

“De las medidas de seguridad”

Marco A. Terragni

Del link: <https://www.terragnijurista.com.ar/lecciones/leccion20.htm>

RESEÑA:

Desarrollo Temático:

Pto. 1: La peligrosidad en el derecho penal.

- Concepto, evolución, crítica.
- La peligrosidad en el Código Penal argentino: funciones que cumple. (págs. 2/8)

Pto. 2: Las medidas de seguridad: concepto, fundamento, finalidades y críticas.

- El denominado sistema vicariante: concepto.
- Especies de medidas de seguridad: curativas, educativas, eliminatorias. (págs. 9/13)

Pto. 3: Las medidas de seguridad en el derecho penal argentino.

- a) Las distintas hipótesis del artículo 34 del Código Penal. Análisis. (págs. 13/16)
- b) Las medidas curativas previstas en la ley de estupefacientes. Régimen. (págs. 17/33)
- c) La reclusión por tiempo indeterminado.
 - Naturaleza. Sistema del Código Penal.
 - Críticas. (págs. 33/34)
- d) El régimen de menores.
 - Análisis. (pág. 35/43)

Pto. 4: La ejecución de las medidas de seguridad:

- Duración de las medidas; posturas doctrinarias.
- Cesación de la internación.
- Medidas alternativas y ambulatorias.
- Los derechos del interno por razones de salud mental.

La libertad condicional del artículo 53 del Código Penal. (pág. 44/49)

JURISPRUDENCIA: (págs. 49/55).

ESQUEMAS: (págs. 56/61).

Pto. 1: “La peligrosidad en el derecho penal”.

Concepto, Evolución y Crítica:

Definamos a la peligrosidad como: la probabilidad de que un hombre cometa un delito. Se trata de una situación o status de la persona formulado jurídicamente,

es decir, un juicio afirmativo sobre la posibilidad de delinquir de un sujeto. En definitiva, el peligro criminal es la probabilidad de un delito futuro.

Nuestra legislación, en procura de mantener incólumne el principio constitucional de legalidad, contempla únicamente la denominada: “Peligrosidad Postdelictual”, es decir, exige para la aplicación de una medida de seguridad - independientemente de la pena- que el autor a quien habrá de imponérsele haya cometido un hecho previsto como delito. Descartándose en consecuencia, las medidas de seguridad sin delito, o también llamadas: “Predelictuales”. Estas últimas se basan en la idea de que la medida no es retributiva y por ende, no es necesario un delito para aplicarla, sino que el estado peligroso puede manifestarse por cualquier otro medio.

La idea de “peligrosidad” como fundamento de la responsabilidad penal nace en la Escuela Positiva. Si bien los autores de la llamada Escuela Clásica tenían una idea de peligro y peligrosidad relacionada con el delito, estaban aún muy distantes de la noción del estado peligroso del delincuente proporcionada luego por los positivistas.

Los clásicos diferenciaban entre el “peligro temido”, el que nunca presenta una inminente violación del derecho (ej.: enemistad del hombre, malas cualidades, etc.); y el “peligro corrido”, el que nace de un estado de hecho y hace inminente la violación del derecho, considerándolo a éste último, la base para la imputación de la tentativa.

Para el pensamiento positivista, en cambio, el principio de peligrosidad se gesta en otro principio previo: el de la “defensa social”, el cual se considera un concepto fundamental de todo el derecho criminal, la piedra angular del nuevo edificio científico que ellos estaban construyendo.

No obstante, pronto advirtieron los defensores del positivismo criminológico que la doctrina de la responsabilidad social no resultaba suficiente para resolver el problema. Afirmar que el ser humano es criminalmente responsable porque vive en sociedad, no equivale en absoluto, a fundamentar su responsabilidad.

Es entonces Rafaele Garófalo, quien aporta a la Escuela Positiva la idea de que la penalidad debe adaptarse a la “temibilidad” del delincuente. Garófalo[1] en su primitiva tesis al respecto, enuncia que el fondo del carácter peligroso lo constituye una anomalía psíquica. Conceptualizando entonces a la peligrosidad como: “la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad del mal previsto que se

debe temer del mismo delincuente”[2]. De este modo, la penalidad debe adaptarse no ya a la gravedad del delito, como sostenían los clásicos, sino a la “temibilidad del delincuente”. No manifestando temibilidad el autor de un hecho delictuoso, ningún objeto tiene la aplicación de sanciones.

Pero el vocablo “temibilidad” (temibilità) no resultaba el más adecuado para significar lo que Garófalo se proponía, por lo que pronto fue sustituido por el de “peligrosidad”, que se ha seguido empleando universalmente.

En definitiva, para esta doctrina positivista, el autor de un delito es responsable de éste si es peligroso y en la medida de su peligrosidad.

Bastante tiempo después, Filippo Grispigni definió la peligrosidad como: la muy relevante probabilidad de una persona de convertirse en autora de un delito. Grispigni comienza expresando que el peligro es: “un juicio sobre elementos inciertos”[3], y continúa definiendo a la peligrosidad según dos criterios diversos: uno substancial y otro formal o jurídico. Para él la peligrosidad en sentido “substancial” consiste en un modo de ser, un atributo, una condición física. Mientras que en sentido “formal o jurídico” implica un estado de antijuridicidad del sujeto que tiene por consecuencia jurídica la aplicación al mismo de una sanción penal. Ello es así porque, según su concepción, en el Derecho Penal el delito no es el único antecedente de la sanción; es necesario, además, la peligrosidad del agente, sin la cual la defensa social se movería como en el vacío.

Pero no fue ésta una opinión pasiva, sino que no tardó en despertar críticas dentro de la misma escuela. Así, Giuglielmo Sabattini[4] sostuvo, discutiendo con Grispigni en lo que a definición formal de peligrosidad se refiere, que ésta es el reflejo externo de un estado subjetivo: “la inmanenza criminale”, que es a su vez una disposición orgánica tendiente al crimen. Esa “inmanenza” al exteriorizarse, crea actos reveladores de peligrosidad, actos en sí mismos peligrosos, y entonces ya no se trata de que la peligrosidad sea una condición de la sanción -como afirmaba Grispigni- sino que ella misma constituye un delito, como el homicidio, las lesiones, las injurias, etc.; y es imputable moralmente, así como los demás delitos lo son por dolo o por culpa, por la “inmanenza criminale” -en este caso-.

Asimismo encontramos discrepancias en lo que respecta a la definición substancial de peligrosidad de Grispigni.

Sobre la idea de peligrosidad criminal como anomalía psíquica, inició el debate y la investigación Garófalo, insistiendo posteriormente en ello algunos autores más

de la Escuela Positiva y rechazándola vivamente algunos otros. Pero si las conclusiones de la ciencia antropológica hubiesen sido tan nítidas como lo creyeron Garófalo y Lombroso en un principio, la cuestión de la peligrosidad y de la delincuencia hubiese resultado de una sencillez científica admirable. Esto no ocurrió y lo que al principio comenzó llamándose “enfermedad”, suavizándose luego como “anomalía no patológica”, hoy ésta fría e inexpresiva frase se presenta totalmente ilegítima[5].

Como bien decía el maestro Jiménez de Asúa y de un modo categórico: “no podemos suscribir el parecer de Grispigni en lo referente a la causa de la peligrosidad. Decir que está constituida por la anormalidad psíquica es volver a las viejas e infecundas polémicas de la época en que nació la escuela positiva, aparte que este criterio no es compartido por algún serio positivista...”.

Pero el “peligro” del que hablaron los clásicos y neoclásicos -a diferencia de los positivistas- fue solamente “objetivo”. Esto es, inherente a la acción criminal y nunca a la persona que lo realiza, aunque el peligro sea percibido subjetivamente.

