

# Derecho y Control (1)

---

**Bruno Rusca**

Editor

**Juan F. Iosa y Hernán G. Bouvier**

Directores

 Ferreyra  
Editor



## Derecho y Control (1)

---

Derecho y control 1 / Juan F. Losa ... [et al.] ; dirigido por Juan F. Losa ; Hernán G. Bouvier ; editado por Bruno Rusca. - 1a ed. - Córdoba : Ferreyra Editor, 2016.

268 p. ; 21 x 14 cm.

ISBN 978-987-1742-93-6

I. Derecho. I. Losa, Juan F. II. Losa, Juan F., dir. III. Bouvier, Hernán G. , dir. IV. Rusca, Bruno , ed.

CDD 340.1

---

Este libro fue realizado con el subsidio de SECyT-UNC  
para investigación y publicación.

© De los autores, 2016

ISBN: 978-987-1742-93-6

Impreso en Argentina

Printed in Argentina

Hecho el depósito que marca la Ley 11.723

# Derecho y Control (1)

Bruno Rusca  
Editor

Juan F. Iosa y Hernán G. Bouvier  
Directores

 Ferreyra  
Editor

# Las medidas de seguridad curativas de la ley de estupefacientes: un problema de justificación

por Daniela M. Domeniconi\*

**Resumen:** El trabajo pone en cuestión la figura de las medidas de seguridad curativas previstas en el art. 12 de la ley de estupefacientes N° 23737. Estas medidas imponen, junto con la pena correspondiente a la comisión de cualquier delito tipificado en el Código Penal, un tratamiento rehabilitador coactivo para los condenados adictos. El trabajo discute su justificación y analiza la compatibilidad de estas medidas de seguridad con nuestro sistema constitucional y penal liberal, considerando distintas teorías legitimadoras de la intervención estatal.

**Palabras clave:** medidas de seguridad, autonomía, principio del daño.

**Abstract:** This article casts doubt on the figure of the coercive therapeutic measures established by the law of drugs N° 23737 on his article number 12. These measures impose a coercive rehabilitation treatment, together with the penalty applied for the commission of any crime, for those convicted who are also drug addicts. The paper discusses their justification and analy-

---

\* Abogada (UNC – CIJS/CIFFYH) Córdoba, Argentina. danidomeniconi@gmail.com Este trabajo fue realizado en el marco del seminario de investigación «*Derecho y Control. Entre el control social y el institucional*», radicado en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (FDyCS) de la Universidad Nacional de Córdoba. Mi especial agradecimiento a Hernán G. Bouvier y Juan F. Iosa por sus invaluable aportes, críticas e ideas.

zes, as well, the compatibility of these security measures with our liberal constitutional and criminal system, taking into account different theories of the legitimacy of state intervention.

**Keywords:** coercive therapeutic measures, autonomy, harm principle.

## 1. Introducción

Las llamadas «medidas de seguridad curativas» que prevé la ley de estupefacientes nº 23737 en su artículo 12 son medidas de seguridad impuestas a personas imputables y que no funcionan como sustituto de una pena, sino de forma accesoria a la misma. La ley 23737 habilita que los jueces puedan aplicar, además de la pena correspondiente por el delito imputado (cualquiera sea el delito), una medida de seguridad curativa que consiste en un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación coactiva durante el tiempo que consideren necesario a esos fines, a realizarse dentro del establecimiento penitenciario donde los condenados se encuentren cumpliendo la pena impuesta.

El art 12 de la ley 23737 establece que:

cuando el condenado por cualquier delito dependiere física o psíquicamente de estupefacientes, el juez impondrá, además de la pena, una medida de seguridad curativa que consistirá en un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación por el tiempo necesario a estos fines, y cesará por resolución judicial, previo dictamen de peritos que así lo aconsejen.

Aquí estamos ante un tipo de medidas de seguridad muy peculiares ya que:

a) no se encuentran dirigidas a personas inimputables, como las medidas del art. 34, inc. 1º, b) no requieren relación alguna con la comisión de un delito vinculado a la adicción a las drogas, como las medidas del art. 13 de la ley 23737<sup>1</sup>, c) imponen un tratamiento de

---

<sup>1</sup> El art. 13 de la ley 23737 refiere a quienes sean condenados en virtud de poseer en

rehabilitación coactivo sin necesidad de consentimiento del adicto, a diferencia de los demás supuestos de medidas de seguridad curativas que sí tienen en cuenta la voluntad de curación (arts. 13, 14, ley 23737), y d) son ordenadas por los jueces del tribunal de juicio, a pesar de que los tratamientos de rehabilitación durante la ejecución de una condena se encuentran reglados por la ley 24660 y quienes poseen la potestad de ordenarlos y controlarlos son los jueces de ejecución y/o las autoridades de los establecimientos penitenciarios. (arts. 3 y 13, ley 24660).

En este trabajo, intentaré responder a la pregunta acerca de cuál es el carácter jurídico de estas medidas e indagaré sobre cuán justificadas se encuentran utilizando para ello diferentes tipos de teorías legitimadoras de la intervención estatal en la vida de las personas.

## 2. Las medidas de seguridad curativas: distinciones y problemas.

En el apartado anterior sostuve que las medidas de seguridad aquí analizadas poseen un carácter muy peculiar. Esto es debido a que no parecen encuadrar en las nociones que usualmente tenemos cuando hablamos de medidas de seguridad, es decir, las que resultan aplicables a inimputables, a menores, o al adicto condenado *por* el delito de tenencia de estupefacientes. Las medidas de seguridad más conocidas y desarrolladas por la doctrina son las del art 34 inc. 1º del Código Penal, en donde se establece que no es punible:

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

---

su poder estupefacientes y dice que «...si en el juicio se acreditase que la tenencia es para uso personal, declarada la culpabilidad del autor y que el mismo depende física o psíquicamente de estupefacientes, el juez podrá dejar en suspenso la aplicación de la pena y someterlo a una medida de seguridad curativa por el tiempo necesario para su desintoxicación y rehabilitación. Acreditado su resultado satisfactorio, se lo eximirá de la aplicación de la pena...»



