

PROBLEMAS CONSTITUCIONALES A PARTIR DE LA INDETERMINACIÓN TEMPORAL EN LA MEDIDA DE SEGURIDAD DE RECLUSIÓN MANICOMIAL PREVISTA EN EL ART. 34 INC. 1º DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

por: LUCIANA IRIGOYEN TESTA

INDICE

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

- I. A. Fines de la pena y la medida de seguridad
- I. B. Fundamentación de las medidas de seguridad
 - I.B.1. El argumento preventivo
 - I.B.2. El argumento terapéutico
- I. C. Carácter aflictivo de la medida de seguridad

II. PELIGROSIDAD CRIMINAL COMO GARANTÍA

III. LA RECLUSIÓN MANICOMIAL DEL ART. 34 INC. 1º DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

- III. A. Evolución Legislativa. Antecedentes y proyectos de la fórmula vigente
- III. B. Fórmula legal de la medida de reclusión manicomial prevista en el art. 34

inc. 1º del Código Penal argentino

IV. TENSION CONSTITUCIONAL EN LA RECLUSIÓN MANICOMIAL DE LOS IMPUTABLES

- IV. A. Principio de legalidad
- IV. B. Igualdad ante la ley
- IV. C. Principio de proporcionalidad
 - IV.C.1. Mínima intervención del Derecho Penal
- IV. D. Dignidad humana
- IV. E. Acerca del derecho penal de acto

V. INTERPRETACIÓN DE LA RECLUSIÓN MANICOMIAL DEL ART. 34 INC. 1º DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO ACORDE A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

CONCLUSIONES FINALES

BIBLIOGRAFÍA

CAPITULO I

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El Derecho Penal es un mecanismo selectivo de control social. Es la herramienta de control social más importante con que cuenta el Estado, pues desde el punto de vista de la función punitiva, es una técnica de control de los individuos. Sin embargo, en cuanto derecho objetivo tiene una función de garantía del individuo y señala un límite al poder del Estado. En este sentido, el Estado posee el uso monopólico del Derecho Penal, pues resulta el único legitimado para seleccionar conductas humanas a las cuales se impondrá una sanción en forma coactiva, lo cual cumple a través de una actividad legislativa ajustada a la regulación constitucional. Asimismo, la selección de conductas a las cuales imponer una sanción se realiza por medio de una valoración negativa para la convivencia social que tiene por finalidad proteger de los ataques más graves los bienes más importantes del sistema de valores de la comunidad¹.

De esta forma, el Derecho Penal recoge un consenso social que busca el resguardo de esos bienes mediante la asignación de sanciones al autor que los ataca. Dichas sanciones consisten en la limitación de derechos individuales impuesta coactivamente por el Estado al individuo. Estrictamente, estas sanciones son las *consecuencias jurídicas del delito*: la pena y la medida de seguridad². De allí la importancia de plantear constitucionalmente un programa para precisar el sentido, finalidad y condiciones que deban ser modeladas por ley, dándole contenido y limitaciones³.

La reacción frente al problema de la delincuencia puede asumirse desde dos posturas encontradas: el *sistema monista*, y el *sistema dualista*. Sin perjuicio de adentrarnos más adelante en cada postura, cabe dejar apuntado que la concepción *monista* fue la propia del *positivismo italiano*, en la cual el valor de la *defensa social* justificaba una única forma de intervención estatal –indistintamente llamada pena o medida de seguridad- frente al individuo que atacara un bien protegido penalmente, a quien se

¹ Se refieren al Derecho Penal como herramienta de control social: ARROYO ZAPATERO, Luis, "Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la constitución", en Revista Jurídica de Castilla, número 1, 1987, p. 102; TERRADILLOS BASOCO, Juan, "Pautas para una Política Criminal de prevención especial" en *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*, Madrid, Akal Editor, 1981, pp. 9/29; SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto, *Inimputabilidad y Sistema Penal*, Bogotá, Ed. Temis, 1989, p. 3-10, 17; MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, 4ª Edición, revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch Libros, 1993, se consulta 2ª edic. mayo de 1996, p. 656; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Editorial Reppertor S.L., 1984, se cita 2ª reimpresión de julio 1999 de la 5ª edic. de 1998, luego de la cuarta edición de 1996 corregida y puesta al día con arreglo al código de 1995, p. 5; HASSEMER, Wilfred y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 1989, pp. 113 y ss.

² TERAN LOMAS, Roberto A. M., "La parte general del Código Penal de la República Federal Alemana comparada con el Código Penal Argentino y sus proyectos de reforma", en Revista Jurisprudencia Argentina (JA) año 1976, tomo III, p. 738.

³ ARROYO ZAPATERO, Luis, "Fundamento y función...", pp. 102/110.

le cercenaba un derecho en proporción a la peligrosidad que representara para la comunidad, buscando su readaptación. En cambio, el *sistema binario o dualista*, implica una concepción diferenciada de pena y medida de seguridad en función de constituir la pena la respuesta al sujeto culpable por su delito, imponiéndole una aflicción en la medida del bien jurídico atacado con su hecho y su culpabilidad. Por su parte, la medida de seguridad –que presupone ausencia de *culpabilidad*– se fundamenta en la peligrosidad del autor y la necesidad de defensa social. Tal el sistema adoptado por el ordenamiento jurídico penal argentino, que se asienta en la diferenciación de las categorías que sirven de fundamento a la aplicación de pena y medida de seguridad.

Sin embargo, durante mucho tiempo se combatió la criminalidad con aparatos represivos preventivos que más de una vez superaban la esfera estrictamente penal. Se propendía a una vigilancia del “*distinto*”, del “*anormal*”, del “*otro*”, en protección de “*los nuestros*”⁴. A este tenor se instauraron regímenes policíacos, internamiento de enajenados irresponsables, aislamiento de vagos, mendigos, personas dedicadas a la prostitución⁵, instituciones para la educación de los menores. Todos mecanismos arbitrados en beneficio de la colectividad, con un criterio de utilidad social ante la constatación de un estado peligroso en un individuo que podía darse sin la existencia de delito.⁶

En nuestras latitudes, ROJAS, desde el ámbito médico, cuestionaba con seriedad la necesidad de la comisión del delito previo de acuerdo a la letra del art. 34 inc. 1º del Código Penal argentino para la actuación de la medida de seguridad: “*Si la sociedad tiene derecho a defenderse contra el delincuente, ningún criterio mejor que guiarse por el grado de peligrosidad de éste, ver su estado peligroso, para fijar de acuerdo con él la medida y la clase de sanción penal. Y siendo ello exacto, también lo es en su consecuencia necesaria: la sociedad tiene igualmente el derecho de defenderse contra quien, sin haber delinquido todavía, es peligroso por su constitución psíquica, por sus hábitos irregulares, etc. Aquello es el estado peligroso de los delincuen-*

⁴ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto, “Crítica a la peligrosidad como fundamento y medida de la reacción penal frente al inimputable”, en *Nuevo Foro Penal*, junio de 1990, número 48, pp. 199/213; y en *Inimputabilidad...*, pp. 47, 50, 88; MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Civitas S.A., 1990, p. 200; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal. Parte General*, con colaboración de Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Buenos Aires, Edit. Ediar, 2000, p. 884.

⁵ En el caso español la “*Ley de vagos y maleantes*”, del 4 de agosto de 1933 y la “*Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social*”, del 4 de agosto de 1970.

⁶ LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Barcelona, Bosch Casa Editorial. S.A., 1976, pp. 153 y 160.

tes; esto es el estado peligroso sin delito. En ambos casos la legislación debe establecer penas o sanciones especiales o medidas de seguridad”⁷.

Sin perjuicio de dar ya hoy por superada toda postura favorable a la medida de seguridad sin delito, por incompatible con el derecho constitucional moderno, en definitiva, me interesa remarcar la diferencia en cuanto a mayor seguridad jurídica que presenta la pena que se enlaza directamente a la *culpabilidad* del autor atendiendo al hecho pasado cometido. Mientras tanto, coexiste una medida de seguridad penal que entiendo altamente criticable, por aparecer como un intento de neutralizar la posible *peligrosidad criminal* del autor puesta de relieve presuntamente en el hecho típico realizado, entendida ésta como *probabilidad de comisión de futuros delitos*.

I.A. Fines de la pena y la medida de seguridad

De esta manera, con el correr de los años, se han ido desarrollando innumerables *Teorías de la pena*, que con sus adeptos y detractores, han ido buscando justificación y fundamento a la misma. No ha ocurrido lo mismo con las medidas de seguridad, que cuenta con poco desarrollo doctrinario al respecto. Sin embargo, comparto con Zaffaroni que dejar esquemáticamente esbozados los discursos legitimantes del poder punitivo, válidos tanto para la pena como para la medida de seguridad, tiene su importancia para visualizar el arco de argumentaciones que sólo evidencia escasa solidez de fundamentos y crisis continua en ellos. Estas variaciones de criterios sólo dejan plasmado que toda decisión, siempre hallará un discurso legitimante. Lo que acarrea el problema de incumplimiento de la promesa dogmática de previsibilidad⁸. No obstante, y esto me interesa resaltar ya que sobre esta cuestión se volverá, todas las funciones de las consecuencias jurídicas del delito –pena y medida de seguridad-, finalmente son variables de la función general de *defensa social*.

Existen dos grandes grupos legitimantes del poder punitivo tomados a partir de la misión que se otorga a la sanción penal. Por un lado, quienes ven el costado favorable de penar *actuando sobre los que no han delinquido* a través de su *disuasión*

⁷ ROJAS, Nerio, *Medicina Legal*, Buenos Aires, Ed. El Ateneo, 1936, se consulta 8ª edic. de 1964, p. 353.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 52.

(*prevención general negativa*) y del *reforzamiento* del orden jurídico que actúa ante su infracción (*prevención general positiva*).

Del otro lado, se encuentran quienes pregonan las bondades de punir para *actuar sobre quien ha delinquido*. Ello se materializa a través de la *neutralización del reo* (*prevención especial negativa*) o por medio de su *corrección y readaptación social* (*prevención especial positiva*).

De esta manera, contamos en los inicios con la llamada *Teoría de la Retribución*⁹. Entre sus principales exponentes se halla Kant con su idea de que el hombre no puede ser usado como medio para fines de otro u otros individuos (*La metafísica de las costumbres*, 1798) y Hegel (*Líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho*, 1821). La idea subyacente es que con la imposición de un mal se expía la culpabilidad. Es una teoría absoluta que no persigue ninguna finalidad. Se cita como ejemplo la *Ley del Talión*.

La *Teoría de la Prevención Especial* busca su finalidad de penar en hacer desistir al autor de futuros delitos. En transcripción atribuida a Séneca en cita de Platón "*Ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque...*" En esta teoría aparece una finalidad, que la torna *relativa*. Se persigue la prevención de delitos. Como exponente de la misma, Franz v. Liszt (1851-1919) a través de su *Escuela jurídico penal sociológica*, pregonó la prevención especial en sus tres formas: 1) para *asegurar* a la sociedad frente al reo; 2) para *intimidar* al autor; 3) para preservarlo de reincidir en búsqueda de su *corrección*. Aparece la idea de *resocialización*. El defecto de esta teoría es no proporcionar un baremo para la pena. Ante lo cual, habría que retener al condenado hasta su reeducación. Otra cuestión no menor es la legitimidad de la injerencia del Estado en la educación y tratamiento de sus ciudadanos adultos (en la filosofía de Kant y Hegel ello sería violatorio de la dignidad humana). En esta línea, se presentó un problema de legitimidad con los ciudadanos no necesitados de resocialización, como podría ser el caso de autores de hechos imprudentes, de pequeños delitos, de delitos económicos cometidos por quienes ocupan un espacio de referencia social, o aún delitos graves en circunstancias históricas de difícil reproducción. Tal el caso de delincuentes del nacionalsocialismo que en la actualidad viven en la más absoluta discreción, plenamente insertos en su comunidad. En el sur de la República Argentina se han instalado numerosos genocidas alemanes, generándose el

⁹ Se sigue la clasificación propuesta por Claus ROXIN en "Fin y Justificación de las Penas y las Medidas de Seguridad", en *Derecho Penal. Parte General*, 1994 versión original en alemán, primera

conflicto esbozado al solicitarse su extradición, luego de cuarenta años de convivencia en pequeñas comunidades, con el concepto unánime de “buen vecino”. Esta crisis en la idea de resocialización y Derecho Penal del tratamiento, generó a mediados de la década del '70 una vuelta a la retribución y prevención general, que con el nombre de “*neoclasicismo*” se dio principalmente en América y Escandinavia, tendiente a combatir las penas de duración indeterminada y el tratamiento forzoso con fines terapéuticos.

Una tercera corriente estuvo dada por la *Teoría de la Prevención General*. El fin de la pena es actuar generalmente sobre la comunidad. Exitosamente fue desarrollada por Paul Johann Anselm v. Feuerbach (1775-1833) en su *Teoría Psicológica de la coacción*. Coincide con el pensamiento desarrollado por Sigmund Freud en *Totem y Tabú*. Esta tesis posee una doble faz. El aspecto negativo está caracterizado por un concepto de intimidación a otros que corren el peligro de cometer delitos semejantes. Su cara positiva es la conservación y refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del orden jurídico. Aparece la función de la pena de demostrar la inviolabilidad de la norma, en cuanto restablecimiento del orden jurídico. Su realización se pretende a través de tres efectos: aprendizaje, confianza, y pacificación.

Expuestas las tres corrientes principales de los fines de la pena, como en todo el mundo jurídico, han aparecido las posturas intermedias que las combinan. Tales la *Teorías unificadoras retributivas o preventivas*, con sus distintos matices, que hacen hincapié más en una u otra cuestión.

Sin embargo se adelantó que en el terreno específico de la medida de seguridad no existe tanta riqueza de pensamiento. Por caso Roxin, expresamente admite en el tema una laguna de justificación. Su propuesta es llenarla con el *principio de ponderación de bienes*, con el *principio del interés preponderante* y la idea de la *dignidad humana* que exige un uso moderado de las medidas de seguridad que sobrepasen la culpabilidad. A este planteo subyace la idea de un valor paz y tranquilidad social, como sustitutivo de la culpabilidad del sujeto imputable. De todas maneras, sostiene el citado profesor, que los daños y peligros que emanen del autor deben ser aceptados a pesar del interés social en prevenirlos, cuando ellos sean de entidad menor a la afectación de la libertad que implicaría la medida para su autor. Argumenta que si bien las medidas se justifican en el *interés público preponderante*, éste prepondera sólo cuando los delitos son graves y la probabilidad de su comisión es alta¹⁰.

edición en español en 1997, traducción de Luzón Peña, García Conlledo, Remesal, Madrid, Ed. Civitas S.A., 1997, pp. 78/107.

¹⁰ ROXIN, Claus, op. cit., p. 105.

En definitiva puede afirmarse que la medida de seguridad es un instrumento del Derecho Penal –y por ende de control social- cuya finalidad consiste en atacar la peligrosidad de un sujeto manifestada a través de la comisión de un delito. Resulta un medio asegurativo, que no tiene pretensión de hacer sufrir, pero que implica necesariamente privación de libertad o restricciones de derechos de la persona. En la legislación argentina del art. 34 inc. 1º del Código Penal para lograr este fin, situación criticable constitucionalmente, se impone que la medida sea por tiempo indeterminado. Pues *a priori*, no puede establecerse cuándo cesará la peligrosidad que debe combatirse en el sujeto pasivo. Entonces, la duración indefinida se relaciona estrechamente con el fin perseguido: la resocialización, enmienda o inocuización del delincuente a través de su eliminación social.

I.B. Fundamentación de las medidas de seguridad

De acuerdo a los fines de la medida de seguridad, la fundamentación para reaccionar frente a la peligrosidad del sujeto inimputable que ha cometido un delito se ha dado fundamentalmente a través de dos argumentos, uno preventivo y el otro terapéutico. Siempre sin perder de vista que a diferencia del contenido retributivo y orientación preventivo-general de las penas, las medidas de seguridad son esencialmente instrumentos para la prevención especial en nombre de la defensa social.

I.B.1. El Argumento Preventivo

Carl Stoos introdujo por primera vez sistemáticamente las medidas de seguridad en el Anteproyecto del Código Penal suizo de 1893, sosteniendo un modelo binario de consecuencias penales. Las planteó como una institución totalmente distinta de las penas en su fundamento y orientación, llamándolas *Medidas de seguridad y medidas de tratamiento, corrección y educación*.¹¹

Su propuesta estaba destinada a los delincuentes jóvenes, los delincuentes alcoholizados, los vagos, los criminales habituales y los anormales mentales. Escribió: “*Existen particulares grupos de personas a fines del siglo XIX, inclinadas a cometer*

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p.66.

*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*¹².

De esta manera, con el sistema dualista –por oposición al monismo igualador entre unas y otras - se diferencié pena y medida de seguridad. La primera se reservaba como respuesta al culpable por su delito, imponiéndole un sufrimiento en la medida del bien jurídico atacado con su hecho y su culpabilidad. En cambio, la medida de seguridad no pretendía causar sufrimiento. Su fundamento era la estimación de nocividad o peligrosidad del agente, su duración se relacionaba con este fin de aseguramiento, protegiendo a la comunidad de los agravios provenientes de quien había cometido un hecho típico.

En la misma época, Franz von Liszt con su *Programa Político Criminal* de 1892 se apartó del retribucionismo de la pena, buscando una orientación hacia los fines de prevención especial. Sostuvo: *“Corrección, intimidación, neutralización: estos 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)”*¹³.

Finalmente, la *Escuela Positiva Italiana* de Cesare Lombroso (1835-1909), Enrico Ferri (1856-1929) y Rafael Garófalo (1851-1934), propugnó la fusión de la pena y medida de seguridad con fundamento en la negación del libre albedrío del hombre, que resultaba un animal completamente sujeto a las leyes de la necesidad natural. Al decir de 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”*¹⁴. Por ello, admitido el determinismo de la conducta humana, la pena no podía ser castigo en cuanto respuesta a una libre decisión contraria a la norma. Lo cual permitía la inter-

¹² CUELLO CALON, Eugenio, *La moderna penalología*, Barcelona, Edit. Bosch, 1973, p. 87, citado por HEGGLIN, María Florencia, “¿Medidas de Seguridad o Pena por tiempo indeterminado?”, en AAVV, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año 2, N° 3, Buenos Aires, Edit. Ad-Hoc, 1996, p. 361.

¹³ LISZT, Franz von, “La idea de fin en el derecho penal”, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, Universidad de Valparaíso Chile, 1984, p. 120, citado por HEGGLIN, María Florencia, en “¿Medidas de...”, p. 361.

¹⁴ CASABÓ RUIZ, José Ramón, “El fundamento de las medidas de seguridad” en *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Colección de Estudios Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal, Universidad de Valencia, 1974, Valencia, p. 46, citado por HEGGLIN, María Florencia, en “¿Medidas de...”, p. 362.

vención sobre ese sujeto al constatarse la mera *peligrosidad predelictual o sine delicto*. Pues la peligrosidad era inherente al hombre, y eso habilitaba la intervención estatal para su tratamiento. De esta manera el positivismo fundamentó la pena en cuanto necesidad de *defensa de la sociedad*, que se veía legitimada a defenderse de las agresiones externas e internas mediante prácticas de saneamiento y profilaxis social. Sobre esta base se propuso una sociedad orgánica e integrada, sometida más al control científico que a la moral del Estado¹⁵.

En consonancia con lo expuesto, sostenía 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*”¹⁶.

I.B.2. El Argumento Terapéutico

A los fines de superar las objeciones al modelo preventivo, se buscó una fundamentación ética. Entonces, más allá de la concreta utilidad social de las medidas de seguridad, concepto insuficiente como única justificación, se las trató de presentar como medidas al *servicio del individuo*.

De esta manera se pretendió orientar las medidas de seguridad hacia un fin terapéutico, y por ello *curativo, resocializador y educativo* del autor que, en cuanto ser enfermo, resulta *peligroso*. Estos fines, aparecen más altruistas que la instrumentalización del hombre para defensa de la sociedad. Se presentan las medidas como *beneficiosas* para el sujeto.

Sin embargo, creo que esta circunstancia de encubrir la verdadera realidad del contenido de las medidas de seguridad, es mucho más criticable. No debe admitirse la presentación aséptica como medidas “*benefactoras*” dirigidas a “*curar*” al peligroso. Ello encierra un discurso falaz, enmascarador de intervenciones estatales desmesura-

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Edit. Trotta S.A., 1989 primera edición de *Dirittto e ragione. Teoria del garantismo penale*, en primera edición 1995 traducida al español por Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruis Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, se consulta tercera edición de 1998, pp. 266/267.

¹⁶ FERRI, Enrique, *Los nuevos horizontes del derecho y procedimientos penales*, 1887, p. 60, citado por HEGGLIN, María Florencia, en “¿Medidas de...”, p. 362.

das y carentes de límites, denominado “*fraude de etiquetas*”¹⁷. Puede observarse que lo mismo ocurriría con el argumento preventivo presentado; no obstante, el mismo muestra sin disimulo su afán corrector, más allá de las diversas opiniones que el mismo despierte.

Terán Lomas adscribe al argumento de internación para asistencia al enfermo que cometió un delito, con honda preocupación por la realidad social en que la misma deba implementarse: “*No debe tampoco olvidarse a la realidad; y la creación de nuevas instituciones penales asegurativas sólo será posible si se cuenta con la necesaria infraestructura y los medios económicos para su implementación*”. En cita de Jescheck ante la sanción del Código Penal Alemán del 12 de enero de 1968, remata su idea: “*Tan poca pena como sea necesaria; tanta ayuda social como sea posible*”¹⁸.

No obstante, con relación a los fundamentos terapéuticos curativos, en un estudio de campo local recientemente realizado se han señalado los reiterados fracasos cosechados en la implementación de las medidas de seguridad. Se concluyó, como no es de sorprender, que la internación no genera mejorías de los pacientes. Sólo se limita a separarlos de la sociedad, aislarlos y tornarlos incapaces. La indicación de evitar las internaciones es compartida en el mundo entero. Su prolongación acarrea una lamentable secuela discapacitante¹⁹. En el mismo sentido Tozzini expresa su preocupación por la aplicación empírica en la instrumentalización de los tratamientos curativos²⁰.

En definitiva, las medidas de seguridad tal como están planteadas en el art. 34 inc. 1º del Código Penal argentino²¹, han visto reiteradamente frustrados sus pretenidos fines terapéuticos y preventivos, convirtiéndose en verdaderas penas por tiempo indeterminado, con contenido eliminatorio segregacionista. No puede ocultarse en ello un grave exceso en la intervención del Estado sobre los derechos de sus habitantes.

