene como, ya dije, en irrazonable, arrasando con toda idea de certeza y de seguridad jurídica.

Finalmente, resta considerar el principio de humanidad, tal vez el más trascendente en el momento de decidir el cese o el mantenimiento de una medida estatal coactiva, que por su carácter afecta derechos básicos.

En la base de este principio radica el respeto a la dignidad humana. El superlativo valor de esta dignidad conduce a la proscripción no solo de malos tratos y de penas que, por su crueldad o contenido vejatorio y humillante atenten contra la dignidad del ser humano, sino también de todo acto o medida, que por su modo de ejecución o su duración no se correspondan con el respeto que la humanidad del hombre merece.

En base a ello debo concluir que una medida de seguridad, que aún guiada por una finalidad preventiva, mantiene privado en sus derechos esenciales a un ser humano más allá de un plazo prudente y razonable, convierte a la misma en un acto vejatorio, y desconocedor de la demanda constitucional contemplada en el art. 18 de Constitución Nacional que prescribe: "quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice".

Precisando lo que antecede, y considerándolo en relación a la concreta medida de seguridad aplicada a Mendez Ortubia, que implica una importante restricción a su libertad personal, y que a este tiempo ya se ha extendido a más de once años, aún cuando el Sr. Agente Fiscal oportunamente reclamó diez años de prisión. Este exceso, esta persistencia de la medida más allá del plazo por el que solicitó pena el Representante del Ministerio Público transforma a la misma en un acto ofensivo e irrespetuoso de la dignidad del hombre.

Todo lo anterior, es decir, cada uno los postulados que se desprenden del concepto de Estado de Derecho, y que se van materializando en principios de cumplimiento inexcusable, por tener raigambre constitucional y por ser cimiento de las instituciones jurídico-penales; convergen en la decisión del caso, imponiendo el rechazo del recurso intentado.

La relación existente entre las normas constitucionales que gestan todo el sistema de garantías penales y la aplicación en el caso concreto de las normas sustantivas, está elocuentemente explicada por Enrique Bacigalupo, quien afirma: "En un sistema en el que la aplicación de los textos legales depende de su compatibilidad con principios superiores, es decir, constitucionales, existe una continuidad entre el orden normativo constitucional

y el legal que se manifiesta en dos direcciones distintas. Por un lado existe un efecto irradiante de los derechos fundamentales y de los valores superiores del orden jurídico, que determina el contenido de las normas legales condicionado por tales derechos y valores. Por otro lado, la interpretación de los textos legales se debe realizar de acuerdo con la Constitución, es decir, dando preferencia entre los significados posibles de los mismos a aquellos que resultan compatibles con la Constitución" (op. cit. Págs. 155 y 156).

Siendo el Cuerpo al que pertenezco el baluarte de la continuidad entre el orden normativo constitucional y el legal, La solución que adopte en el caso no puede representar un quiebre que desconozca esa persistencia entre la Constitución y el texto legal a aplicar, en este caso el art. 34 del C.P. inc. 1 . Debo desentrañar del mismo un contenido y una interpretación consecuente con la norma superior; de manera que creo que corresponde, para ser consecuente con los principios de legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, intervención mínima, del hecho, y de humanidad, admitir el cese de la medida de seguridad impuesta a Mendez Ortubia.

Merituando de este modo los principios mencionados y volcando los mismos en el sentido de la norma en cuestión, de manera que su interpretación en el caso resulte compatible con las normas y los valores superiores del ordenamiento jurídico; respeto la continuidad que necesariamente debe existir en todo Estado de Derecho entre la Constitución y las normas dictadas en su consecuencia.

ASI VOTO.-

SOBRE LA MISMA CUESTION EL DR. NANCLARES, dijo: (voto ampliatorio)

Mas allá de compartir en su totalidad el voto del Dr. Böhm, me permitiré agregar una consideración sobre el tema traído a decisión.-

En primer lugar, entiendo que la peligrosidad de la que trata el inc 1 del art. 34 del C.P., debe distinguirse entre peligrosidad real y peligrosidad latente.-

En esta dirección, cabe resaltar que en el caso concreto nos encontramos frente a un caso de peligrosidad latente, ya que la peligrosidad no existe en tanto Mendez Ortubia se coloque la medicación en la forma prescripta.-

Estimo que ello debe relacionarse con el mayor rigor aplicable a las personas imputables en nuestro sistema penal, cual resulta ser la reclusión por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 del código de fondo. Ello es así, ya que la autorización normada en el art. 53 del mismo cuerpo legal, para suspender dicha reclusión accesoria bajo el cumplimiento de ciertas condiciones, resulta la aceptación de un estado de peligrosidad latente, ya que está prevista la revocación de ese beneficio ante la violación de cualquiera de las condiciones establecidas.-

Ahora bien, si no existe perpetuidad en la aplicación de la referida severidad a los imputables, considero que tampoco se puede permitir para un inimputable, en un caso, que como el presente, se verifica que la peligrosidad desaparece con el uso de los medicamentos en la forma indicada, para lo cual sería conveniente la asistencia de una persona que tomara a su cargo el cumplimiento de dicha condición.-

Por lo expuesto, propugno que atento las particulares circunstancias del presente caso, se rechace el recurso de casación deducido por el Ministerio Fiscal.-

ASI VOTO.-

SOBRE LA SEGUNDA CUESTION EL DR. SALVINI, dijo:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.-

ASI VOTO.-

Sobre la misma cuestión los Dres. BÖHM y NANCLARES adhieren al voto que antecede.

Con lo que terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

S E N T E N C I A:

Mendoza, 29 de marzo de 2001.-

Y VISTOS:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva,

RESUELVE:

Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 267/269 de autos.

Notifíquese.

m.l.

Tribunal: Cámara Nacional de Casación Penal, sala I
(CNCasacionPenal)(Salal)

Fecha: 30/05/1995

Partes: R. ,V. N.

A)-Publicación: LA LEY, 1997-C, 364, con nota de Edgardo Alberto Donna y Javier Esteban de la Fuente - DJ1997-2, 438

SUMARIOS:

- En materia penal, las medidas de seguridad cumplen dos funciones de socialización, educación o tratamiento en el caso del sujeto peligroso, y de protección de la comunidad.
- En el conflicto de intereses entre el de defender a la sociedad de futuros ataques que pueden poner en peligro o lesionar bienes jurídicos, y el de respetar los derechos individuales del sujeto sometido a una medida de seguridad por cometer un delito y cuya conducta revela probabilidad de cometer hechos delictivos futuros, prevalece la defensa social. Ello, en virtud de que debe existir una proporción entre el interés que se sacrifica y el que prevalece.
- Las medidas de seguridad hallan justificación en función de la ponderación de bienes. Así, una libertad puede ser privada cuando su utilización conducirá con gran probabilidad a perjuicios a otros, los cuales en su totalidad son mucho más graves que las restricciones que debe tolerar el que causa el peligro en virtud de la medida de seguridad. La imposición de esta clase de medidas depende del principio de proporcionalidad, que obliga a elegir la medida más adecuada sea educativa, curativa o eliminadora, con las modalidades de ejecución adecuadas al fin de revertir el diagnóstico de peligrosidad del sujeto pasivo de la medida.
- Mediante la pena, el legislador concreta su interés de prevención sólo en el marco delimitado de la culpabilidad por el hecho; pero en los casos excepcionales de una puesta en peligro de la generalidad, especialmente tenaz, puede ser superado este límite mediante la imposición de una medida de seguridad. De ello se deriva que la naturaleza de esta medida es en función del tiempo indeterminado.

- La medida de seguridad atiende más a lo que la persona es que a lo que ha hecho; se basa en su condición personal. Su duración ha de ser indeterminada ya que depende del efecto educativo y curativo que haya experimentado aquel a quien se impone. Las enfermedades, y con mayor razón las psíquicas, no admiten plazo fijo de curación. La terapéutica se enfrenta con imponderables etiológicos, de ahí el carácter condicionado de la prognosis médica.

- La medida de seguridad prevista en el art. 34, inc. 1º del Cód. Penal debe depender y ser proporcionada a la peligrosidad y no a la escala penal del delito que en su momento se le atribuyera al sujeto pasivo de aquélla.