Fiel a sus ideas positivistas, Enrique Ferri afirma: “... la peligrosidad del delincuente es independiente con frecuencia del peligro objetivo. Y puede subsistir incluso aunque falte éste, como es el caso de la tentativa imposible por razón de los medios adoptados o a causa del fin propuesto por el delincuente...”. Cita entonces Ferri a modo de ejemplo, el caso de un padre perverso que, impulsado por motivos de interés, resuelve matar a su hijo y mientras éste se encuentra trabajando en el campo prepara y carga un fusil para darle muerte cuando vuelva del trabajo. Pero el hijo regresa de modo imprevisto a la casa y descarga el arma, colocándola en el mismo sitio en que estaba antes, sin que el padre se dé cuenta. Al volver el hijo por la noche, dispara el padre contra él a dos pasos de distancia. Ahora bien, el joven salió ileso y dado que con un fusil sin cargar no es posible dar muerte a un hombre, la teoría objetiva sobre el delito intentado concluye sosteniendo que la conducta del padre no es delictiva, aunque sí inmoral[6].

Esto es así, si sólo se tiene en cuenta la objetividad jurídica de la infracción. Para Ferri el análisis del caso debe ir mucho más allá, se trata de un delincuente de peligrosidad indudable. Respondiendo como criminalista que evalúa el acto en el autor. En el ejemplo, no sólo no existe daño alguno, sino que tampoco se da objetivamente el peligro. Pero sí existe la peligrosidad del delincuente, por lo que

resulta moral y jurídicamente indudable la necesidad de una sanción represiva contra el sujeto.

Con lo cual Ferri concluye su idea postulando que la peligrosidad del delincuente constituye el criterio subjetivo fundamental, que va sustituyendo al criterio objetivo clásico de la entidad del delito.

Ferri diferencia también entre: “peligrosidad social” y “peligrosidad criminal”. La primera apunta más a la policía de seguridad por vincularse al concepto de temibilidad. Mientras que la segunda a la justicia penal por su conexión con la idea de readaptación. Y dice en consecuencia: “El único fundamento de la imputabilidad individual (responsabilidad legal) es que el sujeto ha cometido un delito. Esto es en lo que respecta a la justicia punitiva; en cambio, en orden a la policía de seguridad el fundamento jurídico de las medidas preventivas lo constituye precisamente la peligrosidad social (con anormalidad fisiopsíquica del sujeto que le hace inadaptado a la vida libre), incluso antes y con independencia de la ejecución del delito.”[7]

En definitiva, una de las consecuencias a que llegó la tesis peligrosista fue propugnar la intervención estatal sin delito, cuando se comprobara el: “estado peligroso” en alguno de los individuos del grupo. Esta opinión favorable a la intervención predelictual del Estado -a la que nos referíamos en un principio- despertó serias y fundadas resistencias, apoyadas todas ellas en la defensa de las garantías individuales.

La dificultad mayor se presenta tanto en la formulación de una definición con contornos claros y limitados, y posibilidades de aplicación práctica; como en la determinación de las circunstancias o antecedentes que han de servir de base para efectuar el juicio de peligrosidad.

La Peligrosidad en el Código Penal Argentino: funciones que cumple:

Actualmente nuestro Código Penal recoge en forma limitada el criterio de peligrosidad. Sin embargo, y debido al auge del positivismo en nuestro país, el estado peligroso sin delito tuvo varios intentos de legislación, tanto en proyectos de reformas -totales o parciales- del Código, como en leyes especiales. Tal es el caso de los proyectos de ley: de 1924 sobre “peligrosidad pre y pos delictual”, de 1928 sobre “peligrosidad predelictual”, o el de 1961 denominado: “De prevención y defensa de la colectividad contra las personas peligrosas”. Como también, los proyectos de reformas del Código Penal de 1933, 1960 (Soler) o 1979.

Concretamente, la nota al art. 89 del proyecto redactado por Sebastián

Soler rezaba: “Adoptamos para la determinación de la habitualidad un criterio no puramente cuantitativo o de índices materiales. Los elementos cuantitativos fijados por el artículo siguiente constituyen la base para determinar la existencia de una tendencia criminal o habitualidad”.

Más aún en la exposición de Motivos del Proyecto de 1979, el mismo Soler reafirma su posición al sostener que es preciso balancear valores objetivos y subjetivos, para apreciar la gravedad del hecho concreto y la personalidad y el carácter del sujeto, apreciación ésta no limitada por el estrecho y dudoso criterio peligrosista.

Además algunas provincias han plasmado también en su legislación ciertas referencias al estado peligroso sin delito. Tal cual ocurre con Santa Fe, que en su Código de Faltas distingue la mendicidad ímproba y la exploración de la mendicidad, del que siendo apto para el trabajo mendigara por ociosidad y codicia o el que sin justificar medios lícitos de vida se entregue a la vagancia.

Dijimos ya que en lo que respecta al Código Penal Argentino éste alude en diversos tramos a la peligrosidad, aunque de forma acotada. Tales son los casos de:

- ü individualización judicial de la pena (art. 41),
- ü fundamento de la medida de seguridad curativa (art. 34, inc. 1),
- ü fundamento de la pena en el castigo del delito imposible (art. 44, in fine),
- ü reclusión accesoria por tiempo indeterminado para los reincidentes y habituales, que los tribunales podrán por única vez dejar en suspenso si se dan las condiciones del art. 26 (art. 52, in fine),
- ü condenación condicional (art. 26),
- ü libertad condicional para el reincidente (art. 53).

Pto. 2: “Las Medidas de Seguridad”.

Concepto, fundamento, finalidades y críticas:

CONCEPTO:

Podemos dar inicio a este punto diciendo que: las medidas de seguridad constituyen la consecuencia jurídica prevista por la ley penal, distinta de la pena, aplicable a sujetos inimputables y a ciertos imputables peligrosos que incurren en un acto típico. Respetando siempre, claro está, los principios fundamentales de legalidad y reserva.

Sabido es, que la pena se aplica como retribución por haber violado la ley y persigue la reinserción social del condenado. Pero respecto a aquellas personas

que no son capaces de realizar un juicio de valor sobre los comportamientos que la sociedad aprueba y desaprueba (inimputables), aplicarles una pena no tendría sentido, sería una sanción ineficaz para ellos mismos. Es precisamente en estos casos cuando la ley penal opta por echar mano a las medidas de seguridad, las cuales estudiaremos en detalle a continuación.

FUNDAMENTO: “Peligrosidad”.

Así como hallamos el fundamento de la pena en la culpabilidad del sujeto, en el caso de las medidas de seguridad, el mismo radica en la peligrosidad de aquellos sujetos que jurídicamente están incapacitados para ser receptores de penas, precisamente porque faltan en ellos los requisitos propios de la culpabilidad. Es por ello, como bien afirma Humberto Vidal, que la medida de seguridad (curativa) no siendo una pena, se dispone en beneficio del inimputable, aún a costa de la pérdida de su libertad[8].

FINALIDADES: “Prevención Especial y fines específicos”.

Tanto la pena como la medida de seguridad persiguen la protección de la sociedad y la prevención especial. Pero aquéllas no se diferencian por sus fines, sino por sus limitaciones. Las penas deben estar ligadas a la culpabilidad y determinarse entonces respetando el principio de reserva penal. Las medidas de seguridad, en cambio, al vincularse con la afección concreta que les da origen son indeterminadas, aunque controladas por el principio de proporcionalidad respecto a la peligrosidad del sujeto. Dicho principio es, a su vez, una derivación del principio de intervención mínima posible previsto para los casos en que pueda elegirse entre varias medidas.

Éstas medidas presuponen la peligrosidad en el sentido común del término, es decir, la posibilidad de causar un daño a sí mismo o a los demás. Tal cual lo recepciona expresamente nuestro Código Penal en su artículo 34, inc. 1, segundo y tercer párrafo, parte final,: “...desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás... / ... la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso.”