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.

El artículo además trata el caso de quienes fueran absueltos de un delito por las causales previstas en el artículo y señala que en esos casos «*el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso*».

Las medidas de seguridad del art. 34 son muy distintas a las medidas de seguridad curativas aplicadas a condenados adictos; y, aunque son el tipo más conocido de medidas, puede verse claramente que no son las únicas. Así, es posible encontrar dispersas en el ordenamiento jurídico penal otras medidas similares en tanto comparten el *nomen iuris* y la finalidad de prevención especial<sup>2</sup>, pero que se aplican a casos distintos, por lo que es necesario caracterizarlas por separado para lograr una mejor comprensión. Zaffaroni<sup>3</sup>, reproduciendo la «doctrina dominante» en materia de medidas, afirma que las medidas de seguridad se pueden clasificar en tres grupos:

- a) medidas para *inimputables* cuando se destinan a locos y lunáticos;
- b) medidas *postdelictuales*, cuando se destinan a quienes cometieron delitos; y
- c) medidas *predelictuales* cuando están dirigidas a gente sospechosa.

A su vez, reciben distintos nombres complementarios según su función, y en base a ella pueden clasificarse como:

---

<sup>2</sup> La pena entendida con una finalidad de prevención especial es la que posee un efecto *resocializador*, a diferencia de la pena con finalidad de prevención general que busca meramente *retribución*.

<sup>3</sup> Cfr. con Zaffaroni, E.R., *Manual de Derecho Penal, parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2006, pág. 51-52.

- a) *educativas*, llamadas también tutelares, son las destinadas a «completar la educación del menor y en ciertos casos propender a su reeducación»<sup>4</sup>;
- b) *curativas*, son «eminentemente terapéuticas»<sup>5</sup>, como lo es una internación en un neuropsiquiátrico o un tratamiento ambulatorio y;
- c) *eliminadoras*, como lo es la «medida» accesoria por tiempo indeterminado del art. 52 del C.P.

No caben dudas de que las medidas del art. 12 son medidas *curativas* dada su finalidad terapéutica y de rehabilitación. Sin embargo, vuelve a surgir la peculiaridad de estas medidas, puesto que parecen no encajar en ninguno de los supuestos estructurales: no son destinadas a *inimputables* (ya que se aplica a los condenados); no son *predelictuales* tampoco, ya que no se la aplica en virtud de una idea de prevención de futuros delitos.<sup>6</sup> En definitiva, todo indica que las medidas del art. 12 deberían ser *postdelictuales*, en el sentido de que se aplican en virtud de haber cometido un delito, no obstante, la medida en sí no tiene relación alguna con el delito cometido, sino que se aplica por la condición de adicto. Entonces, se aplica una medida *postdelictual*, sin culpabilidad, sin injusto y sin tipicidad.

La determinación del carácter de estas medidas resulta importante para comprender si nos encontramos frente a una pena o frente a una medida, independientemente del *nomen iuris* que las identifica en

---

<sup>4</sup> Cortés de Arabia, A. M., «Las medidas de seguridad» en: Lascano, C. J. (director), *Derecho Penal Parte General*, Ed. Advocatus, Córdoba, pág. 770.

<sup>5</sup> «Ídem».

<sup>6</sup> Algunos podrían argüir que el consumo de estupefacientes aparece asociado frecuentemente a la comisión de algunos delitos, principalmente delitos contra la propiedad y que en ese sentido serían medidas predelictuales. El problema con esta idea es que la relación entre consumo y delito debería ser más cercana para que justifique una intervención coactiva, sino se configura simplemente una eventual puesta en peligro de un bien jurídico tan abstracto como la seguridad pública. Además, las medidas de seguridad curativas del art. 12 no podrían solucionar el problema de una futura criminalidad más que el tratamiento resocializador integral, progresivo y voluntario que tiene lugar en los establecimientos penitenciarios; por lo que considero que carece de sentido entenderlas como predelictuales.

la ley. Zaffaroni cree que es necesario distinguir entre medidas que son penas encubiertas y medidas que son medidas. Según el autor «muchas de las llamadas ‘medidas’ no ofrecen ninguna diferencia sustancial con la pena, en tanto que otras muestran claramente que nada tienen que ver con el derecho penal, fuera de una mera conexión formal.»<sup>7</sup> Zaffaroni, por ejemplo, cree que la medida de seguridad de reclusión del art. 52 para reincidentes, es una *pena* más allá de su clasificación como «medida»; y que algunas otras medidas son en verdad medidas administrativas y no penales pero se encuentran dentro del ordenamiento penal debido a que su naturaleza privativa de libertad requiere que estén rodeadas de ciertas garantías constitucionales. El ejemplo que Zaffaroni tiene en cuenta es sólo el de las internaciones manicomiales, pero según entiendo, el argumento podría aplicarse también a las medidas de seguridad curativas del art. 12. Estas son, en verdad, medidas que debieran ser administrativas, puesto que su implementación corresponde a los distintos establecimientos penitenciarios, pero se encuentran incluidas en la ley penal porque dada su gran injerencia sobre los derechos individuales, deben estar sujetas a garantías procesales y constitucionales.