- La legalidad de la medida de seguridad se sustenta en razón de su aplicación a los presupuestos jurídicos dispuestos en la ley, esto es, que el individuo hubiese cometido un hecho considerado objetivamente delictuoso por el cual se lo haya considerado inimputable y que se presente como un sujeto peligroso en los términos del art. 34, inc. 1º del Cód. Penal.

- La adecuación de la medida de seguridad a los presupuestos jurídicos dispuestos por la ley es el resguardo a la garantía de legalidad. La exigencia de un plazo predeterminado no es razonable, atento a la incertidumbre que rodea la desaparición de las condiciones que hacen peligrosa a una persona en los términos del Código Penal.

-Corresponde casar el pronunciamiento mediante el cual se ordenó la cesación de la medida de seguridad de internación, si tal decisión se fundó en un requisito inexistente en la ley --que el sujeto pasivo de aquélla había estado internado más del año previsto como pena máxima para el delito de daño que se le imputaba, desatendiendo el dictamen pericial necesario para definir la externación.

- Las medidas de seguridad de internación, se imponen por tiempo indeterminado, cesando únicamente cuando el sujeto deja de ser peligroso (Del fallo de primera instancia).

- La reclusión manicomial, a diferencia de las penas, tiene una duración indeterminada y su cese depende exclusivamente de la desaparición del peligro que motiva la internación (Del fallo de primera instancia).

- No es posible que con el pretexto de que las medidas de seguridad son asistenciales, se las margine de cualquier limitación razonable en el tiempo (Del fallo de primera instancia).
- Las medidas de seguridad aun cuando no sean penales, están vinculadas al delito, y aunque una lectura superficial puede llevar a concluir que la peligrosidad es el fundamento de aquellas medidas, en realidad tal fundamento es el delito. Es decir la peligrosidad aparece como fundamento junto al delito, no independientemente de él. Así, la medida de seguridad debe guardar cierta proporcionalidad con el hecho cometido, imponiéndose como límite temporal el máximo de la pena prevista para el delito perpetrado (Del fallo de primera instancia).
- No sólo es irracional, sino contrario a la Constitución Nacional que un enfermo mental, con fundamento en una medida de seguridad, pueda ser internado de por vida o por un tiempo muy superior al que le hubiera correspondido con la pena, de haber sido declarado responsable (Del fallo de primera instancia).
- Permitir que una medida de seguridad supere el máximo de la pena prevista para el delito perpetrado por un inimputable es contrario al principio de proporcionalidad que el art. 18 de la Constitución Nacional recepta al prohibir las penas crueles. Si no puede ser cruel la consecuencia jurídica penal de un delito, pena, con mayor razón no puede serlo la consecuencia no penal administración y asistencia de la presencia de caracteres parciales de un delito (Del fallo de primera instancia).
- La medida de seguridad debe respetar el principio de proporcionalidad como imperativo derivado de la razonabilidad republicana (art. 1º Constitución Nacional), en función de la garantía implícita que emerge de la proscripción de las penas crueles (art. 18, Constitución Nacional), por tener aun mayor fundamento la proscripción de cualquier otra reclusión que sea cruel, cuando ni siquiera se impone a título de pena (Del fallo de primera instancia).

B)-TEXTO COMPLETO:

1ª Instancia.

- Buenos Aires, febrero 28 de 1995.-

Considerando: I. Por resolución de fecha 4 de agosto de 1986 el nombrado R. fue declarado inimputable y sobreseído definitivamente en la causa N° 5254 del Juzgado Correccional Nro. 6, Secretaría Nro. 101, instruida por el delito de daño, consistente en arrojar un ladrillo a través de la medianera, produciendo la rotura de una tela metálica y un vidrio.

A partir de esa fecha se sucedieron una serie de internaciones en diversos institutos como el Hospital José T. Borda, el Servicio Psiquiátrico Central de Varones (U.20), el CE.NA.RE.SO. y la Fundación Gradiva, encontrándose R. actualmente en el Hospital Borda. Dichas internaciones se vieron constantemente interrumpidas por externaciones y fugas.

II. Tal como se desprende de los últimos informes médicos-forenses en la actualidad V. N. R. padece un trastorno psicopático de la personalidad (alcoholismo crónico), sin que hasta el momento haya cesado su peligrosidad puesto que la misma está sujeta a los tratamientos que no debe abandonar.

III. A fs. 520 el representante del Ministerio Público Fiscal señala que no han desaparecido aún las causales que motivaron la imposición de una medida de seguridad, por lo que no corresponde ordenar el cese de la misma.

A su turno el Defensor Oficial a fs. 523/vta. afirma que el estado actual de su asistido no hace factible disponer la aplicación del art. 514 del Cód. Procesal Penal.

IV. Así las cosas resulta notorio que R. estuvo sujeto a una medida de seguridad impuesta como consecuencia de un pequeño delito --daño-- desde el 4 de agosto de 1986. Por ello el problema central es el siguiente: ¿debe imponerse un límite temporal a las medidas de seguridad, o las mismas son por tiempo indeterminado?

Partiendo del concepto "pena retribución" se defiende el sistema dualista, afirmando que junto con las penas se aplican medidas de distinta naturaleza que son las "medidas de seguridad". Así las penas se reservan para los sujetos imputables como retribución de un acto culpable y las medidas se aplican a los inimputables como prevención de la peligrosidad del autor.

Siguiendo dicha corriente se dice que las medidas de seguridad se diferencian de las penas porque no tienen el carácter de sanciones sino que son instrumentos administrativos de prevención contra personas peligrosas. Mientras que la pena atiende sobre todo al acto cometido y su base es la

culpabilidad del sujeto, en la medida de seguridad lo que se tiene en cuenta es la peligrosidad.

Esa tajante distinción entre penas y medidas parte de la posición de Karl Stoos, quien bautizó a las medidas de seguridad incorporándolas en el anteproyecto suizo de 1893. Para Stoos las medidas tenían carácter policial y sólo formalmente estaban vinculadas al derecho penal por corresponder al juez penal su aplicación. El autor iba aún más lejos cuando afirmaba que las medidas no se fundaban en una acción determinada sino en el estado de la persona. No se trata de imponer una punición a nadie por su conducta culpable, sino de tratarle de modo adecuado a su estado. Esta finalidad incide sobre la forma y duración del tratamiento (ver Zaffaroni t. I, p. 93).

Todo ello lleva necesariamente a sostener que las medidas de seguridad se imponen por tiempo indeterminado, cesando únicamente cuando el sujeto deja de ser peligroso. Así por ejemplo Soler refiriéndose a la reclusión manicomial afirma que a diferencia de las penas, tiene una duración indeterminada, y su cesación depende exclusivamente de la desaparición del peligro que motivara el internamiento (Soler, t. I, p. 411).

Sin embargo actualmente las revisiones a que fueron sometidas tanto la pena como la medida de seguridad, han producido una clara aproximación de unas y otras que redundan en el respeto de los derechos individuales. Por un lado se rechaza a la retribución como única justificación de la pena y se acepta sin inconveniente el fin preventivo especial, lo que acerca en cierta forma la pena a la medida. A la inversa las medidas se aproximan a las penas al exigirse en ellas las garantías propias del derecho penal (comisión previa de delito, legalidad, límites temporales, etc.) (conf. Muñoz Conde-García Arán, "Derecho penal - Parte general", p. 511, Valencia; 1993). Además de ello, otro punto en común entre las penas y medidas puede encontrarse en las llamadas "medidas posdelictuales" que se aplican a verdaderos autores del delito junto o en lugar de la pena.

Toda esta crisis del sistema dualista se debe a que las medidas de seguridad no se consideran ya como "medidas caritativas" hacia el inimputable, sino que son verdaderos "males" que privan de derechos esenciales como la libertad.

En tal sentido, señala Zaffaroni que sólo en el marco de un concepto meramente "formal" de "pena" y "medida" puede pasarse por alto la

circunstancia material de que la "medida" también es un mal porque afecta o priva de bienes jurídicos, pero en cuanto se toma en cuenta su contenido o aspecto material, no puede negarse que tanto la pena como la medida tienen por fin la seguridad jurídica y como efecto, invariablemente, un mal en el sentido expuesto (Zaffaroni t. I, p. 98).