¹⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes, op. cit., p. 656.

¹⁸ TERAN LOMAS, Roberto A. M., “La parte general...”, pp. 738 y 739.

¹⁹ ALBARRACIN, Marta y REPETTO, Martín, “Insania, inhabilitación e internación: resultado de un estudio de expedientes”, publicado en Revista LA LEY, Actualidad, 06 de abril de 1995.

²⁰ TOZZINI, Carlos A., “Donde mueren las palabras en materia de medidas de seguridad curativas”, en DOCTRINA PENAL. Teoría y Práctica en las ciencias penales, Revista trimestral, director Ricardo C. Núñez, Año 10, números 37 a 40, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1987, p. 521.

²¹ ART. 34 Código Penal argentino: “No son punibles: Inc. 1º. 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 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 que desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. En los demás casos en que se 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...”

I.C. Carácter aflictivo de la medida de seguridad

Entre nuestros autores, Núñez dice de la pena que es la “*pérdida impuesta a una persona como retribución del delito cometido*”²².

Lo cierto es que la medida de seguridad posee naturaleza jurídica de pena por compartir su carácter aflictivo, en cuanto resulta una reacción penal estatal de carácter coactivo frente a la comisión de un hecho típico antijurídico. De esta forma, reconocer que materialmente equivale a una sanción por su contenido aflictivo, sienta las bases para evitar el mencionado “*fraude de etiquetas*” que encubre la absoluta separación teórica de los contenidos de la pena y la medida de seguridad²³.

Quintero Olivares y Morales Prats sostienen que las medidas de seguridad en cuanto reacciones punitivas del Estado, sustitutivas o alternativas de la pena, según el régimen legal, constituyen castigos penales por tratarse de consecuencias jurídico-penales del hecho ilícito. Lo que conlleva el consiguiente carácter aflictivo y efecto restrictivo de derechos. Con esta afirmación, contestan a postura doctrinaria que mantiene que tras las medidas de seguridad no acontece un castigo, en términos penales²⁴.

La consecuencia inmediata de aseverar el carácter aflictivo de la medida de seguridad es que debe exigirse para su imposición las mismas garantías que rigen para la pena. Puesto que en definitiva, se trata también de una intervención coactiva y limitadora de derechos individuales.

En el caso del art. 34 inc. 1º, párrafo segundo, del Código Penal argentino que regula las medidas de seguridad previstas para incapaces psíquicos, veremos que ello no aparece tan claro. Sin embargo, en este trabajo se propone una interpretación plausible de esa norma a la luz del texto constitucional, tratando de hacer realidad el principio de igualdad entre imputables e inimputables. De todas maneras, adelanto mi postura contraria a la inclusión de las medidas de seguridad como herramienta del Derecho Penal.

²² NUÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina Omeba, 1960, tomo III, p. 346.

²³ TERRADILLOS BASOCO, Juan, “Pautas para...”, pp. 9/29; MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes, op. cit., p. 654; SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto, “Crítica a...”, pp. 208 y ss.

²⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín, “De las garantías penales y de la aplicación de la ley penal”, en AAVV, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo

De acuerdo a lo expresado, parece que no puede negarse con seriedad su carácter sancionatorio. Sin lugar a dudas constituyen verdaderos males que se causan al inimputable, quien debe sufrir serias restricciones en sus derechos. En muchos casos son tanto y más severas que las impuestas con las penas privativas de libertad, en desmedro del principio de igualdad²⁵.

Por caso, sostiene Roxin que esta afirmación es tan real que en el círculo de los delincuentes frecuentemente se teme más al internamiento o custodia de seguridad que a la pena²⁶, atento el carácter y entidad de los cercenamientos sufridos. En casos jurisprudenciales que más adelante se cita, también queda evidenciada esta desigual realidad.

Sin embargo, es habitual ver cierta tendencia en el Derecho Penal a exponer medidas de seguridad que constituyen verdaderas penas en detrimento del individuo, con el argumento de presentarlas en su beneficio y propio interés. Es el mencionado discurso del cambio de rótulos para esconder el verdadero contenido²⁷.

El mejor argumento de que la medida de seguridad tiene carácter de *sanción* es, como señala Agudelo Betancur, su imposición como efecto de la comisión por parte del inimputable de un hecho típico y antijurídico. No son *simples caridades*, porque si así lo fueran, dependerían de la libre aceptación o rechazo del sujeto pasivo. Evidentemente eso no ocurre²⁸.

De esta manera, no queda más que admitir que la medida de seguridad es la reacción del Estado en cuanto sanción, por la comisión de un hecho penalmente dañoso²⁹.

El carácter sancionatorio de la medida de seguridad se confirma una vez más, a través del cumplimiento de las garantías individuales por parte del Estado para hacer posible su imposición. En primer lugar, por la circunstancia de hallarse prescripta en una norma jurídica. Luego por el cumplimiento de la exigencia de que el hecho

(Director) MORALES PRATS, Fermín (Coordinador), Elcano (Navarra), 1996, se consulta edición de 2001, pp. 65/66.

²⁵ DE LA FUENTE, Javier Esteban, "Medidas de Seguridad para Inimputables", en AAVV, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia*, Año IV, Número 8ª, Buenos Aires, Edit. Ad-Hoc, 1998, pp. 290 y 291.

²⁶ ROXIN, Claus, op. cit., p. 104 y ss.

²⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes, op. cit., p. 511; SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto, "Crítica a...", p. 208 y en *Inimputabilidad...*, pp. 19, 163 y 170; DE LA FUENTE, Javier Esteban, op. cit., p. 291.

²⁸ AGUDELO BETANCUR, Nodier, *La inimputabilidad penal*, La Constitución, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994, pp. 111 y ss., citado por DE LA FUENTE, Javier Esteban, op. cit., pp. 293/294.

²⁹ SOLER, Sebastián se expresa acerca del carácter sancionatorio del Derecho Penal en su *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Edit. Tipográfica Editora Argentina, 1940, se cita 3ª reimpresión total de 1956, Tomo I, pp. 43/47. Sin embargo, al referirse a las medidas de seguridad, les niega tal carácter en el Tomo II, pp. 406 y ss.

descrito como contenido de una norma jurídica sea impuesto por una autoridad competente, de manera coactiva de ser necesario.

De acuerdo a la teoría general del derecho puede afirmarse que las sanciones reúnen las siguientes características:

a) Se trata de un *acto coercitivo*, en tanto acto de fuerza efectiva o latente. Caracteriza a la sanción la posibilidad concreta de aplicación por la fuerza, de ser preciso, resultando irrelevante la voluntad del sujeto pasivo en cuanto a su rechazo;

b) La sanción implica en su objeto la *privación de un bien personal*, consistiendo en la supresión o disminución del goce del mismo;

c) La sanción es impuesta por una *autoridad competente*. Ello le da el carácter de sanción legal, pues no basta con una restricción fáctica de un derecho, para hablar de la misma. El dictado a través de un órgano competente en ejercicio de sus atribuciones le otorga legalidad;

d) La sanción resulta consecuencia de un *acto humano*. Ello implica que la sanción es reacción estatal en respuesta a una actividad voluntaria del agente, lo cual significa en el caso concreto la posibilidad de haber podido omitir.

e) Finalmente, la sanción debe estar prevista legalmente antes del hecho, en cuanto implica amenaza de imposición de un mal por parte del Estado.

La enumeración de estas notas características determinan el carácter sancionatorio de una consecuencia jurídica³⁰.

Entonces, habiendo afirmado el carácter sancionatorio de la medida de seguridad, comparte con la pena los requisitos mínimos para su aplicación. Ellos son: I) Principio de *conducta o acto* (cuyo alcance puede discutirse a través del positivismo jurídico, del normativismo o el finalismo); II) Principio de legalidad (con sus garantías de reserva, tipicidad, irretroactividad y prohibición de analogía); III) Principio del *lesividad al bien jurídico* (en cuanto limitación del *ius puniendi*); IV) Principio de inocencia (como límite a las medidas de coerción, exclusión de la carga probatoria e *in dubio pro reo*); y V) Tutela judicial efectiva³¹. En el caso exclusivo de la pena, se agrega el ineludible requisito de *culpabilidad*.

Sabemos que la medida de seguridad no comparte el elemento de culpabilidad. Aquí aparece uno de los puntos conflictivos. La medida de seguridad no está limitada por la *culpabilidad* de su autor, que sí es límite y garantía de la pena.

³⁰ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto, *Inimputabilidad...* pp. 163/169; MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan, op. cit., p. 202.

Sin embargo, gran parte de la doctrina no lo percibe como un conflicto. Más bien por estar legitimada esta situación, se plantea duda acerca del rango constitucional de la *culpabilidad* como limitador de la pena, justamente por la existencia de las medidas de seguridad sin culpabilidad. Entonces, se salva la cuestión sustituyendo la *culpabilidad* por la *razonabilidad*. Lo cual ofrece mucho menos para la limitación de la intervención del Estado. Se admite que frente al inimputable el Derecho Penal actúa con mayor peso, precisamente por tener menos (o más diluidos) límites de actuación debido a la ausencia de culpabilidad³². Sin perjuicio de lo expuesto, puede argumentarse que otro criterio limitador está dado por el concepto de *peligrosidad criminal*. El mismo será abordado en el capítulo subsiguiente.

Ante lo expuesto, debo concluir que la medida de seguridad es en la práctica una reacción del Estado para proteger a la sociedad del ataque al bien jurídico que realiza el inimputable, exigiéndole un sacrificio personal en aras del bienestar general de la comunidad.

Ya decía Franz von Liszt que "*las medidas de seguridad son todos aquellos medios por los cuales se trata de obtener la adaptación del individuo a la sociedad (medidas educadoras o correccionales), o la eliminación de los inadaptados de la sociedad (medidas de protección de seguridad, en sentido estricto)*"³³.

Esta eliminación tan francamente propuesta en tiempos de von Liszt, entiendo que hoy subyace en cada fundamentación de las medidas de seguridad que se propone. En definitiva, la sociedad no está dispuesta a afrontar el riesgo que percibe le ofrece quien, sin comprenderlo ni poder dirigir sus acciones, comete un delito. Sin embargo, la idea de exclusión social, es hoy difícilmente sostenible dentro del programa constitucional de Estado de Derecho. Por ello se sigue buscando enmascarar la medida de seguridad en beneficio y curación del sujeto pasivo. Aunque, en realidad, tal como se halla legislada en el art. 34 inc. 1º, párrafo segundo, del Código Penal argentino, esconde una segregación de por vida para el incapaz psíquico. Concretamente, para hacer cesar la medida de internamiento no pocas veces se exige judicialmente la curación del enfermo, que en muchos casos nunca ocurrirá.

³¹ VERGARA LUQUE, José Antonio, *Imputabilidad e Inimputabilidad Penal*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001, pp. 105/124.

³² ROXIN, Claus, op. cit., pp.100, 103 y ss.

³³ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, 3ª edición de la traducción de la 20ª edición alemana, Madrid, T. III, pp.197/198, citado por BOTTERI, María Lucrecia y LABORDE, Daniel Mario en "Medidas de Seguridad Curativas en algunos supuestos del nuevo Derecho Penal Comparado", en Revista La Ley, Buenos Aires, diario del día 25 de junio de 2001, p. 1.

De esta manera, para proveer a la *defensa de la sociedad*, el hombre pasa a ser un instrumento en franco desmedro de su dignidad humana³⁴. Se reduce la dimensión constitucional de la persona a una “*cosificación*” inadmisibles. Todo lo cual debe generar un debate de la justificación de las medidas de seguridad penales y los límites de su aplicación y ejecución³⁵.

Otra arista conflictiva desde el punto de vista constitucional está dado por la dificultad para determinar la *peligrosidad criminal*. Sin embargo, se piensa que acotándola a su faz *criminal* se da un innegable paso a favor del inimputable. De todas formas, el Derecho Penal no tendría legitimidad de actuación sin la previa comisión de un delito. En el mismo sentido, de cara hacia el futuro, la conducta peligrosa a evitar debe ser también de comisión de delitos.

Entonces, la *peligrosidad criminal* que se predica de un sujeto, es probabilidad de que cometa un hecho delictivo en el futuro. Ello acarrea gran incertidumbre a las garantías individuales, pues lo único que puede constatarse es una *probabilidad*, no certeza. De allí el gráfico, por deliberadamente tautológico, dicho de Exner: “*el concepto de peligrosidad es un concepto peligroso*”. A lo cual agrega Castel que, justamente por ello, sólo pueden existir “*imputaciones de peligrosidad*”³⁶.

CAPITULO II

II. PELIGROSIDAD CRIMINAL COMO GARANTÍA

La necesidad de la conceptualización de la noción de *peligrosidad* se relaciona con la posibilidad de aplicación concreta de los elementos que se expresan. Las secuencias que se enuncien para precisar el concepto deben ser operativas. La elección es difícil, pues no se pueden construir, jurídica ni lógicamente, proposiciones verdaderas sobre conceptos relativos. De ahí que fundamentar la imposición de una medida de seguridad en una noción probable implica un riesgo de perder garantías individuales tuteladas por el Derecho Penal³⁷.

³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 884.

³⁵ HEGGLIN, María Florencia, “El internamiento de los enfermos mentales inimputables y la protección internacional de los derechos humanos”, en AAVV, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año V, N° 9-C, Buenos Aires, Edit. Ad-Hoc, 1999, pp. 273/331.

³⁶ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto, *Inimputabilidad...*, p. 138.

³⁷ RUBIO, Zulma L., “La peligrosidad y la adecuación de las Penas y las Medidas de Seguridad”, en *Revista JUS*, Revista Jurídica de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, Editora Platense, año 1973, Revista número 22, p. 134.

Cabe recordar que el sistema represivo argentino se apoya en el dualismo culpabilidad-peligrosidad: la primera como fundamento de la responsabilidad penal, y la segunda en cuanto parámetro de medición de la primera³⁸.

El código penal argentino tiene un sistema de criterio doble para la evaluación de la peligrosidad:

a) *criterio de peligrosidad legal*, en que la ley presume su existencia, y por ello la aplicación de la medida de seguridad resulta imperativa para el órgano judicial (art. 34, inc. 1º, párrafo tercero, del Código Penal); y

b) *criterio de apreciación judicial de la peligrosidad*, en que será materia de debate en proceso la existencia de peligrosidad que fundamente la imposición de la medida de seguridad (art. 34, inc. 1º, párrafo segundo, del Código Penal).

De todas maneras debe reconocerse que la *prueba de la peligrosidad criminal* de un sujeto como garantía frente al Estado sólo queda en buenas intenciones y el problema de fondo es la misma noción de peligrosidad. El estado peligroso del sujeto, en definitiva, es el padecer la enfermedad mental. Su determinación judicial en última instancia depende del sentido común del juez, quien en cuanto operador jurídico del sistema, está imbuido de la ideología dominante que justifica la imposición de este tipo de medidas. Ante lo cual, se desvanece en la práctica la diferencia entre *peligrosidad presunta* y *peligrosidad comprobada*, que se torna en un mero sofisma de distracción³⁹.

Cita Tozzini que Jiménez de Asúa entendía la peligrosidad como proclividad a la comisión de un nuevo hecho dañoso, en cuanto acción típica y antijurídica del inimputable. He ahí la diferencia con el positivismo italiano que veía la peligrosidad como síntoma aún de una grave e ineludible anormalidad sociobiológica, que generaba de esta manera, una respuesta defensiva de la sociedad⁴⁰.

Para la Escuela Positiva, en consonancia con un principio autónomo de *imputabilidad legal*, el único fundamento de la actividad penal del Estado era la *defensa social*. En virtud de ello, todo autor de un delito respondía por la sola circunstancia de haberlo cometido. Esta respuesta estatal indistintamente podía llamarse pena o medida de seguridad ya que entre ambas no había diferencias cualitativas (posición monis-

³⁸ NUÑEZ, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1960, p. 457.

³⁹ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto, "Crítica a...", p. 202 y ss.

⁴⁰ TOZZINI, Carlos A., "Art. 34 inc. 1º del Código Penal. Imputabilidad", en AAVV, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Art. 1/34. Parte General*, dirigido por BAIGUN, David, ZAFFARONI, Eugenio R. y TERRAGNI, Marco A, Buenos Aires, Edit. Hammurabi, 1997, p. 508.

ta). Ambas cumplían las siguientes exigencias, que se sintetizaban en: a) implicar la disminución de un bien jurídico; b) tener por presupuesto un delito y ser proporcionadas a la peligrosidad de su autor; c) tender a readaptar o neutralizar; d) de aplicación jurisdiccional⁴¹.

En esta cuestión cabe advertir uno de los problemas constitucionales de las medidas de seguridad tal como están previstas en la legislación argentina por ausencia de toda proporcionalidad con el hecho perpetrado. Pues no dependen, ni en su forma ni contenido, de la gravedad del ilícito cometido (aunque sí este sea su presupuesto), sino de una condición del autor en cuanto ser "*anormal*", menor, enfermo, habitual, que la ley denomina: "*peligrosidad*".

Esta desaparición de la sanción proporcionada al hecho se produce por el ingreso del concepto de *peligrosidad* del sujeto. Esta idea otorga una doble variable: por un lado se la utiliza como índice que señala cuándo es necesario para el Derecho Penal imponer una medida de seguridad. Además, funciona como único límite temporal a la medida impuesta.

En la actualidad, y con pretensiones de haberse superado etapas persecutorias ante hechos que no constituían delito, sólo se admiten las medidas de seguridad ante la "*peligrosidad postdelictual*", constatada posteriormente a la comisión de un hecho típico antijurídico⁴².

Sin embargo, esta aseveración que puede resultar más que evidente para algún sector, se desdibuja en la aplicación diaria de la realidad tribunalicia argentina, al admitirse la imposición de medida de seguridad de internamiento (la única prevista por el código penal argentino en su art. 34 inc. 1º) sin llegar a la certeza de la participación del sujeto inimputable en el injusto típico. Ocurre que, muchas veces, cuando el juez constata en el sujeto sometido a proceso la falta de comprensión de sus actos o la posibilidad de dirigirlos conforme a sentido, dicta un auto de sobreseimiento con el que finaliza la investigación penal, y dispone la medida de seguridad de internamiento por tiempo indeterminado. Ante ello, el procesado inimputable que sólo tenía en su contra un estado de sospecha en cuanto a la comisión del hecho ilícito investigado, ve definitivamente cerrada la posibilidad de discutir en juicio pleno la certeza de su participación en el hecho que prima facie se le enrostrara. Su estado de inocencia se transforma en *estado de culpabilidad* con un mero auto de sobreseimiento que cierra

⁴¹ SOLER, Sebastián, op. cit., tomo II, p. 457.

⁴² TERRADILLOS BASOCO, Juan, "Pautas para...", pp. 9/29.

la investigación penal sin llegar a la etapa de debate o juicio contradictorio, pero imponiéndole la medida de seguridad que lo priva de su libertad indefinidamente.

Para ilustración, se cita un caso de la Cámara Nacional de Apelaciones de Seguridad Social, Sala II, del 21 de febrero de 1995, (644; 38.993-S) en el que se observa cómo se admite tácitamente la imposición de medida de seguridad con el auto de sobreseimiento, sin haber llegado a la plena prueba de la participación del sujeto inimputable en la comisión del hecho típico. Se dijo: *“Por ser el sobreseimiento definitivo el pronunciamiento jurisdiccional que cierra definitivamente el proceso en cuanto al imputado a favor de quien se dicta, si bien equivale a una sentencia absolutoria, se diferencia de ésta en que puede dictarse antes que termine el juicio en su plenitud. Por lo tanto, la situación procesal del peticionante ha quedado debidamente configurada toda vez que ha sido sobreseído definitivamente -en orden al delito de homicidio calificado por el vínculo, por resultar inimputable al momento de la comisión del hecho (CP, art. 34 inc. 1 párr. 1º). No obsta a dicha afirmación el hecho de que el juez penal interviniente haya dispuesto la reclusión manicomial del enajenado como medida de seguridad (CP, art. 34 inc. 1 párr. 2º)”*⁴³.

La misma situación se da en la resolución de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala II, del 14 de octubre de 1975, en caso *“Paradiso, Horacio E.”*, admitiéndose la imposición por parte del juez penal de la medida de seguridad con auto de sobreseimiento: *“El procesado que ha sido declarado inimputable en el proceso penal y sobreseído definitivamente en la causa, continúa siendo parte en la misma y posee capacidad para actuar; lo primero mientras se decide si se le aplica o no una medida de seguridad y lo segundo porque la incapacidad por demencia sólo resulta de la declaración que en tal sentido efectúa el juez civil”*⁴⁴.

Con relación al diagnóstico de *peligrosidad criminal* que se predica de un sujeto, por el *principio de mínima intervención*, el Derecho Penal sólo está legitimado para actuar ante la probable futura comisión de un injusto típico. No basta entonces con la probabilidad de concreción de un daño social, porque el objeto del Derecho Penal no puede prever evitar la comisión de hechos antisociales, pues carece de legitimidad para ello. Su finalidad no es asistencial ni tutelar, atento su carácter de última ratio.

La norma del art. 34 inc. 1º, párrafo segundo, del Código Penal argentino requiere como fundamento de la imposición de la medida de seguridad al enajenado, y

⁴³ Publicado en El Derecho, tomo 168, p. 129; y LA LEY, año 1996, tomo E.

⁴⁴ Publicado en Record Lógico 91293, El Derecho en Disco Láser, (C) 1998 Albremática S.A.

presupuesto anterior conjuntamente con la comisión del hecho típico, el “*peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás*”.

En respeto a este requisito legal, la Cámara Federal de San Martín, Sala 11, el 1º de julio de 1994, caso “*M., A.*”, deja claramente sentado que no hay medida de seguridad penal que pueda imponerse si no se ha constatado la peligrosidad en su sujeto pasivo: “*No evidenciando el prevenido, cuya inimputabilidad se declara, signos de peligrosidad para sí o para terceros, no corresponde disponer ninguna medida de internación curativa*”⁴⁵.

En el mismo sentido resuelve la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VI, el 17 de octubre de 1990: “*Debe revocarse la decisión que impone una medida de seguridad si el informe médico descarta que el imputado sea peligroso para sí o para terceros y sólo corresponde dar intervención a la Justicia Civil*”⁴⁶.

La discusión doctrinaria ha girado acerca de si se trata o no de una *peligrosidad delictual* debido a la inclusión de la autolesión o el peligro de que la misma acontezca. Por caso, Soler, Laje Anaya y Núñez han sostenido que el peligro de daño no debe circunscribirse a una conducta estrictamente criminosa, sino que debe adoptarse un *criterio de peligro* que lo configure cualquier menoscabo hacia terceros por hechos futuros del inimputable⁴⁷.