Además, un argumento extra estriba en el hecho de que, como se explicó anteriormente, en las medidas del art. 12 no se dan las condiciones de culpabilidad, injusto y tipicidad; lo que refuerza la idea de que estas medidas no pueden ser penas. Son medidas. Sin embargo, como ya he advertido, son de una naturaleza peculiar, *sui generis*. Se aplican para mejorar la salud del adicto, en su propio beneficio pero de modo coactivo. Se aplican también aunque los delitos cometidos no hayan tenido relación con el consumo de estupefacientes, y además añaden una condición extra a valorar al momento de una eventual liberación anticipada: el cumplimiento efectivo de la medida de seguridad curativa ordenada en la sentencia.

El problema con este tipo de medidas es que, teniendo una naturaleza evidentemente administrativa, se encuentran reguladas por el derecho penal para que se respeten ciertas garantías de contralor proce-

---

<sup>7</sup> Zaffaroni, E., *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, Ediar, Buenos Aires, 1998, pág. 93.

sal, pero en realidad terminan *agravando* la situación del condenado adicto. Afirmo que la agravan puesto que añade una condición al cumplimiento de la pena privativa de libertad que no responde a la verdadera necesidad del condenado, ya que cada tratamiento es individualizado y confeccionado por el organismo técnico criminológico en base a un estudio médico, psicológico y psiquiátrico, con conocimiento de los jueces de ejecución (arts. 3 y 13, ley 24660<sup>8</sup>) y no en base a una apreciación *de visu* de los jueces del tribunal de juicio.<sup>9</sup> También es necesario mencionar que el tratamiento penitenciario tiene un principio rector, que es el de *voluntariedad* (art. 5, ley 24660) y que se ve de alguna manera desplazado por la imposición coactiva de un tratamiento rehabilitador mediante una sentencia del tribunal de juicio.

### 3. La incompatibilidad entre las medidas de seguridad curativas de la ley 23737 y la ley 24660

Como he sostenido, las medidas de seguridad curativas del artículo 12 poseen un carácter peculiar, y podría decirse, incoherente. No respetan el principio de voluntariedad del tratamiento penitenciario (art. 5, ley 24660) y tampoco respetan un mínimo estándar de seguridad jurídica y probatoria, ya que los jueces no necesitan siquiera de un dictamen médico para ordenarlas. En la ley 26660 que corresponde al tratamiento penitenciario de los condenados, se establece que si es el

---

<sup>8</sup> Además, la ley de ejecución de pena privativa de la libertad estipula en su art. 1 que «el régimen penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada»; y luego asienta el principio de *voluntariedad* en el art. 5, finalmente en el art. 144 obliga a los médicos del establecimiento penitenciario a realizar un examen médico al momento del ingreso, dejando constancia de su estado en la historia clínica, así como de los antecedentes de consumo de alcohol, estupefacientes o cualquier otra sustancia tóxica susceptible de producir dependencia física o psíquica, si los presentara.

<sup>9</sup> La ley 23737 no exige ningún tipo de prueba o pericia previo a solicitar la medida de seguridad curativa, por lo que la cuestión depende de un conocimiento de las condiciones personales del imputado en base a su propia declaración, o al conocimiento directo que de él toma el juez durante la etapa de juicio.

caso que un interno necesita un tratamiento por su adicción, pues será obligación del establecimiento penitenciario —bajo contralor de los jueces de ejecución— que dicho tratamiento se lleve a cabo respetando el principio de voluntariedad del tratamiento penitenciario (art. 5 Ley 24660), lo que claramente no puede darse cuando estamos ante una condición impuesta en una sentencia como complemento de la pena propiamente dicha. Desde su ingreso a cualquier establecimiento penitenciario del país, los condenados deben transitar un «período de observación» en el cual se les realiza un estudio médico, psicológico y social, que determinará el diagnóstico y con ello el pronóstico criminológico que será la información relevante en cuanto al tipo de tratamiento que deberá llevar a cabo cada interno. Un condenado que presente síntomas de adicción a los estupefacientes deberá cumplir el tratamiento indicado administrativamente por el servicio penitenciario, fundado en dictámenes médicos; resultando entonces *innecesaria* la medida de seguridad curativa impuesta conjuntamente con la sentencia condenatoria por el tribunal de juicio, que, además, pierde su competencia una vez que el interno ha sido ya condenado.

Puede afirmarse así que el tratamiento de rehabilitación por adicción responde a las tareas que le asigna la ley de ejecución a la autoridad penitenciaria; por ello es que las medidas del art. 12 resultan innecesarias, redundantes y; en algún sentido; incompatibles con las garantías que deben respetarse dentro de nuestro sistema de derecho penal. Por un lado, la imposición del tratamiento de forma coactiva vulnera el principio de igualdad, toda vez que el Estado toma intervención en el asunto sólo por la comisión de un delito —no relacionado a su adicción—, y los ciudadanos que no hubiesen cometido un ilícito no serán obligados a recibir un tratamiento contra su adicción. Es incluso más gravoso que ello, puesto que los internos que no cumplieren con el tratamiento de rehabilitación ordenado en la sentencia cuentan con una condición incumplida para la eventual obtención de una liberación anticipada. Si bien estamos ante una medida de seguridad y no ante una pena, el sentido de que las medidas de seguridad sean parte del derecho penal es que se asegure el cumplimiento de garantías sustanciales y procesales ya que una imposición coactiva resulta siempre una injerencia importante en la libertad personal. Debido a esto, resul-

ta necesario indagar acerca de los fundamentos de las medidas de seguridad curativas, a los fines de dilucidar si se trata de medidas justificadas o injustificadas y si resultan compatibles con nuestro sistema jurídico constitucional en general, y penal en particular.