Algunos autores son aún más firmes y sostienen lisa y llanamente que las medidas de seguridad son verdaderas "sanciones" hacia los inimputables.

Así afirma Nodier Agudelo Betancur que la sanción es una consecuencia que el ordenamiento jurídico imputa a la realización de un supuesto. Partiendo de esa base, es evidente que la medida de seguridad es la consecuencia que el ordenamiento jurídico imputa a la realización de conductas descritas, realización que tiene como característica la de ser concretada por un inimputable, en cuanto no tenía en el momento del hecho la capacidad de comprender la ilicitud o de determinarse de acuerdo con tal comprensión (conf. Nadier Agudelo Betancur, "La inimputabilidad penal", p. 111, Colombia 1994).

Agrega el autor citado que las medidas de seguridad no son simples "caridades" porque corresponde a la esencia de la obra caritativa que el agraciado pueda aceptar o no el beneficio, lo que no se da en las medidas ya que ellas no se someten a la libre voluntad de quien se condena. Se trata sin duda de una medida coercitiva, pues por la fuerza el inimputable puede ser llevado al lugar de su "curación" (ob. cit., p. 112).

Reconociendo o no la naturaleza "sancionadora" de las medidas de seguridad, es evidente que no se trata de simples "beneficios" dirigidos a curar al peligroso, sino que constituyen verdaderas aflicciones. Basta con recorrer los institutos psiquiátricos más importantes como los Hospitales Borda y Moyano, y con mayor razón las Unidades N° 20 y 27 del Servicio Penitenciario Federal, que constituyen verdaderas cárceles, donde no se realiza el tratamiento psiquiátrico adecuado, teniendo en cuenta que los enfermos mentales, los que padecen trastornos de personalidad, los drogadependientes, que están cumpliendo una medida de seguridad, conviven en los mismos pabellones con presos comunes y sometidos a las reglamentaciones del Servicio Penitenciario Federal.

Por ello, no es posible que con el pretexto de que las medidas de seguridad son asistenciales se las pueda marginar de cualquier limitación razonable.

Como señala Zaffaroni da la sensación de que un sector de la doctrina vive una verdadera esquizofrenia jurídica, en la que, por un lado se reconoce que el derecho penal es de "acto", pero por otro se admiten medidas contra "estados del autor"; por un lado se pretende que el derecho penal es de "culpabilidad", pero al lado de la pena por la culpabilidad entra la medida por la peligrosidad; por un lado se busca en la "retribución" un límite a la pena, pero por el otro se dejan las medidas libradas al tiempo que demande la obtención de su fin (Zaffaroni t. I, p. 97).

Es indiscutible que las medidas de seguridad, aunque no sean penales, están vinculadas al delito. El profesor Donna es claro cuando señala que a pesar de que una lectura no muy profunda pueda llevar a decir que la peligrosidad es el fundamento de la medida de aseguramiento, no hay duda de que es el delito el fundamento real. Es decir, la peligrosidad aparece en este caso como fundamento, pero junto al delito, no independientemente de él. (conf. Edgardo A. Donna, "Teoría del delito y de la pena", t. I, p. 4).

Todo ello lleva necesariamente a sostener que la medida de seguridad debe guardar cierta proporcionalidad con el hecho cometido, imponiéndose como límite temporal al máximo de la pena prevista para el delito perpetrado.

Resulta manifiestamente irracional y contrario a nuestra Constitución Nacional que un enfermo mental pueda ser internado de por vida o por un tiempo muy superior al que le hubiera correspondido con la pena, de haber sido declarado responsable.

Debemos tener en cuenta que una de las exigencias de las medidas de seguridad es que su aplicación se vea rodeada de las mismas garantías que rigen para las penas, puesto que, en definitiva se trata también de una intervención coactiva y limitadora de derechos individuales (conf. Muñoz Conde-García Arán, "Derecho Penal. Parte general", p.510, Valencia 1993). Por ello deben respetar los principios de legalidad y proporcionalidad de la pena, previstos en el art. 18 de la Constitución Nacional.

La indeterminación temporal de la medida de seguridad violaría el principio de legalidad, desde que el mismo exige la "predeterminación normativa" de las conductas y sanciones, lo que obligaría a que la ley determine la duración de las medidas de seguridad (conf. ob. cit., p. 518).

Por otro lado, permitir que la medida supere el máximo de la pena prevista para el delito iría contra el principio de proporcionalidad que el art. 18 de la Constitución Nacional, recepta al prohibir las penas crueles. Coincido con Zaffaroni cuando afirma que si no puede ser cruel la consecuencia jurídica propiamente penal de un delito (la pena), con mayor razón aún no podrá serlo la consecuencia no penal (administración y asistencia) de la presencia de caracteres parciales de un delito. La medida de seguridad también debe respetar el principio de proporcionalidad, como imperativo derivado de la razonabilidad republicana (art. 1º, Constitución Nacional), en función de la garantía implícita (art. 33, Constitución Nacional) que emerge de la proscripción de penas crueles (art. 18, Constitución Nacional), por tener aún mayor fundamento la proscripción de cualquier otra reclusión que sea cruel, cuando ni siquiera se impone a título de pena. No es justificable de ningún punto de vista que una medida asistencial y administrativa resulte más lesiva de bienes jurídicos que la medida máxima de la reacción penal que hubiese tenido lugar en caso de delito (conf. Zaffaroni, t. V. p. 466).

V.A pesar de lo dicho anteriormente, queda todavía un interrogante por resolver: ¿qué pasaría si --como en el presente caso-- transcurrido el tiempo máximo de la medida de seguridad el sujeto sigue siendo peligroso?

Para resolver el problema hay que tener presente que el Código Civil también regula la internación de incapaces (art. 482, Cód. Civil). En consecuencia, vencido el tiempo máximo de la medida de seguridad, el sujeto peligroso deberá ser incorporado a la normativa psiquiátrica menos gravosa prevista en el Código Civil.

Así se postula Zaffaroni, quien afirma que si ha pasado el tiempo máximo y no ha cesado el peligro de que el sujeto se dañe a sí o terceros y, por ende, menos aún puede decirse que haya curado, la permanencia del peligro será justamente lo determinante para su incorporación al régimen del Código Civil (conf. Zaffaroni, t. V, p.467).

Con la solución adoptada se evita dejar a la sociedad y al sujeto inimputable indefensos, puesto que éste continuará internado a disposición del Juez Civil.

En síntesis, teniendo en cuenta que V. N. R. permaneció internado por más de un año --pena máxima para el delito de daño--, corresponde decretar la

cesación de la medida de seguridad impuesta, sin perjuicio de que el nombrado continúe internado a disposición de la justicia civil.

Por lo expuesto, oídas que fueron las partes y de conformidad a lo dispuesto en los arts. 491, 511 y 514 del Cód. Procesal Penal de la Nación, resuelvo: I. Disponer la cesación de la medida de seguridad impuesta a V. N. R. en la causa N° 5254 del Juzgado en lo Correccional Nro. 6, Secretaría N° 101. II. Remitir testimonios al Juzgado en lo Civil N° 4 a fin de que el nombrado R. quede internado a disposición de ese Tribunal. -- Néstor A. Narizzano.

C)- CNCasación Penal, sala I.

Buenos Aires, mayo 30 de 1995.

1ª ¿Existió errónea aplicación de la ley sustantiva? 2ª ¿Qué decisión corresponde adoptar?

1ª cuestión. -- La respuesta acerca de la posibilidad de fijar un límite temporal a las medidas de seguridad previstas en el art. 34, inc. 1º de Cód. Penal, exige un repaso respecto de sus orígenes y finalidad.

a) A fines del siglo XIX y frente al sistema monista que entendía la pena como retributiva y que resultaba ineficaz ante determinados tipos de delincuentes como los inimputables, semi-inimputables y reincidentes, aparecen las medidas de seguridad. Sin olvidar que Garófalo, Ferri y Lombroso manejaron conceptos e ideas análogos a punto tal que el primero utilizó el término "temibilidad" en alusión a lo que hoy denominamos peligrosidad, fue Stoos el primero que las adoptó y las trató de manera sistemática como complemento de la pena en el Proyecto del Código Penal Suizo de 1893. Con posterioridad se introdujeron en los ordenamientos europeos y latinoamericanos.