Una posición intermedia sugiere que la autolesión se ha incluido en cuanto acción que pone en peligro bienes penalmente tutelados⁴⁸.

Sin embargo, entiendo que la interpretación correcta debe reducirse únicamente a la posibilidad de daño hacia terceros. Ello en consonancia con el *principio de lesividad*, según el cual ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, en cuanto afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo⁴⁹. Esto se relaciona con los fines del Derecho Penal que tiende a asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la comunidad, previniendo la comisión de delitos, en tanto comportamientos dañosos para los bienes jurídicos de terceros. Como además el Derecho Penal posee *carácter subsidiario*, no podrá emplearse para prevenir potenciales daños que se irroge un

⁴⁵ Publicado en Informática Jurídica Documento N° 1.25723, Jurisprudencia Argentina desde 1994; Jurisprudencia Argentina 1995, IV, síntesis.

⁴⁶ Publicado en El Derecho, tomo 139, p. 763

⁴⁷ SOLER, Sebastián, op. cit., tomo II, p. 411; LAJE ANAYA, Justo, “Presupuestos para aplicar las Medidas de seguridad contempladas en el art. 34 del Código Penal”, en Revista Jurisprudencia Argentina (JA), Doctrina, Buenos Aires, año 1969, pp. 256; NUÑEZ, Ricardo C., Tratado..., p. 560, y en La culpabilidad en el Código Penal, Buenos Aires, Depalma, 1946, p.47.

⁴⁸ DE LA RUA, Jorge, Código Penal Argentino. Parte General, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1972, se consulta edición de 1997, p. 475.

⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 121.

sujeto a sí mismo, que por definición nunca revestirán calidad de delictivos. Por lo expuesto, y siendo el Derecho Penal la reacción más violenta del ordenamiento jurídico, debe recurrirse a él en última instancia. Así, donde basten los medios del derecho civil, el Derecho Penal habrá de abstenerse⁵⁰.

Todo ello se encuentra directamente vinculado con el *principio de reserva* (art. 19 de la Constitución Nacional⁵¹) que impide la prohibición de aquellas conductas que no ofendan al orden o a la moral pública, esto es, que no perjudiquen a terceros. En este sentido, toda conducta del hombre que se dirija a sí mismo queda fuera del ámbito de las prohibiciones.

No puede olvidarse que extender la actuación del Derecho Penal a marcos de peligrosidad netamente social, no responde a los fines y límites del mismo. De esta manera, se respetan los principios de *última ratio* y carácter fragmentario del *ius puniendi*⁵². No es tarea del Derecho Penal el defender todo el universo axiológico, sino una cuestión de política social general que naturalmente le excede⁵³. Entonces la medida de seguridad sólo es legalmente admisible en cuanto implique una peligrosidad de futura recaída en el delito.

En este punto aparece otro problema constitucional. Se pretende que el concepto de *peligrosidad* implica una limitación al poder estatal de castigar. Sin embargo, el agente imputable tiene la garantía de exigir plena certeza en la prueba de la comisión de un delito que le sea atribuible, en cuanto hecho histórico pasado. En cambio quien resulta inimputable ve restringida su libertad por un mero *juicio de pronóstico futuro*. Puesto que por mucha justificación axiológica que se le haya pretendido dar, el concepto de peligrosidad no es más que eso.

Al respecto como simple *pronóstico* que encierra el juicio de peligrosidad carece de certeza, científicidad y seguridad jurídica. Bajo este rótulo, se encubre una mera intuición del juzgador, desprovisto de la posibilidad de verdadero control.

En este aspecto de la cuestión –peligrosidad de comisión de futuros hechos delictivos- es donde se filtran la mayor cantidad de arbitrariedades, por resultar conceptos absolutamente amplios e imprecisos. La falta de certeza referida en cuanto a la afirmación de probabilidad sobre la conducta futura del inimputable, hace que la pro-

⁵⁰ MARUM, Elizabeth A. y ARCE, Enrique A., "Internación Psiquiátrica y Derecho Penal", en *Nueva Doctrina Penal*, 1997/A, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, pp. 296/297.

⁵¹ ART. 19 C.N.: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al 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."

⁵² TERRADILLOS BASOCO, Juan, "Pautas para...", pp. 9/29

cedencia de la medida de seguridad conlleve siempre un elemento incierto. Esto trae aparejado la existencia de un porcentaje de imprecisión entre el diagnóstico de peligrosidad y la realidad.

De todo ello, surge una incontrastable y amarga realidad. Mientras el fracaso del pronóstico favorable al sujeto queda evidenciado por la comisión de nuevos hechos delictivos, el error de los pronósticos desfavorables que afirman la peligrosidad, queda siempre en la oscuridad. No hay forma de demostrar que quien estuvo internado durante años en un establecimiento no habría delinquido de haberse encontrado gozando de su libertad⁵⁴.

Otra realidad que se aprecia en el terreno de las medidas de seguridad está dada por la circunstancia de que en la práctica judicial argentina, muchas veces queda relegada la decisión del juez a la opinión de técnicos o especialistas de materias extrajurídicas. Debe descartarse la posibilidad de que la imposición y duración de las medidas quede en manos de los médicos⁵⁵. Son los casos en que el órgano jurisdiccional pide informes médicos, psiquiátricos y psicológicos, en búsqueda de una respuesta jurídica que evidentemente excede al órgano informante. Pues atento la indeterminación temporal de la previsión legal del art. 34 inc. 1º del Código Penal argentino, se delega exageradamente en las ciencias médicas la opinión acerca de la necesidad de aplicar y hacer cesar la medida de seguridad, cuestión que por ser netamente jurídica excede en mucho el marco de una pericia.

Sucede que el propio texto del art. 34 inc. 1º del Código Penal argentino, ha generado confusión interpretativa en cuanto a que el cese de la peligrosidad debe equipararse a la cura de la enfermedad. Por ello aparece la delegación apuntada del juez penal en la opinión médica. Más adelante, se citan fallos en los que ello ocurre.

Entonces, para acotar el riesgo inherente al *juicio de peligrosidad* se propone atender a dos elementos: el daño y su probabilidad. Son el bien jurídico que en principio se vería amenazado en el futuro, y las posibilidades concretas de que acontezca⁵⁶.

La doctrina ha planteado los inconvenientes que se suscitan según el mayor o menor valor que se otorgue a cada uno de estos factores. Por caso, si se sobrevalora la intensa probabilidad de que el hecho delictivo se produzca, independientemente de

⁵³ HEGGLIN, María Florencia, op. cit., p. 366.

⁵⁴ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto, "Crítica a...", p. 204 y ss.

⁵⁵ BOBBIO, Gustavo y GARCIA, Luis M., "Las personalidades psicopáticas y la imputabilidad penal", en *Revista LA LEY*, Buenos Aires, año 1986, tomo D, pp. 264/283.

⁵⁶ HEGGLIN, María Florencia, "¿Medidas de...", p. 367.

la gravedad del mismo, se correrá el riesgo de desoír principios de proporcionalidad y peligrosidad criminal aplicando un derecho de medidas que sólo prevé la reclusión ante una perturbación pequeña al bien jurídico protegido. En cambio, si los índices de probabilidad de que la peligrosidad criminal se concrete en un nuevo hecho típico son muy remotos, el desmedro sería de la certeza jurídica, pues rara vez se aplicarían medidas de seguridad. Sin embargo considero que esta segunda opción no resulta preocupante, ya que lo que debe resolverse es la pugna entre restringir la libertad de un individuo -atento la reclusión manicomial únicamente prevista en la ley argentina-, y su contracara es resolver un pronóstico delictivo que se muestra de remota concreción.

En este punto no debemos perder de vista que las investigaciones criminológicas han concluido que las enfermedades mentales no asumen estadísticamente un peso decisivo sobre la criminalidad reincidente, puesto que ésta no es mayor en términos porcentuales a la del resto de la población⁵⁷.

Como se ve, seguimos en el marco de las especulaciones de futuras y eventuales conductas del inimputable. Este pronóstico encubre un riesgo, ya que no se refiere a causalismo de leyes naturales cuyos efectos inexorablemente advendrán. En cambio, es un diagnóstico regido por la voluntad y las posibilidades de elección inherentes a la conducta humana.

Por lo visto, es innegable que el *juicio de peligrosidad* tiene un fundamento defensista para la colectividad. En cuanto a ello, debe denunciarse el *carácter utilitario* que se da al hombre, en desmedro de su *dignidad humana*. Pasa así a transformarse en instrumento que se sacrifica para la protección del resto de la sociedad⁵⁸. He aquí otro problema constitucional.

En definitiva, vemos que el concepto de *peligrosidad criminal* en tanto pronóstico de futura recaída en el delito, es un *juicio de probabilidad* que nada aporta como *garantía del individuo* frente al poder punitivo del Estado.

⁵⁷ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto, "Crítica a...", p. 201; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 885.

⁵⁸ DONNA, Edgardo Alberto, "Un fallo que respeta el principio de legalidad", en Revista Jurídica LA LEY, Buenos Aires, año 1995, tomo C, pp. 509/511.

CAPITULO III

III. LA RECLUSIÓN MANICOMIAL DEL ART. 34 INC. 1º DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

En nuestro país no existieron leyes que criminalizaran la mala vida o el estado peligroso sin delito. Sin embargo, la misma función fue cumplida por las penas contravencionales. En ellas, se mantiene el criterio de que las garantías deben acentuarse en directa relación a la magnitud del injusto. De esta manera, aparece el derecho contravencional como un derecho de “*segunda velocidad*”, en el cual las garantías del individuo se diluyen en función de la menor entidad de las sanciones a imponer, sin perjuicio de que entre ellas se encuentra la pena de arresto. Así, quien se vea acusado de un delito, obtendrá más fácilmente su libertad que un contraventor. Con el consiguiente conflicto de que por la materia legislada en las contravenciones o faltas, resultan una realidad cercana a mucho mayor número de población que la propia materia penal⁵⁹.

Esta circunstancia ya era materia de preocupación de Jofré casi un siglo atrás. Ante lo cual concluía que “*La policía, por lo arbitrario de sus poderes, constituye una seria amenaza de las garantías individuales*”⁶⁰.

En el sistema penal argentino, las medidas de seguridad para inimputables mayores de edad se encuentran legisladas en el art. 34 inc. 1º, párrafos segundo y tercero, del Código Penal.

III.A. Evolución legislativa. Antecedentes y Proyectos de la fórmula vigente.

Es interesante observar cómo se fue sucediendo la regulación de las medidas de seguridad en el territorio nacional a través de la ley y sus proyectos de reforma más importantes⁶¹.

A. PROYECTO TEJEDOR de 1884: Originariamente fue el Código Penal de la Provincia de Buenos Aires de 1884, que en forma mayoritaria adoptaron las provincias como ley local. Su Parte General data de 1865 y la Parte Especial de 1868. El 15 de noviembre de 1886 fue sancionado, con reformas, por el Congreso Nacional. Entró en vigencia el 1º de marzo de 1887. Prevé en su art. 147 *in fine*: “*Las personas nom-*

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., pp. 67 y 168.

⁶⁰ JOFRÉ, Tomás, *Manual de Procedimiento, Civil y Penal*, Buenos Aires, 1926, Tomo II, pp. 211/212.

⁶¹ Los antecedentes pueden consultarse en la obra de ZAFFARONI, Eugenio Raúl y ARNEDO, Miguel Alfredo, *Digesto de Codificación Penal Argentina*, AZ, Buenos Aires, 1996.

*bradas que cometan algún crimen, serán encerradas en algunas de las casas destinadas para los de su clase, o entregados a su familia, según lo estime el Juez conveniente...”*⁶². Con esta regulación Tejedor siguió el pensamiento de francés de la época que afirmaba que sería bárbaro castigar a un loco porque no entendería la razón ni los efectos. Sin embargo, había que proteger a la sociedad de sus ataques. Con ello se recordaba el principio de la Ley Romana: “*Furiosus furiore ipso puniter y diligentum qui custodiendo esse aut etiam vinculis coereendum*”⁶³.

B. PROYECTO VILLEGAS, UGARRIZA y GARCIA de 1881: Su art. 95 es similar al art. 147 del Proyecto Tejedor.

C. PROYECTO PIÑERO, RIVAROLA Y MATIENZO de 1891: Contiene en su art. 59 una regulación muy interesante porque recepta el principio de proporcionalidad estableciendo dos clases de medidas de seguridad según la gravedad del delito. Para los hechos más graves establece la reclusión manicomial del enajenado y para los menos graves una medida menos restrictiva, como la libertad con fianza de custodia. Este proyecto sólo tuvo dictamen favorable en la Cámara de Diputados, pero inspiró reformas posteriores⁶⁴.

D. PROYECTO SEGOVIA DE 1895: Mantiene el texto del Proyecto Piñero, aunque agrega al nuevo art. 15: “*...cualquier persona podrá solicitar la soltura y el Director del manicomio estará en estricta obligación de reclamarla cuando proceda...*”

E. PROYECTO DE 1906: Regula la reclusión manicomial tal como se encuentra legislada hoy en día, a diferencia de resultar imperativa para el magistrado⁶⁵.

F. PROYECTO DE 1917: Mantiene la redacción del art. 41 del Proyecto de 1906, agregando “*la reclusión en establecimiento adecuado*”. Prescribe que “*En los*

⁶² Consagró una fórmula biológico-psicológica en cuanto eran irresponsables “los furiosos y en general todos los que hayan perdido el uso de su inteligencia y cometen un crimen en ese estado”. En su Art. 81 inc. 1º disponía la inimputabilidad del “que ha cometido el hecho en estado de locura, sonambulismo, imbecilidad absoluta o beodez completa e involuntaria y generalmente, siempre que el acto haya sido resuelto y consumado en una perturbación cualquiera de los sentimientos o de la inteligencia, no imputable al agente y durante el cual éste no haya tenido conciencia de dicho acto o de su criminalidad”.

⁶³ DE LA FUENTE, Javier Esteban, op. cit., p. 293.

⁶⁴ Proyecto Piñero, Rivarola y Matienzo de 1891. El art. 59 establecía la exención de responsabilidad criminal para: “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 aliendados 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 pena diferente de las mencionadas, el agente será puesto en libertad bajo fianza de custodia, que garantice su buena conducta ulterior, observándose mientras esa fianza no se prestare, lo dispuesto en el párrafo precedente.”

⁶⁵ Proyecto de 1906. 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 Minis-

demás casos en que se absolviere a un procesado por las causas procesales del presente inciso el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que lo hicieron peligroso”.

G. CODIGO PENAL ARGENTINO DE 1921 –hoy vigente-: Tiene idéntica regulación al Proyecto de 1917, con la salvedad de otorgar a la reclusión manicomial un carácter facultativo para el Juez, sustituyendo “ordenará” por “podrá ordenar”.

H. PROYECTO DE 1924, 1926, 1928 y 1932: Pretenden incorporar el “estado peligroso”. El Proyecto del año 1926 declara inimputable al enajenado y al que “se halla en situación de inconsciencia”.

I. PROYECTO COLL-GOMEZ de 1937: Es un proyecto de corte positivista, en el que la medida de seguridad resulta una verdadera pena por tiempo indeterminado hasta la desaparición de la peligrosidad. Los términos son mayores que las penas para imputables en caso de inimputabilidad producida por “...grave anomalía psíquica que no importe alienación, o en un estado de intoxicación crónica producida por alcohol o el uso de drogas o estupefacientes...” (art. 64)⁶⁶.

J. PROYECTO PECO de 1941: Considera a las medidas de seguridad como “sanciones curativas”. El art. 39 las enumera y el art. 30 adopta el “trastorno mental transitorio”, distinguiendo al que no es “patológico” (art. 26) del que reviste ese carácter, previendo para este último medidas de seguridad por tiempo indeterminado⁶⁷.

terio Público y previo dictamen de peritos, que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás”.

⁶⁶ Proyecto Coll-Gómez de 1937. Art. 62: “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 los 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 máximo de la sanción estatuida para el delito, ni el menor de tres años, si dicho máximo fuera inferior a este término. Si la sanción fuere la reclusión perpetua se impondrá esta. 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 que corresponda”. Art. 50: “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”.

⁶⁷ Proyecto Peco. 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

K. PROYECTO DE 1951: Continúa con la concepción de la medida de seguridad como “*sanción por tiempo indeterminado en un manicomio judicial o sección especial de un establecimiento carcelario*” (art. 50). Contempla idéntica medida en su art. 51 para los casos de trastorno mental transitorio⁶⁸.

L. PROYECTO LEVENE, MALDONADO y LAPLAZA DE 1953: Establece la medida de seguridad por tiempo indeterminado para el inimputable peligroso, con finalidad de curación y reeducación social. La posibilidad de cese es revisable cada dos años a petición de parte o de oficio en cualquier momento⁶⁹.

M. PROYECTOS DE 1960, 1973 y 1979: Siguen línea similar al anterior en cuanto a que la imposición de medida la medida de seguridad es facultativa para el juez, y por tiempo indeterminado según el requerimiento de seguridad del caso. Cada dos años el tribunal debe expedirse acerca de su continuación o cese⁷⁰.

N. PROYECTO DE 1974: Prevé en su art. 5 inc. 2º que no es punible “*el que en el momento del hecho no hubiera podido comprender su criminalidad o dirigir sus acciones, sea por insuficiencia de sus facultades, por alteración de las mismas o por grave perturbación de la conciencia que no le fuera imputable*”. Terán Lomas criticó que sacaran el adjetivo “*morbosa*” a la perturbación de conciencia porque le quitaba todo carácter biológico, con lo cual podía entrar una perturbación por odio, amor, miedo, gripe, fatiga, lo cual le daba un carácter psicológico⁷¹.

Ñ. PROYECTO DE 1975: Por las críticas al Proyecto de 1974, el del año 1975 vuelve a las alteraciones “*morbosas*” e introduce una cuarta causal de inimputa-

el tiempo indeterminado. La medida curativa cesará judicialmente, con audiencia del Ministerio Público, previo dictamen de peritos oficiales, cuando el enfermo no sea peligros para sí ni para terceros.”

⁶⁸ Proyecto de 1951. 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*”.

⁶⁹ Proyecto Levene, Maldonado y Laplaza de 1953: “*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...*”

⁷⁰ Proyectos de 1960, 1973 y 1979: “*Cuando el imputado sea absuelto por la causal establecida por el art. 24, el tribunal podrá ordenar, previo dictamen de peritos, la internación del agente en un establecimiento adecuado, si por causa de su estado existe peligro de que el sujeto se dañe a sí mismo o dañe a los demás. Esta internación se prolongará durante 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*”. Sobre la inimputabilidad prevista en el art. 24, Soler opinó que la alteración morbosa podía ser permanente o transitoria, lo importante era que en el momento del hecho hubiera producido alguno de los efectos requeridos.

⁷¹ TERAN LOMAS, Roberto A. M., “La proyectada reforma de la parte general del Código Penal. Primera Parte”, en *Revista Jurisprudencia Argentina*, año 1975, pp. 533/539; TERAN LOMAS, Roberto A. M., “Notas complementarias sobre el proyecto de reformas a la parte general del Código Penal (1974-1975)”, en *Revista Jurisprudencia Argentina*, año 1976, Buenos Aires, Tomo I, pp. 645/650.

bilidad: “*u otra grave anormalidad psíquica*” (art. 45 y 47). La imposición de la medida de seguridad es facultad judicial, su duración temporal es indeterminada, pero el juez debe fundamentar periódicamente su mantenimiento. Tiene previsto un régimen de externación para el caso en que el juez estime que la internación no fuera necesaria en el caso concreto⁷².

III.B. Fórmula legal de la medida de reclusión manicomial prevista en el art. 34 inc. 1º del Código Penal argentino

El Código Penal argentino, bajo el Título V de “*Imputabilidad*”, en su redacción original, hoy vigente (Ley 11.179 del 29 de octubre del año 1921), sostiene:

“ART. 34: No son punibles: 1º. 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 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 absolviera a un procesado por las causas 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.”

Como puede apreciarse de la simple lectura, la ley argentina tiene prevista una verdadera pena por tiempo indeterminado para el inimputable mayor de edad que es absuelto por la falta de comprensión y dirección de sus actos al momento de cometer un delito.

⁷² Proyecto de 1975. Art. 45: “...podrá ser internado en un establecimiento psiquiátrico de curación y cuidado mientras existiera peligro de que se dañe 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 medie, al respecto, una petición fundada”. Art. 47: “Si la internación no fuera necesaria, el juez podrá reemplazarla por un régimen de externación

Entiende Bacigalupo que el Derecho Penal argentino que hoy rige desde el año 1921 contempla un sistema de sanciones penales con fundamento neto en la *defensa social*, en cuyo entendimiento la pena debe servir para el aislamiento y supresión social del autor peligroso. Este criterio rector sirve tanto para las penas como para las medidas de seguridad⁷³.

El contenido del art. 34 inc. 1º del Código Penal resulta altamente preocupante porque atento el desarrollo actual del Derecho Penal, choca con la dimensión constitucional del hombre y sus derechos personalísimos.

Se ha señalado cómo el positivismo italiano a través de la *peligrosidad predelictual o sine delicto* tenía una consideración unitaria de la sanción. Debía buscarse la *defensa social* frente al “*distinto*”. Este rasgo de la personalidad (alienado, bebedor, vago, mendigo, prostituta, drogadicto) debía ser neutralizado y corregido. Para ello, el juez contaba con una pena *indeterminada*, en cuanto a su clase y duración, que se administraba en cada caso en función del personal pronóstico y tratamiento⁷⁴. Esta corriente fue explícita en la exteriorización de su ideología.

Resulta que en la redacción vigente del Código Penal argentino, contamos con la misma herramienta de control social desde el Estado en el ejercicio del *ius puniendi*, excediendo todo límite formal al efecto. Todo lo cual denota que interesa sostener este tipo de respuesta totalitaria para enfrentar al “*distinto*” que cometió un delito, más allá de un moderno programa constitucional con valores de un Estado democrático de Derecho.

El fundamento de las diversas medidas de seguridad previstas en el derecho argentino parece inocuo: “*poner al individuo en situación de no cometer nuevos hechos dañosos, mediante distintas medidas de seguridad que tienen, también diferentes teleologías*”⁷⁵.