#### 4. Sobre la justificación de las medidas de seguridad curativas

Las medidas, como toda otra injerencia penal sobre la libertad personal, tienen que estar justificadas: debemos dar una explicación exhaustiva del por qué sometemos a una persona a una medida coactiva de esas características. Considero que la justificación debe ser todavía más elaborada en el caso de las medidas curativas, ya que no puede alegarse el castigo o reproche de cierta conducta que haya ocasionado un daño, porque no es el caso. El caso aquí es simplemente el *propio beneficio* o *curación* del sujeto adicto; y es por ello que cabe preguntarse: (incluso con más énfasis que en los supuestos de pena por haber cometido un delito tipificado) ¿puede el Estado obligarnos a realizar un tratamiento en virtud de nuestro propio bien? Aquí es donde entran en juego las distintas teorías de intervención del Estado, a través de la vía penal, en nuestra vida personal.

En el caso de las medidas de seguridad de la ley de estupefacientes estamos frente a una medida cuyo fin es la prevención y la curación, y en virtud de ese fin habilita la potestad de control y regulación del Estado a través del derecho penal mediante la imposición coactiva de un tratamiento psicofarmacológico de rehabilitación. Lo importante aquí ya no es lo que el sujeto hizo (ya que se parte de la base de que obtuvo una condena privativa de libertad por ello), sino lo que el sujeto alguna vez *podría ser o hacer* si no se rehabilita de su adicción. El énfasis ya no se encuentra en el acto, sino en las características del autor. Para analizar si las medidas curativas de esta índole se encuentran justificadas, debemos primero tener una noción de los distintos tipos de argumentos que se utilizan como fundamentos del desincentivo del consumo de drogas, a los fines de esbozar una idea acerca de cuán justificada se encuentra la injerencia de las medidas de seguridad curativas del art. 12. Existen distintos argumentos por los cuales una sociedad

considera que se deben desalentar, mediante la intromisión del derecho, las conductas vinculadas al consumo de estupefacientes. Nino<sup>10</sup> reseña los tres más usuales: a) el argumento perfeccionista; b) el argumento paternalista y c) el argumento de la defensa social. A continuación, analizaré dichos argumentos a la luz de las medidas de seguridad del art. 12 a los fines de determinar si éstas se encuentran de algún modo justificadas. Antes de comenzar a analizar cada uno de ellos, es necesario aclarar que no niego el hecho de que la adicción a las drogas (al menos a algunas de ellas) puede afectar de forma sustancial la vida de los individuos deteriorando sus capacidades cognitivas, intelectuales, laborales, afectivas, etc.<sup>11</sup> El tema en cuestión es si el método que elegimos como sociedad para frenar el consumo y con ello la eventual adicción se encuentra justificado como método y es coherente dentro de nuestro sistema constitucional y penal actual. Otra es la discusión acerca de métodos alternativos no invasivos de la esfera de autonomía personal en casos en que, como éste, el delito no haya tenido relación con el consumo de estupefacientes.

#### 4.1 El argumento de la defensa social

Esta tesis sostiene que la tenencia de drogas para el consumo personal está justificada en tanto se dirige a proteger de la expansión del consumo de drogas a otros individuos que no son drogadictos, y también a la sociedad en su conjunto, contra las consecuencias nocivas que ocurren por el hecho de que algunas personas consuman estupefacientes.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Nino, C. S., *Ética y Derechos Humanos*, Astrea, Buenos Aires, 2012, pág. 423. No se desconoce que existen distintas variantes, posturas y matices dentro de cada uno de los argumentos, sin embargo, para realizar un análisis más esquemático me remitiré principalmente a las posturas reseñadas por Nino en cuanto al consumo de estupefacientes, excepto por la variante del perfeccionismo liberal de Raz que no se encuentra incluida dentro de su reseña.

<sup>11</sup> Esta es una apreciación compartida por Nino, C., *Ética y...* «*op. cit.*», pág. 420.

<sup>12</sup> «Ídem».

Este argumento claramente no se aplica al caso de las medidas de seguridad curativas que aquí se considera, puesto que los establecimientos penitenciarios donde se purgan las condenas cuentan con controles que impiden la entrada de drogas y con ello la expansión de la misma hacia otros individuos no drogadictos. Incluso conociendo el dato empírico de que en las cárceles circulan ciertas drogas, no podemos basar la legitimidad de las medidas en una «falla» del sistema carcelario en cuanto al ingreso de estupefacientes. Además, como se ha tratado en el apartado 3, desde su ingreso como condenado a un establecimiento penitenciario, cada interno obligatoriamente transita un período de observación en el cual se le diagrama un tratamiento acorde a sus características particulares, lo que incluye un tratamiento de rehabilitación si los médicos certifican que padece de una adicción que lo amerita. Por estos mismos motivos es que tampoco se aplica aquí el argumento de las consecuencias nocivas que trae para la sociedad el hecho de que una persona consuma estupefacientes, puesto que esa persona se encuentra ya neutralizada en una institución total que es la encargada de resocializarlo y rehabilitarlo —si fuere necesario— hasta el momento de su egreso al medio libre. Descartado ya el argumento de la defensa social como justificatorio de las medidas de seguridad curativas, resta analizar los otros dos argumentos reseñados por Nino.

#### 4.2 El argumento perfeccionista

El argumento perfeccionista considera que la autodegradación moral que genera el hábito del consumo de estupefacientes constituye una razón suficiente para que el derecho interfiera con su consumo, independientemente de los daños individuales y sociales que se ocasionan también.<sup>13</sup> La rama más extrema del perfeccionismo<sup>14</sup> (que es, por cierto, la única que reseña Nino) considera que la sola inmoralidad del

---

<sup>13</sup> «Ídem».