Nace así el sistema dualista. Nuñez ("Derecho penal argentino - Parte general", t. 2, p. 549 y sigtes., Ed. Omeba, Buenos Aires, 1965) dice "que su distinción de la pena se hizo al comienzo de manera clara". La pena siguió siendo el mal retribuido al delincuente culpable en razón del delito cometido. Las medidas de seguridad y corrección eran, por el contrario, medios aplicables al delincuente inimputable por el peligro que implicaba para la sociedad. Las medidas de seguridad y corrección no tendían a castigar, sino a volver inocuo al autor del

delito poniéndolo en seguridad, curándolo o educándolo también para seguridad de la sociedad. Este dualismo conceptual presidía igualmente la aplicación de ambas consecuencias del delito: se aplicaba una pena propiamente dicha o se aplicaba una medida de seguridad o ésta se aplicaba como complemento de aquélla, que ellas también tienen como objetivo prevenir la ocurrencia de conductas delictivas (mejor dicho de ataques), pero si la pena lo hace primordialmente funcionando como "amenaza" (aunque su ejecución se aproveche para llevar a cabo un tratamiento con pretensiones correctoras de la personalidad del condenado), las medidas de seguridad lo hacen directamente operando sobre los sujetos, intentando bloquearlos como factores de futura delictuosidad.

Las medidas cumplen, pues dos funciones: de socialización, educación o tratamiento en el caso del sujeto peligroso, y de protección de la comunidad.

En este sentido Roxin en "Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad", p. 42 y sigtes. Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1993, señala que "la peligrosidad de un autor puede ser tan grande que la pena, según la culpabilidad, no sea suficiente para asegurar en forma suficiente a la generalidad, de sus ataques. Cuando sigue diciendo, una persona mentalmente disminuida, culpable sólo en una medida muy reducida, comete hechos violentos graves, y es de prever que los continuará cometiendo, entonces, su culpabilidad disminuida justifica sólo una pena pequeña pero la protección de la generalidad hace necesario internarlo en un hospital psiquiátrico yendo más allá de esa culpabilidad, con fines de mejoramiento y de seguridad. Similar es lo que ocurre en los casos de adictos al alcohol, o a las drogas cuya culpabilidad frecuentemente es escasa pero que deben ser internados en un establecimiento de desintoxicación, a fin de evitar los peligros que de ellos derivan. También puede ser impuesta una reclusión de seguridad sobre aquellos autores que no presentan tales perturbaciones manifiestas, pero que reinciden una y otra vez y amenazan con continuar produciendo graves daños, la cual en su duración supera la pena posible según el principio de culpabilidad. Si bien expresa "que el fin es de prevención especial", distingue según el tipo de medida de seguridad de que se trate, y así explica "que la reclusión de seguridad expresa únicamente el componente de seguridad de la prevención especial, mientras que en el caso de los hospitales

neuropsiquiátricos la finalidad de seguridad y de resocialización coexisten en un mismo rango".

Sin embargo, este autor, así como Creus, ponen de manifiesto que tanto la pena como la medida de seguridad en tanto funcionan como prevención general no son del todo diferentes. El primero la distingue por su limitación y sostiene "que la medida de seguridad no está vinculada en su duración y gravedad a la medida de culpabilidad sino solamente al principio de proporcionalidad, que permite injerencias más amplias que lo que le está autorizado a la pena".

Es así que mientras la pena, vinculada al pasado, tiene como presupuesto la culpabilidad, la medida de seguridad se asienta en la peligrosidad y mira al futuro con finalidades preventivo-especiales (conf. "Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito", de Rosario Diego Díaz-Santos y Eduardo A. Fabián Caparrós, p. 1190 y sigtes., Ed Tecnos, 1995). El sistema pasa del monista al dualista y la criminalidad se puede enfrentar entonces con dos instrumentos, penas y medidas de seguridad. El presupuesto de la peligrosidad cumple la misma función que la culpabilidad en la pena.

El juicio de la peligrosidad es, pues, de probabilidad sobre la conducta del sujeto tendiente a determinar la posibilidad de llevar a cabo acciones de ataque a bienes jurídicos. De aquí nace la legitimación de las medidas de seguridad. Dicen Díaz-Caparrós (op. cit.) que su legitimación deviene dada por el principio de la defensa social y que "podría recordarse en este punto las teorías de Ferri y de Lombroso quienes hacían referencia a las medidas de defensa social para sustituir las penas".

Destacan los autores el conflicto de intereses entre el de defender a la sociedad de futuros ataques que puedan poner en peligro o lesionar bienes jurídicos y el del sujeto de que se le respeten sus derechos. Continúan diciendo que en virtud del principio de ponderación de intereses resulta que la defensa social prevalece sobre los derechos individuales de la persona que ha cometido un hecho típico y antijurídico y cuya conducta revela una alta probabilidad de cometer nuevos hechos delictivos en el futuro, y destacan, que debe existir una proporción entre el interés que se sacrifica y el que prevalece. Roxin (op. cit.) justifica las medidas de seguridad en función de la ponderación de bienes,

según la cual una libertad puede ser privada cuando su utilización conducirá con gran probabilidad a perjuicios para otros, los cuales en su totalidad son mucho más graves que las restricciones que debe tolerar el que causa el peligro por la medida de seguridad.

Vale decir entonces que su imposición no depende del grado de culpabilidad sino del principio de proporcionalidad, que obliga a elegir la medida más adecuada, sea educativa, curativa o eliminatoria, y con las modalidades de ejecución adecuadas a fin de revertir el diagnóstico de peligrosidad que presenta el sujeto pasivo de la medida. Este principio de proporcionalidad, según Roxin (op. cit.), fluye de la idea del estado de derecho y tiene por ende rango constitucional y concreta el principio de ponderación de bienes en el sentido de una prohibición de exceso. Al compararla con la pena dice que con ella el legislador concreta su interés de prevención sólo en el marco delimitado por la culpabilidad por el hecho; pero en los casos excepcionales de una puesta en peligro de la generalidad, especialmente tenaz, puede ser superado este límite mediante la imposición de una medida de seguridad.

De ello se deriva que la naturaleza de la medida es en función del tiempo indeterminada. Así, Soler en "Derecho penal argentino", t. II, p. 408, Ed. Tea, Buenos Aires, 1970, expresa que "a diferencia de las penas, tiene una duración absolutamente indeterminada y su cesación depende exclusivamente de la desaparición de ese peligro genérico dado que motiva el internamiento" (conf. Nuñez, t. II, p. 560, Fontán Balestra, t. II, p. 417; Terán Lomas, t. II, p. 371; de la Rúa, "Código Penal", p. 371; Laje Anaya, "Presupuestos para aplicar las medidas de seguridad", JA, Doctrina, 1969, p. 254 y sigtes., todos citados por el último autor en "Comentarios al Código Penal", vol. I, p. 217, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1985). Laje Anaya menciona también que esa misma naturaleza tuvo la medida de seguridad en los antecedentes nacionales (confr. Proyecto de 1891, art. 59, y Exposición de motivos p. 63; Proyecto de 1906, art. 41, inc. a; Proyecto de 1917, art. 34 y Exposición Motivos, p. 69 y los de 1960 y 1979, art. 84).

Vicente Cabello, en "Psiquiatría forense en el derecho penal" (t. I, p. 204, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1981) participa también de la opinión de que la medida de seguridad se fundamenta en la peligrosidad. Sostiene que se atiende más a lo que la persona es que a lo que ha hecho y agrega que se

basa en su condición personal, por lo que su duración ha de ser indeterminada ya que depende del efecto educativo y curativo que haya experimentado aquél a quien se impone. Continúa diciendo que las enfermedades, y con mayor razón la psíquicas, no admiten plazo fijo de curación que la terapéutica se enfrenta con imponderables etiológicos, de ahí el carácter condicionado de la prognosis médica, y termina diciendo que la medida de seguridad supone tratamientos diversos, la pena, en cambio, uno solo.