La prevención especial es la finalidad genérica a la cual se encaminan las diversas medidas de seguridad, pero -a su vez- existen finalidades (o funciones) específicas de tales medidas consideradas en particular: curativas, educativas y eliminatorias. También estas tres designaciones suelen ser presentadas por la doctrina bajo el título de clasificación o especies de las medidas de seguridad. A los

finés comprensivos resulta indistinto, veamos entonces cuáles son las notas sobresalientes de unas y otras:

1) CURATIVAS: son aquellas medidas que tienen una finalidad eminentemente terapéutica, se proponen curar o mejorar la salud mental, y se destinan por ello a los delincuentes inimputables en razón de anomalías de sus facultades, a los toxicómanos, a los bebedores, etc., quienes son sometidos al tratamiento necesario en los establecimientos adecuados. Ej.: internación en un nosocomio, tratamiento ambulatorio.

2) EDUCATIVAS: son aquellas medidas que tienden a reformar al delincuente, a educarlo o re-educarlo (según los casos), aplicándose especialmente a los menores. En la actualidad, son denominadas más frecuentemente como: "Medidas Tutelares". Ej.: internación del menor en establecimientos de corrección.

3) ELIMINATORIAS: son aquellas medidas que se aplican a delincuentes reincidentes o habituales, y que tienden a lograr un mejoramiento en la conducta del interno. Ej.: reclusión accesoria por tiempo indeterminado.

CRÍTICAS:

En el ámbito de confrontación entre las Teorías Unitarias y Dualistas, han surgido diversas posturas críticas sobre las medidas de seguridad y sus caracteres.

Así, para la Teoría Unitaria (o monista) no existen diferencias cualitativas entre pena y medidas de seguridad, por ello las engloba bajo el nombre de sanciones, y propugna que se utilicen unas u otras pero no en forma conjunta.

En cambio, desde la perspectiva Dualista (o de doble vía), existe entre ellas una diferencia de cualidad: las medidas de seguridad tienen un carácter estrictamente administrativo y, aún incorporadas a los códigos penales, mantienen su naturaleza de disposiciones preventivas y de buen gobierno. La pena se funda en la culpabilidad del sujeto, y las medidas de seguridad en la peligrosidad criminal. Además, en este sistema la medida de seguridad se acumula a la pena, ejecutándose previamente por razones de justicia.

Es por ello que dentro de las tesis dualistas han surgido propuestas de "unificación", por considerarse que era la medida de seguridad y no la pena la consecuencia útil del delito. Hoy se ha vuelto a proponer tal unificación, pero con otros fundamentos: la unidad de la finalidad de ambas, esto es, la corrección del

delincuente por medio de lo cual se cumple el fin de defensa social y el de prevención especial.

En nuestro derecho coexisten la pena y la medida de seguridad. Dejando de ser el delito el origen de ésta última, para convertirse en una circunstancia ocasional de su imposición.

El denominado “SISTEMA VICARIANTE”:

La idea central del mismo radica en considerar que: el tiempo de cumplimiento de una medida de seguridad privativa de la libertad, es compatible como cumplimiento de la pena privativa de la libertad.

Este sistema se presenta como un sistema “sustitutivo”, ya que la pena (fundada en la culpabilidad) puede ser sustituida en su ejecución por una medida de seguridad, computándose el tiempo de cumplimiento de ésta última con el de la pena.[9]

Así la distinción entre penas y medidas y, por lo tanto, la base del sistema dualista, tiende a perder sostén legal en las legislaciones modernas, por la aceptación cada vez más difundida de este principio vicarial.

Quienes de buena fe creen que da lo mismo aplicar una pena o una medida de seguridad no advierten el riesgo que implica tal indiferenciación para la libertad individual, pues paulatinamente se desliza la consideración jurídica de los problemas hacia el plano criminológico. Se reemplaza la decisión del magistrado por la del criminológico (sea de orientación médica, educativa o sociológica). De manera tal que, aunque se dejen a salvo ciertas formas, el cese de los resguardos impuestos por el Estado (curación, aprendizaje o adaptación social) dependerá fundamentalmente de lo que opinen profesionales que no son intérpretes de las normas jurídicas sino concedores de disciplinas causal explicativas con objetivos distintos al Derecho, que es -regulador de conductas intersubjetivas y realizador de un ideal de justicia.

Pto. 3: “Las Medidas de Seguridad en el Derecho Penal Argentino”.

a) LAS DISTINTAS HIPÓTESIS DEL ART. 34 C.P.:

Por Sebastián José Amadeo

Las medidas que se aplican a los inimputables son las que contempla el art. 34 inc. 1 del C.P. y la Ley de Menores N° 22.278.

El art. 34 inc. 1 del C.P. contempla medidas que van dirigidas a quienes no tienen capacidad psíquica suficiente como para ser acreedores de una pena y consisten en:

- a) la internación manicomial para el enajenado; y
- b) la internación en establecimiento especial o adecuado para los casos que no son enajenación.

Con lo cual, la norma en análisis plantea varios problemas de interpretación. Primero: cómo determinar a qué sujetos se pueden aplicar las medidas de seguridad, la doctrina mayoritaria afirma que las mismas sólo podrían justificarse para casos de inimputabilidad. Y segundo: el art. 34 parece hacer obligatoria la medida, pero esa imposición debe entenderse como tal solamente cuando se comprueba la peligrosidad del individuo.

- a) Internación del enajenado en un manicomio:

Es una medida opcional del juez (podrá), que procederá cuando éste estime que exista peligro de que el sujeto se dañe a sí mismo y/o a los demás (en el Proyecto Coll-Gómez la internación era obligatoria y respondía a la idea positivista criminológica del determinismo del delincuente frente al cual es necesaria la defensa social). En efecto, el artículo expresa: "... 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 (2do. Párrafo)".

Como vemos el texto dice cuándo se impone (en caso de enajenación) y cuándo cesa, pero no cómo se lleva a cabo esta medida. Esta es una grave falencia puesto que reconocemos que es muy terrible lo que se puede hacer con la mente humana: "la aplicación de determinadas terapias y la utilización de ciertas drogas pueden transformar totalmente la personalidad y hacer de un sujeto agresivo un ser abúlico, desprovisto de todo impulso. Experimentos monstruosos y, por lo mismo, trágicos, se realizan con total olvido del derecho del paciente a la propia personalidad, que es su posesión íntima, la que debe conservar, porque es el último soporte de la identidad. La carencia de bases normativas precisas deja librado todo este espectro de situaciones a la ética médica. Se impone introducir en el Código Penal parámetros de los cuales hoy carece"[10].

b) Internación de quien resultase absuelto en virtud de las otras causales del art. 34 inc. 1 del C.P. en un establecimiento adecuado:

Es una medida obligatoria para el juez (ordenará). Por ello el texto legal dispone: "... 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 (3er. Párrafo)".

Aquí se discute el alcance del precepto, pues si se excluye la enajenación (alteración morbosa de las facultades, en la terminología de la primera parte del inciso) quedan los casos de insuficiencia, estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable. La lógica indica que los que padecen de insuficiencia de sus facultades deben ser equiparados, en cuanto al lugar de reclusión, a los enajenados; aquellos absueltos por haber actuado por error no pueden ser internados, porque no habría establecimientos adecuados para remediar la posibilidad de que se repita la equivocación.

Quedan entonces los que actuaron en estado de inconsciencia, que serán ciertos supuestos de ebriedad e intoxicación por drogas, para los cuales sí deben existir establecimientos adecuados, en los cuales se procure hacer desaparecer las condiciones que hicieron del sujeto un individuo peligroso[11].

Por su parte, la Ley de Menores, ut supra referenciada, contempla ciertas medidas para los menores inimputables. En primer lugar distingue diversos supuestos:

- 1) menor de 16 años: es inimputable;
- 2) 16-18 años: es imputable en cualquier delito con excepción de los de acción privada o reprimido con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación;
- 3) mayor de 18 años: es plenamente imputable, quedando equiparado en todo en relación con los mayores de edad, salvo en cuanto a que la condena debe cumplirse en establecimientos especiales hasta la mayoría de edad (art. 10 y 6)[12].