<sup>14</sup> No se desconoce que existe otra versión del perfeccionismo conocido como «perfeccionismo de la autonomía» o «perfeccionismo liberal», que presenta un argumento distinto al del perfeccionismo clásico que describe Nino. Esta variante será tratada en el apartado 4.4.



acto del consumo de drogas es suficiente para la justificación de la intervención del Estado en contra de éste. No es muy difícil oponerse a esta justificación de la intervención estatal sobre los estupefacientes, por dos razones aplicables principalmente a las medidas de seguridad curativas. En primer lugar, un Estado liberal como el nuestro, consagrado como tal en el art. 19 de nuestra Constitución Nacional, no puede incluir injerencias coactivas que no sean respetuosas del ejercicio de libertad de elección de los diferentes planes de vida que quieran adoptar los individuos, basándose simplemente en la inmoralidad del acto<sup>15</sup>. En segundo lugar, y también vinculado al art. 19, puede decirse que el Estado no debería intervenir coactivamente sobre la autonomía personal a menos que exista un perjuicio hacia terceros<sup>16</sup>. Esta idea se relaciona también al conocido principio del daño en derecho penal,

---

<sup>15</sup> No es algo completamente indiscutido que el art. 19 consagre una concepción liberal de Estado. Sin embargo, considero que es la mejor interpretación de este artículo y del sistema constitucional en su conjunto, a raíz de ese artículo específicamente. En este sentido también opina Nino al decir que nuestra constitución es una de las pocas constituciones modernas que consagran *explícitamente* la libertad básica que deriva del principio de autonomía consagrado en los arts. 4º y 5º de la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano cuando manifiesta que «la libertad consiste en hacer todo lo que no daña a los demás... la ley no puede prohibir más que acciones dañosas para la sociedad». Nino, además, considera que es clara la intención de manifestar la libertad del principio de autonomía en el art. 19, aunque a pesar de ello a veces sufre cierta trivialización cuando se lo trata como si meramente consagrara el derecho a la intimidad, un derecho a mantener un ámbito físico privado en el que la persona esté libre de intromisiones por parte de terceros. Élfasis del principio de autonomía consagrado por el art. 19 no se encuentra en la privacidad de las acciones, sino en la subyacente *concepción liberal de la sociedad* que consiste en «discriminar las pautas morales referidas al bienestar de terceros de los ideales de excelencia humana, que constituyen moral privada. El alcance de la moral pública está definido por el propio art. 19 al presuponer que las acciones que la ofenden son coextensivas con las acciones que perjudican a un tercero; la moral pública es moral intersubjetiva», Nino, C.S., *Ética y... «op. cit.»*, pág. 426-427.

<sup>16</sup> Esta idea del ámbito de libertad personal exenta de la autoridad de los órganos judiciales cuando no hay perjuicio hacia terceros se encuentra plasmada en el caso «Arriola, Sebastián y otros s/causa n° 9080» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de fecha 25/08/2009; en el cual se declara la inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 14 de la ley 23.737 que pena la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

que es el «conocido principio liberal de que la ley sólo debe estar destinada a prevenir conductas que causen algún perjuicio a terceros»<sup>17</sup>. Para que las medidas de seguridad curativas sean compatibles con nuestro derecho liberal en general, y nuestro derecho penal en particular, deberíamos probar que las acciones que estas medidas tienden a desalentar implican la invasión de los intereses o derechos de otras personas; sino nos encontraríamos en la situación en que cualquier acto considerado inmoral podría ser objeto de una intervención jurídica estatal bajo la forma de medidas de seguridad de cualquier índole que establezcan eventuales nuevas leyes. Considero, por ello, que el argumento perfeccionista no es adecuado para justificar la imposición de medidas coactivas de rehabilitación sobre la persona condenada; ya que si no existe perjuicio —o probabilidad efectiva de perjuicio— hacia terceros que amerite una prevención, no existe justificación posible de estas medidas en nuestro ordenamiento jurídico por una afectación al principio básico de autonomía de la persona.

### 4.3 El argumento paternalista

Según Nino, el argumento parternalista afirma que es legítimo que el orden jurídico busque desalentar, por medio de castigos, el consumo de estupefacientes con el fin de proteger a los consumidores potenciales contra los daños físicos y psíquicos que se autoinfligirían si se convirtieran en adictos.<sup>18</sup> Vemos en este argumento algo distinto: no se intenta imponer un ideal de vida buena (el de «no consumidor»), ni proteger a la sociedad del «contagio» del consumo, sino proteger a la persona de las consecuencias nocivas de sus propios actos. En palabras de Nino, se busca «preservar la salud física y mental de los individuos, desalentando decisiones de ellos mismos que la ponen en peligro».<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Nino, C.S., *Los Límites...* *op. cit.*, pág. 269.

<sup>18</sup> Nino, C. S., *Ética y...* *op. cit.*, pág. 423.

<sup>19</sup> «Ibíd», pág. 428. El concepto de Nino es en parte coincidente con la definición más aceptada de paternalismo que es la de Gerald Dworkin. El autor sostiene que el paternalismo es «la interferencia de un estado o de un individuo para con otra persona, en contra de su voluntad, defendida o motivada por la pretensión de que la

Para el paternalismo que reseña Nino, el límite a la autonomía personal es el daño a sí mismo que tenga como consecuencia la disminución de la autonomía personal y por ello la frustración del plan de vida elegido. Las personas, entonces, pueden elegir cualquier plan de vida siempre que no los conduzca a auto dañarse de modo tal que no estén tomando decisiones verdaderamente autónomas.