Al servicio de este argumento aparece el abanico de medidas de seguridad posible de aplicar en el derecho argentino, de acuerdo a la finalidad perseguida: *correcional*, busca la enmienda del sujeto (casos de drogadicción, Ley 23.737); *educativa*, tiende a formar su personalidad (aplicables a menores, Ley 22.278); *curativa*, conlleva fines terapéuticos (para inimputables, art. 34 inc. 1º del Código Penal); y *eliminadora*, busca la segregación social, temporal o definitiva, del sujeto difícilmente corregible o,

bajo control del juez de ejecución y con reserva de internación. Esta medida sólo se dispondrá previo dictamen pericial”

⁷³ BACIGALUPO, Enrique, “Reflexiones sobre la reforma del sistema de reacciones penales ejemplificadas en el derecho penal argentino”, en *Nuevo Pensamiento Penal*, año 6, 1977, p. 3.

⁷⁴ TOZZINI, Carlos A., “Art. 34...”, pp. 508/509.

directamente, incorregible a toda enmienda a través de la pena (como ocurre con los multirreincidentes de los art. 52 y 53 del Código Penal⁷⁶). Zaffaroni denomina a estas última “*penas neutralizantes irracionales*”⁷⁷. Con la lectura del articulado pertinente, no es difícil adivinar el motivo.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en caso “*N. s/ Conmutación*” del 7 de mayo de 1985 (BA B561 0) se adscribe a esta división de las medidas de seguridad en el derecho argentino. Sienta su posición en cuanto al fundamento curativo que a su entender reviste la medida de seguridad del art. 34 inc. 1º del Código Penal. Lo marca como nota diferencial con respecto a la pena: “*En nuestro derecho existe una "zona común" en la cual se confunden las penas y las medidas de seguridad, pasando estas últimas a revestir el carácter de aquellas, debiendo distinguirse: a) la reclusión contemplada en el art.34 inc. 1, párrafos 2 y 3 del C.P. de carácter "curativo" b) las medidas "educativas" previstas en el decreto-ley 22278/80, para menores y jóvenes adultos y c) la reclusión por tiempo indeterminado del art.52 del C.P., cuya índole "retributiva" prevalece en ella como en cualquiera de las penas que enumera el art.5 de este Código*”⁷⁸.

En definitiva, el art. 34 inc. 1º del Código Penal es el texto que se encuentra vigente en el derecho argentino en cuanto a medidas de seguridad penal para inimputables mayores de edad. Luego de analizarlo, se intentará una interpretación posible en consonancia con el programa constitucional.

⁷⁵ TOZZINI, Carlos A., “Art. 34...”, p. 509.

⁷⁶ Código Penal argentino: Art.52: “*Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado, como accesoria de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores: 1º. Cuatro penas privativas de libertad, siendo una de ellas mayor de tres años. 2º. Cinco penas privativas de libertad, de tres años o menores. Los tribunales podrán, por única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoria, fundando expresamente su decisión en la forma prevista en el artículo 26*”. Art.53: “*En los casos del artículo anterior, transcurridos cinco años del cumplimiento de la reclusión accesoria, el tribunal que hubiera dictado la última condena o impuesto la pena única estará facultado para otorgarle la libertad condicional, previo informe de la autoridad penitenciaria, en las condiciones compromisorias previstas en el artículo 13, y siempre que el condenado hubiera mantenido buena conducta, demostrando aptitud y hábito para el trabajo, y demás actitudes que permitan suponer verosímelmente que no constituirá un peligro para la sociedad. Transcurridos cinco años de obtenida la libertad condicional, el condenado podrá solicitar su libertad definitiva al tribunal que la concedió, el que decidirá según sea el resultado obtenido en el período de prueba y previo informe del patronato, institución o persona digna de confianza, a cuyo cargo haya estado el control de la actividad del liberado. Los condenados con la reclusión accesoria por tiempo indeterminado deberán cumplirla en establecimientos federales. La violación por parte del liberado de cualquiera de las condiciones establecidas en el artículo 13, podrá determinar la revocatoria del beneficio acordado y su reintegro al régimen carcelario anterior. Después de transcurrido cinco años de su reintegro al régimen carcelario podrá en los casos de los incisos 1, 2, 3 y 5 del artículo 13, solicitar nuevamente su libertad condicional*”.

⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 66.

⁷⁸ Ministros votantes: Rodríguez Villar, Ghione, Mercader, San Martín, Negri, Salas, Cavagna Martínez, Vivanco. Este criterio fue reiterado el 28 de noviembre de 1986, en “*M. E. O. y. o. s/ Robo*”, votantes: Ghione, Rodríguez Villar, San Martín, Mercader, Salas, Negri, Vivanco, Cavagna Martínez.

Como se observa, el art. 34 inc. 1º en su segundo párrafo del Código Penal prevé una medida de seguridad de *reclusión manicomial* para el enajenado mental. Ella es potestativa para el juez e implica dos presupuestos: la constatación de un hecho típico antijurídico en cabeza del sujeto inimputable y la existencia de un peligro de que el autor se dañe a sí mismo o a los demás. Su duración es absolutamente indeterminada en el tiempo y su cesación depende en exclusividad de la desaparición de ese peligro genérico de daño que motivara el internamiento. La norma incursiona en cuestiones procesales para disponer el cese.

En segundo término, el párrafo tercero del art. 34 inc. 1º del Código Penal dispone la medida de *reclusión en establecimientos especiales* para “*los demás casos*” de absolución por inimputabilidad. Ello ha generado no pocas discusiones dogmáticas, ya que el nombrado inciso refiere casos de no punición por estados de inconsciencia, error e ignorancia⁷⁹. Soler explica que esta medida de seguridad, por su naturaleza, sólo podría aplicarse de *lege lata* a los casos de inconsciencia, dentro de los cuales se comprende la ebriedad y toxicomanía⁸⁰. También esta medida de seguridad, que se menciona a título ilustrativo por exceder el marco de este trabajo, es de duración indeterminada y cesa al desaparecer las condiciones que hicieran peligroso al sujeto.

Del texto legal se desprende la finalidad preventivo especial, toda vez que prevé que la medida a imponer cesará *cuando desaparezca el peligro* de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. Conforme a ello, el propósito sería por un lado la protección del propio sujeto y, por el otro, del resto de la comunidad. En este sentido, se hace funcionar la *prevención especial* como *resocialización* (tratamiento) y como *aseguramiento* de la sociedad (efecto de separación).

Con respecto al tratamiento que debe darse al sujeto internado, el mismo resulta imperativo para el Estado, en consecuencia con el reconocimiento constitucional de la dignidad humana. No resulta compatible con tal principio el mero encierro a la espera del transcurso del tiempo para la desaparición de la peligrosidad o inocuización del individuo.

Con lo hasta aquí apuntado, vemos cuáles son los problemas que la norma presenta. El primero, es que la única medida prevista legalmente es la reclusión, consistente en la privación de libertad del sujeto pasivo. No se cuenta con otras posibili-

⁷⁹ Eusebio GOMEZ en su *Tratado de Derecho Penal* (tomo 1, p. 131) entiende que la generalidad de los términos de la ley no permite excluir de la medida al que cometió el “delito” por error o ignorancia. Sin embargo, critica por absurda la norma legal.

⁸⁰ SOLER, Sebastián, op. cit., tomo II, p. 442.

dades de medidas de seguridad menos gravosas, tal como ocurre con la pena⁸¹. En consonancia, no hay proporcionalidad posible entre la restricción de derechos que sufre el inimputable y la lesividad causada con su hecho.

Tampoco existe en la norma exacta previsión de que la peligrosidad a combatir sea estrictamente *peligrosidad criminal*. Ante ello, el Derecho Penal estaría interviniendo excediendo su propia legitimación de constatación de comisión de hecho típico, por la mera posibilidad de conflicto social, que puede generar la *peligrosidad social*, sin llegar nunca a la órbita del Derecho Penal.

Además, no existe tiempo máximo previsto legalmente para mantener el encierro del inimputable. Así aparece una indudable desigualdad de trato con el sujeto imputable que comete el mismo hecho. Tampoco hay atisbo de proporcionalidad entre la entidad del hecho cometido más, los que probablemente el sujeto pasivo pudiera cometer en el futuro, y la privación de libertad que se le impondrá.

Acerca del *cese del peligro de que se dañe a sí mismo o a terceros* necesario legalmente para poner fin a la medida de seguridad, es un concepto vago y de difícil constatación, que vulnera el mandato de legalidad y máxima determinación de la conminación de la sanción penal. Ya vimos que el texto legal admite indeterminación temporal en la duración de la medida de seguridad y que no exige, estrictamente, futura comisión de delito.

De esta manera, el concepto de “*cese del peligro*” es aún más grave. Máxime si se tiene en cuenta que muchas veces la jurisprudencia –como se verá más adelante en voto del doctor Tozzini de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, del 22 de mayo de 1990- exige la desaparición de la enfermedad para disponer el cese de la medida, equiparando como conceptos equivalentes “*enfermedad*” y “*peligrosidad*”. Este error conceptual genera la injusticia de que el juez penal espera una cura para cesar su intervención. Cuando, en el mismo caso, la medicina tal vez aún no ha hallado remedio para esa enfermedad.

Tampoco puede perderse de vista que si bien la reclusión manicomial prevista para el incapaz psíquico es de aplicación facultativa para el órgano judicial, y según el texto legal, la reclusión que debe aplicarse “*en los demás casos*” no lo es. Como se apuntó, el juez debería encerrar indefinidamente a quienes absolviera por haber obrado en estado de inconsciencia, como la ebriedad o toxicomanía, y al ejecutor del he-

⁸¹ Art. 5 Código Penal argentino: “Las penas que este código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación”.

cho típico por error o ignorancia. Se descuenta que sería absolutamente irracional aplicar una medida de seguridad para circunstancias de absolución por error o ignorancia, pero la letra de la ley trae confusión al respecto.

CAPITULO IV

IV TENSIÓN CONSTITUCIONAL EN LA RECLUSIÓN MANICOMIAL DE LOS INIMPUTABLES

En el presente título se abordará lo relativo a la regulación de las medidas de seguridad para inimputables que prevé el art. 34 inc. 1º del Código Penal argentino, en tanto aparece en tensión con ciertas garantías constitucionales. Concretamente se genera conflicto con los principios de legalidad, igualdad ante la ley, proporcionalidad y dignidad humana y la necesidad de mínima intervención del Derecho Penal. Ello en función de la indeterminación temporal de las medidas de seguridad, pues es la reclusión la única medida de seguridad tipificada para cualquier entidad de lesión al bien jurídico. Asimismo, es cuestionable la diferencia de respuesta del sistema penal ante la absolución del sujeto inimputable y la condena de quien resulta imputable.

Para ello, no debemos perder de vista que el objetivo fundamental de la ingeniería constitucional –como señala Ekmekdjian- es garantizar el espacio de libertad del individuo, buscando permanentemente limitaciones al poder para evitar que éste la avasalle⁸².

IV.A. Principio de Legalidad

El principio de legalidad formal exige la construcción del tipo normativo de ley penal constitucional, fuera del cual toda otra ley penal será ilícita. Entonces, sólo la comisión de una conducta definida como delito por la ley penal puede dar lugar a una reacción jurídico penal. Este principio está consagrado constitucionalmente en la República Argentina en los art. 18⁸³ y art. 19 de la Constitución Nacional. Y desde la re-

⁸² EKMEKDJIAN, Miguel Angel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1993, Tomo I, p. 32.

⁸³ Art. 18 de 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..."

forma del año 1994, a través del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional⁸⁴, por la incorporación de los art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Rica (CA)⁸⁵, y art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (P.I.D.C.P.)⁸⁶.

La indicación de que ningún habitante de la Nación puede ser “*penado*” sin juicio previo fundado en *ley anterior al hecho del proceso* se refiere a que no puede ser objeto de la actividad punitiva del Estado. Ella comprende tanto imposición de penas propiamente dichas, como medidas de seguridad, que desde el capítulo I de este trabajo se han asimilado en cuanto a su carácter afflictivo. Por ende debe exigirse las mismas garantías para su imposición.

En este sentido el principio de legalidad debe regir para ambas consecuencias penales. En el ámbito penal fue precisado por Feuerbach, en la expresión *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* y *nullum crimen sien poena legale*.

La contracara de la legalidad penal es el *principio de reserva* consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional. Ambos son manifestaciones de la misma garantía de legalidad que se fundamenta en requerimiento de racionalidad en el ejercicio del

⁸⁴ ART. 75 C.N.: “Corresponde al Congreso... inc. 22: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”

⁸⁵ Art. 9 de Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Rica. Principio de legalidad y de retroactividad: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

⁸⁶ Art. 9 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. 4. Toda persona que sea privada de su libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.”

poder, emergente del principio republicano de gobierno (art. 1º de la Constitución Nacional⁸⁷).

La única fuente productora de ley penal en el sistema argentino son los órganos constitucionalmente habilitados. La única ley penal es la ley formal de ellos emanada, conforme el procedimiento establecido por la propia Constitución. Esta garantía debe entenderse de *buena fe*. Un tipo penal no es una herramienta para que el poder sorprenda a sus habitantes con su arbitrariedad.

La materia penal queda excluida de los llamados *decretos de necesidad y urgencia* que dicta el Poder Ejecutivo Nacional (art. 99 inc. 3º de la Constitución Nacional⁸⁸). Pero la Constitución Nacional ni siquiera acepta que sean leyes constitucionales las formales que no tengan estructura penal, en cuanto no presupongan un conflicto criminalizado. Toda ley que imponga pena sin presuponer delito es inconstitucional, pues le falta el *hecho del proceso*. De allí que no podría admitirse medida de seguridad *predelictual*.

El *principio de legalidad* se asienta en una doble fundamentación: el *fundamento político democrático–representativo*, en cuanto expresión de la idea de libertad y del Estado de Derecho, con derivaciones de exigencia de la ley formal y de seguridad jurídica; y un *fundamento de política criminal* de carácter netamente penal, que se asienta en la función social de la norma y sanción penal.

El fundamento *político democrático–representativo* se establece en la división republicana de poderes, en el poder legislativo en tanto representación de la voluntad popular por el voto democrático representativo. Lo cual excluye como fuentes de Derecho Penal a la costumbre, la aplicación analógica de leyes, y la interpretación extensiva, ya que ello implicaría imposición de pena a una conducta no prevista por ley⁸⁹.

⁸⁷ ART. 1º C.N. "La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según lo establece la presente Constitución".

⁸⁸ Art. 99 C.N. "El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones... 3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trata de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso..."

⁸⁹ ARROYO ZAPATERO, Luis, "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 3, Número 8, mayo - agosto del año 1983, Madrid, pp. 12/14.

Sin embargo, esta argumentación no agota el *principio de legalidad penal*, pues existe un *fundamento de política criminal*, que Feuerbach asentó en su denominada *teoría de la coacción psicológica* –hoy llamada *Función de motivación de la norma*–, en cuanto sólo una amenaza penal establecida por ley con antelación al hecho es idónea para frenar los impulsos tendientes a su comisión y capaz de actuar en prevención general de delitos. El efecto primordial de este argumento es la prohibición de dotar a la ley penal de efectos retroactivos (principio de irretroactividad) y la exigencia de que las prohibiciones penales se establezcan con la máxima precisión (principio de determinación)⁹⁰.

Este fundamento político criminal del principio de legalidad tiene su importancia al constatar que no resultaría viable derivar la prohibición de retroactividad de la ley penal no favorable del argumento democrático representativo esbozado. Pues el legislador, aún sin desmedro de la exigencia de certeza o taxatividad, puede hallar motivos de razonabilidad que aconsejen integrar elementos de normas penales en forma retroactiva, tal como ocurre en otras ramas del ordenamiento jurídico.

De todas maneras, el Profesor Arroyo Zapatero, entiende que aunque no haya una expresa consagración constitucional del principio de irretroactividad penal, su inconstitucionalidad sería perfectamente sostenible a partir de que *“la aplicación retroactiva de una ley penal resultaría irracional y arbitraria, y la Constitución prohíbe la arbitrariedad a los poderes públicos”*⁹¹.

De lo dicho se desprende la ultraactividad de la ley penal más favorable al reo. Lo cual generará que si la nueva ley es favorable al inculcado, deberá aplicarse retroactivamente. En cambio, si le es desfavorable, seguirá aplicándose la antigua ley, en forma ultraactiva, para los hechos cometidos con anterioridad al cese de su vigencia. La ultraactividad supone un caso aún no juzgado definitivamente, pues de lo contrario, ya se habría aplicado precisamente la ley anterior favorable. En cambio, la retroactividad se aplica a hechos juzgados o pendientes de juicio. Pues en el primer caso se modifica la sentencia, y en el segundo se la dicta conforme a las nueva norma más benigna. En definitiva, tanto el *favor rei* como el *favor libertatis* son cánones constitucionales y legales que determinan *retroactividad* o *irretroactividad*, según el caso y de acuerdo a las pautas expuestas⁹².

⁹⁰ ARROYO ZAPATERO, Luis, “Principio de legalidad...”, p. 14.

⁹¹ ARROYO ZAPATERO, Luis, “Principio de legalidad...”, p. 17.

⁹² FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho Penal Fundamental*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis S.A., 1998, pp. 124/125.

En el derecho argentino, el imperativo de aplicación de la ley penal más benigna se encuentra previsto en el art. 2º del Código Penal⁹³). En este sentido también debe aplicarse al derecho de medidas de seguridad, debiendo hacerse cesar toda medida de seguridad en cumplimiento si con posterioridad a su imposición se desincrimina la conducta delictiva que la fundamenta⁹⁴. Pues por razones político criminales, el Estado ha tomado la decisión de no perseguir más dicho delito. Ante lo cual cesarán tanto las condenas que en virtud de aquella conducta se hubieran impuesto, así como las medidas de seguridad a que ese delito hubiera dado lugar.

Este criterio fue seguido en el siguiente fallo del Juzgado Nacional de Ejecución Penal, del 2 de mayo de 1995, caso “L., G. J.”, denotando un fiel respeto al principio de legalidad, en tanto se procede al levantamiento de la medida de seguridad impuesta por haberse desincriminado, mientras aquella se cumplía, el delito que fuera presu- puesto de su imposición: *“Corresponde dejar sin efecto la medida de seguridad de internación, si el delito por el que tomó intervención el juez de instrucción que la dispuso fue desincriminado por ley posterior... Mantener la medida de seguridad de internación impuesta al imputado en base a un estado peligroso sin delito –en virtud de la desincriminación del desacato- es inadmisibles, puesto que una legislación penal sin delito sería contraria al principio de legalidad penal... A fin de evaluar la procedencia de mantener la internación dispuesta por el juez de instrucción, corresponde tener en cuenta la ley penal más benigna, ya que sin hecho delictivo no existe la posibilidad de imponer medidas cautelares”*⁹⁵.

Con relación a la prueba de la participación en el hecho típico y antijurídico del sujeto inimputable, debe realizarse con todas las garantías del debido proceso legal del que goza la persona “sana”, en pleno resguardo del estado constitucional de inocencia.

Esta aseveración parece remanida e innecesaria. Sin embargo vemos en el derecho de medidas de seguridad argentino que no siempre ello ocurre. Se da más de lo tolerable en la jurisprudencia local que ante la constatación de la enfermedad mental se dicta un auto de sobreseimiento en el que se impone la medida de reclusión por tiempo indeterminado (léase de por vida). En esos casos, el sujeto pasivo de la medi-

⁹³ Art. 2 Código Penal argentino: *“Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho”*.

⁹⁴ DE LA FUENTE, Javier Esteban, op. cit., pp. 314/315.

⁹⁵ Publicado en Revista LA LEY, tomo 1995-C, pp. 509/511.

da no tuvo acceso a un juicio previo, en pleno ejercicio del contradictorio. No sólo para discutir el juicio de peligrosidad criminal en cuanto probabilidad futura de comisión de un hecho delictivo. Tampoco pudo discutir y probar ampliamente su participación, partiendo del estado de inocencia, en el hecho criminoso pasado que debe ser presupuesto de la medida de seguridad y del cual debe exigirse constitucionalmente grado de certeza.

Se torna muy elemental predicar esta necesidad del grado de certeza en cuanto a la participación del sujeto en el hecho ilícito para imponer una sentencia condenatoria. Sin embargo, frente al inimputable, en caso de llegar al estadio de sentencia, la misma resulta “*absolutoria*”. Entonces, la circunstancia de ir seguida de una medida de seguridad que dispone la reclusión manicomial del sujeto enfermo aparece como cuestión menor.

Lo expuesto se explica porque bajo el discurso de resultar en propio beneficio del “*enfermo*”, los recaudos de plena prueba de autoría, declaración de certeza de participación, y amplio debate contradictorio no parecen ser necesarios.

Entonces, advertida esta irregularidad constitucional, para dictarse una sentencia que imponga una medida de seguridad, aunque la ley no lo diga expresamente, debe contarse con los mismos elementos de cargo, luego de un debido proceso legal, requeridos para el dictado de la sentencia condenatoria del sujeto responsable⁹⁶.

Por lo dicho, resulta inconstitucional por vulneración al principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) la imposición definitiva de una medida de seguridad en la etapa instructoria del proceso con el dictado de un sobreseimiento que, habiendo constatado la enfermedad mental, cierra de este modo el proceso penal.

De lo contrario, en los hechos estaríamos frente a la imposición de *medidas de seguridad predelictuales*, pese negarse ellas desde la letra de la ley. Así todo debería en un *derecho penal de autor*, incompatible con nuestro programa constitucional, en el cual la medida se seguiría naturalmente a un estado de enfermedad del que se supone la peligrosidad.

Por ello, destaco el siguiente fallo de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala 2ª, del 7 de febrero de 1985, “*CARDOZO, Juan Carlos*”, que exige un cabal cumplimiento del principio de legalidad, en cuanto a la constatación de la comisión del hecho típico y antijurídico, para luego entrar a analizar la imputabilidad de su autor al

⁹⁶ En España, el TS, Sala II, sentencia del 16 de abril de 1979, resolvió que la imposición de una medida de seguridad y sustitutiva de pena, sólo puede ocurrir a través del pertinente juicio

momento de la comisión del injusto, para imponer la medida de seguridad sólo en caso de constatarse *peligrosidad*: *"Debe declararse la nulidad de la sentencia que, en el Considerando primero, deja sentado que el procesado es un inimputable por insuficiencia de sus facultades mentales, y en el Considerando segundo atiende a la eventual aplicación de las medidas de seguridad, descartando su aplicación por ausencia de peligrosidad. La nulidad se impone desde que, más allá de un orden lógico establecido por la dogmática, es el propio derecho de defensa en juicio el que demanda que la decisión sobre la imputabilidad o inimputabilidad se refiera necesariamente al autor de un hecho considerado delictuoso por la ley penal, ya que el pronunciamiento sobre tal materia no puede realizarse en abstracto sino en concreto, no sólo en relación a una persona determinada, sino con específica referencia a un hecho que debe ser típico y antijurídico, y además cometido por esa persona, pues no debe atribuirse tácitamente un hecho a quien quizás no lo cometió. Dado que la imputabilidad debe existir al tiempo de cometerse la acción típicamente antijurídica, con carácter previo al juicio relativo a la capacidad genérica de ser culpable, resulta imperioso pronunciarse concretamente en orden a la demostración de la materialidad de la conducta ilícita reprochada y en torno a la autoría de esa conducta, para después recién penetrar legítimamente en el plano subsiguiente"*⁹⁷.