Si el menor de 16 años, por ejemplo, comete un hecho penalmente ilícito al no haber imputabilidad no hay culpabilidad y al no haber culpabilidad no hay pena. No obstante por razones supuestamente "educativas" se da lo que se llama la disposición del menor, que implica según el art. 3 de la ley citada tres cuestiones:

- a) la custodia del menor por el juez para lograr su formación y protección;

- b) la restricción del ejercicio de la patria potestad y de la tutela para que pueda operar dicha función del magistrado; y
- c) en casos determinados, la encomienda de la guarda del menor a personas u organismos.

Esta disposición del menor puede hacerse cesar en cualquier momento, y termina de pleno derecho cuando alcanza él la mayoría de edad o cuando el menor es condenado a pena privativa de libertad (según el art. 4), y es internado en establecimientos especiales para el cumplimiento de ella (art. 6).

b) LAS MEDIDAS CURATIVAS PREVISTAS EN LA LEY DE ESTUPEFACIENTES[13]:

En lo relativo al tema del adicto se advierte una tensión, en este sentido: por un lado tanto la ley 20.771 como la 23.737 lo consideran un delincuente, pues la tenencia de la droga, incluso para uso personal, constituye un delito; por otro lado se trata de curar esa adicción, y entonces entra a considerarse la manera de lograr tal finalidad. Si bien la pena tiene un objetivo resocializador, cuando afecta la libertad ambulatoria, no puede ir más allá de privar, como retribución, la libertad de movimientos. La pena debe limitarse entonces a castigar la violación de la norma, sin actuar sobre el cuerpo mismo del delincuente, salvo cuando éste lo consienta de manera expresa. Sin embargo, no conforma en absoluto tratar al drogadicto como un mero infractor de la ley, cuando todos están contestes en que es un enfermo. Aquí comienza entonces a intervenir el Estado con otro de los mecanismos que tiene a su disposición, y que consiste en la medida de seguridad.

Sin entrar en detalles sobre su origen, es preciso recordar que aquéllas nacieron como solución alternativa, aplicable para casos en los cuales el sujeto no hubiese obrado culpablemente. Cuando el Estado no puede imponer pena por falta de desarrollo o salud mental, o cuando juzga que no es posible efectuar un reproche al menor de edad, conserva, no obstante, la posibilidad de aislar a los individuos peligrosos y procurar corregir sus deficiencias, sean intelectuales o de educación.

Las medidas de seguridad se aplicaron incluso a individuos imputables, respecto de los cuales -por su reiteración en actitudes delictivas- la pena resulta insuficiente. De todas maneras quedaban perfectamente delimitados, por lo menos en la legislación argentina, la zona de aplicación de la pena, y el espacio reservado a la medida de seguridad.

En nuestro derecho el sistema de la doble vía quedó, sin embargo, alterado por la sanción de la ley 20.771. En virtud de sus normas era posible aplicar simultáneamente una pena y una medida de seguridad, con la característica muy especial que esta medida no podía exceder la duración de la pena. Se producía así un divorcio de la concepción tradicional de la pena, y también de la concepción de la medida de seguridad. Con respecto a la primera, porque siempre se creyó que pena y medida de seguridad no podían funcionar simultáneamente; respecto de la segunda, porque teniendo la medida como fundamento la peligrosidad del sujeto al cual se le imponía, la duración de ésta se suponía que debía ser indeterminada. No ocurría así con el texto de la ley 20.771, ya que, si bien la duración era indeterminada, tenía sin embargo un límite, que era el de la duración de la pena.

Es importante hacer notar que la medida de seguridad del artículo 9 de la ley 20.771 no se aplicaba solamente a los sujetos que infringían las disposiciones de esa misma ley, sino que se imponían en general conforme a su texto: “Cuando el condenado por cualquier delito dependiere física o síquicamente de estupefacientes, el juez impondrá, además de la pena, una medida de seguridad curativa que consistirá en un tratamiento de desintoxicación adecuado y los cuidados terapéuticos que requiera su rehabilitación.

‘Se aplicará por tiempo indeterminado, que no podrá exceder el termino de la pena, y cesará por resolución judicial, previo dictamen de peritos que así lo aconsejen.

“La medida de seguridad se cumplirá en establecimientos adecuados que el juez determine.

“En estos casos se ejecutará previamente la medida de seguridad curativa, computándose el tiempo de duración de la misma para el cumplimiento de la pena”.

El qué hacer con el drogadicto, como inquietud generalizada se puso de manifiesto durante el proceso de formación y sanción de la ley 23.737. El proyecto aprobado originariamente por el Senado no punía la tenencia de estupefacientes para el propio consumo, contrariamente al criterio que luego primó en Diputados.

El Senado propuso como artículo 38 el siguiente: “A quien tenga en su poder estupefacientes en cantidad sólo suficiente para su propio consumo, el juez de la causa le impondrá como medida de seguridad curativa un tratamiento tendiente a su rehabilitación en establecimientos públicos adecuados o en establecimientos privados a cargo del procesado, con la fijación de recaudos suficientes a fin de verificar la efectividad y el resultado de la medida, así como el tiempo de la

curación”. Dando inicio a un sistema híbrido -entre pena y medida de seguridad, entre sanción punitiva efectiva, y posibilidades de que ella no se concrete- el proyecto del Senado decía que mientras el tratamiento se cumpliera se dejaría en suspenso el trámite del proceso, el que continuaría en caso de violación o incumplimiento de la medida de seguridad impuesta. Una vez cumplida la rehabilitación, la causa sería sobreseída. En otros términos: se dejaba en suspenso el proceso imponiéndose una medida de seguridad de cumplimiento obligatorio, como una alternativa tendiente a evitar la aplicación de la pena.

La ventaja para el drogadicto consistía en que la medida de seguridad se podría cumplir tanto en establecimientos públicos como en privados. De todas maneras quedaba siempre latente la amenaza aplicar pena pues, según el artículo 39, aquel que no cumpliera el tratamiento impuesto sería sancionado con prisión de 2 meses a 1 año. Es interesante observar el mecanismo de esta normativa, pues por un lado se consideraba que la tenencia de estupefacientes para uso personal no era delito, y por consiguiente no se podía aplicar pena; pero, por otro, al individuo que tuviera en su poder estupefacientes en cantidad suficiente para su propio consumo se le imponía una medida de seguridad curativa. El quebrantamiento de la obligación de someterse a ese tratamiento, configuraría un delito reprimido con prisión de 2 meses a 1 año.

Llama la atención la manera de legislar pues, en primer lugar, la disposición del artículo 39 no decía que se tratase efectivamente de un adicto, aunque podía presumirse que lo fuera. Es evidente que en una ley penal el texto tiene que ser muy preciso, para evitar interpretaciones que invadan la zona de libertad protegida por la Constitución. Más adelante se establecía que aquella persona sorprendida con estupefacientes en esas condiciones debía someterse a una medida de seguridad curativa. La obligatoriedad de la medida, incluso para el que no estaba afectado por la dependencia, revelaba una relación estrecha con el concepto de pena.

El texto sancionado por la Cámara de Diputados y aceptado luego por el Senado se refiere así a la medida de seguridad:

“Artículo 16- Cuando el condenado por cualquier delito dependiere física o síquicamente 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”. Como se observa, desaparece la

prescripción del artículo 9 de la ley 20.771 que limitaba la medida de seguridad a la duración de la pena.

En la nueva norma la medida puede exceder ese límite y recién cesará por resolución judicial previo dictamen de peritos que así lo aconsejen. El texto se parece bastante al artículo 34, inciso 1º del Código Penal que regla el tratamiento curativo para los que cometiesen un hecho por alteración de las facultades mentales. Según el inciso 1, párrafo 2º, “En casos 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 previos dictámenes de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo y a los demás”.