Esta postura puede ser criticada desde la óptica liberal presente en nuestra Constitución. Nino, por ejemplo, considera que en la medida en que la legislación esté dirigida a proteger intereses que los propios titulares no perciben ni reconocen, no podemos hablar de fines «libremente asumidos» por los individuos, sino; en definitiva, de fines impuestos por el mismo Estado que considera valiosos esos fines. Por ello es que resulta sensata la pregunta acerca de por qué el Estado se encontraría en una posición epistémica mejor que la del propio sujeto adulto para saber qué camino elegir y cómo llegar a él. Puede darse el caso de quien consume drogas porque valora más esta acción que su propia salud de modo genuino, y en ese caso resultaría arbitrario que el Estado intervenga para reforzar su capacidad de cumplir con un propio plan de vida que no es el que él ha elegido.

En el caso de las medidas de seguridad curativas se suma otro argumento: la persona privada de libertad por la comisión de un delito ya se encuentra en una situación de privación de autonomía cual es encontrarse privado de libertad y —en un plano ideal— sin acceso real al plan de vida de consumir estupefacientes. En esta situación, la persona puede optar por un tratamiento de rehabilitación voluntario o simplemente no continuar con sus actos de consumidor asiduo porque es una actividad prohibida dentro de los establecimientos penitenciarios.

---

persona a la cual se interfirió estaría así mejor protegida del daño». En palabras del autor: «*Paternalism is the interference of a state or an individual with another person, against their will, and defended or motivated by a claim that the person interfered with will be better off or protected from harm*». Ver: Dworkin, Gerald, «Paternalism», en Zalta, E. N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2016 Edition), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/paternalism/>>. La diferencia entre esta idea y la de Nino es que para éste el fin último de preservar la salud o la integridad de los individuos es preservar su autonomía y con ella la posibilidad de elegir autónomamente un plan de vida.

Es así que al imponer medidas curativas en la sentencia de condena simplemente se está obligando a una persona a curarse de una adicción que, como actividad, no le es permitida en la cárcel y contra la cual posee un tratamiento *voluntario* de rehabilitación. Si la persona lo realiza voluntariamente se está respetando el principio de autonomía porque es el propio sujeto quien decide que resulta valioso para sí mismo el rehabilitarse. Y si no lo elige, el Estado no se encuentra justificado en imponerle mediante una sentencia un tratamiento compulsivo puesto que no puede imponerle un plan de vida distinto al que esa persona es capaz de elegir en su encierro donde —a pesar de la privación de libertad ambulatoria y con ello de una parte importante de su autonomía— existe información sobre los efectos dañosos de la conducta, especialistas en el tema y acceso real a tratamientos curativos y terapéuticos.

Luego de haber tratado estos tres abordajes teóricos a los que hace referencia Nino, puede concluirse que las medidas de seguridad curativas del art. 12 no se encuentran justificadas bajo ninguno de los argumentos que provienen de las distintas teorías de legitimación de la intervención del Estado reseñadas, ya que no resultan compatibles con nuestra concepción liberal de sociedad fundada principalmente en el art. 19 de la Constitución. Se analizará ahora una variante liberal del perfeccionismo, que podría encontrar una respuesta explicativa a la paradoja de las medidas.

#### 4.4 El perfeccionismo liberal

El mayor referente del perfeccionismo liberal, o perfeccionismo de la autonomía, es Joseph Raz. Para este autor, la autonomía —el principio básico del liberalismo— es moralmente valiosa; y precisamente por serlo es que resulta necesario poner límite a algunas acciones de los individuos que atenten contra ella.<sup>20</sup> Así, el Estado se encuentra justificado en promover modelos de vida que representen mayor autonomía personal, y en desalentar modelos de vida que cercenen la propia autonomía; pero no debe hacerlo a través del derecho penal. Para

---

<sup>20</sup> Cfr. Con: Raz, J., *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1986, pág. 407.

Raz, desalentar conductas «moralmente repugnantes» —como sería el caso de consumir estupefacientes de modo asiduo— no debe ser objeto de una medida coactiva pero, no porque sea una decisión autónoma de quien decide consumir estupefacientes, sino porque la coacción en sí misma está violando su autonomía personal. Afirma Raz:

Los medios utilizados, la injerencia coactiva, viola la autonomía de su víctima. En primer lugar, viola la condición de independencia y expresa una relación de dominación y una actitud de falta de respeto hacia el individuo coaccionado. En segundo lugar, la coacción a través de sanciones penales constituye una invasión global e indiscriminada de la autonomía. Encarcelar a una persona lo priva de casi todas sus metas autónomas. Otros tipos de coerción pueden ser menos severos, pero todos invaden la autonomía; y todos ellos, al menos en este mundo, lo hacen de un modo igualmente indiscriminado. (...) Una teoría moral que valore la autonomía por sobre todo puede justificar la restricción de la autonomía de una persona para resguardar la autonomía de otros o incluso de la misma persona en un futuro. Es por esto que podemos justificar la coerción para prevenir el daño, porque el daño interfiere con la autonomía. Sin embargo, no debe tolerarse la coerción por otras razones. La disponibilidad de opciones repugnantes, e incluso su libre persecución por parte de los individuos no disminuye su autonomía. Por más indeseables que sean esas condiciones, ellas no deberían ser reprimidas mediante la coerción.<sup>21</sup>

Para Raz, el perfeccionismo que él defiende es compatible con la garantía del principio del daño. De este modo, las medidas extremas de coacción —las que constituyen el derecho penal— se justifican sólo cuando haya habido un daño (o la efectiva posibilidad de un daño grave) hacia cualquier persona, incluido el autor del daño<sup>22</sup>. El concep-

---

<sup>21</sup> «Ibíd», pág. 418- 419. La traducción es mía.