Es consecuente con la línea de la anterior, la resolución que sigue, de la Cámara de la Acusación de Córdoba, del 04 de noviembre de 1986, caso *"Solomón, Solomón"* que también resuelve en absoluto respeto a los principios de legalidad y reserva. Señala claramente la necesidad de constatación en cabeza del imputado de la comisión del hecho típico, además de la peligrosidad. De todas maneras admite la intervención del derecho civil cuando no se dan los presupuestos penales para su actuación: *"Resulta improcedente la internación decretada pues el art. 34, incs. 2º y 3º del Cód, Penal prevé el sistema de las "medidas de seguridad", para los casos de enajenación y de inconsciencias. 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 pe-*

contradictorio y con todas las garantías y nunca hallándose ausente toda defensa, la que debe ejercerse en toda su amplitud, forzando la apertura del juicio oral.

⁹⁷ Magistrados votantes: Rivarola, Rocha Degreef y Ragucci, publicado en Informática Jurídica Documento N° 12.3020.

nal. Ello sin perjuicio de que se contemple la aplicación del sistema de resguardo que surge de los arts. 152 bis, inc. 2º y 482 (en especial párr. 3º), del Cód. Civil⁹⁸.

Acerca del *principio de máxima taxatividad legal e interpretativa* debe decirse que no es suficiente que la criminalización primaria se formalice en la ley. Además, se exige para el cumplimiento del principio de legalidad, que el legislador agote los recursos técnicos para otorgar taxatividad y la mayor precisión técnica posible a su norma. Entonces cuando el legislador no cumple con este mandato, o bien por prescindir de la descripción de la conducta típica, por utilizar conceptos vagos e imprecisos, o por establecer escalas penales exageradamente amplias, el Derecho Penal tiene dos posibilidades de acción: aplicar el principio de máxima taxatividad interpretativa o la sanción de inconstitucionalidad. La primer solución se da a través de la búsqueda de la interpretación posible, aún reduciendo al máximo el espectro de aplicación de la norma, para que pueda convivir en armonía con la Carta Magna. La opción de declaración de inconstitucionalidad de la norma debe utilizarse sólo en caso de no ser posible la primer vía propuesta, por la gravedad que conlleva toda declaración de inconstitucionalidad. En el derecho argentino el sistema de control de constitucionalidad es difuso: todo órgano jurisdiccional realiza, de oficio o a pedido de parte, un examen de constitucionalidad de la norma concreta a aplicar. En caso de hallarla inconciliable con el programa constitucional la declarará de inconstitucional, y por lo tanto, inaplicable para el caso concreto.

En este sentido, por aplicación de la "*predeterminación normativa*" de las conductas y sanciones, resulta necesario que la ley determine la duración temporal de las medidas de seguridad. Este es otro de los problemas constitucionales que genera la redacción del art. 34 inc. 1º del Código Penal argentino. La ilimitación temporal afecta la *seguridad jurídica*, y el principio de legalidad –a más del de proporcionalidad-, porque a partir de él deben quedar establecidas con anterioridad al hecho no sólo sus presupuestos, sino las consecuencias jurídicas del mismo. En consonancia, dicho principio exige la inclusión de la clasificación de las penas y escalas penales, así como la duración máxima de las mismas. Todo ello resulta claramente aplicable a las medidas de seguridad, más allá de no resultar explícito del texto legal, como sí ocurre en relación a las penas.

⁹⁸ Publicado en Revista La Ley, año 1986, Tomo C, p. 769.

De esta manera, la indeterminación temporal de la medida de seguridad incumple la triple exigencia de *lex praevia*, *lex scripta* y *lex stricta*. El último requisito se ausenta, no cumpliéndose el “*mandato de determinación*”.

Dice Quintero Olivares que permitir el internamiento indefinido a través de la imposición de medidas de seguridad es un fraude al sistema de garantías constitucionales⁹⁹.

En este punto debo aclarar que la Constitución Argentina ha omitido toda referencia a las medidas de seguridad. Sin embargo como su aplicación importa una limitación a la libertad personal y otros bienes jurídicos, no puede sino afirmarse que a éstas le son aplicables los mismos principios constitucionales que a las penas, tal como he aseverado previamente.

En efecto, el *principio de legalidad* asegura a los habitantes la imposibilidad de que el Estado intervenga más allá de los límites establecidos por la ley. Es la propia sujeción del Estado a la letra de la ley. Ello garantiza al individuo la posibilidad cierta de conocer de antemano las consecuencias de sus actos y tener absoluta seguridad de que si la ley no establece determinadas consecuencias, esas consecuencias no pueden ser impuestas. Este conocer con certeza hasta dónde el Estado puede afectar la esfera de su libertad es *seguridad jurídica*¹⁰⁰.

Por ello, a diferencia de lo que ocurre con las penas, donde estos presupuestos se encuentran estrictamente cumplidos, debe formularse doctrinariamente toda una elaboración para suplir estas deficiencias. Esta propuesta se asume en el capítulo V del presente trabajo.

IV.B. Igualdad ante la Ley

El contenido del *principio de igualdad ante la ley* se conoce como “*regla de igualdad*” e implica que “*se debe tratar a los iguales de igual modo y a los desiguales de modo desigual*”. En la Carta Magna nacional ha sido previsto en el art. 16 con la siguiente redacción: “*La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas*”. Es la proclama-

⁹⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín, op. cit., pp. 64/65.

ción del igual trato para todos los habitantes del suelo nacional, y conlleva un condicionamiento histórico e ideológico.

En aras de dar sentido a esta fórmula, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (C.S.J.N.) en forma constante ha interpretado este concepto. Ya desde el caso “*Olivar*”, puede extraerse que “*consiste en que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos lo que se concede a otros en iguales circunstancias*”¹⁰¹.

Nunca se la comprendió rígidamente, ya que la ley debe ser igual en igualdad de circunstancias (C.S.J.N., F. 200:424), pero existiendo diversas circunstancias, la ley debe realizar la igualdad dentro de cada categoría, grupo o clasificación que le corresponda, evitando distinciones arbitrarias, inspiradas en propósitos manifiestos de hostilidad contra determinadas clases o personas (C.S.J.N., F. 115:111).

Sin embargo, el mero hecho de clasificar no es bastante para sostener que la ley no ha violado el art. 16 de la Constitución Nacional, sino que debe demostrar que ello se ha basado en alguna diferencia razonable (C.S.J.N., F. 198:112). También en forma constante la Corte Suprema ha reiterado que la garantía constitucional de igualdad no impide que se efectúen diferencias normativas para supuestos que se estimen diferentes. Tales distinciones son valederas en tanto no sean arbitrarias, es decir, que no obedezcan a propósito de injusta persecución o indebido beneficio de personas o grupos de personas. Sí exige que exista una causa objetiva para discriminar, aunque su fundamento sea opinable (C.S.J.N. entre otros muchos: F. 298-286; 299:146 y 181; 300:1049 y 1087; 301:1185; 302:192 y 457; 311:970)¹⁰².

En definitiva, lo que se quiere evitar con la garantía de igualdad ante la ley es la desigualdad arbitraria, injusta o irrazonable. Ello supone que existen desigualdades legales justas y necesarias, dirigidas a contemplar las desigualdades reales y a compensar y a evitar la injusticia del trato igualitario. Sin embargo, la aplicación al caso concreto del principio de igualdad genera no pocas controversias.

Es en este punto que nos preocupa la aplicación al inimputable de medidas de seguridad con innegable carácter afflictivo que en la práctica son mucho más gravosas

¹⁰⁰ DONNA, Edgardo Alberto y DE LA FUENTE, Javier Esteban, “El problema de la indeterminación temporal de las Medidas de Seguridad”, en Revista Jurídica LA LEY, Buenos Aires, año 1997, tomo C, pp. 364/366

¹⁰¹ Año 1875, F. 16:118, voto de Gorostiaga.

¹⁰² QUIROGA LAVIE, Humberto; BENEDETTI, Miguel Angel; CENICACELAYA, María de las Nieves; *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, s.f., Tomo I, pp. 376.

que las penas que ante el mismo hecho se imponen a quien comprendió y dirigió su accionar contrariando la norma penal¹⁰³.

Entiendo que el máximo de la pena privativa de libertad prevista en el tipo penal es el límite de tiempo máximo que puede permanecer internado en carácter de medida de seguridad el sujeto inimputable a disposición del Juez penal. Porque en ese lapso se agota la máxima respuesta que habría podido dar el sistema penal ante la condena del imputable. Todo criterio de igualdad y razonabilidad así lo indica. En el caso español se ha adoptado esta solución.

Igualmente encuentro posible valorar en abstracto cuánta pena habría correspondido a ese sujeto en caso de ser imputable, para que sea ese el máximo de duración de la medida de seguridad de internación a imponer en el caso concreto. En contra, Hegglin, Marum y Arce¹⁰⁴, quienes entienden que eso no es posible ante la ausencia de *culpabilidad*, por resultar el elemento del delito esencialmente indicador del grado de disvalor del injusto perpetrado.

De todas maneras, más allá de una u otra postura, nunca el límite temporal de la medida de seguridad a imponer puede sobrepasar el tiempo máximo de pena previsto como reacción del sistema penal para ese mismo hecho¹⁰⁵. Pues mediante este tope el legislador comprende el caso de máxima gravedad que se puede concebir, o, si se quiere, el inmediatamente cercano a este límite¹⁰⁶. Entonces, vulneraría el *principio de igualdad* imponer siempre y en todos los casos la pena máxima prevista en el tipo penal al sujeto pasivo inimputable, cuando la realidad indica que ello no ocurre al determinar judicialmente la pena de un sujeto imputable.

Al respecto, puede tenerse presente que los marcos de mínimos y máximos legales no sólo atienden a la *culpabilidad*, en toda su extensión dogmática, sino que su otra variable es la *magnitud del injusto*, que debe enlazarse directamente al *principio de lesividad*, y su complemento de *mínima intervención penal*. De aquí surge sin duda una pauta medianamente objetiva en cuanto grado de lesión al bien jurídico protegido para hacer jugar el límite de proporción entre el hecho cometido y la respuesta penal¹⁰⁷.

¹⁰³ DONNA, Edgardo Alberto, "Un fallo...", pp. 509/511.

¹⁰⁴ HEGGLIN, María Florencia, "¿Medidas de...", pp. 355/380; MARUM, Elizabeth A. y ARCE, Enrique A., op. cit., p. 289.

¹⁰⁵ MARUM, Elizabeth A. y ARCE, Enrique A., op. cit., p. 288.

¹⁰⁶ ZIFFER, Patricia S., *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires, Edit. Ad-Hoc, 1996, p. 36 y ss.

¹⁰⁷ ZIFFER, Patricia S., op. cit., p. 39.

García Rivas sostiene, en referencia a la problemática de la *culpabilidad*, la necesidad de hacer valer el *principio de igualdad*, pues evidentemente quien no es capaz de motivarse en la norma, no puede ser tratado de la misma forma que quien sí lo es; pero peor aún sería darle un trato más gravoso¹⁰⁸.

Al respecto, resulta interesante traer el fallo de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VI, “SÁNCHEZ, Omar” del 24 de octubre de 1986, en voto de Zaffaroni y Elbert. Tiene su importancia en el expreso reconocimiento que realiza de la desigualdad jurídica en la legislación aplicable al sujeto inimputable, frente al que no lo es. Desde esa hipótesis, se plantea que en caso de duda ante la prueba de la psicopatía en el agente, y en cumplimiento del *principio favor rei*, debe estarse a la declaración de imputabilidad del autor enjuiciado: “*La declaración de inimputabilidad del psicópata implica una medida de seguridad prácticamente perpetua, es decir, una privación de libertad perpetua y dado que en el caso de autos no existe un diagnóstico preciso sobre el grado de la psicopatía, no se puede disponer lo más grave para el procesado, disponiéndose en consecuencia la confirmación de la sentencia apelada en cuanto condena al justiciable por el delito de robo con intimidación*”¹⁰⁹.

El caso “S. V., M. A.” que sigue, también de la Sala VI de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, del 02 de noviembre de 1986, presenta similar disyuntiva que el anterior, y el voto en minoría del Dr. Donna tiene un aparente mismo sentido que el anterior. Sin embargo, la diferencia estaría en que parece inclinar la balanza de su decisión en función de las consecuencias jurídicas que la misma acarrearía, lo cual es duramente criticado por sus colegas camaristas. Presenta con crudeza la realidad de la legislación para el inimputable en cuanto a la carencia de esperanza en salir de su reclusión, frente a la del imputable que cuenta con una condena por tiempo determinado: “*En caso de duda hay que estar a lo más favorable al imputado. Al imputable se le da la esperanza de salir de su encierro al cabo de la condena. Por el contrario al inimputable se le condena de por vida a permanecer en un establecimiento de seguridad, sin la esperanza mínima de salir de ese sitio*”. Sus colegas votantes, Zaffaroni y Elbert, en forma detractora replican que muy poco servicio se prestaría a la teoría del delito si la determinación de la culpabilidad de un agente se efectivizara conforme a la reacción que le correspondiera al sujeto pasivo. Elbert sostiene que ello implica un

¹⁰⁸ GARCIA RIVAS, Nicolás, “Estado Actual de la Teoría del Delito”, conferencia brindada en la sede del Colegio de Magistrados de la Provincia de Buenos Aires del Departamento Judicial Necochea, ciudad de Necochea, provincia de Buenos Aires, Argentina, el día 18 del mes de abril del año 2002.

¹⁰⁹ Publicado en Informática Jurídica Documento N° 12.3901

condicionamiento y una incoherencia inaceptables, lo cual encubre un acto de paternalismo frente al justiciable. En consonancia, la función del juez es determinar la formalidad de reproche a las conductas que debe examinar, prescindiendo de la cuestión administrativa del tratamiento o ejecución penal¹¹⁰.

Sin embargo, es comprensible la posición de Donna, quien intenta dar la mejor respuesta jurídico penal al procesado orientándose a las consecuencias, sin perder de vista una legislación que desmejora efectivamente la posición del inimputable frente a la del sujeto responsable penalmente.

En el verdadero ejercicio de un Estado de Derecho en pleno respeto de la dimensión humana, debería entender el juez civil en función de disposiciones de *derecho psiquiátrico*¹¹¹. Lo cual posibilitaría dar al enfermo mental una respuesta adecuada a su problemática, en verdadera tutela de sus intereses. En la actualidad esas respuestas civiles existen. Por lo tanto tornan irracional la intervención del Derecho Penal en este terreno. Digo esto pues el sujeto inimputable pone en marcha el sistema penal por una cuestión de azar, que de esta forma desencadena un mecanismo represivo que finaliza con una pena por tiempo indeterminado, que muchas veces se torna perpetua.

Además, se desvirtúa el sistema punitivo que incursiona en un derecho penal de autor en franco desmedro de las libertades del individuo inculpable. La agresividad de un paciente mental no depende de la contingencia de la intervención punitiva, sino de características de la enfermedad que debe valorar el juez civil en cada caso.

La constitucionalidad de las medidas de seguridad penales ha sido defendida sosteniendo que son materialmente medidas administrativas, y que sólo en su forma tienen contenido penal. Sin embargo no debemos olvidar que la rigidez punitiva de la respuesta penal condiciona la materia, en cuanto la aflicción impuesta no busca la solución al problema del autor, sino que es consecuencia del ataque a un bien jurídico, que excede la personalidad de su autor. Y que en todo caso, existiendo regulación civil para la internación del paciente agresivo, no tiene fundamentación la intervención penal, más allá de una mera arbitrariedad. En consecuencia debe concluirse que esta intervención penal resulta inconstitucional por constituir expresión de una desigualdad intolerable, fundada en el azar¹¹². Como esta conclusión no puede rebatirse a la luz del programa constitucional, se intenta sistemáticamente un discurso entremezclando

¹¹⁰ Publicado en LA LEY, año 1986, tomo D, p. 271.

¹¹¹ Art. 141 y ss, art. 482 y ss. del Código Civil y Ley Nacional 22.914 de Régimen legal de internación psiquiátrica civil en establecimientos asistenciales.

distintas posiciones que se pretenden legitimantes de los fines de la pena y la medida de seguridad, pero de su confusión, sólo surge un discurso irracional.

IV.C. Principio de Proporcionalidad

Tradicionalmente, se ha hablado del *principio de culpabilidad* como limitador constitucional del *ius puniendi* estatal. En el texto originario de nuestra Carga Magna, el mismo se encuentra implícitamente contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional, como corolario del axioma *nullum crimen nulla poena sine lege*. Toda vez que la repulsa a la punición *ex post facto* encuentra su base en la necesidad de que el agente haya tenido la posibilidad de elegir libremente la realización de la conducta prohibida por el derecho¹¹³. Por lo tanto, desaprobado jurídicopenalmente a quien carece de aptitud de ser culpable constituiría una violación a esa garantía.

Ahora bien, sabemos que las medidas de seguridad penales poseen contenido aflictivo al igual que las penas y que se imponen sin el presupuesto de *culpabilidad*. En tanto, se ha propuesto complementar o reemplazar, según el caso, el concepto de culpabilidad por el principio de proporcionalidad¹¹⁴. Originariamente se lo llamó *principio de prohibición del exceso*. Se ha consolidado dogmáticamente con el paso de los años, plasmándose en la *proscripción de arbitrariedad* y de la expansión del *principio de igualdad*¹¹⁵.

Acerca de la *proporcionalidad*, Mir Puig ha expresado que este principio no nació para las penas, sino justamente, para las medidas de seguridad. Pues la falta de límite generada por la ausencia de culpabilidad en su sujeto pasivo hace necesario la aplicación de esta garantía republicana, y así evitar desproporciones graves en comparación con su utilidad preventiva¹¹⁶.

En el derecho argentino el *principio de proporcionalidad* constituye un imperativo derivado de la racionalidad republicana (art. 1º de la Constitución Nacional) en fun-

¹¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 67.

¹¹³ BOBBIO, Gustavo y GARCIA, Luis M., op. cit., pp. 272.

¹¹⁴ GARCIA ARAN, Mercedes propone la sustitución del concepto de "culpabilidad" por el de "proporcionalidad" en el proceso de determinación judicial de la pena, por entender que el primero si bien es una pauta de medición que no puede ser superada, no es una meta a alcanzar en la pena concreta a imponer, en "La Determinación de la Pena", en *Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995*, Elcano (Navarra), Edit. Aranzadi, pp. 61/83;

¹¹⁵ ARROYO ZAPATERO, Luis, "El Principio de Culpabilidad y sus plasmaciones. Reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa europea", en *Revista Penal. Doctrina*, Madrid, pp. 5/10.

¹¹⁶ MIR PUIG, Santiago, op. cit., p. 100.

ción de una garantía implícita (art. 33 de la Constitución Nacional¹¹⁷) que emerge de la proscripción de las penas crueles (art. 18 de la Constitución Nacional).

De esta manera, sería una irracionalidad intolerable la afectación de derechos groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto penal. Ya ha dicho hasta el cansancio Zaffaroni que es imposible demostrar la racionalidad de la pena¹¹⁸. Pues bien, entonces al Estado de derecho debe exigirse que el costo de derechos suspendidos por el conflicto guarde un mínimo de proporcionalidad con el grado de lesión que haya provocado. Este requisito es llamado *principio de proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión*. Lo cual obliga a jerarquizar las lesiones y a establecer un grado de mínima coherencia entre las magnitudes de penas asociadas a cada conflicto.

Sentado ello, tenemos otro problema con el art. 34 inc. 1º del Código Penal, toda vez que la respuesta penal hacia el inimputable no tiene medida en correlación a afectación alguna de bien jurídico en particular. Ello se advierte con respecto al límite temporal de la única medida de *reclusión* prevista, que resulta por tiempo indeterminado.

Entonces nos hallamos, como da cuenta la jurisprudencia local de haber ocurrido, con el absurdo irracional de aplicación de la misma medida de reclusión ante la comisión de un daño y ante un homicidio. Más allá de la magnitud de lesión al bien jurídico la reclusión durará, indistintamente, el tiempo que tarde en desaparecer la peligrosidad del autor. A lo cual hay que apuntar un dato empírico: en las condiciones en que ocurren estos internamientos, lo más probable es que esa "*peligrosidad*" se vaya agudizando con el tiempo, y que la reclusión se torne perpetua.

La Corte Suprema ha reconocido con fundamento en los art. 28¹¹⁹ y 33 de la Constitución Nacional que todo habitante tiene la garantía de "*ser sancionado con una pena cuya severidad sea proporcional a la gravedad del delito cometido y al bien jurídico tutelado*" (caso "*Martínez*", F. 312-826).

En materia de sanción penal la garantía de *legalidad de la pena (nulla poena sine lege proevia)* se refiere tanto a su formulación precisa en la ley penal, respecto a su naturaleza y cantidad de pena, como a su ejecución. Corresponde al Congreso en

¹¹⁷ Art. 33 C.N. "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

¹¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 123.

¹¹⁹ 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".

el marco de atribución específica del art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional¹²⁰ fijar las penas, así como todo lo que haga a su variación.

Con respecto a la finalidad de la pena me interesa remarcar que el art. 18 in fine de la Constitución Nacional excluye el castigo y expiación para las penas privativas de la libertad¹²¹. Hoy ello resulta en consonancia con los tratados internacionales de rango constitucional incorporados por art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional en el año 1994.

Por otro lado, también el texto constitucional a través de esta incorporación re-cepta la finalidad de reforma y readaptación social de los condenados, art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, a través del art. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Rica¹²², y del art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹²³. Este compromiso de orientación tiene su importancia en cuanto al carácter restrictivo al determinar los alcances de la violencia institucionalizada de la pena¹²⁴. En el mismo sentido se encauzan las leyes locales de ejecución penal¹²⁵.

El principio de proporcionalidad, en cuanto expresión de prohibición del exceso, puede descomponerse en tres subprincipios: *idoneidad*, *necesidad* y *proporcionalidad* en sentido estricto.