Esta asimilación de ambos supuestos no parece conveniente, pues, pese a las previsiones adoptadas en el artículo 16 de la ley, puede ocurrir que el individuo haya cometido al delito con plena conciencia, y por tanto deberá responder en razón de su culpabilidad. Al cumplir la pena retribuirá el daño social causado; no obstante puede quedar sometido a una medida de seguridad curativa de duración indeterminada. Esta remisión implícita al tema de la peligrosidad criminal, hace extensible a la nueva norma las críticas que en un momento se le formularon al positivismo criminológico, en el sentido de que, fundando la responsabilidad penal en la peligrosidad, se transformaba aquella doctrina en una concepción peligrosa para la libertad individual.

El artículo 17 de la ley 23.737 dice: “En el caso del artículo 14, segundo párrafo, 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 síquicamente 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. Si transcurridos 2 años de tratamiento no se ha obtenido un grado aceptable de recuperación por su falta de colaboración, deberá aplicársele la pena y continuar con la medida de seguridad por el tiempo necesario o solamente esta última”.

Aquí aparece otra vez el concepto peligrosista, con una grave alteración de los significados que tradicionalmente se le da a la pena y a la medida de seguridad. Se usa un procedimiento conjunto y sumamente riguroso.

Para decirlo en pocas palabras, la impresión que causa la lectura de este texto es que el individuo tiene que curarse de su adicción a la fuerza. Se le brinda una oportunidad de no aplicársele sanción, pero si no se obtiene un resultado satisfactorio -evaluándose lo de satisfactorio desde el punto de vista médico- se lo penará, siempre que se demuestre su falta de colaboración. Estará sometido por un tiempo, que puede ser muy extenso, a la medida de seguridad de cumplimiento obligatorio, y tendrá la amenaza pendiente sobre sí. Si alguien estima que esa recuperación no se ha conseguido por falta de colaboración se le aplicará la pena. Era preferible el sistema anterior; por lo menos, el condenado sabía que en algún momento purgaría su culpa. Pero, ahora, el accionar del Estado sobre su libertad individual puede tener duración indeterminada.

No hace falta recordar que no nos encontramos ante un inimputable, sino ante un sujeto perfectamente capaz desde el punto de vista jurídico-penal que, consecuentemente, es condenado por su culpabilidad.

El artículo 18 dice: “En el caso del artículo 14, segundo párrafo, si durante el sumario se acreditase por semiplena prueba que la tenencia es para uso personal y existen indicios suficientes a criterio del juez de la responsabilidad del procesado y éste dependiere física o síquicamente de estupefacientes, con su consentimiento, se le aplicará un tratamiento curativo por el tiempo necesario para su desintoxicación y rehabilitación y se suspenderá el trámite del sumario.

“Acreditado su resultado satisfactorio, se dictará sobreseimiento definitivo. Si transcurridos 2 años de tratamiento, por falta de colaboración del procesado no se obtuvo un grado aceptable de recuperación, se reanuda el trámite de la causa y, en su caso, podrá aplicársele la pena y continuar con el tratamiento por el tiempo necesario, o mantener solamente la medida de seguridad”.

Esta es otra posibilidad que la ley 23.737 asigna para evitar condenar en forma directa al que tiene en su poder estupefacientes cuando por su escasa cantidad y demás circunstancias surgiese inequívocamente que la tenencia es para uso personal. Conforme al artículo 17 se llega a la sentencia declarando la culpabilidad, y en el caso del artículo 18 cuando se dan sus circunstancias y media consentimiento, se suspende el proceso y se somete al individuo a un tratamiento curativo que durará el tiempo necesario para obtener la desintoxicación y rehabilitación. Conforme al mismo artículo en caso de resultado satisfactorio, el proceso termina con el sobreseimiento definitivo. Nuevamente se presentan las

alternativas que señalé para el artículo anterior, aunque el legislador ha previsto solucionar los problemas que traerá la aplicación de estos preceptos, a través de la reglamentación siguiente:

“Artículo 19 - La medida de seguridad que comprende el tratamiento de desintoxicación y rehabilitación, prevista en los artículos 16, 17 y 18 se llevará a cabo en establecimientos adecuados que el tribunal determine de una lista de instituciones bajo conducción profesional reconocidas y evaluadas periódicamente, registradas oficialmente y con autorización de habilitación por la autoridad sanitaria nacional o provincial, quien hará conocer mensualmente la lista actualizada al Poder Judicial, y será difundida en forma pública.

“El tratamiento podrá aplicársele preventivamente al procesado cuando prestase su consentimiento para ello o cuando existiere peligro de que se dañe a sí mismo o a los demás.

“El tratamiento estará dirigido por un equipo de técnicos y comprenderá los aspectos médicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos, criminológicos y de asistencia social, pudiendo ejecutarse en forma ambulatoria, con internación o alternativamente, según el caso.

“Cuando el tratamiento se aplicare al condenado su ejecución será previa, computándose el tiempo de duración de la misma para el cumplimiento de la pena. Respecto de los procesados, el tiempo del tratamiento suspenderá la prescripción de la acción penal.

“El Servicio Penitenciario Federal o Provincial deberá arbitrar los medios para disponer en cada unidad de un lugar donde, en forma separada del resto de los demás internos, pueda ejecutarse la medida de seguridad de rehabilitación de los artículos 16, 17 y 18”.

El proyecto del Senado, aparte de no punir la tenencia de estupefacientes para uso personal, mantenía el criterio de la ley 20.771 según el cual la medida de seguridad no podría exceder la duración de la pena. Además, en el caso de la tenencia para el consumo propio, la medida de seguridad curativa de imposición obligatoria, según el tiempo verbal utilizado por el artículo 38, se podría cumplir en establecimientos públicos o privados y si el establecimiento fuese privado los gastos de la internación estarían a cargo del procesado.

En el texto de la Cámara de Diputados se eliminó la mención expresa de los establecimientos privados pero, dada la redacción final del artículo 19, los

establecimientos adecuados a que la norma se refiere pueden ser también privados. La novedad interesante es que ese tratamiento se puede ejecutar en forma ambulatoria. Se salva así la objeción planteada a la medida de seguridad, en orden a que cuando es con internación, poco se diferencia de la pena porque, si bien trata de recuperar al adicto, también se lo priva de la libertad ambulatoria. Así resulta desdibujada la frontera de medida de seguridad y pena.

Hay que señalar que la medida de seguridad de aplicación ambulatoria sólo beneficiará a los procesados, pues cuando se tratase de un condenado, deberá cumplir la pena privativa de la libertad en el establecimiento correspondiente.

Se entiende que cuando el individuo ha satisfecho la totalidad de la pena, y no obstante necesita seguir sometido a la medida de seguridad, ésta podrá ser ejecutada de manera ambulatoria. De esa forma se realiza una conjunción lógica entre pena y medida de seguridad, con sus respectivos objetivos, que necesariamente deben ser distintos.

El artículo 20 dice: "Para la aplicación de los supuestos establecidos en los artículos 16, 17 y 18 el juez, previo dictamen de peritos, deberá distinguir entre el delincuente que hace uso indebido de estupefacientes y el adicto a dichas drogas que ingresa al delito para que el tratamiento de rehabilitación en ambos casos, sea establecido en función del nivel de patología y del delito cometido, a los efectos de la orientación terapéutica más adecuada". Llama la atención que se obligue al juez a investigar no sólo el hecho materia del proceso sino además circunstancias anteriores y en cierta manera ajenas a la causa, para poder efectuar la distinción propuesta.

El artículo 21 expresa: "En el caso del artículo 14, segundo párrafo, si el procesado no dependiere física o síquicamente de estupefacientes por tratarse de un principiante o experimentador, el juez de la causa podrá, por única vez, sustituir la pena por una medida de seguridad educativa en la forma y modo que judicialmente se determine.