Se llega así, pues a la conclusión de que la medida de seguridad prevista en el art. 34, inc. 1º del Cód. Penal debe depender y ser proporcionada a esa peligrosidad y no a la escala penal del delito que en su momento se le atribuyó al sujeto pasivo.

No está de más señalar que para apreciar la peligrosidad debe recurrirse a las peritaciones médicas forenses. A título ilustrativo y según comenta Cabello en la obra citada, Garófalo establecía que debía atenderse a: 1. el delito cometido 2. la conducta posterior; 3. la vida anterior; y 4. la pericia antropológica-psiquiátrica.

De lo que antecede se desprende, tal como el código de fondo lo establece, que la medida está condicionada a la desaparición de las condiciones que hicieran peligroso al sujeto. Aunque con referencia a la situación prevista para el caso de enajenación --art. 34, inc. 1º, párr. 2º, Cód. Penal, pero asimilable a la presente, que se refiere al párr. 3º, Laje Anaya, en el libro mencionado, p. 221, expresa que "no es menester para que la soltura proceda, que el inimputable que fuera absuelto por falta de salud mental haya operado una transformación de tal naturaleza que por efecto del tratamiento médico haya readquirido la capacidad de comprender y dirigir. En síntesis que por efecto de la medida, cuya finalidad es la cura del enajenado, éste haya adquirido la capacidad de ser culpable. La ley no exige eso ni mucho menos: lo que importa es que haya desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. Desaparecido el peligro desaparece la medida (confr. Núñez, t. II, p. 560). Pero no es necesaria la cura de éste (De la Rúa, "Código Penal", p. 371, N° 82)".

b) La legalidad de la medida se sustenta en razón de su aplicación a los presupuestos jurídicos establecidos en la ley, esto es que el individuo hubiese cometido un hecho considerado objetivamente delictuoso por el cual se lo haya

considerado inimputable y que se presente como un sujeto peligroso en los términos del art. 34, inc. 1º del Cód. Penal. Así, dice Creus que por tratarse "de una consecuencia de orden penal requiere una acción del sujeto que, al menos objetivamente, constituya un ataque prohibido a bienes jurídicos que este catalogado como delito en elencos penales". Ese es un mínimo de garantía que la doctrina penal está de acuerdo en reclamar "dado que se ha superado" la etapa en que se pensó en la posibilidad de aplicar "medidas de seguridad sin delito" (estado de peligrosidad predelictual, "leyes de estado peligroso" promovidas por el positivismo científico). Y específicamente en lo que se refiere al principio de legalidad, indica que participa de ese principio en el sentido de que el juez penal no puede disponer una que no esté prevista por el derecho penal (tipificada por él).

La adecuación de la medida a los presupuestos jurídicos antes indicados es el resguardo de la garantía de legalidad. La exigencia de un plazo predeterminado, pretendido por la defensa, no es ni podría serlo razonable, atento a la incertidumbre --sintéticamente antes expuesta-- que rodea la desaparición de las condiciones que hacen peligrosa a una persona en los términos del código de fondo.

Precisamente los presupuestos jurídicos antes indicados, entre los cuales cabe destacar la decisión jurisdiccional de un juez penal ante la imputación delictual al sujeto susceptible de ser sometido a una medida de seguridad, es lo que decide que se sujete a esa jurisdicción y no a la civil que la establece para los demás casos.

c) Atento a que se dispuso la cesación de la medida de seguridad a que estaba sujeto R. con el argumento de que había estado internado más del año previsto como pena máxima para el delito de daño que se le imputaba --art. 182, Cód. Penal-- sin atender a la conclusión del perito médico forense obrante a fs. 541, quien indicó los trastornos psicopáticos de su personalidad, alcoholismo crónico, y que durante las salidas transitorias había provocado desordenes precisamente por estar alcoholizado, y no consideró conveniente su externación, se concluye en que la ley sustantiva ha sido erróneamente aplicada, ya que se basó en un requisito inexistente en la ley desatendiendo el dictamen pericial necesario para definir la externación.

2ª cuestión. -- Como consecuencia de lo expuesto y de conformidad con lo dispuesto en el art. 470 del Cód. Procesal Penal de la Nación debe hacerse lugar al recurso de casación interpuesto y revocarse la resolución, de fs. 545/9 que disponía el cese de la medida de seguridad V. N. R. en la causa N° 5254 del Juzgado en lo Correccional N° 6, Secretaría N° 101.

Por ello y en mérito al acuerdo que antecede, el tribunal resuelve: hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el fiscal ante el Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 3 y revocar el pronunciamiento de fs. 545/9 que disponía la cesación de la medida de seguridad impuesta a V. N. R. en la causa N° 5254, sin costas. -- Liliana E. Catucci. -- Raúl Madueño. -- Alfredo H. Bisordi

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala I (CNFedCrim y Correc)(Sala I)

Fecha: 01/07/2002

Partes: C., M. G.

Publicado en: LA LEY2002-E, 492

HECHOS:

Se le atribuye a un inimputable el delito de amenazas telefónicas. Se determinó que el imputado es un enfermo mental crónico portador en lo psíquico de psicosis esquizofrenia. Se determinó también que era peligroso para sí y que podía serlo para terceros. Al no haber ninguna persona que se hiciera responsable del tratamiento psiquiátrico indicado, el juez dispuso su internación provisoria en una clínica. Con posterioridad se presentó el padre del imputado ofreciéndose hacerse responsable del tratamiento de su hijo solicitando se deje sin efecto la internación dispuesta. En primera instancia se hizo lugar al pedido. Apelado el pronunciamiento por la querrela, el mismo es confirmado por la Cámara.

SUMARIOS:

Resulta improcedente imponer una medida de seguridad de internación de un inimputable cuando existe solamente peligrosidad para el propio enfermo pero no para terceros, pues la posibilidad de que se dañe a si mismo no es un caso de peligrosidad delictual y por ende lo que corresponde es recurrir a los medios de protección menos lesivos previstos en el derecho civil.

Teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, la peligrosidad a la que alude el inc. 1º del art. 34 del Cód. Penal debe ser de tal grado que haga imprescindible la internación del paciente, y si en cambio -como en el caso- los peritos consideran que en razón de los índices de peligrosidad alcanza con que el sujeto cumpla un tratamiento ambulatorio, lo que corresponde no es inventar una medida no prevista en el Cód. Penal sino darle intervención a la justicia en lo civil para que efectúe el control y vigilancia del enfermo, resultando ilegítimo el mantenimiento del control por la justicia penal.

TEXTO COMPLETO:

2ª Instancia. - Buenos Aires, julio 1 de 2002.

Considerando: Llegan las presentes actuaciones a conocimiento del Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto los doctores a fs. 242/3, contra la resolución de fs. 216, por la cual se ordena la realización del tratamiento ambulatorio de M. G. C. en el Hospital Naval de Buenos Aires, delegando en la persona de su padre F. G. C. la supervisión y cumplimiento del tratamiento de su hijo.

La presente causa se originó el día 15 de diciembre de 2000 con motivo de la denuncia realizada por E. G. L., esposo de S. R. B., ante la Seccional N° 17 de la Policía Federal Argentina, en virtud de haber escuchado el 4 de diciembre de 2000 en el contestador de su línea telefónica N° ... un mensaje de contenido amenazante y discriminatorio.

A lo largo de la presente investigación se pudo corroborar que los llamados provenían del abonado N° ..., que estaba instalado en el domicilio de la calle ..., planta baja, departamento "A" de esta Capital, siendo ocupada dicha vivienda de manera solitaria por M. G. C.

Mensajes de igual índole se registraron con cierta habitualidad, de los cuales obran constancias en autos en virtud de los casetes aportados y de sus respectivas transcripciones.

A fs. 183/5 la médica forense, doctora L. C., concluyó en su pormenorizado examen que M. G. C: es un enfermo mental crónico, portador en lo psíquico de Psicosis Esquizofrénica, padeciendo además trastornos neurológicos que no obedecen a impregnación psicofarmacológica. Mencionó, por otra parte, que en circunstancias de los hechos denunciados no fue capaz de comprender el desvalor de su accionar. Por último señaló que es peligroso para sí y puede resultar peligroso para terceros, debiendo ser sometido a un tratamiento psiquiátrico a la brevedad, no requiriendo internación si cuenta con terceros responsables que lo conduzcan al tratamiento y controlen la ingesta y demás indicaciones del profesional psiquiatra que lo trate.