<sup>22</sup> Raz brinda un concepto de daño más incluyente que otros autores como Feinberg, quien considera que el principio del daño que debe tenerse en cuenta para legitimar la coerción estatal es sólo el daño a terceros y la ofensa a terceros, más no el daño a uno mismo. Ver: Feinberg, J., *Harm to Self: The moral limits of the criminal law*,

to de daño en Raz, entonces, incluye el «daño a sí mismo», y podría haber aquí una objeción: ¿no es acaso la adicción a los estupefacientes un eventual daño a sí mismo? Hay dos respuestas posibles a esta objeción, la primera es conceptual y es la que —considero— daría Raz. La segunda es empírica y se relaciona con el análisis del caso de las medidas de seguridad.

La primera respuesta consiste en que, dado que el bien último a proteger es la autonomía de los individuos, y dado también que no existe mayor vulneración a la autonomía que la imposición de una medida coercitiva (ya sea sanción o medida de seguridad), estas medidas del art. 12 no se encuentran justificadas como tales, es decir, como *coactivas*; ya que la coerción debe utilizarse sólo en casos de daño concreto o peligro de daño extremo.<sup>23</sup> En otras palabras, la protección de la autonomía individual de la persona afectada no puede utilizarse como argumento para violar esa autonomía a través de la imposición de una medida coactiva mediante el derecho penal cuando existen alternativas respetuosas de la autonomía.

La segunda respuesta que puede esgrimirse se relaciona con el problema empírico de cuánto daño —a sí mismo— es necesario para que se encuentre justificada la intervención coactiva sobre la persona adicta. Esta cuestión resulta un tanto contingente, pero considero que

---

Oxford University Press, New York, 1986. Bajo una perspectiva como la de Feinberg resulta más fácil considerar a las medidas del art. 12 como injustificadas; sin embargo, en este trabajo me ceñiré a la postura de Raz que incluye dentro del concepto de daño al propio daño. Un análisis comparativo de los conceptos de daño y la implicancia del principio del daño como justificativo de la coerción penal puede consultarse en Stanton-Ife, J., «The Limits of Law», en Zalta, E. N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, URL: <<http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/law-limits/>>.

<sup>23</sup> Raz considera que cuando no hay un daño concreto no cualquier posibilidad de ofensa legítima la intervención del derecho penal preventivo. La coerción penal deber ser utilizada para prevenir sólo casos extremos en los que con el resultado se dañaría a otra persona de modo tal que se afectaría el desenvolvimiento normal de su vida autónoma en sociedad. Las simples amenazas de ofensa que no podrían configurar un daño extremo, deberían ser limitadas y controladas por otros medios que no sean el derecho penal coactivo, es decir, deberían ser medios menos invasivos de la libertad del individuo. Ver Raz, J., «*op. cit.*», pág. 421.

es razonable argumentar que, si la persona adicta a la cual se le impone una medida coactiva fue lo suficientemente autónoma para no ser considerada inimputable en un juicio, no podemos entonces decir que su adicción haya disminuido su autonomía en absoluto. Con esto no quiero decir que el Estado debería permanecer indiferente frente a un condenado adicto, pero sí considero que, como afirma Raz, la violación de la autonomía a través de la coerción debe entenderse como última *ratio* frente a casos de daño concreto o de prevención de daños graves. Así, si la adicción en virtud de la cual se ordenó una medida de seguridad curativa en una sentencia no fue lo suficientemente dañina como para haber disminuido la capacidad y con ello la responsabilidad de la persona en el proceso penal, no debería considerarse como un caso de daño concreto o prevención de daño grave que amerite una medida coactiva. Al ser una cuestión empírica y contingente, es difícil trazar una línea acerca de cuánto daño es necesario para vencer la garantía del principio del daño en Raz que justificaría la intervención coactiva, más aún cuando esto dependería del tipo de droga, del tipo de daño, de la frecuencia, y de otros múltiples factores que resultan difíciles de determinar cuando no estamos hablando de un daño concreto, sino eventual. Es por ello que una medida curativa en la que no se distinga entre daño efectivo o eventual, ni entre tipos de estupefacientes y sus efectos; y para cuya imposición no se necesite ningún examen médico previo, raramente podría estar justificadas según el perfeccionismo liberal de Raz.

A tenor de lo expuesto, las medidas de seguridad curativas del art 12 no se encontrarían justificadas tampoco desde la concepción de Raz. Sí se encontrarían justificadas desde la óptima del autor, en cambio, medidas no coactivas para proteger la autonomía del adicto condenado, por ejemplo, los tratamientos voluntarios que brindan los establecimientos penitenciarios a quien decida someterse a rehabilitación, ya que para Raz una buena vida tiene que haber sido elegida de modo autónomo, pero la autonomía sólo puede ser puesta en práctica si existen alternativas valiosas entre las cuales elegir, y para ello se necesita de la intervención activa de las instituciones políticas del Estado.<sup>24</sup> Para

---

<sup>24</sup> Cfr. con: Seleme, H. O., «La neutralidad en el Derecho», en *Enciclopedia de Filoso-*

Raz, una persona no es autónoma si no puede elegir una vida de auto realización, pero tampoco es autónoma si no puede rechazarla,<sup>25</sup> por lo que pierde sentido la imposición de un ideal de vida a través de la coerción si es que existen alternativas voluntarias respetuosas de la libertad de elección informada y, con ello, de la autonomía personal.