"Tal medida debe comprender el cumplimiento obligatorio de un programa especializado relativo al comportamiento responsable frente al uso y tenencia indebida de estupefacientes, que con una duración mínima de 3 meses, la autoridad educativa nacional o provincial, implementará a los efectos del mejor cumplimiento de esta ley.

"La sustitución será comunicada al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelaria, organismo que lo comunicará solamente a los tribunales del

país con competencia para la aplicación de la presente ley, cuando éstos lo requiriesen.

“Si concluido el tiempo de tratamiento, éste no hubiese dado resultado satisfactorio por la falta de colaboración del condenado, el tribunal hará cumplir la pena en la forma fijada en la sentencia”.

Se destaca nuevamente la preocupación por haber adoptado el criterio de que la tenencia de droga para el consumo personal es delito. Otra vez se trata de evitar la aplicación de pena. Y en los casos que la norma indica el juez podrá, por única vez, sustituirla por una medida de seguridad. Lo novedoso de la disposición es que esta medida de seguridad tiene una finalidad educativa. Resulta llamativo que la medida, si bien tiene un contenido mínimo que es el fijado por el segundo párrafo del artículo 21, queda a criterio del juez en cuanto a su instrumentación y contenido. Lo que también provoca una sensación de extrañeza es que una medida de seguridad de este tipo se constituye no solamente en una reacción penal de cumplimiento obligatorio -con lo cual los límites con la pena quedan nuevamente desdibujados- sino que cuando la medida no diese resultado, se vuelve al recurso de aplicar pena. Resulta oportuno hacer una observación: si con la medida de seguridad curativa debe curarse a la fuerza, bajo la amenaza de tener que cumplir la pena en caso contrario, en este precepto el que ha sido beneficiado con la medida de seguridad educativa, debe asimilar el contenido del programa quiera o no, pues si no lo hace también la medida de seguridad es reemplazada por la pena. Cabe la duda acerca de cómo se determinará si se logró o no resultado satisfactorio.

El artículo 22 dice: “Acreditado un resultado satisfactorio de las medidas de recuperación establecidas en los artículos 17, 18 y 21 si después de un lapso de 3 años de dicha recuperación, el autor alcanzare una reinserción social plena, familiar, laboral y educativa, el juez, previo dictamen de peritos, podrá librar oficio al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelaria para la supresión de la anotación relativa a1 uso y tenencia indebida de estupefacientes”.

Respecto de esta norma hay que consignar que se llama a la medida del artículo 21 de recuperación, cuando en el artículo citado se la denominaba educativa. La disposición que obliga a acreditar un resultado satisfactorio traducido en una reinserción social en los planos a que la norma se refiere, es de muy relativa certeza como para que pueda ser probada acabadamente por peritos. Un asistente social, por ejemplo, podrá informar al juez sobre el grado de reinserción en el ámbito

familiar, pero su dictamen consistirá solamente en una simple apreciación. Y lo mismo puede decirse de la reinserción en el ámbito laboral o educativo.

Esta norma revela la preocupación de los legisladores por el tema, aunque la técnica pueda todavía perfeccionarse como para posibilitar el funcionamiento práctico de la idea allí esbozada. Además, no aparece muy coherente aquella norma referida a la comunicación de la sustitución al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelaria, porque la supresión de la anotación relativa al uso y tenencia indebidos de estupefacientes no puede ser tal; si no la anotación estará referida a la resolución, que es lo que debe registrarse de aquella manera.

La problemática básica está centrada en la existencia, o en su caso creación, de institutos adecuados para la aplicación de esta medida. Porque si no los hay suficientes a nivel oficial, puede generarse una diferencia no deseada entre los individuos que estén dotados de medios económicos como para afrontar un proceso de rehabilitación privado y aquellos que no los posean. Todas estas inquietudes se vieron reflejadas en la discusión que sobre el tema se generó en la Cámara de Diputados.

Resulta evidente, por lo que surge del mismo texto sancionado, como por las referencias expresas del debate, que los legisladores han tenido especialmente en cuenta las sentencias de la Corte Suprema de las causas "Bazterrica" y "Capalbo", porque allí el máximo tribunal del país había aconsejado que se buscara una alternativa válida para estructurar un conjunto racional de medidas y acciones tendientes a la cura, rehabilitación y reinserción social del adicto. Precisamente la necesidad de armonizar el criterio expresado por el máximo tribunal con la sanción legislativa, es lo que justifica la mención expresa que se hace en el informe de las Comisiones de Legislación Penal y Drogadicción de la Cámara de Diputados. Insiste en la necesidad de crear centros públicos de recuperación para posibilitar la aplicación de las medidas de seguridad ya referidas, y auspicia la creación de aquéllos, estableciéndose en la ley 23.737 como artículo 43 el siguiente: "El Estado nacional asistirá económicamente a las provincias que cuenten o contaren en el futuro con centros públicos de recuperación de los adictos a los estupefacientes.

"El Poder Ejecutivo Nacional incluirá anualmente en el presupuesto nacional una partida destinada a tales fines. Asimismo proveerá de asistencia técnica a dichos centros".

En la decisión mayoritaria de las referidas comisiones de la Cámara de Diputados se subraya esta acción, enderezada a poner en vigencia las normas referidas a las medidas curativas de desintoxicación y rehabilitación.

El dictamen de la minoría suscripto por los diputados Luis R. Giacosa, Matilde Fernández de Quarracino y Osvaldo F. Pellín, con disidencia parcial de José Pedro Aramburu, dice, respecto del tratamiento terapéutico, que debe rechazárselo porque no es posible imponer una terapia coactiva sin vulnerar preceptos constitucionales. Además, no lo admite porque considera que el éxito de cualquier curación que se intente estará condicionado al grado de afectación y participación del sujeto, que evidentemente no se logrará sin el concurso de su voluntad, convirtiéndose de esa manera en una mera pena accesorio. Ellos propiciaron que el tratamiento se limite a los supuestos en que el propio interesado prestase su conformidad en forma fehaciente o lo solicitase.

Se nota en este informe la inquietud por separar lo que es pena de lo que es medida de aseguramiento, que tiene como principal objetivo mejorar al sujeto a quien se le impone.

En orden a procurar soluciones al problema de la drogadicción, el diputado Aramburu se refirió a los aspectos políticos y sociales que llevan a la difusión del consumo de droga en el mundo. Respecto de lo que a su juicio debe proporcionarse en nuestro país, manifestó: “Debemos contar con voluntarios pedagogos, con toxicómanos curados, con médicos especializados, con una adecuada distribución de medicamentos, con grupos de apoyo y rehabilitación, con una buena formación de policías y con adictos en vías de recuperación. Debemos evitar la presión social, el mal uso del tiempo libre, el temor, la falta de buenos horizontes de trabajo, la soledad, la falta de comunicación y la despersonalización, que es lo que forma la contracultura de la droga.

“Debemos realizar seminarios de capacitación, centralizar la actividad de emisión y preparación de mensajes e instrumentar otras medidas tendientes a desarrollar un mejor tejido social”.

Aramburu insistió en que el problema fundamental es la utilización abusiva de sicofármacos. Desde el punto de vista médico informó que un estudio de las Naciones Unidas demostró que los politoxicómanos y los toxicómanos se pueden recuperar y que es muy reducida el área de aquellos individuos para quienes los tratamientos de rehabilitación se presentan complejos. Hizo notar que es mucho

más fácil rescatar a un heroinómano que a un consumidor de barbitúricos; que es mucho más fácil recuperar a un consumidor de marihuana o cocaína que a un consumidor de anfetaminas. Según él, hay que poner el acento en todos los aspectos de la lucha contra el problema: no sirve la actitud que se ha seguido en los últimos treinta años en el mundo, en el sentido de tratar al toxicómano o al politoxicómano como se consideraba al leproso en la Edad Media, aislándolo y segregándolo de la sociedad al imposibilitarle la comunicación humana.