El 1° de marzo de 2002 compareció ante el juzgado, la señora D. G., madre de M. C., quien manifestó que tenía conocimiento de la patología que aquejaba a su hijo, la cual era tratada en el Hospital Naval conforme lo acredita con fotocopias simples de la historia clínica de consultorios externos N° ... Señaló por otra parte que mientras vivía con su hijo le costaba mucho que ingiriera los medicamentos que le correspondían, informando cinco días mas tarde a ese

tribunal que no hay persona de su grupo familiar que se encuentre en condiciones de hacerse cargo de la conducción del tratamiento psiquiátrico indicado por los médicos forenses al imputado.

Con fecha 8 de marzo de 2002 el a quo resolvió declarar penalmente inimputable a M. G. C. y por consiguiente dispuso su sobreseimiento y la internación provisoria del nombrado, en los términos previstos en el art. 76 del Cód. Procesal Penal de la Nación, en la Clínica Flores de esta Ciudad.

Luego de esto, el 13 de marzo de 2002, compareció en forma espontánea ante el juzgado instructor el señor F. G. C., padre del imputado, quien tomó conocimiento de la situación judicial y de la patología que padece su hijo, presentando un escrito firmado por la médica del Hospital Naval, A. R., quien señaló que se plantean condiciones para la reinserción de M. C. en tratamiento ambulatorio haciéndose su padre plenamente responsable de sostener y acompañar tanto el tratamiento como la ingesta de medicación que se le suministre, solicitando se deje sin efecto la internación dispuesta oportunamente.

Con motivo de lo recientemente mencionado, el 13 de marzo de 2002, el juez de primera instancia revocó por contrario imperio la internación provisoria de M. C. y le ordenó la realización de un tratamiento psiquiátrico ambulatorio en el Hospital Naval Buenos Aires, delegando en la persona de su padre la supervisión y cumplimiento del tratamiento. Por otra parte ordenó la remisión de testimonios a la justicia civil a fin de que intervenga en relación a la incapacidad de M. C.

Los representantes de la querrela se agravian por considerar que esta última resolución pone en riesgo la vida del imputado, la de S. R. B. y la de terceros. Estiman por otra parte que resulta ilusorio pensar que una persona de la edad de F. G. C. pueda cargar con la responsabilidad de velar por el cumplimiento del tratamiento psiquiátrico de un individuo cuya peligrosidad para sí y para terceros fue puesta en evidencia en la pericia efectuada. Sostienen también que el a quo desatendió sin fundamento los sinceros dichos de D. G., dejándolos de lado en base a las manifestaciones del padre del imputado quien recién ahora había tomado conocimiento de la patología que padecía desde hace veinte años su hijo. En síntesis, consideran que la valoración del dictamen

psiquiátrico fue efectuada sin tener en cuenta las particulares circunstancias del caso.

No obstante la dudosa legitimación de la querrela para cuestionar la decisión que se encuentra a estudio del Tribunal, lo cierto es que la jerarquía de los derechos involucrados imponen que tal aptitud sea evaluada con amplitud, habilitando de ese modo la intervención de la Cámara atento lo razonable del planteo y lo excepcional de la situación que se presenta. Idéntico criterio fue expuesto por esta sala en la causa N° 31.123 "Vázquez Ferrá, Evelin K. s/retención de doc. y prueba hemática", registro N° 206, del 24 de marzo de 2000.

Se puede advertir que nuestro Código Penal sólo contiene dos clases de medidas de seguridad para inimputables, siendo estas, la reclusión manicomial y la reclusión en establecimiento adecuado. En ambos casos la medida de seguridad implica la internación del paciente.

Por otra parte, para imponer la medida no alcanza con que el sujeto padezca una enfermedad mental, sino que debe probarse la peligrosidad.

Cobo y Vives han advertido que la libertad es un valor superior del ordenamiento jurídico que reclama la aplicación del principio de prohibición en exceso en el derecho penal, y en consecuencia, de los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (conf. Cobo y Vives, "Derecho Penal. Parte General", Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1987, p. 63).

Así, el principio de idoneidad constituye un criterio de carácter empírico, inserto en la prohibición constitucional de exceso, que hace referencia, tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva, a la causalidad de las medidas en relación con sus fines y exige que las injerencias faciliten la obtención del éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa y de su ámbito subjetivo de aplicación.

El principio de necesidad, también denominado "de intervención mínima", "de la situación menos gravosa" o "de subsidiariedad", es un subprincipio del principio de prohibición de exceso que tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos individuales, frente a las limitaciones que pudieran imponer en su ejercicio los poderes públicos. Obliga a los órganos del Estado a comparar las medidas restrictivas aplicables que sean suficientemente aptas

para la satisfacción del fin perseguido y a elegir, finalmente, aquella que sea menos lesiva para los derechos de los ciudadanos.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto es el tercer subprincipio del principio constitucional de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio y se aplica, una vez aceptada la idoneidad y necesidad de una medida, con el fin de determinar, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias de caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar. Si el sacrificio resulta excesivo la medida deberá considerarse inadmisibles, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad.

Para un análisis mayor de los principios expuestos ver Nicolás González-Cuellar Serrano, "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal, ps. 153 y sigtes., 189 y sigtes. y 225 y sigtes., Ed. Colex, Madrid, 1990.

Ahora bien, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, resulta dable sostener que no hay otra alternativa que considerar que la peligrosidad a la que alude el inc. 1; del art. 34, debe ser de tal grado que haga imprescindible el régimen de internación del paciente. Si en cambio los peritos consideran que en razón de los índices de peligrosidad alcanza con que el sujeto cumpla un tratamiento ambulatorio, lo que corresponde no es inventar una medida no prevista en el Cód. Penal sino darle intervención a la justicia en lo civil para que efectúe el control y vigilancia del enfermo, resultando ilegítimo el mantenimiento del control por la justicia penal.

Siguiendo este razonamiento, Zaffaroni señala que si conforme al 2º párrafo del inc. 1, del art. 34, el Tribunal "podrá ordenar" la reclusión manicomial del enajenado, de ello se deduce que no la deberá ordenar cuando no hay peligro de que se dañe a sí mismo o a los demás (conf. Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Tratado de Derecho Penal. Parte General", t. V, ED. Ediar, p. 463).

En consecuencia no cualquier peligrosidad dará lugar a la imposición de una medida, sino sólo aquella que revista una entidad tal que exija la internación del paciente.

En este sentido, señala Muñoz Conde que las medidas de seguridad no pueden ser presentadas asépticamente y sin más como medidas benefactoras dirigidas a curar al peligroso ya que representan un instrumento más de control que consiste en la limitación de derechos individuales impuesta coactivamente por el Estado. (conf. Muñoz Conde, Francisco - García Arán, Mercedes; "Derecho Penal. Parte General", Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993 p. 511).

De una manera similar opina Jescheck al considerar que las medidas de seguridad, al no regirse por el principio de culpabilidad, posibiliten intervenciones que quizás sean más gravosas, y por ello más temidas, que las penas de larga duración (conf. Jescheck, Hans - Heinrich: "Tratado de Derecho Penal. Parte General", Traducción de José Luis Manzanares Samaniego, 4ª ed., Comares, Granada, 1993, p. 77).

En cuanto a la peligrosidad, hay que tener en cuenta que es un juicio de probabilidad, de pronóstico sobre la futura conducta de quien mediante la comisión de un acto, se ha revelado como portador de un determinado carácter, es decir, como un determinado tipo de autor y al ser un pronóstico futuro, no puede ser determinada con absoluta precisión, por ello, resulta imperioso reducir al máximo el ámbito de ejecución de las medidas de seguridad, a fin de garantizar en mayor medida la vigencia de la seguridad jurídica, propia de un estado de derecho, asegurando al máximo el respeto de las garantías constitucionales, máxime cuando en el caso de las medidas de seguridad, su implementación acarrea una indeterminación temporal que resulta a todas luces violatoria de los principios de legalidad, razonabilidad y mínima intervención del derecho penal.