## 5. Conclusión

En este trabajo, he intentado demostrar que las medidas de seguridad curativas que prevé la ley 23737 de estupefacientes en su art. 12 no se encuentran justificadas. Al ser medidas de seguridad que importan una seria injerencia sobre los derechos individuales, debemos tener buenas razones y argumentos para imponerlas.

En primer lugar, se ha explicado que estas medidas poseen un carácter peculiar: no guardan relación con el carácter del delito, ya que se aplican de modo accesorio al penado adicto por la comisión de cualquier delito sin necesidad de que sea un delito vinculado a la tenencia o comercialización de estupefacientes. Asimismo, y a diferencia de lo previsto por la ley 23737 para este tipo de delitos, la condición de adicto no exime a la persona de la imposición de una pena privativa de libertad bajo la condición de realizar un tratamiento rehabilitador, sino que impone la medida conjuntamente con la pena. Además de los problemas que hacen a esta medida algo peculiar, existen problemas que tienen que ver con su aplicación: son impuestas por el tribunal de juicio, cuando la imposición de un tratamiento rehabilitador para condenados adictos es una facultad conjunta de los jueces de ejecución y las autoridades administrativas de los distintos establecimientos penitenciarios según la ley 24660 (arts. 3 y 13) que resulta la ley más específica con respecto a la ejecución de la pena privativa de libertad.

En segundo lugar, se ha demostrado que las medidas de seguridad curativas del art. 12 no se encuentran justificadas por ninguna

---

*fi* y *Teoría del Derecho*, 2014, pág. 1255. URL: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3796/14.pdf>

<sup>25</sup> Cfr. Con Raz, J., «*op. cit.*», pág. 376.



teoría legitimadora de la intervención estatal que resulte respetuosa de la concepción liberal de la sociedad consagrada en el art. 19 de nuestra Constitución Nacional. Estas medidas pretenden inmiscuirse en un ámbito privado de la autonomía de la persona e indicarle un tratamiento coactivo con fines curativos que podría estar justificado en el caso de que no fuera a través de una imposición coercitiva que no tiene en cuenta en absoluto la voluntad del propio sujeto. Esa injerencia sí podría encontrarse justificada cuando sea para mejorar la autonomía del propio individuo —a través del mejoramiento de su salud— pero no mediante la imposición coactiva que resulta una medida extrema de privación de autonomía, sino mediante una elección informada y voluntaria a los condenados que lo necesiten por diagnóstico médico o por su propia decisión, como lo prevé la ley de ejecución penitenciaria en su art. 5 al consagrar el principio de voluntariedad para todo aquello que no haga a la convivencia, la disciplina y el trabajo que posee carácter obligatorio.

En definitiva, considero que las medidas de seguridad curativas de la ley de estupefacientes, tal y como se encuentran reguladas actualmente, no son más que una forma de agravamiento de las condiciones a cumplir para poder acceder a una liberación anticipada, ya sea de forma condicional o asistida<sup>26</sup>. Si bien el fin último es tutelar la salud del penado adicto, la forma en que se encuentran diseñadas no encuentra justificación alguna que encuadre dentro de nuestro sistema liberal: se intenta proteger la salud —condición de la autonomía personal— violando del modo más extremo la autonomía, *i.e.*, mediante una imposición coactiva en una sentencia por parte de un tribunal de juicio, sin necesidad de examen médico ni corroboración del daño o probabi-

---

<sup>26</sup> Un problema importante que trae aparejado el imponer una medida mediante la sentencia es que luego trae consecuencias negativas para el condenado al momento de poder gozar de una libertad condicional o asistida por el hecho de haber incumplido una condición establecida en la sentencia condenatoria; en cambio, si el penado quisiera realizar el tratamiento voluntariamente no existiría *a priori* ese problema; de modo que las medidas están además generando una condición extra a valorar al momento de la liberación anticipada, lo cual resulta una facultad de los jueces de ejecución y no del tribunal de juicio, por ser aquellos quienes tienen el deber de contralor de toda la vida del condenado en prisión (arts. 3 y 4, ley 24660).

lidad de daño para sí mismo o para terceros. Al no respetar la garantía mínima del principio del daño (en el que he incluido al daño a sí mismo) es que entiendo que las medidas no son compatibles con nuestro sistema constitucional y penal liberal.

## Referencias bibliográficas

- Cortés de Arabia, A. M., «Las medidas de seguridad» en: Lascano, C. J. (director), *Derecho Penal Parte General*, Ed. Advocatus, Córdoba, pp. 759-793.
- Edwards, C. E., *Ejecución de la pena privativa de libertad. Comentario exegético de la ley 24.660*, Astrea, Buenos Aires, 2014.
- Feinberg, J., *Harm to Self. The moral limits of the criminal law*, Oxford University Press, New York, 1986.
- Iosa, J., «Libertad Negativa, Autonomía Personal y Constitución» aceptado para su publicación en el próximo número de la *Revista Chilena de Derecho*, 2016.
- Nardiello, A. G., Paduczak, S. y Pinto, R., *Ley 24.660. Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad. Comentada*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015.
- Nino, C. S., *Ética y Derechos Humanos*, Astrea, Buenos Aires, 2012
- Nino, C. S., *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006
- Raz, J., *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1986
- Seleme, H. O., La neutralidad en el Derecho, en *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, 2014, URL: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3796/14.pdf>
- Stanton-Ife, J., «The Limits of Law», en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), 2014, URL: <http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/law-limits/>.
- Zaffaroni, E. R., *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, Ediar, Buenos Aires, 1998
- Zaffaroni, E. R., *Manual de Derecho Penal, parte general*, Ediar, Buenos

Derecho y Control (1)

Aires, 2006

Ziffer, P., *Medidas de seguridad. Pronóstico de peligrosidad en el derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.