En relación a las medidas asistenciales de tratamiento obligatorio, también aportó una referencia que es de suma utilidad y puede trasladarse al caso argentino. Efectivamente, en 1979 y en ocasión de cumplirse en Alemania el quincuagésimo aniversario de la sanción de la Ley de Estupefacientes, el Ministerio de Salud de ese país envió al Congreso, a través de un equipo multidisciplinario, un proyecto de ley para modificar el régimen anterior siguiendo los lineamientos dados por las Naciones Unidas. Según éstos, en las leyes nacionales e internacionales van apareciendo diversas sanciones: pena draconiana para el traficante profesional, menos rigurosa para el transportista, mucho menos rigurosa, con posibilidad de suspensión de la pena y sometimiento a vigilancia, para el pequeño traficante que es también drogadicto y, en fin, medida asistencial de tratamiento obligatorio para el simple drogadicto.

En aquel momento un diputado de la oposición, demócrata cristiano de Baviera, planteó el tratamiento obligatorio dentro de la penalización: ayudar al drogadicto contra su voluntad. Como el sistema alemán de legislación indica que todas las transformaciones importantes deben contar, antes de que se discutan en el seno del plenario, con la aprobación o con la opinión de los organismos que luego tendrán que usar las normas, el Ministerio de Justicia contestó que no era posible aplicar el tratamiento en vez del castigo, por falta de clínicas y hospitales especializados.

Ante esa comprobación en un país con el desarrollo de la República Federal de Alemania, cabe analizar qué panorama presenta el nuestro al respecto, y nuevamente poner en duda si la medida de seguridad, tal como está estructurada en la ley 23.737, tendrá aplicación práctica y será eficaz.

La misma inquietud reveló en la Cámara el diputado Enrique Rodolfo Muttis al referirse al problema de la reeducación del drogadependiente, mencionando la dificultad de no saber cuántos institutos debidamente autorizados y con capacidad e idoneidad suficientes existen en la República Argentina. Al respecto dijo: "Si no

existen en cantidad suficiente, si no están dispersos a lo largo y a lo ancho del territorio -como creo que sucede-, ¿cómo hará el juez en los casos en los que la pena va acompañada y condicionada por el tratamiento?”. Efectivamente es una realidad argentina la carencia de establecimientos adecuados.

Si contemplamos la situación actual, en que un individuo necesitado de una medida de seguridad curativa, como es la internación psiquiátrica, a veces no consigue ser ubicado por el juez en ningún instituto por estar colmada la capacidad de los existentes, la perspectiva de encontrar los medios de aplicación de la medida de seguridad rehabilitadora en todo el país se torna desalentadora.

El diputado Muttis terminó su intervención con la siguiente frase: “Creo que se está legislando para situaciones ideales. La inaplicabilidad de esta norma puede quedar demostrada a poco que la realidad de nuestro país se muestre en su verdadera dimensión. Para que una legislación de este tipo sea aplicable en la Argentina es necesario contar con una vigorosa política que modifique esa realidad y tenga en cuenta las características y carencias de los institutos de rehabilitación. De esa forma se evitará que una norma como la que estamos elaborando termine en definitiva girando en el vacío”.

Nuevamente nos encontramos con un fenómeno muy conocido correspondiente a la política criminal de nuestro país, que consiste en modificar las normas antes de crear las estructuras para que ellas sean aplicables. Si el Estado no destina recursos para la creación de centros de rehabilitación es inútil que se modifiquen las reglas al respecto.

La intervención del diputado Simón Lázara también ubicó el problema en su verdadero enfoque: frente al panorama bastante complejo surge casi obligatoriamente la pregunta sobre qué valor tiene el Código Penal como instrumento de solución. Si bien es posible responder que las leyes penales deben ser perfeccionadas en forma prácticamente constante, el Estado debe dotar de medios efectivos y eficientes tanto a esos establecimientos de rehabilitación como también a los organismos que tienen a su cargo la represión del delito: en el caso, la Policía, la Gendarmería, la Prefectura.

Es verdad lo que se dijo en el recinto: que se requieren centros de rehabilitación con presupuestos suficientes y programas de intervención temprana; una legislación que fomente los grupos de autoayuda con integración y participación activa de la comunidad; una mejor y más efectiva coordinación de los recursos de la salud y una

ley de medicamentos que enfrente el problema del imprescindible control sobre la venta de psicofármacos.

La dificultad para poner en vigencia la medida de seguridad no radica sólo en la falta de establecimientos adecuados, sino en la ausencia de aportes suficientes para que los existentes, destinados a la aplicación de la ley penal, funcionen correctamente.

En el debate de la Cámara de Diputados se citó un informe de 1988 del Programa de Promoción Juvenil de Patronatos de Liberados en el que se señala: "... con independencia de los altísimos costos, pocos establecimientos con internación han satisfecho al Patronato por la seriedad científica de los tratamientos, por la labor profesional, etcétera. Otros, lamentablemente, conforman lugares donde se depositan personas. Pareciera que existe la complicidad o acuerdo tácito entre ciertos establecimientos y la sociedad para limitarse a quitar del medio y aislar a quien molesta. De allí a lo que se entiende por terapéutica hay una gran distancia".

c) LA RECLUSIÓN POR TIEMPO INDETERMINADO:

La doctrina considera como: "medida de seguridad eliminatoria" a aquella que tiene por fin excluir al delincuente de la vida social, por un tiempo más o menos prolongado. Esta medida está dirigida a los autores de delitos que han revelado a través de ellos una peligrosidad grave e intensa, como también, que las múltiples penas recibidas con anterioridad no ha ocasionado en los mismos efecto alguno. Es decir, dichas penas han resultado ineficaces en su misión de reinserción social.

En nuestro derecho la única medida que es susceptible de tal calificación se encuentra prevista en el Art. 52 del C.P. Éste impone la reclusión por tiempo indeterminado como accesoria a la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores:

- 1) cuatro penas privativas de libertad, siendo una de ellas mayor de tres años,
- 2) cinco penas privativas de la libertad, de tres años o menores.

En cuanto a su naturaleza jurídica, esto es, si se trata de una pena o una medida de seguridad, las opiniones se encuentran divididas. Así[14]:

Saleilles: las considera una PENA y en consecuencia las denomina: "penas de eliminación", aunque las diferencia de otras tendientes a la seguridad de la sociedad más que a la prevención especial, como en este caso.

Fontán Balestra: en cambio, estima que se trata de una MEDIDA DE SEGURIDAD en virtud de su indeterminación, que es la característica diferencial más nítida entre las medidas y las penas.

Nuñez: argumenta que es una verdadera PENA de reclusión, se aplica al imputado a raíz de su reiterada violación del deber de no delinquir y se cumple con régimen carcelario.

Zaffaroni: también la califica como PENA, y afirma que debe tener el límite que exige la seguridad jurídica.

Aunque si nos atenemos a la letra de nuestro Código Penal, otra será la respuesta sobre la naturaleza jurídica de este instituto. El cual, en el último párrafo del Art. 52 habla expresamente de: "... dejar en suspenso esta MEDIDA accesoria...".