Resulta irrazonable que un individuo al que el Estado no pretende castigar, se vea afectado en sus derechos en una medida mayor de lo que hubiese correspondido en caso de ser condenado como autor responsable. El medio escogido, esto es, la medida de seguridad de carácter penal indeterminada en su duración, no guarda relación con el fin propuesto, es decir, con la protección del inimputable y de la sociedad y por lo tanto, resulta desproporcionada.

Por otra parte, del principio de mínima intervención que rige en materia penal se desprende que éste sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del derecho, las que cuentan con

otros medios de control tan efectivos como las medidas de seguridad y que además resultan menos gravosos, como la legislación psiquiátrica prevista en el Cód. Civil. Se relaciona con esto el carácter de última ratio del derecho penal por el cual este debe ser concebido como el último recurso a utilizar a falta de otros.

Lo fundamental de esta interpretación es que no es posible imponer una medida de seguridad cuando existe solamente peligrosidad para el propio enfermo y no para terceros. La sola posibilidad de que el inimputable se dañe a si mismo no es un caso de peligrosidad delictual y por ende, lo que corresponde es recurrir a los medios de protección menos lesivos previstos en el derecho civil.

De conformidad con lo dicho anteriormente y tomando como referencia el informe médico, tampoco se puede sostener que es un argumento válido para privar a C. de su libertad a través de la imposición de una medida de seguridad, el hecho de que el goce de ésta lo conducirá con gran probabilidad a ocasionar perjuicios para otros, los cuales en su totalidad son más graves que las restricciones que deba tolerar el sujeto inimputable. Este argumento no sólo es de corte peligrosista y contrario al art. 19 de la Constitución Nacional en cuanto consagra un derecho penal de acto y de autor sino que además se contrapone con las conclusiones a las que arribó la doctora L. C. en las que se puede observar que C. es peligroso para sí, existiendo sólo la posibilidad de que lo sea para terceros, lo cual no permite afirmar la comisión de futuras, infracciones jurídicas de C. resultando también factible la protección de la sociedad por un medio eficaz y menos lesivo que la medida de seguridad que propicia la querrela.

Es que existiendo la posibilidad de elegir entre varias medidas, siempre corresponde aplicar la que siendo efectiva cause menores perjuicios al inimputable.

En nuestra legislación la aplicación de este principio se ve limitada por la circunstancia de que el art. 34 prevé como única medida de seguridad la internación psiquiátrica. De acuerdo a la letra de la ley, el juez no tiene distintas opciones de mayor o menor gravedad, sino que la única medida prevista es la internación del inimputable.

Sin embargo a juicio de este Tribunal, el principio de proporcionalidad tiene una base constitucional en el principio de razonabilidad. Este último, tiene como finalidad preservar el valor justicia en el contenido de todo acto de poder, exigiendo que el medio escogido para alcanzar el fin válido guarde proporción y aptitud suficiente con ese fin. Por ello, la internación debe disponerse solamente cuando los peritos consideren que es imprescindible en virtud de la peligrosidad y estado del paciente.

Surge así, de la lectura del examen realizado por la médica forense, la necesidad de regular el tratamiento de C. de conformidad a las normas prescritas por el derecho civil. Ello, en cuanto establece que el nombrado no requiere internación si cuenta con terceros responsables que lo conduzcan al tratamiento y controlen la ingesta y demás indicaciones del profesional psiquiatra que lo trate, hipótesis prescrita en el último párrafo del art. 482 del Cód. Civil, el que indica que se deberá designar un defensor oficial especial quien deberá asegurar que la internación no se prolongue más de lo debido y deberá evitarla si las personas obligadas a la prestación alimentaria pudieran prestarle la debida asistencia, reuniendo tal requisito su padre F. G. C.

En respaldo de lo expuesto, se ha sostenido que no corresponde la internación por razones de salud, cuando los médicos forenses aconsejan un tratamiento ambulatorio, y además la hermana del enfermo se comprometió a cuidarlo y llevarlo en forma periódica a cumplir con el tratamiento indicado (Steffens, A., C.C.C.F., sala I, rta. el 15/5/84). En este mismo orden de ideas se ha señalado que la internación prevista por el art. 34 del Cód. Penal está reservada para aquellos casos en los que no existan vías alternativas de tratamiento ambulatorio (Peralta, J., C.C.C.F., sala I, rta. el 26/8/86). Por último se ha considerado que la internación del procesado absuelto debe interpretarse imperativa únicamente en aquellos supuestos en que no exista la vía alternativa del tratamiento ambulatorio ("S., C.", CNCrim. y Correc., sala III, rta. el 13/2/93, c. N° 37.629).

Resulta conveniente señalar para confirmar lo dicho anteriormente un estudio de campo realizado por los doctores Albarracín, Marta y Repetto, Martín ("Insania, inhabilitación e internación: resultado de un estudio de expedientes", La Ley Actualidad, 6 de abril de 1995), que reveló que la internación no genera mejorías de los pacientes o su reubicación en la

sociedad, sino que se limita a separarlos, aislarlos y tornarlos incapaces. En este sentido, se señaló que en el mundo entero se asume que las internaciones deben evitarse siempre que sean posibles y que las prolongadas tienen una lamentable secuela discapacitante. Además, se concluyó que las personas que sufren largos períodos de internación aumentan su aislamiento con respecto al medio social, pierden sus habilidades sociales y laborales y se marginalizan hasta perder toda capacidad productiva.

Estas circunstancias que, en el marco de las medidas de seguridad impuestas en los términos del art. 34, inc. 1, del Cód. Penal, resultan agravadas por la forma de ejecución, frustran sus supuestas ventajas terapéuticas y las convierten en una pena por tiempo indeterminado.

Por consiguiente, la imposición y ejecución de las medidas de seguridad debe reducirse a lo estrictamente necesario en miras al respeto de la dignidad del hombre reconocida en la Constitución Nacional, el art. 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 11 del Pacto San José de Costa Rica, art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, resultando suficiente en este caso a los fines de la resocialización, curación y educación de C. la realización del tratamiento ambulatorio dispuesto por el a quo.

Por lo expuesto el Tribunal resuelve: Confirmar el auto de fs.216 en cuanto ordena la realización del tratamiento ambulatorio de M. G. C. en el Hospital Naval de Buenos Aires, delegando en la persona de su padre F. G. C. la supervisión y cumplimiento del tratamiento de su hijo. - Gabriel Cavallo. - Horacio R. Vigliani.



“NO ERAN TAN DIFERENTES DEL RESTO DE LOS HOMBRES” (Diderot)