La *idoneidad* indica la necesidad de adecuación de la medida de seguridad a sus fines, que sea apta para alcanzar la finalidad que la justifica. La *necesidad* se materializa en el principio de *mínima intervención* del Derecho Penal, en cuanto su formulación legal de carácter fragmentario y subsidiario. La *proporcionalidad* en sentido estricto, exige equilibrar la respuesta aflictiva del Estado en correlación a la gravedad del injusto cometido¹²⁶, debiendo sopesarse la *culpabilidad* del autor. Este elemento se halla ausente en el caso del sujeto inimputable¹²⁷.

¹²⁰ Art. 75 de C.N. "Corresponde al Congreso:... inc. 12: Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal..."

¹²¹ Art. 18 de C.N. "...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".

¹²² Art. 5.6 C.A.D.H. "Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados".

¹²³ Art. 10.3 P.I.D.C.P.: "El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación".

¹²⁴ QUIROGA LAVIE, Humberto; BENEDETTI, Miguel Angel; CENICACELAYA, María de las Nieves, op. cit., p. 412.

¹²⁵ Ley nacional 24.666, y Ley de Provincia de Buenos Aires 12.256

¹²⁶ CHOCLAN MONTALVO, José Antonio, *Individualización judicial de la Pena*, Madrid, Edit. Colex, 1997, p. 181.

¹²⁷ HEGGLIN, María Florencia, "¿Medidas de...", p. 370.

Esta sustitución de la *culpabilidad* del imputable, por la *proporcionalidad* para el caso del inimputable, es aceptada hoy doctrinariamente¹²⁸.

El principio de proporcionalidad, en efecto, es buena herramienta para limitar la duración temporal de la medida ante ausencia expresa de límite legal. Justamente por la falta de *culpabilidad* del inimputable, la *proporcionalidad* se hace indispensable para la aplicación de la medida de seguridad del art. 34 inc. 1º del Código Penal argentino.

Como ya dijera al referirme al principio de igualdad, entiendo que el límite temporal de la medida de seguridad a imponer al inimputable no puede exceder el tiempo de duración de la pena que en el caso concreto se habría impuesto al sujeto imputable por el mismo hecho¹²⁹. No me estoy refiriendo al máximo legal conminado por el tipo penal, pues ello violentaría el principio de igualdad. El art. 34 inc. 1º del Código Penal no lo dice, pero el principio de proporcionalidad por el hecho cometido, que materializa la proporcionalidad en cuanto razonabilidad constitucional y el principio de igualdad así lo imponen¹³⁰. Además poner la mira en el hecho típico cometido, aporta datos concretos sobre la peligrosidad que se pretende neutralizar con la medida de seguridad.

Hay quien propone que para suplir la *culpabilidad* puede utilizarse el criterio rector de subrogación del *hombre medio* imputable en el lugar del autor¹³¹. En principio no comparto esta postura, pues *ese hombre medio*, no es el inimputable que se está juzgando. En realidad, la práctica muestra que el *hombre medio* es un alter ego del juez, que pone en ese hombre medio sus propios valores, sin relación alguna con la persona sometida a juicio.

No puede desconocerse la dificultad que implica determinar judicialmente una pena sin *culpabilidad* en el sujeto; pero la finalidad de mantener a rajatabla la máxima de no hacer de peor condición al inimputable que al que no lo es justifica este esfuerzo en el juzgador. Otro fundamento de esta postura es el no confundir la respuesta penal con el tratamiento médico que pueda necesitar el individuo.

¹²⁸ MIR PUIG, Santiago, op. cit., p. 100 y ss.; ROXIN, Claus, op. cit., p. 103/104.

¹²⁹ Este sistema es el utilizado por el art. 101, 1º del Código Penal Español de 1995: "Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1.º 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..."

¹³⁰ DE LA FUENTE, Javier Esteban, op. cit., p. 319.

¹³¹ GARCIA ALBERO, Ramón, GARCIA ALBERO, Ramón, "De las medidas de seguridad", en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, AAVV, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director), MORALES PRATS, Fermín (Coordinador), Elcano (Navarra), Editorial Aranzadi, 1996, se consulta edición de 2001, p. 538.

En el sentido que se propone, otro límite en la duración de la medida de seguridad del art. 34 inc. 1º, párrafo segundo, del Código Penal lo dará la constatación de la desaparición de la peligrosidad criminal, aunque la enfermedad mental perdure y aún, sea incurable¹³². Es importante en la doctrina nacional marcar esta limitación, porque tiene muchos pensamientos adversos que justifican la continuación de la medida mientras dure la enfermedad¹³³.

En el fallo que sigue de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, del 22 de mayo de 1990, en voto del doctor Tozzini, es preocupante la equiparación de enfermedad y peligrosidad que se realiza, pues requiere la total curación del inimputable para cesar al intervención penal. El problema es que la ciencia médica reconoce enfermedades psiquiátricas que no tienen cura posible: *“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. Por consecuencia, quien no ha tenido libertad de voluntad para optar por fines conforme a derecho, sólo puede quedar sujeto a una medida de seguridad curativa y hasta tanto subsista la enfermedad mental que lo hace peligroso”*¹³⁴.

Esta postura sólo instrumentaliza al hombre, lo cual es irrazonable en un Estado de Derecho, puesto que en función de esa finalidad, deberían aceptarse medidas eliminatorias o segregativas fundadas exclusivamente en la peligrosidad del sujeto. Entonces la reacción penal se torna inadecuada, porque aparece desproporcionada frente al bien jurídico vulnerado que motivó la intervención penal. La coacción aparece como abusiva y cruel.

Hoy en psiquiatría ya no se discute que la internación es el último recurso al que debe recurrirse. Sin embargo, en el Derecho Penal argentino es el primero y el único. La situación se agrava en consideración a los enfermos mentales (como los oligofrénicos) que por definición nunca podrán ser curados. De esta manera, la internación perpetua sólo es concebible dentro de un programa de eliminación masiva y de

¹³² DE LA RUA, Jorge, op. cit., p. 475; NUÑEZ, Ricardo C., *Tratado...*, Tomo II, p. 560; ZAFFARONI, Raúl Eugenio, op. cit., Tomo V, p. 464.

¹³³ DIAZ, Emilio, “Internamiento de seguridad. Artículo 34 del Código Penal”, en *Revista Penal Argentina*, Buenos Aires, 1926, pp. 32 y ss.; y BONNET, Emilio Federico Pablo, *Medicina Legal*, Buenos Aires, Libreros López Editores, 1967, se cita segunda edición de 1980, un tomo en dos volúmenes, p. 1774, quienes afirman que todo incapaz con una enfermedad mental es por esa misma circunstancia peligroso, y que en consecuencia, la medida de seguridad no debe hacerse cesar hasta la total erradicación del peligro, lo que no importa la desaparición de la enfermedad misma.

¹³⁴ Publicado en *El Derecho*, tomo 140, p. 215.

prevención evitando la reproducción, ciertamente no compatible con nuestro programa constitucional¹³⁵.

Aún se da en el sistema del art. 34 inc. 1º del Código Penal otra grave irracionalidad. Si el juez penal pudiera mantener la medida todo lo que requiriera la peligrosidad del sujeto, estaría aplicando más violencia estatal al absolver a quien no comprendió la gravedad de sus actos ni pudo conducirse en consecuencia, que quien sí tuvo esta posibilidad y se dirigió expresamente contra la norma penal. Pues aún cuando el sujeto imputable resulta criminalmente peligroso, es indiscutible que el Derecho Penal sólo actúa en el límite que impone la ley penal a través de la pena determinada. No hay ninguna razón de defensa social sostenible racionalmente más allá de ese límite. Ello sería incompatible con un derecho penal de acto, que evidentemente se halla muy debilitado en el ámbito de las medidas de seguridad penales del sistema argentino. Por supuesto, en defensa de esta aseveración se alza el principio constitucional de culpabilidad.

Entonces debe concluirse que en respeto al *principio de proporcionalidad* las medidas de seguridad en el Derecho Penal argentino deben aplicarse dentro de una escala mínima y máxima -igual que la pena- para una correcta consonancia constitucional. El mínimo estará dado por la peligrosidad criminal del sujeto. De esta manera, si no resulta *peligroso* no será legítimo imponerle la medida. Por otro lado, el máximo dependerá de la pena máxima que en el caso concreto se habría impuesto a ese sujeto en caso de haber podido comprender y dirigir sus actos. Este límite, claro está, puede ser menor al máximo de la escala penal prevista para ese tipo delictivo. Su importancia está dada en que materializa una real igualdad entre el sujeto imputable y el que no lo es. En este sentido se ha legislado en el supuesto español, previendo el cese, sustitución, o suspensión de la medida de seguridad ante la desaparición o modificación de la peligrosidad, con una cláusula de cierre que garantiza el principio de proporcionalidad en cuanto al máximo temporal señalado en la sentencia que impuso la medida (art. 97 Código Penal español).

IV.C.1. Mínima intervención del Derecho Penal

La intervención mínima, o "*mínima irracionalidad*" según Zaffaroni¹³⁶, del Derecho Penal en un Estado democrático de Derecho, significa que aquel sólo está llama-

¹³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 885.

do a tutelar bienes jurídicos imprescindibles para la conservación del ordenamiento jurídico, únicamente ante los ataques más intolerables que contra él se realicen. En definitiva es un principio político criminal limitador del poder punitivo estatal.

Este principio está integrado por tres postulados: el respeto al *carácter fragmentario* del Derecho Penal, su consideración como *última ratio* y su naturaleza de *accesoriedad*.

Su importancia, en cita de Bustos Ramírez, está dada por "*la gravedad del control penal, es decir, el modo tan directo y personal del ejercicio de la violencia estatal que él significa, impone que sólo se le considere en última instancia*"¹³⁷.

En consonancia con ello se admite la intervención del Derecho Penal únicamente ante la vulneración de bienes jurídicos que revistan la mayor entidad. Con lo cual quedará al margen del sistema penal toda lesión de escasa magnitud, de acuerdo al *principio de insignificancia*.

Entonces, si una conducta dolosa ya realizada puede no resultar delictiva si causa un daño de poca importancia, con mayor razón deben quedar al margen del sistema penal los casos en que sólo existe un pronóstico de comisión de un hecho leve por parte de alguien que carece de capacidad psíquica¹³⁸. El principio de *mínima intervención* nos indica que en tales supuestos no resulta adecuada la actuación del Derecho Penal a través de la imposición de una medida de seguridad. En el mismo sentido, lo aconsejan los principios de *proporcionalidad* y de *igualdad*.

A todo evento, la intervención del Derecho Penal se torna innecesaria en estos casos, por los principios generales que hacen a su esencia. Además, aún para responder al discurso defensista, existe la rama del derecho civil, que a un tenor mucho más flexible y en persecución de otros fines legitimantes, bien pueden dar respuesta a la cuestión.

IV.D. Dignidad Humana

Lo expuesto nos lleva a la cuestión atinente al "*respeto a la dignidad de la persona humana*". Pues del hombre como tal irradia el conjunto de derechos fundamentales de reconocimiento constitucional, y justamente su máxima expresión se en-

¹³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., pp. 66, 119 y 884.

¹³⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal español. Parte General*, Barcelona, 1984, p. 49.

¹³⁸ MARUM, Elizabeth A. y ARCE, Enrique A., op. cit., pp. 295 y 295.

cuentra en el *libre desarrollo de la personalidad*. De ella se sigue el respeto a su *autonomía e identidad*, dado que la persona es en sí misma un fin.

En congruencia, puede decirse que la “*dignidad*” es un atributo (un valor) que se predica de algo, y que “*digno*” es lo que tiene valor en sí mismo y por sí mismo, intrínsecamente. Cuando se alude a la dignidad humana se acepta la existencia de una cierta “*naturaleza*” humana como base y razón de aquella, dado que, de no ser así, esa “*dignidad*” carecería de sustento¹³⁹.

La dignidad humana es un derecho personalísimo, en función de la íntima e inescindible vinculación con su titular. Este derecho que hace a la esencia de la persona misma exige que el hombre sea centro del sistema jurídico, en función del respeto a su personalidad y su libre desarrollo. Desde la reforma constitucional argentina del año 1994 se encuentra explícitamente reconocido a través de la incorporación al texto de la Constitución Nacional por su art. 75, inc. 22 de los Pactos Internacionales que allí se enumeran, a través del art. 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁴⁰, del art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Rica)¹⁴¹, y del art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁴².

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, ha dicho que ningún valor puede estar por encima de la dignidad del hombre, para cuya protección y promoción han sido creadas las instituciones¹⁴³.

En este pensamiento, debe desecharse todo concepto de medida de seguridad penal para el inimputable que en aras de la *defensa de la sociedad*, instrumentalice al hombre en franco desmedro de su dignidad humana. Pues de esta manera toma el hombre carácter de medio, para que la comunidad cumpla su finalidad de sentirse segura porque ha confinado a aquel que la amenazaba¹⁴⁴.

¹³⁹ BLANCO, Luis Guillermo, “Homicidio Piadoso, eutanasia y dignidad humana”, en *Revista Jurídica LA LEY*, año 1997, tomo F, pp. 520 y ss.

¹⁴⁰ Art. 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “*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*”.

¹⁴¹ Art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Rica. *Protección de la honra y de la dignidad*: “1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad...*”

¹⁴² Art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “1. *Toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano...*”

¹⁴³ S.C.J.B.A, Ac. 54798 S, 24/11/98, voto del Juez Negri, causa “*Burlando, Fernando A. c/ Diario El Sol de Quilmes y otro s/ Daños y perjuicios*”, publicado en base JUBA, Sumerio B 24850.

¹⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 884.

El carácter asegurativo y eliminatorio de la medida de seguridad no puede sostenerse. Pero tampoco, como se dijo, la artimaña que implica aseverar que ellas se implementan en su beneficio.

No obstante esta aseveración, Mir Puig entiende que el sentido de las medidas de seguridad no es infligir un mal al enfermo mental por el delito cometido, sino sustraerle del estado psíquico que pudo llevarle a delinquir para que no vuelva a hacerlo, brindándole un *tratamiento* que lo favorecerá y mejorará. Por otra parte, reconoce este autor que si bien la medida de seguridad no se impone como mal buscado, de hecho supone a menudo privación de derechos básicos de la persona en un grado no menor al de la pena¹⁴⁵.

En este sentido este autor se preocupa porque desde su aparición, y a lo largo de todo el siglo XX, las medidas de seguridad han demostrado importantes inconvenientes desde el prisma de un Estado democrático de Derecho. Uno de ellos es que no tratan al ciudadano por su actuación como sujeto racional y responsable, sino como ser peligroso, lo cual no es específico del hombre¹⁴⁶.

Es por ello que la instrumentalización del hombre que hace el art. 34 inc. 1º del Código Penal argentino es una "*cosificación*" inadmisibles, y debe conducir a un replanteamiento de la justificación de las medidas de seguridad. No obstante, hasta no otorgarles su verdadera dimensión constitucional, con un fundamento que trate al individuo en cuanto tal, sin tener que ser objeto a disposición de la sociedad, las medidas de seguridad, tal como se hallan legisladas, deben acotarse en su imposición y ejecución a lo que estrictamente permita la dignidad del hombre en cuanto fin en sí mismo y el libre desarrollo de su personalidad¹⁴⁷.

En un Estado democrático de Derecho, el *distinto* y la minoría tienen garantizadas sus libres expresiones, en función del principio de reserva, el libre desarrollo de la personalidad, y la dignidad humana¹⁴⁸. Ello significa que la pluralidad democrática exige respeto a todas las opciones de vida. Pues quien no ingrese en el ámbito de las conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico, tiene derecho a encauzar su vida y conducta acorde sus propios valores. Por supuesto, este respeto se ve verdaderamente materializado cuando la opción tomada para desarrollar la personalidad no go-

¹⁴⁵ MIR PUIG, Santiago, op. cit., p. 9 y ss.

¹⁴⁶ MIR PUIG, op. cit., p. 99 y ss.

¹⁴⁷ BARRA, Rodolfo Carlos y MURATORIO, Jorge I., "La reforma constitucional de 1994 y su contenido tuitivo de la igual dignidad humana. Protección contra la segregación", en *Revista Jurídica LA LEY*, año 1996, Tomo E, Sección doctrina, pp. 942/956; D'ORS, Álvaro, "La llamada Dignidad Humana", en *Revista Jurídica LA LEY*, año 1980, Tomo C, Sección Doctrina, pp. 978/986.

¹⁴⁸ DONNA, Edgardo, "Un fallo...", p. 509-510.

za de consenso social. En el respeto mutuo del disenso se basa la democracia del Estado de Derecho.

En orientación a la finalidad de reforma y readaptación social de los condenados (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en caso “*Dessy*” (F. 318:1894) ha dicho que ningún habitante puede ser privado de su dignidad humana, aunque su conducta haya sido reprobada y se encuentre cumpliendo una pena privativa de la libertad.

En la resolución que sigue, la Cámara Nacional Civil, Tribunal de Superintendencia, en caso “*R., M. J.*”, del 30 de diciembre de 1986, con todas las letras se refiere al carácter administrativo extrapenal y fundamento de defensa de la sociedad que reviste la medida de seguridad penal del art. 34 inc. 1º del Código Penal: “*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. 1º del Cód. Penal, en cuanto a medida de seguridad, tiene un alcance administrativo extra penal destinada a amparar a la sociedad y proteger al incapaz, sin perjuicio de la intervención del juez civil*¹⁴⁹”. Más allá de que estas conclusiones pertenecen a un órgano de justicia del fuero civil, el concepto de dignidad humana evidentemente no tiene por qué serle ajeno.

Roxin deja planteada su inquietud al respecto al referirse a los casos en que la peligrosidad de un sujeto pueda ser muy grande para la sociedad, y que, sin embargo, la pena ajustada a la culpabilidad (se refiere a casos de semiimputabilidad) no baste para proteger suficientemente de sus ataques violentos a la comunidad que es previsible vuelva a cometer. Si bien la reducida culpabilidad autorizaría sólo una pequeña pena, la protección de la generalidad hace necesario además que se lo hospitalice, en atención a los fines de corrección y aseguramiento. Lo cual también sería en su propio interés, afirma. Entiende que la pena y medida de seguridad no se diferencian por el fin, sino en la limitación. La medida de seguridad no está ligada en su gravedad y duración a la medida de *culpabilidad*, sino sólo al *principio de proporcionalidad*, que reconoce admitir injerencias más amplias que las permitidas por la pena.

De ahí el replanteamiento de cómo puede justificarse la potestad estatal de sanciones-medidas de seguridad tan incisivas. En esas circunstancias surge el valor y la dignidad del hombre con todo su peso. Cuanto más se aprecien por el orden jurídico, tanto más estrecho se trazará el círculo de los peligros contra los cuales se aplican

¹⁴⁹ Publicado en Revista LA LEY, año 1987, tomo C, 41 I, DJ, 987-2-875

las medidas preventivas. Pues no se aclara la admisión de por qué se pierde la libertad del inimputable más allá de la propia responsabilidad. La idea del tratamiento curativo en favor del enfermo tampoco justifica una coacción¹⁵⁰.

Evidentemente, es muy difícil escindir las medidas de seguridad penales del fin de aseguramiento social, que denotan necesidad y utilitarismo¹⁵¹. En ello, se pone la mira en la *protección de la colectividad*, debiendo el inimputable sacrificar sus propios derechos, en menoscabo de su dignidad humana. En definitiva no puede pretenderse que la medida de seguridad sea en su beneficio, cuando expresamente se reconoce en ella la necesidad de la comunidad¹⁵².

IV.E. Acerca del derecho penal de acto

En cuanto a la especial relación del delito con su autor, pueden darse dos posturas. Para unos el delito es una infracción o lesión jurídica; mientras que para otros es un síntoma o signo de una inferioridad moral, biológica o psicológica. Para los primeros, el disvalor se agota en el acto lesivo (*derecho penal de acto*). En cambio, para los segundos, es sólo un indicio que da cuenta de un disvalor que se encuentra en la personalidad misma del autor (*derecho penal de autor*).

Esta última forma de comprender el Derecho Penal da al delito la dimensión de síntoma de un *estado del autor*, a quien categoriza en un nivel inferior al resto de las personas normales. Esta inferioridad tiene naturaleza *moral* en tanto el delito resulta una especie de pecado laico jurídico, o bien, naturaleza *mecánica* que denota un estado peligroso.

Para la postura de inferioridad moral, el individuo ha elegido libremente llevar esa vida de *pecado en el delito*, que lo coloca en un *estado de pecado penal*. El reproche es por haber elegido la incursión en ese estado, y la pena debe adecuarse a su grado de *perversión delictiva*. El delito es el síntoma que denota esta elección de vida que debe corregirse. El Estado aparece en una modalidad autoritaria, no admi-

¹⁵⁰ ROXIN, Claus, op. cit., pp. 103/107.

¹⁵¹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Edit. Tecnos, 1991, pp. 221/230.

¹⁵² También lo proponen MAURACH, ZIPF y GÖSSEL, en cuanto "*necesidad de seguridad de la colectividad*" en su *Derecho Penal. Parte General*, traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson y supervisada por Edgardo Donna, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1995, Tomo II, pp. 859/667.

tiendo desvíos y exigiendo una conducta disciplinada conforme a pautas que deben ser internalizadas por los individuos, además de externalizarse en sus actos¹⁵³.

Para el *derecho penal de autor* con visión mecánica, el delito es síntoma de una falla en un aparato complejo (individuo), que integra otro mecanismo mayor que es la sociedad. De esta manera, la detección de esta falla preocupa en tanto amenaza al normal funcionamiento del aparato madre, e indica un *estado de peligrosidad*. El sistema jurídico debe contener herramientas que corrijan o neutralicen las piezas falladas. Porque éstas no interesan en sí mismas, sino en cuanto cumplan su función con el todo.

En ambas concepciones del *derecho penal de autor*, el discurso propone a los operadores jurídicos la negación de la condición de persona. Con lo cual, se niega necesariamente la posibilidad de la diferenciación tachando a la persona de ser inferior. En un caso por una internalización distinta de valores que pretende modificarse, y en el otro, por pieza fallada que amenaza todo el conjunto. A la cuestión, concluye Zaffaroni que en “*su coherencia completa, el derecho penal de autor parece ser producto de un desequilibrio crítico deteriorante de la dignidad humana de quienes lo padecen y practican*”¹⁵⁴.