ESTADISTICAS

CUERPO MÉDICO FORENSE
ESTADÍSTICA: 2002/2003. SCJN

CUADRO 1.V

CUERPO MEDICO FORENSE
 RESUMEN ANUAL 2002 - PERICIAS INGRESADAS POR PROCEDENCIA

FUERO	
LABORAL	9875
CIVIL-CORTE-COMERCIAL	58068
CRIMINAL	46013
TOTAL	113956

CMFOR_H_02.CAP1.ESTAD02.1

RESUMEN ANUAL 2002 - PERICIAS EGRESADAS POR TIPO DE PERICIA

TIPO DE PERICIA	
LESIONES	8644
ESTADO DE SALUD/FISICO	8474
ENFERMEDADES VENEREAS	35
VIOLACION/DEFLORACION	225
ABUSO DESHONESTO/ATENTADO AL PUDOR	176
EMBARAZO	30
ABORTO	28
DETERMINACION DE SEXO	229
HOMOSEXUALIDAD	4
INCAPACIDAD LABORAL	1944
FACULTADES MENTALES	13193
DROGADICCION	3755
ALCOHOLISMO	104
CAUSAS DE MUERTE	163
AUTOPSIAS/EXHUMACIONES	2992
ESTADO ACTUAL	6948
ARTICULO 631 C.P.C.C.N.	5958
ARTICULO 482/625 C.P.C.C.N.	9501
ARTICULO 152 BIS C.C.	8715
FILIACION H.L.A.	4
DETERMINACION DE EDAD	1215
SIDA	174
PUNTOS DE PERICIA	1428
IMPUGNACION	666
ESTUDIO PSICOLOGICO	3379
NECESIDAD DE INTERNACION	1496
SI PUEDE PRESTAR DECLARACION	879
TRATAMIENTO	6635
INVALIDEZ	1658
INIMPUTABLE	95
POSIBILIDAD DE EXTERNACION	29
RINOSCOPIA	311
FABULACION	109
PSICODIAGNOSTICO	3175
POSIBILIDAD DE TRASLADO	236
FILIACION A.D.N.	385
ARTICULO 141 C.C.	5297
POSIBILIDAD DE CRIAR A SU HIJO	198
PRAXIS MEDICA	310
NECESIDAD INTERVENCION QUIRURGICA	168
RECONOCIMIENTO AGENTE JUDICIAL	119
INFORME ODONTOLOGICO	58
PSICODIAG. MENORES Y GRUPO FAMILIAR	2987
EXAMEN NEUROLOGICO	85
EXAMEN OFTALMOLOGICO	47
EXAMEN GINECOLOGICO	34
ART. 34 COD. PENAL	1449
INF. S/PELIGR. Y CAPAC. P/DELINQUIR	943
ESTADO DE SALUD PSIQUICA	2048
COPIAS DE INFORMES	95
GRUPO SANGUINEO	55
INFORME TOXICOLOGICO	101
EXPEDIRSE CON CONSTANCIA DE AUTOS	2178
AMPLIACIONES	1220
OTROS	269
VIOLENCIA FAMILIAR	1843
PROTECCION DE PERSONA	2063
TRANSPLANTE	6
ENCUADRE JURIDICO	22
TOTAL	114687

CMFOR_H_02.CAP1.ESTAD02.2

NOTA: Datos extraidos del sistema informático en Junio/2003.

CUADRO 1.V.a

CUERPO MEDICO FORENSE

RESUMEN ANUAL 2002 - PERICIAS EGRESADAS
POR DIAGNOSTICO/RESULTADO

DIAGNOSTICO/RESULTADO	
NO PRESENTA INCAPACIDAD	677
OLIGOFRENIA	92
DEMENTE EN EL SENTIDO JURIDICO	906
LESIONES LEVES	5432
LESIONES GRAVES	1202
LESIONES GRAVISIMAS	26
NO PRESENTA SIGNOS DE LESIONES	641
INCAPACIDAD TEMPORAL PARCIAL	1
INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL	4
INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL	142
MAYORES SIGNOS SEXO MASCULINO	93
MAYORES SIGNOS SEXO FEMENINO	67
BLenorragia	1
NOTA - CAUSANTE FALLECIDO	99
EDAD DETERMINADA	647
SIGNOS DE VIOLACION	4
SIN SIGNOS DE VIOLACION	131
NO DETERMINADA LA VIOLACION	27
SIGNOS DE EMBARAZO	3
SIGNOS DE ADICCION A DROGAS	39
SIN SIGNOS DE ADICCION A DROGAS	42
SIGNOS DE ALCOHOLIZACION	91
SIN SIGNOS DE ALCOHOLIZACION	8
Buen estado de salud	644
PRECISA TRATAM. MEDIC. Y/O EST.	8252
OTROS (DISTINTAS PATOLOGIAS)	2938
SINDROME DEPRESIVO	431
TIENE CAPACIDAD PARA DELINQUIR	1293
ALGUN TIPO PERSONAL. ALTERADA	1088
INCLUIBLE ART. 152 BIS C.C.	1785
NO ALIENADO	237
ESTADO MENTAL NORMAL	8494
NOTA - ELEVAN FOTOCOP. INFORMES	118
SIGNOS ENF. VENEREAS	1
SIN SIGNOS ENF. VENEREAS	2
SIGNOS DE ABORTO	2
SIN SIGNOS DE ABORTO	1
EXISTE RELACION CAUSALIDAD	89
NO EXISTE RELACION CAUSALIDAD	39
NO EXISTE HISTOCOMPATIBILIDAD	2
CON SIGNO DE SIDA	26
SIN SIGNO DE SIDA	7
RESPUESTA A PUNTOS DE PERICIA	2073
RATIFICAN INFORME ANTERIOR	494
SALE NOTA: FUERA AMBITO FUNCION	98
PUEDE PRESTAR DECLARACION	294

CMFOR_I_02.CAP1.ESTAD02.1

CUADROS COMPARATIVOS
ESTADÍSTICA 2002/2003 SCJN

CUADRO 8.IV.b

JUZGADOS NACIONALES DE EJECUCIÓN PENAL DE LA CAPITAL FEDERAL

TRIBUNALES DE ORIGEN	EXISTENTES	ENTRADOS EN EL AÑO	TOTAL (a)	SUSPEN. A PRUEBA (293 CPP)	SUSPEN. DE EJEC. (495 CPP)	EJEC. PEN. DE MULTA	DETENCIÓN DOMICILIARIA	REVOCA. EJE. CON. DIONAL	LIBERTAD CONDICIONAL			MEDIDAS DE SEGURIDAD			AÑO. 2002					
									CONCE. DIDA	DENE. GADA	TOTAL	REVO. CADA	EXISTENTES	INICIAS	TOTAL	TERMINADAS	EN TRAMITE (b)	TOTAL EN TRAMITE (c)		
JUZGADOS NAC. DE INSTRUCCION	211	66	277	2	8				8	1	9		165	25	190	91	99	179		
JUZGADOS NACIONALES CORRECC.	4651	1225	5886	822	88	51		1	7		7		303	89	392	107	285	518	5368	
JUZGADOS NAC. DE MENORES	320	6	326	2			1		2		2		19	2	21	7	14	77	249	
JUZG. NAC. EN LO PEN. ECO.	53	6	59	3	3		1		93		93		2		2	2		14	45	
JUZG. NAC. CRIM. CORR. FEDERAL	1975	494	2470	135	132	3	1		6	1	7		1077	220	1297	192	1105	172	2298	
TRIB. ORALES EN LO CRIMINAL	18568	5470	24138	1180	1368	14	3	12	472	91	563	2	977	479	1456	104	1352	3991	20237	
TRIB. ORALES EN LO PEN. ECO.	641	145	786	39	17	1			35		35		21	5	26	3	23	116	670	
TRIB. ORALES DE MENORES	1070	279	1349	20	79			3	56	17	75	1	74	34	108	3	105	274	1075	
TRIB. ORALES EN LO CRIM. FEDERAL	2125	451	2576	143	112	66			71		71		237	50	287	31	256	375	2201	
DE JUZG. CRIM. SENTENCIA	856		856						2		2		8		8	7	1	119	737	
CORTE SUP. DE JUST. DE LA NACION																				
TOTAL	30581	8142	38723	2346	1807	135	6	16	754	110	864	3	2883	904	3787	547	3240	5664	33059	

JUZGADOS NACIONALES DE EJECUCIÓN PENAL

JUZGADOS	EXIS- TEN- TES	ENTRA- DOS	TOTAL (e)	SUSPEN. A PRUEBA (293 CPP)	SUSPEN. DE EJEC. (495 CPP) (*)	EJEC. PENAL DE MULTA	DETEN- CIÓN DO- MICILIA- RIA	REVOCA. CONDENA EJEC.CON- DICIONAL	LIBERTAD CONDICIONAL			MEDIDAS DE SEGURIDAD			EN TRÁMITI		
									CONCE- DIDA	DENE- GADA	REVO- CADA	EXIS- TEN- TES	INICIA- DAS	TOTAL		TERMI- NADAS	
1	10416	2697	13113	819	577	55	1		164	26	190	1	1669	747	2416	56	2360
2(*)	8604	1764	10368	640	432	80	1	16	317	84	401	2	743	126	869	386	483
3	11561	3681	15242	887	798		4		273		273		471	31	502	105	397
TOTAL	30581	8142	38723	2346	1807	135	6	16	754	110	864	3	2883	904	3787	547	3240

EJEP_K_02_ESTAD02

REFERENCIAS:

a - b = c

(*) En este Juzgado en la columna (*) se registran además las "Condenas en suspenso" y en (**) los datos consignados son producto del archivo y rescoldamiento interno efectuado en el Juzgado.