En cuanto al *derecho penal de acto*, es la única postura compatible con un Estado democrático en pleno respeto de la dignidad humana. Concibe al delito como un conflicto que produce una lesión jurídica, provocado por un acto humano como decisión autónoma de un ente responsable (persona) que se desaprueba jurídicopenalmente, y por lo tanto, se le retribuye el mal en la medida de la culpabilidad (de la autonomía de la voluntad con que actuó). De acuerdo a ello, se limita la actuación a los conflictos generados por acciones humanas (*nullum crimen sine conducta*), seleccionadas por el Derecho Penal (*nullum crimen sine lege*) y culpabilidad por el acto como límite de la pena (*nullum crimen sine culpa*).

Otra característica es que no hay caracteres ónticos que diferencien los conflictos criminalizados de los que no lo son. Si el derecho penal de acto requiriera notas prejurídicas del delito, estaría renunciando a la legalidad. Entonces, *el nullum crimen sine lege* y el *delito natural* son categorías distintas. La conclusión es que “*en un derecho penal de acto puro, no existen elementos que permitan distinguir los conflictos criminalizados de los que no lo son, salvo por la criminalización misma*”¹⁵⁵.

¹⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 63.

¹⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 64.

¹⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p.64.

En el Estado democrático de Derecho actual, el hombre es centro y fin en sí mismo. Se respeta el *principio de reserva* en el cual toda acción no prohibida está permitida, y el *derecho de las minorías* a elegir libremente un modo de vida distinto.

Con respecto a las medidas de seguridad penales, fácilmente se advierte que la visión del positivismo italiano era la propia del *derecho penal de autor*. Había que combatir un rasgo en la personalidad de ese hombre que se dissociaba del conjunto. Tan lejos estaba del acto, que era indiferente que hubiera o no cometido un delito, ya que de todas maneras, iba a cometerlo. Esa personalidad indefectiblemente se manifestaría a través del delito.

Actualmente, esa visión se ha superado formalmente. Sin embargo, en el derecho de medidas argentino, quedan vestigios preocupantes. La indeterminación temporal de las medidas de seguridad tal como se prevén en el art. 34 inc. 1º del Código Penal tiene su fundamento en que, más allá del acto cometido, debe tenderse a la modificación y restablecimiento de la personalidad conforme a los valores imperantes en la sociedad. En esas circunstancias, el hecho pasado no puede ser obstáculo ni límite para que la medida de seguridad dure todo lo necesario que la enfermedad y la peligrosidad del sujeto exijan. En este sentido, el concepto de peligrosidad en cuanto a posibilidad de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás denota una amplitud suficiente para permitir actuar sin límite sobre la personalidad del autor. Veremos más adelante el caso "*Rainieri, Víctor Nelson s/ recurso de casación*", resuelto el 30 de mayo de 1995, por la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, en que ese tribunal claramente se expide acerca de la necesidad de actuar sobre la persona hasta corregirla, en aras de la defensa de la sociedad, cuando ya llevaba nueve años recluida por la comisión de un delito de daño que se sanciona con pena de quince días a un año de prisión.

CAPITULO V

V. INTERPRETACIÓN DE LA RECLUSIÓN MANICOMIAL DEL ART. 34 INC. 1º DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO ACORDE A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Con todo lo expuesto se intentará dar una interpretación razonable al art. 34 inc. 1º del Código Penal argentino a la luz de nuestro programa constitucional. Como

se dijo, dispone el párrafo segundo de la norma que el tribunal “*podrá*” ordenar la internación del absuelto hasta tanto desaparezca el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. De ello se desprenden las siguientes conclusiones:

Primer postulado: *La única medida de seguridad que puede imponer el Juez penal es el internamiento del enfermo en un manicomio (2º párrafo). Cualquier otra medida de seguridad es ilegítima*

Esta afirmación se explica porque el texto legal no prevé ninguna medida de seguridad alternativa a la reclusión. A su vez el principio de legalidad exige la previa determinación en la ley formal de las consecuencias que acarrea la comisión de un delito. Entonces aplicar cualquier otra medida no prevista en la norma, en tanto el carácter aflictivo que reviste la medida de seguridad penal por su contenido de cercena-ción de derechos personales, resulta ilegal.

Me interesa especialmente remarcar esta aseveración, porque localmente es discutida. En efecto, hay quienes sostienen que aplicar otro tipo de medida de seguridad no afecta este principio, recurriendo a una *analogía in bonam partem*. Se proclama que es menos gravoso imponer, por ejemplo, tratamientos ambulatorios o salidas transitorias, que una internación lisa y llana. Sin embargo, la disyuntiva correcta legalmente es la imposición de internación o libertad. De esta manera, si las circunstancias del hecho y su autor no reúnen los requisitos de peligrosidad suficiente, y gravedad de la lesión al bien jurídico, el Derecho Penal no tiene legitimación para reaccionar.

Si el estado del interno admite tratamientos ambulatorios, debe ordenarse el inmediato cese de la medida de seguridad penal de reclusión. El principio de legalidad no admite creación de otra medida bajo pretensión de favorecer al enfermo¹⁵⁶. Si su condición aconseja morigerar el internamiento, implica una admisión de desaparición del peligro que motivó su internación. Este es justamente el requisito legal del art. 34 inc. 1º del Código Penal para ordenar el cese de la medida. Ante esta circunstancia finaliza la competencia de la justicia penal.

En la resolución del caso “*Lema Jiménez, R.*” de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala 1ª, del 24 de septiembre de 1985, se aprecia una opinión contraria a lo sustentado. El fallo crea una medida de seguridad por vía analógica, no prevista en la ley, imponiendo un sistema de atención médico psiquiátrico de carácter ambula-

¹⁵⁶ DE LA FUENTE, Javier Esteban, op. cit., p. 316.

torio para el inimputable absuelto por haber actuado en estado de ebriedad. La justifica en la morigeración de las condiciones del internamiento, que por vía de los tratamientos ambulatorios y salidas transitorias, se logra en “beneficio” del sujeto pasivo: *“Corresponde imponer al procesado absuelto por haber obrado en estado de ebriedad la medida de seguridad estatuida por el art. 34 inc. 1º del Código Penal consistente en la disposición de un sistema de atención médico psiquiátrico de carácter ambulatorio y sometido a control de los Médicos Forenses, porque aquél ha demostrado una proclividad llamativa a la comisión de hechos criminosos de parecidas características, siendo condenado por varios de ellos. Si bien no reviste un alto grado de peligrosidad, de allí no se sigue que carezca de ella y es ostensible que existe cierto riesgo de su recaída en conductas como las aquí juzgadas. El Tribunal tiene facultades para ordenar un tratamiento de carácter ambulatorio hasta tanto el justiciable se encuentre curado de los efectos antisociales que en su persona desata la ingestión de alcohol, puesto que aceptar el criterio restrictivo que se atribuye a las medidas de seguridad, que excluye toda posibilidad diferente a la internación forzada del sujeto, pues a ese punto de vista que se podría llamar de “todo o nada”, se opone el que toma en cuenta el objetivo final de las medidas de seguridad y relega el encerramiento para los supuestos en que no aparezcan alternativas menos gravosas”*¹⁵⁷.

En absoluta consonancia se da el siguiente fallo, también de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala III, del 13 de febrero de 1990: *“La internación del procesado absuelto debe interpretarse imperativa únicamente en aquellos supuestos en que no exista la vía alternativa del tratamiento ambulatorio”*¹⁵⁸.

También en el mismo sentido entiende la Cámara Penal 3ª del Departamento Judicial La Plata, Sala III, en “D. O., H. s/ Homicidio calificado y ot.”, del 21 de marzo de 1994 (P 77799 RSI-81-94 I), al aceptar la posibilidad de imponer una medida de seguridad distinta a la reclusión manicomial admitiendo salidas transitorias como integrantes del tratamiento médico. En el caso, con la agravante de delegar la modalidad de ejecución de la medida de seguridad a la decisión médica en cuanto competencia del tratamiento que se implementa con el enfermo: *“Las externaciones transitorias fugaces a las que se sometería a quien mantiene en latencia su peligrosidad son de responsabilidad exclusiva del médico tratante por formar parte del tratamiento médico que acompaña a la medida de seguridad impuesta en sentencia, y de quien es deposi-*

¹⁵⁷ Publicado en Informática Jurídica, Documento n° 12.3203

¹⁵⁸ Publicado en El Derecho, 139-763.

tario de su cumplimiento”. Más adelante, se cita jurisprudencia que no comparte esta conclusión.

Segundo postulado: La internación sólo es procedente en caso de existir peligrosidad para terceros

De esta aseveración se desprende que la mera constatación de la inimputabilidad en el agente no autoriza sin más la imposición de una medida de seguridad. Debe desecharse de plano la equiparación conceptual entre inimputabilidad y sujeto peligroso. Se ha demostrado empíricamente que no hay conexión entre un estadio y el otro. Por lo cual, la *peligrosidad criminal* deberá ser objeto de prueba en el proceso penal. Deberá someterse a debate y contradicción el juicio en el que el juez afirme la probabilidad de que ese sujeto en el futuro cometa nuevos delitos.

En este punto se rechaza la mera peligrosidad de daño para sí mismo como suficiente para la reacción penal. Pues, como se sostuvo en el capítulo II, el pronóstico de peligrosidad debe referirse a *peligrosidad criminal*, por ser el único ámbito de actuación legitimada para el Derecho Penal. Entonces la conducta que vulnere bienes jurídicos del propio agente, evidentemente no lo es. Por ello debe concluirse que el mero peligro para sí mismo no legitima la internación prevista por el Derecho Penal. Concretamente, si la autolesión no habilita la imposición de una pena, mucho menos la probabilidad de que ello suceda podría autorizar la aplicación de una medida de seguridad penal.

Tercer postulado: Aún constatado el peligro para terceros, la internación es facultad judicial

Lo expresado surge del propio texto legal al preceptuar que el tribunal “podrá” ordenar la reclusión (párrafo segundo del art. 34 inc. 1º del Código Penal), lo cual implica la recepción del *principio de proporcionalidad*, dándole al órgano jurisdiccional la potestad de valorar la conveniencia y adecuación de una medida al caso en juzgamiento. Para ello ponderará el grado de lesión sufrido por el bien jurídico atacado y la probabilidad de su ataque en el futuro, en relación a la restricción de libertad que importa la imposición de la medida de internamiento. Es la concreción del *principio de prohibición del exceso*.

Aquí aparece otra observación a realizar. El delito futuro que se teme que el inimputable realice debe ser conminado también con pena privativa de libertad. Pues,

reitero, en respeto del principio de igualdad de trato, el Derecho Penal no puede reaccionar con más violencia con el inimputable que ante el sujeto responsable.

Como se dijo acerca del internamiento, por resultar la única medida de seguridad prevista legalmente, en función del *principio de última ratio*, debe desecharse su aplicación cuando aparezca innecesaria por la escasa o nula peligrosidad que presenta el sujeto.

En este punto, debe tenerse en cuenta al tomar la decisión de internamiento, que en el plano psiquiátrico se ha afirmado reiteradamente la crisis del manicomio en cuanto institución cerrada, cuestionándose su eficacia terapéutica y también los resultados empíricos obtenidos.

Además para el caso del enfermo mental, a los caracteres estigmatizantes de la cárcel y su encierro, se le suman los propios de origen médico. Se ha demostrado que si se realiza una internación que no era estrictamente necesaria, o se prolonga aquella más allá de lo médicamente recomendado, se genera enfermedad en el paciente. La internación, por su parte, genera síntomas homogeneizantes en las personas, es la dolencia del “*hospitalismo*”. Sus manifestaciones son una especial forma de andar, deambular y hasta mirar, que es efecto de la internación y no de la enfermedad original¹⁵⁹.

Cuarto postulado: *La medida de internación debe cesar al desaparecer la peligrosidad o, de no desaparecer, al transcurrir el tiempo de la pena de prisión que se habría impuesto por el mismo hecho a un sujeto imputable*

La internación como medida de seguridad concluye con la desaparición de la peligrosidad de comisión de nuevos delitos o por el transcurso del tiempo de pena privativa de libertad que habría recibido un sujeto imputable por ese hecho.

Como se dijera al tratar el *principio de legalidad* en el capítulo IV, apartado IV.A, en virtud de la ultraactividad de la ley penal más benigna prevista en el art. 2º del Código Penal, otra causal de cese de la medida de seguridad será la desincriminación posterior del hecho típico que fuera presupuesto de su imposición.

Con respecto a la *desaparición de la peligrosidad*, como se dijo, la misma no debe ser identificada con la cura de la enfermedad. Pues ya se ha aclarado que un concepto y otro no son identificables. La cura de la enfermedad puede ocurrir o no, pero jurídicopenalmente lo relevante es la *peligrosidad criminal*. Por otra parte, tampo-

¹⁵⁹ MARUM, Elizabeth A. y ARCE, Enrique A., op. cit., p. 299.

co puede exigirse una desaparición definitiva, en cuanto certeza de que nunca volverá a reaparecer.

Por caso, en el texto que sigue la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en voto del Juez Ghione (SD) del 3 de marzo de 1987, en caso “Z., R. s/ Homicidio. Lesiones” (P 35272 S), rescata la necesidad de constatación y perduración de la peligrosidad del agente al momento de la efectivización de la medida de seguridad. Dice que si aquella cesó al momento de comenzar a ejecutar la medida de seguridad, la misma no puede imponerse: “*La interpretación puramente gramatical del último párrafo del art. 34 inc. 1 del C.P. llevaría a la aplicación de la medida de seguridad allí prevista en todos los casos a que el mismo se refiere. Pero su observación sistemática impone no aplicarla cuando al tiempo de su comienzo también concurriera la situación para la que el mismo texto legal prevé su cese*”¹⁶⁰.

Ante ello, no puede olvidarse el mero *juicio de probabilidad* que implica la aseveración judicial de la peligrosidad criminal de un sujeto. De esta manera, no resulta razonable que se exija sólo grado de probabilidad para la imposición de la medida de seguridad, que es el momento en que se resuelve la privación de la libertad de una persona, y que en cambio, para hacer cesar esa restricción de derechos, se apele a la necesidad de contar con certeza en el diagnóstico de la futura conducta.

Para la elaboración de estos juicios, no debe perderse de vista el principio *favor rei*, que posibilitará la correcta valoración de los elementos que obren en el proceso para tomar una decisión justa. Este principio es de aplicación habitual con relación a los sujetos imputables, pero tiende a diluirse en el mundo de los inimputables. Al respecto, con ilustración de fallos, me he expedido en el capítulo IV, apartado IV.B.

Acerca del internamiento y su necesidad en cuanto respuesta jurídica al enfermo, me interesa reiterar que existen en el ordenamiento argentino normas que regulan la internación civil. En ese fuero, el art. 482 del Código Civil¹⁶¹ precepta que ella sólo será procedente ante el riesgo de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

¹⁶⁰ Publicado en DJBA 133 1987, 421; y en *Acuerdos y Sentencias* (AyS) 1987-1-325.

¹⁶¹ ART. 482 del Código Civil argentino: “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 afectaren la tranquilidad pública. Dicha internación sólo podrá ordenarse, previo dictamen del médico oficial. A pedido de las personas enumeradas en el artículo 144 el juez podrá, previa información sumaria, disponer la internación de quienes se encuentren afectados de 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 indispensable y aún evitarla; si pueden prestarle debida asistencia las personas obligadas a la prestación de alimentos”. (Ley 340, modificada por Ley 11.711)

Además, en el derecho civil existe la ventaja de tratar al sujeto como un enfermo, atendiendo verdaderamente a sus necesidades, y aplicando un sistema mucho más flexible y adaptable a sus necesidades. La normativa se completa en el Código Civil, Libro Primero: *De las Personas*, Sección Primera: *De las Personas en general*, Título 10: *De los dementes e inhabilitados*, art. 140 a 152 bis¹⁶² y con la Ley nacional 22.914 de *Régimen legal de internación psiquiátrica civil en establecimientos asistenciales*, publicada en el Boletín Oficial del 20/9/83.

La internación en un establecimiento psiquiátrico supone que se brinde un tratamiento adecuado para la realización de esos fines, de lo cual se desprende un *derecho al tratamiento*.

Quinto postulado: *La medida de seguridad de internación sólo será procedente cuando el hecho típico cometido tenga prevista sanción de pena de prisión*

Siguiendo con la interpretación constitucional posible del art. 34 inc. 1º del Código Penal, se suscita otra interesante cuestión en relación a la posibilidad de aplicación de medida de seguridad de internación para delitos que no tienen prevista pena de privación de libertad, ya que la norma citada no dispone expresamente su aplicación para delitos conminados con esa clase de pena¹⁶³.

Sin embargo, en consonancia con todo lo dicho, en tal caso el juez penal no se encuentra habilitado para disponer la internación. De hacerlo, estaría actuando un Derecho Penal más gravoso –y por ende desigual– que aquel aplicable por el mismo he-

¹⁶² Código Civil argentino: Art. 140: "Ninguna persona será habida por demente, para los efectos que en este Código se determinan, sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por Juez competente". Art. 141: "Se declaran incapaces por demencia, las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes" (texto según ley 17.711). Art. 150: "La cesación de la incapacidad por el completo restablecimiento de los dementes, sólo tendrá lugar después de un nuevo examen de sanidad hechos por facultativos, y después de la declaración judicial, con audiencia del Ministerio de Menores". Art. 151: "La sentencia sobre demencia y su cesación, sólo hacen cosa juzgada en el juicio civil, para los efectos declarados en este Código, más no en juicio criminal, para concluir una imputación de delitos, o dar lugar a condenaciones". Art. 152: "Tampoco constituye cosa juzgada en el juicio civil, para los efectos de que se trata en los arts. Precedentes, cualquiera sentencia en juicio criminal que no hubiese hecho lugar a la acusación por motivo de la demencia del acusado, o que lo hubiese condenado como si no fuese demente el procesado". Art. 152 bis.: "Podrá inhabilitarse judicialmente: 1º) A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio; 2º) A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el Art.141 de éste Código, el Juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio; 3º) A quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia la pérdida del patrimonio. Sólo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge ascendiente y descendiente. Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicará en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación. Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos. Los inhabilitados podrán otorgar por si solos actos de administración, salvo los que limite la Sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso.)" (Art. agregado por ley 17.711)

¹⁶³ Es la solución adoptada por el Código Penal español en su art. 95, apartado 2.

cho al sujeto que se condena como responsable de su acto. Ello se desprende además, del principio de proporcionalidad en función de la escasa gravedad del hecho futuro que se concluye a partir del hecho típico realizado. En el cual el legislador reconoce suficiente una actuación penal con conminación de una clase de pena de menor gravedad que la prisión.

Sexto postulado: *Para la prescripción de la acción y de la medida de seguridad impuesta deben tomarse los mismos términos legales que para la pena*

En el mismo orden, aparece la cuestión de la prescripción de la acción y de la medida de seguridad impuesta, que no cuentan en el derecho argentino con una específica previsión legal. Ante ello debe concluirse que transcurridos los términos previstos legalmente para que el Estado ejercite su pretensión punitiva sin haberla concretado, la cuestión penal finaliza. De esta forma desaparece toda posibilidad de persecución, cualquiera pudiera ser la consecuencia jurídica de esa actuación (pena o medida de seguridad).

Lo expuesto surge naturalmente de los principios generales consagrados en el Código Penal, del Título X: *Extinción de Acciones y Penas*, en los art. 59 y siguientes¹⁶⁴. En cuanto al término de la prescripción de la medida de seguridad impuesta, el mismo debe surgir por interpretación sistemática del Código Penal. Así, sin perder de vista que el art. 34 inc. 1º del Código Penal no fija un tiempo de duración determinado

¹⁶⁴ Código Penal argentino: Art. 59: "La acción penal se extinguirá: 1) por la muerte del imputado; 2) por la amnistía; 3) por la prescripción; 4) por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada". Art. 62: "La acción penal se prescribirá durante el tiempo fijado a continuación: 1) a los 15 años, cuando se tratare de delitos cuya pena fuere la reclusión o prisión perpetua; 2) después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo en ningún caso, el término de la prescripción exceder de 12 años ni bajar de 2 años; 3) a los 5 años cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación perpetua; 4) al año, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación temporal; 5) a los 2 años cuando se tratare de hechos reprimidos con multa." Art. 63: "La prescripción de la acción empezará a correr desde la media noche del día en que se cometió el delito, o si éste fuese continuo en cesó de cometerse". Art. 65: "Las penas se prescriben en los términos siguientes: 1) la de reclusión perpetua, a los 20 años; 2) la de prisión perpetua a los 20 años; 3) la de reclusión o prisión temporal en un tiempo igual al de la condena; 4) la de Multa a los 2 años." Art. 66: "La prescripción de la pena empezará a correr desde la media noche del día en que se notificare al reo la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese empezado a cumplirse." Art. 67 (T. ley 25.188): "La prescripción se suspende en los casos de delitos para cuyo juzgamiento sea necesaria la resolución de cuestiones previa o prejudiciales, que deban ser resueltas en otro juicio. Terminada la causa de la suspensión, la prescripción sigue su curso. La prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público. El curso de la prescripción de la acción penal correspondiente a los delitos previstos en los arts. 226 y 227 bis, se suspenderá hasta el restablecimiento del orden Constitucional. La prescripción se interrumpe por la comisión de otro delito o por secuela del juicio. La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del delito con la excepción prevista en el segundo párrafo de éste artículo". Art. 69: "El perdón de la parte ofendida extinguirá la pena impuesta por delito de los enumerados en el Art. 73. Si hubiere varios partícipes el perdón a favor de uno de ellos aprovechará a los demás".

para la medida de seguridad, la pauta para fijar el tiempo de prescripción debe ser el máximo de pena previsto para el delito de que se trate.

Lo dicho obedece a que tanto las penas como las medidas de seguridad responden a los mismos criterios de política criminal que sustentan la prescripción de la acción y de la pena: el decaimiento del derecho del Estado a castigar e innecesariedad de la pena. Se presume que si el condenado no ha cometido un nuevo delito, se ha visto cumplido el fin de resocialización. En el mismo tenor, debe entenderse desaparecida la peligrosidad que fundamentara la medida de seguridad¹⁶⁵.

Finalmente, luego de haber revisado los principios constitucionales comprometidos en la medida de reclusión manicomial del art. 34 inc. 1º del Código Penal me interesa hacer la última cita jurisprudencial, trayendo a estudio el caso "*Rainieri, Víctor Nelson s/ recurso de casación*", resuelto el 30 de mayo de 1995, por la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, pues resulta muy ilustrativo del estado actual de la cuestión y la ideología dominante al respecto. Como antecedentes, el 04 de agosto de 1986 el Juzgado Correccional de primera instancia N° 6, Secretaría 101 de Capital Federal, declaró inimputable a Víctor Nelson Rainieri, sobreseyéndolo definitivamente por el delito de daño previsto en el art. 183 del Código Penal argentino -reprimido con pena de quince días a un año de prisión- por el hecho de arrojar un ladrillo a través de la medianera, produciendo la rotura de una tela metálica y un vidrio. Asimismo, le impuso una medida de seguridad de internamiento que se fue cumpliendo en diversos institutos psiquiátricos. El 28 de febrero de 1995 (casi cumplidos nueve años de reclusión manicomial) el Juzgado de Ejecución N° 3 ordenó el cese de la medida de seguridad por haber transcurrido más del máximo de pena prevista para el delito (un año de prisión) y mandó testimonios a sede civil para que continuara a disposición de esa justicia. El fiscal interpuso recurso de casación, pues entendió que el alcance de la medida de seguridad no se relaciona con el delito cometido (nótese que en el caso se vulneró el estado de inocencia por haberse impuesto la medida de reclusión sin sentencia que declarara la participación del acusado en el ilícito en cuestión), sino con la peligrosidad de su autor. La Cámara Nacional de Casación Penal revocó el pronunciamiento de cese de la medida de seguridad fundándose en argumentos de tipo pre-

¹⁶⁵ A favor de la prescripción MARUM, Elizabeth A. y ARCE, Enrique A., op. cit., pp. 289 y 290; SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto, *Inimputabilidad...*, p. 189; MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan, op. cit., p. 230. En contra LAJE ANAYA, Justo, quien sostiene el carácter de imprescriptible de la medida de seguridad, la cual únicamente puede cesar ante la efectiva constatación de la desaparición de la peligrosidad, en "Medidas de seguridad y tutelares en la legislación Argentina", en *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba*, noviembre-diciembre, año 1966, año 30, número 4-5, p. 137.

ventivos, de defensa de la sociedad, en cita del principio de ponderación de intereses sostenido por Roxin, y en finalidades terapéuticas que personalizan la medida de seguridad a las condiciones del autor, permitiendo mantenerla por tiempo indeterminado, si ello se hace necesario. Necesidad que entendió se daba en el caso en análisis¹⁶⁶.

A su vez, en el fallo de primera instancia se leía: *“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”*.

En la especie, la Cámara Nacional de Casación Penal valoró para su resolución un fundamento histórico positivista que revela que el verdadero fin de la medida es la eliminación social del individuo no adaptado. Ello supone concebir un Estado paternalista pedagogo, que pretende enseñar a alejarse del delito como mal o enfermedad. Otro fundamento de la Cámara es el que llamó *ponderación de bienes*, al afirmar que ante la disyuntiva de defender a la sociedad de futuros ataques a bienes jurídicos y los derechos individuales de una persona que ha cometido un injusto, lo primeramente enunciado debe prevalecer. Si bien cita un argumento de proporcionalidad, no lo aplica debidamente pues sostiene que constada la peligrosidad se debe internar al sujeto por tiempo ilimitado hasta su cese. En cambio, debió haberse sopesado un juicio de peligrosidad en el cual se valorara la gravedad del hecho cometido y la de los futuros hechos que pudiera cometer.

Este caso resulta muy representativo del pensamiento jurídico penal nacional sobre las medidas de seguridad. La postura tradicional que se ventila en el fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal ha sido sostenida localmente por Soler, Núñez, Terán Lomas, Fontán Balestra, De la Rúa, Laje Anaya¹⁶⁷. En el mismo sentido Maurach/Gössel/Zipf, quienes han afirmado que bajo ciertas circunstancias la internación

¹⁶⁶ Publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año 2, N° 3, Ad-Hoc, 1996, Buenos Aires, p. 381/393.

¹⁶⁷ SOLER, Sebastián, op. cit., Tomo II, p. 408; NUÑEZ, Ricardo C., *Tratado...*, p. 560; TERÁN LOMAS, Roberto A. M., *Derecho Penal*, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1983, Tomo II, p. 371; FONTAN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Edit. Abeledo Perrot, Tomo II, s. f., se consulta 2ª edición de 1980, p. 417; DE LA RUA, Jorge, op. cit., p. 447/487; LAJE ANAYA, Justo, “Presupuestos...”, pp. 254 y ss.

en un hospital psiquiátrico puede adquirir el carácter de perpetua, ya que es declarada por un juez sin fijar plazos¹⁶⁸.

CONCLUSIONES FINALES

La razón de mantener las medidas de seguridad penales para incapaces psíquicos tiene relación con un prejuicio que no ha desaparecido en la opinión pública y que se fundamenta en el miedo al distinto, al loco, al que sale de lo normal. Entonces, el poder punitivo entra en crisis cada vez que se absuelve a un incapaz. La sociedad se siente desprotegida, y busca encerrar a ese sujeto que, en libertad, percibe como una amenaza que no está dispuesta a soportar.

Como corolario, puedo puntualizar que si las medidas de seguridad se equiparan a las penas en función del carácter afflictivo pregonado, las mismas resultan verdaderas penas que se imponen sin culpabilidad (para los inimputables). Ante lo cual, aún faltando este elemento, el peso del Estado recae sobre quien no pudo comprender el sentido criminal de su acto o dirigir su accionar conforme a esa comprensión, con una violencia mucho mayor que la ejercida frente al sujeto penalmente responsable.

En búsqueda *de coto a este ius puniendi*, se encontró respuesta en el principio de *proporcionalidad*. Sin embargo, la desigualdad de trato jurídico entre uno y otro sujeto que cometen el mismo hecho típico subsiste, en perjuicio del enfermo mental.

A todo ello se agrega que en la práctica la medida de seguridad penal se impone también a quien ha actuado aún atípicamente, por falta de dolo. También a quien no ha realizado ninguna conducta, por incapacidad psíquica de acción¹⁶⁹.

Entonces puede decirse que el art. 34 inc. 1º, párrafo segundo, del Código Penal argentino prevé verdaderas penas de reclusión por tiempo indeterminado (muchas veces perpetua) para sujetos que tal vez no han hecho más que *causar*, en mero sentido físico, un resultado típico. Es decir, puede llegarse a penar un mero *hecho humano* que ni siquiera revista el carácter de *acto* (por ausencia de voluntad).

¹⁶⁸ MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, y GÖSSEL, Karl Heinz, op. cit., p. 874.

¹⁶⁹ Para que exista acción debe haber una voluntad que la dote de sentido de acuerdo a representaciones. Ante una patología, por un estado fisiológico que provoque una grave perturbación o por inmadurez, puede una acción aparecer como aberrante, tanto por su motivación como por sus representaciones. Sin embargo, sigue siendo una acción. En cambio, para que no haya acción no debe haber voluntad, es decir, debe darse un estado de inconsciencia y no una mera perturbación de la misma, en los términos del art. 34 inc. 1º del Código Penal.

En función de ello propongo eliminar la distinción que existe entre el incapaz psíquico que azarosamente causó un resultado prohibido penalmente, de aquel que no lo hizo, ya que ambos deben quedar fuera del ámbito de actuación del Derecho Penal.

Por aplicación material del *principio de igualdad*, ninguno de ellos pudo comprender ni dirigir sus acciones, que fueron producto de una enfermedad mental (art. 34 inc. 1º párrafo segundo del Código Penal), y en cuanto tal, merecen un tratamiento médico realmente en su beneficio. Pero de ninguna manera puede sostenerse su aislamiento social en protección de la comunidad. Debe someterse el caso a la jurisdicción civil y velar por su mejor atención humana y médica.

La anterior conclusión, lleva a purificar y sanear los contenidos de un Derecho Penal de un Estado democrático de Derecho, en el cual se piense al hombre como centro y fin en sí mismo, y no como instrumento al servicio de la comunidad, en franco desmedro de su *dignidad humana*.

El Derecho Penal rejerarquizaría de este modo el *principio de legalidad* con la eliminación del juicio de *probabilidad de futura comisión de delitos* que fundamenta sin asidero científico la medida de seguridad. Esta *probabilidad* exige una cuota de incertidumbre y azar que deslegitima al Derecho Penal para fundar en ella una sanción, y por su propia naturaleza de conducta humana no puede ser predeterminado su acaecimiento. Ello permitiría el retorno a una única actuación del sistema penal sobre juicios de certeza de hechos pasados, plenamente debatidos en un debido proceso legal ampliamente contradictorio.

Al desechar el *juicio de probabilidad* de comisión de delitos futuros, se retorna a la certeza jurídica que también se desprende del *principio de legalidad*.

De esta manera se revaloriza el *principio constitucional de culpabilidad*, el valor disuasorio de la conminación penal, la posibilidad de internalizar el mensaje normativo, y la elección plena de motivarse, o no, conforme a la norma. No olvidemos que la importancia del principio de culpabilidad constitucional está dado en la exclusión de la imputación por la mera causación de un resultado.

En este sentido se elimina todo vestigio de un *Derecho penal de autor*. Únicamente puede ser materia de sanción penal un hecho pasado cometido, independientemente de cualquier calidad personal que lleve su autor. Lo cual también denota el *derecho al libre desarrollo de la personalidad*, reconocer el *derecho a opciones de vida diferentes*, y sobre todo, los *derechos de las minorías*.

Ello permite también el cabal *derecho de defensa en juicio* y el *derecho a ser oído*. Pues difícilmente un insano como sujeto pasivo del Derecho Penal puede hacer valer propiamente estos derechos procesales penales. Esta circunstancia también es indicativa de que la medida de seguridad penal no es el instrumento adecuado para su tratamiento.

También se busca la vigencia del *in dubio pro reo*, pues si bien la peligrosidad resulta una mera probabilidad de comisión de futuro hecho delictivo, tal como está redactada la norma del art. 34 inc. 1º del Código Penal argentino, la incertidumbre en el acaecer futuro, se interpreta a favor de la imposición de la internación allí prevista. En contra de la libertad del sujeto pasivo.

Volviendo al *principio de igualdad*, el mismo se ve desvirtuado con la probabilidad para el inimputable que sufre una alteración psíquica de comisión de otro delito, que hace al mantenimiento de su internación. En cambio, en el caso del condenado, haya cumplido o no el fin resocializador de la pena, ante su cumplimiento total o parcial en caso de libertad condicional, se ordena su inmediata libertad. En esta circunstancia la sociedad asume el riesgo de que delinca en el futuro. La misma situación se concreta durante el proceso penal ante la excarcelación del sujeto responsable, lo cual no ocurre con el “*loco*” preventivamente internado.

La *indeterminación temporal* de la medida de seguridad, a más de ser intolerablemente inconstitucional por los argumentos ya vertidos, resulta una *pena cruel e inhumana*. Implica una segregación de por vida del inimputable, sometido de esta manera a la doble violencia institucional penal que brinda el binomio cárcel-manicomio.

Conforme lo dicho, el sistema penal, al comprobar la comisión de un injusto por parte de un sujeto inimputable por enfermedad mental, debe agotar su competencia procediendo a su absolución y dando inmediata intervención al juez civil.

Con todo lo dicho, reduciríamos el Derecho Penal a una intervención menor, en vigencia del *principio de última ratio*, excluyendo su accionar frente al inimputable, en plena vigencia del *Derecho Penal de culpabilidad*. Concretamente debe acotarse la reacción penal a la comisión de HECHOS TIPICOS ANTIJURÍDICOS Y CULPABLES.

Me permito finalizar este trabajo citando nuevamente el inteligente artículo de María Florencia HEGGLIN, quien en transcripción de Hassemer¹⁷⁰, trae un ilustrativo párrafo que se atribuye a las palabras finales de un imputado previo a la deliberación del tribunal. Ellas denotan claramente la cruda realidad que encierran las medidas de

¹⁷⁰ HEGGLIN, María Florencia, “¿Medidas de Seguridad...”, p. 380.

seguridad penales, más allá de pretensas justificaciones que a lo largo del derecho se han pretendido dar:

“El presidente del tribunal preguntó al acusado si tenía algo que alegar antes de que el tribunal se retirara a deliberar. El acusado inclinó la cabeza, se levantó y permaneció callado. Sólo cuando vio la cara de su hijo, que estaba sentado entre el público, dijo: “Soy culpable. Pido al tribunal que no tenga en cuenta la petición que ha hecho mi abogado para que se me declare enfermo mental. Tanto en el momento en que cometí el hecho, como ahora, estaba en plenitud de mis facultades mentales. Soy culpable”. “¿Nos puede explicar qué es lo que le lleva a hacer esta declaración?” El acusado volvió a inclinar la cabeza, permaneció callado, miró a su hijo y dijo: “Tengo un hijo. Para un hijo es mejor tener a un padre culpable que reconoce su culpabilidad, que un padre loco. No se le hace ningún favor a un hombre negándole la posibilidad de declararse culpable. Puede parecer que se le da algo bondadoso y magnánimo, pero realmente se le está humillando. Al privársele de la justicia, se le está privando también del perdón. Se le quita la dignidad como persona. Para un hijo es importante saber que su padre era una persona. Pido por lo tanto al tribunal que rechace la solicitud de mi abogado”.

BIBLIOGRAFÍA

ALBARRACIN, Marta y REPETTO, Martín, "Insania, inhabilitación e internación: resultado de un estudio de expedientes", publicado en *Revista LA LEY, Actualidad*, diario de fecha 06 de abril de 1995, Buenos Aires.

ARROYO ZAPATERO, Luis, "El Principio de Culpabilidad y sus plasmaciones. Reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa europea", en *Revista Penal. Doctrina*, Madrid, pp. 5/10.

ARROYO ZAPATERO, Luis, "Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la constitución", en *Revista Jurídica de Castilla*, Número 1, 1987, pp. 102/110.

ARROYO ZAPATERO, Luis, "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 3, Número 8, mayo – agosto del año 1983, Madrid, pp. 9/46.

BACIGALUPO, Enrique, "Reflexiones sobre la reforma del sistema de reacciones penales ejemplificadas en el derecho penal argentino", en *Nuevo Pensamiento Penal*, año 6, 1977.

BARRA, Rodolfo Carlos y MURATORIO, Jorge I., "La reforma constitucional de 1994 y su contenido tuitivo de la igual dignidad humana. Protección contra la segregación", en *Revista Jurídica LA LEY*, año 1996, tomo E, Sección doctrina, pp. 942/956.

BLANCO, Luis Guillermo, "Homicidio Piadoso, eutanasia y dignidad humana", en *Revista Jurídica LA LEY*, año 1997, tomo F, pp. 509/530.

BOBBIO, Gustavo y GARCIA, Luis M., "Las personalidades psicopáticas y la imputabilidad penal", en *Revista LA LEY*, año 1986, tomo D, pp. 264/283.

BONNET, Emilio Federico Pablo, *Medicina Legal*, Buenos Aires, Libreros López Editores, 1967, se cita segunda edición de 1980.

BOTTERI, María Lucrecia y LABORDE, Daniel Mario: "Medidas de Seguridad Curativas en algunos supuestos del nuevo Derecho Penal Comparado", en *Revista LA LEY*, Buenos Aires, diario del día 25 de junio de 2001, pp. 1/3.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal español, Parte General*, Barcelona, 1984.

CHOCLAN MONTALVO, José Antonio, *Individualización judicial de la Pena*, Madrid, Editorial Colex, 1997.

DE LA FUENTE, Javier Esteban, "Medidas de Seguridad para Inimputables", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia*, Año IV, Número 8ª, 1998, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, pp. 287/324.

DE LA RUA, Jorge, *Código Penal Argentino. Parte General*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1972, se consulta edición de 1997.

DIAZ, Emilio, "Internamiento de seguridad. Artículo 34 del Código Penal", en *Revista Penal Argentina*, 1926, p. 32/53.

DONNA, Edgardo Alberto y DE LA FUENTE, Javier Esteban, "El problema de la indeterminación temporal de las Medidas de Seguridad", en *Revista LA LEY*, año 1997, tomo C, Buenos Aires, pp. 361/371.

DONNA, Edgardo Alberto, "Un fallo que respeta el principio de legalidad", en *Revista LA LEY*, año 1995, tomo C, Buenos Aires, pp. 509/511.

D'ORS, Álvaro, "La llamada Dignidad Humana", en *Revista Jurídica LA LEY*, año 1980, tomo C, Sección Doctrina, pp. 978/986.

EKMEKDJIÁN, Miguel Angel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1993.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho Penal Fundamental*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis S.A., 1998.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Editorial Trotta S.A., 1989 primera edición de *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, en primera edición 1995 traducida al español por Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruis Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, se consulta tercera edición de 1998.

FONTAN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, s/f, 2º edic., 1980.

GARCIA ALBERO, Ramón, "De las medidas de seguridad", en AAVV, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director), MORALES PRATS, Fermín (Coordinador), Gonzalo QUINTERO OLIVARES, Fermín MORALES PRATS, José Manuel VALLE MUÑIZ, Joseph Miquel PRATS CANUT, Joseph María TAMARIT SUMALLA, Ramón GARCIA ALBERO, Elcano (Navarra), Editorial Aranzadi, 1996, se consulta edición de 2001, pp. 513/553.

GARCIA ARAN, Mercedes, "La Determinación de la Pena", en *Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995*, Elcano (Navarra), Editorial Aranzadi, pp. 61/83.

GARCIA RIVAS, Nicolás, “*Estado Actual de la Teoría del Delito*”, conferencia brindada en la sede del Colegio de Magistrados de la Provincia de Buenos Aires del Departamento Judicial Necochea, ciudad de Necochea, provincia de Buenos Aires, Argentina, el día 18 del mes de abril del año 2002, inédito, sin publicar.

GOMEZ, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1939.

HASSEMER, Wilfred y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1989.

HEGGLIN, María Florencia, "El internamiento de los enfermos mentales inimputables y la protección internacional de los derechos humanos", en AAVV, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año V, Nº 9-C, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1999, pp. 273/331.

HEGGLIN, María Florencia, “¿Medidas de Seguridad o Pena por tiempo indeterminado?”, en AAVV, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año 2, Nº 3, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1996, pp. 355/380.

JOFRÉ, Tomás, *Manual de Procedimiento, Civil y Penal*, Buenos Aires, 1926.

LAJE ANAYA, Justo, “Medidas de seguridad y tutelares en la legislación Argentina”, en *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba*, noviembre / diciembre, Córdoba, año 1966, año 30, nº 4-5, pp. 137/154.

LAJE ANAYA, Justo, “Presupuestos para aplicar las Medidas de seguridad contempladas en el art. 34 del Código Penal”, en *Revista Jurisprudencia Argentina (JA), Doctrina*, Buenos Aires, año 1969, pp. 254/257.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial S.A., 1976, se consulta 3ª edic. de 1984.

MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Civitas S.A., 1990.

MARUM, Elizabeth A. y ARCE, Enrique A., “Internación Psiquiátrica y Derecho Penal”, en *Nueva Doctrina Penal*, 1997/A, Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 285/306.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz, y GÖSSEL, Karl Heinz, *Derecho Penal, Parte General*, obra original en alemán de 1988, traducción de la 7ma. edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson y supervisada por Edgardo Donna, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, 1984, Editorial Reppertor S.L., se cita 2ª reimpresión de julio 1999 de la 5ª edic. de 1998, luego de la cuarta edición de 1996 corregida y puesta al día con arreglo al código de 1995.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Editorial Tecnos, 1991.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General, 4ª Edición, revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch Libros, 1993, se consulta 2ª edición de mayo de 1996.

NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina Omeba, 1960.

NUÑEZ, Ricardo C., *La culpabilidad en el Código Penal*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1946.

NUÑEZ, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1960.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín, “De las garantías penales y de la aplicación de la ley penal”, en AAVV, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) MORALES PRATS, Fermín (Coordinador), Gonzalo QUINTERO OLIVARES, Fermín MORALES PRATS, José Manuel VALLE MUÑIZ, Joseph Miquel PRATS CANUT, Joseph María TAMARIT SUMALLA, Ramón GARCIA ALBERO, Elcano (Navarra), Editorial Aranzadi, 1996, se consulta edición de 2001, pp. 45/75.

QUIROGA LAVIE, Humberto, BENEDETTI, Miguel Angel, CENICACELAYA, María de las Nieves, *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, s.f.

ROJAS, Nerio, *Medicina Legal*, Buenos Aires, Editorial El Ateneo, 1936, se consulta 8ª edic. de 1964.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, versión original en alemán de 1994, primera edición en español en 1997, traducción de Luzón Peña, García Conlledo, Remesal, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1997.

RUBIO, Zulma L., “La peligrosidad y la adecuación de las Penas y las medidas de seguridad”, en *Revista JUS, Revista Jurídica de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Editora Platense, año 1973, Revista número 22, pp. 133/141.

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1940, se cita 3ª reimpresión total de 1956.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto, "Crítica a la peligrosidad como fundamento y medida de la reacción penal frente al inimputable", en *Nuevo Foro Penal*, junio 1990, número 48, pp. 199/213.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto, *Inimputabilidad y Sistema Penal*, Bogotá, Editorial Temis, 1989.

TERAN LOMAS, Roberto A. M., "La parte general del Código Penal de la República Federal Alemana comparada con el Código Penal Argentino y sus proyectos de reforma" en *Revista Jurisprudencia Argentina (JA)* año 1976, Buenos Aires, tomo III, pp. 732/739.

TERAN LOMAS, Roberto A. M., "La proyectada reforma de la parte general del Código Penal. Primera Parte", en *Revista Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, año 1975, pp. 533/539.

TERAN LOMAS, Roberto A. M., "Notas complementarias sobre el proyecto de reformas a la parte general del Código Penal (1974-1975)", en *Revista Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, año 1976, tomo I, pp. 645/650.

TERÁN LOMAS, Roberto A. M., *Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1983.

TERRADILLOS BASOCO, Juan, "Pautas para una Política Criminal de prevención especial" en *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*, Madrid, Akal Editor, 1981, pp. 9/29.

TOZZINI, Carlos A., "Art. 34 inc. 1º del Código Penal. Imputabilidad", en *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Art. 1/34. Parte General*, AAVV, dirigido por BAIGUN, David, ZAFFARONI, Eugenio R. y TERRAGNI, Marco A., Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1997, pp. 465/524.

TOZZINI, Carlos A., "Donde mueren las palabras en materia de medidas de seguridad curativa", en *DOCTRINA PENAL. Teoría y Práctica en las ciencias penales*, Revista trimestral, director Ricardo C. Núñez, Año 10, números 37 a 40, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1987, pp. 517/521.

VERGARA LUQUE, José Antonio, *Imputabilidad e Inimputabilidad Penal*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl y ARNEDO, Miguel Alfredo, *Digesto de Codificación Penal Argentina*, Buenos Aires, AZ Editores, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal. Parte General*, con colaboración de Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2000.

ZIFFER, Patricia S., *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1996.