Por último, debemos mencionar que la principal crítica que se le efectuaba a la regulación nacional de la reclusión por tiempo indeterminado, antes de la reforma de los artículos 52 y 53 introducida por el decreto-ley N° 20.942 del 3 de agosto de 1944, era que se había omitido legislar sobre la forma de extinción de tal sanción y en consecuencia, el individuo sólo podía reintegrarse a la sociedad si era merecedor del indulto. Luego, la citada reforma incorporó el régimen de libertad condicional para la reclusión accesoria, en términos similares a los de la actual redacción (art. 53), producto de la ley N° 23.057/84.

d) EL RÉGIMEN DE MENORES:

1. Conceptos generales:

Desde hace tiempo se afirma en nuestro país y prácticamente en todo el orbe jurídico más o menos homogéneo que nuestro país integra, que los menores han sido apartados del Derecho Penal. Y esto es cierto en la medida en que se entienda la referencia al Derecho Penal común. No a la llamada Enciclopedia de las Ciencias Penales, pues aún con sistemas distintos, siempre habrá una reacción social, de naturaleza penal, cuando un menor comete un hecho que la ley califica como delito. El apartamiento del régimen común se hizo patente en nuestro país a raíz de una circunstancia no muy importante en sí, pero expresiva, como fue la derogación de los artículos del Código Penal de 1921 que se referían a la responsabilidad penal de ellos. Al contrario de muchas disposiciones que salieron y volvieron entrar al Código, en los vaivenes característicos de nuestras últimas décadas, aquellas normas nunca

fueron reincorporadas. Existe, pues, una legislación especial, impuesta por la necesidad de contemplar separadamente el problema de los menores que delinquen y encarar soluciones adecuadas a ellos.

Nuestro primer codificador abrevó de distintas fuentes, pero tuvo especialmente en cuenta el Código de Baviera. Aunque lo interesante es consignar que Tejedor se hizo eco de opiniones de su época, según las cuales el acento había que ponerlo en la educación. Y aquí se plantea un nuevo dilema que consiste en quién debe ocuparse de la educación, y de qué forma procurar que los resultados sean eficaces.

A Tejedor le parecía conveniente (y la solución se mantiene en la legislación argentina actual) que el menor que no es objeto de castigo en razón de la falta de discernimiento en la acción emprendida, no puede volver a la sociedad sin que alguno tenga las miradas fijadas sobre su conducta. "Así, o lo entregarán a sus padres, si tienen confianza en ellos, o en caso contrario lo mantendrán bajo la vigilancia de la autoridad según las circunstancias"[15].

No manifiesta ninguna preocupación por la corrección de los menores delincuentes el Código de 1886, lo que motivó una crítica unánime.

El Proyecto argentino de 1891 –en cambio– introdujo la llamada "medida de seguridad educativa", al prever que los menores exentos de responsabilidad penal podían ser colocados en un establecimiento agrícola, industrial o de enseñanza, "destinado a la corrección de menores", si resultaba peligroso devolverlos a sus padres.

De la Exposición de Motivos de este proyecto es interesante rescatar cuáles son las razones de Política Criminal que llevan a llenar el vacío que dejaba el Código entonces vigente. Según sus autores los menores de catorce años no pueden ni deben estar sujetos a las penas establecidas para los adultos.

Aquel pensamiento del legislado penal de hace más de un siglo, aún subsiste en la República Argentina. Lo que no extraña porque no es posible innovar demasiado en la materia, ya que se deben seguir las pautas que suministra la propia naturaleza personal y social en que se inscribe el problema. Lo que sí alarma es que un siglo no haya sido suficiente para llevar a la práctica efectiva aquellas ideas, de manera de tratar eficazmente el problema de la delincuencia juvenil.

Mientras se desarrollaba el proceso de sanción del Código Penal de 1921 se dictó la Ley 10.903 sobre patronato de menores, conteniendo interesantes

disposiciones en materia penal, relacionadas con la disposición de los menores que hubiesen cometido un delito o fuesen víctimas de él, asimismo con la pérdida de la patria potestad para quienes han sido condenados por delitos graves, o hayan sido objeto de varias condenas, que demuestren ser delincuentes profesionales o individuos peligrosos. Según los preceptos de la ley los jueces podían disponer preventivamente del menor, entregándolo a una persona honesta, pariente o no, o a un establecimiento de beneficencia, privado o público, o a un reformatorio de menores. Se propugnaba también la creación de tribunales menores.

En consonancia con ese antecedente próximo, se sancionó el Código Penal de 1921 cuyos arts. 36 a 39 determinaban cuál sería el régimen penal de los menores. El primero establecía la no punibilidad para quien no hubiese cumplido catorce años. Ellos podían ser dejados con sus padres, tutores o guardadores o, si esto hubiese sido peligroso, el tribunal ordenaría su colocación en un establecimiento destinado a corrección de menores hasta que cumpliera dieciocho años de edad. Esta edad podía prolongarse hasta los veintiún años, si la conducta del menor dentro del establecimiento hubiese dado lugar a suponer que se tratase de un sujeto pervertido o peligroso.

La fundamentación político-criminal del precepto está dada por el hecho de que, si bien repugna un elemental sentido de justicia aplicar penas a los niños, los delitos que cometen equivalen a señales de alarma, que deben poner en movimiento a la sociedad a fin de atacar un mal cuyo desarrollo traerá deplorables consecuencias. Estas infracciones constitutivas de daño social se producen, o por una predisposición personal, que debe contrarrestarse, o por influencia del medio familiar que tiene que ser controlado; o por circunstancias accidentales cuya repetición es conveniente evitar. Por todo ello es preciso atender al menor delincuente, ya que si no se lo hace, es casi seguro que se transformará en un sujeto que transcurrirá su vida adulta transgrediendo disposiciones penales.

Desde ya corresponde poner de resalto la prudencia de la ley argentina que, no obstante las sucesivas reformas, siempre ha seguido el lineamiento histórico que partió del Proyecto de 1891 y llega a la actualidad, revelada esa medida por la no obligatoriedad de la internación en establecimientos correccionales. El Estado no debe sustituir a la familia, en cuyo seno es necesario que siga desarrollándose el niño, sino en aquellos casos sumamente graves en los cuales la permanencia en el hogar suponga peligro, tanto para él como para la comunidad. Por supuesto que en

definitiva, la decisión del legislador de regular la cuestión de este modo, supone la materialización de una postura filosófica sobre los roles del Estado, de la familia y del individuo, que es la que se corresponde con los principios de nuestra Constitución Nacional.

El art. 37 del Código regulaba la situación del menor que cometiese delito entre los catorce y los dieciocho años, y hacía diferencias entre hechos menos graves, respecto de los cuales la reacción sería idéntica al caso de los menores de catorce, y los delitos de pena mayor, en relación a los cuales "el tribunal queda autorizado para reducirla en la forma determinada para la tentativa".

El informe de la Comisión de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados no se explaya sobre los motivos que se tuvieron para diferenciar las reacciones según fuese la gravedad de la pena. Al hablar de los hechos que tuviesen pena mayor, sólo pone de resalto la autorización para reducirla en la forma determinada para la tentativa, señalando que se concede "una mayor benignidad que en los casos ordinarios".

El art. 38 decía: "El menor que no ha cumplido los dieciocho años, no puede ser declarado reincidente". La Comisión de Diputados explicita que la reincidencia caracteriza al individuo peligroso contra el cual deben tomarse precauciones especiales, porque lo presentan siempre como sujeto de sospecha; lo que no debe existir respecto de los jóvenes.

Por último el artículo 39 se refería a la posibilidad de privar a los padres de la patria potestad y a los autores de la tutela, en todos los casos de delitos cometidos por un menor. Coordinó el legislador de 1921 esta situación con la ley 10.903, que había sancionado dos años antes. Por su interés histórico vale la pena señalar que entre los fundamentos del precepto se encontraba la necesidad de poner coto al "negocio de tener menores para que cometan delitos o mendiguen". Por eso se autorizó a los tribunales para que tomaran medidas sobre los padres, tutores o guardadores.

La realidad contemporánea demuestra una vez más que la ley es sólo uno de los instrumentos que pueden coadyuvar a que la sociedad se transforme en el sentido deseado; pero que por sí no puede producir los cambios.

Los arts. 36 a 39 de la ley 11.179 (Código Penal de 1921) fueron derogados por la ley 14.394 sancionada el 14/12/1954. Con vaivenes y cambios que son moneda corriente en la historia penal argentina, esta ley instituyó el régimen que aún hoy,

básicamente, rige. Los caracteres esenciales de las normas diseñadas a partir de 1954 son los siguientes:

- a. Cuando el menor que no haya cumplido dieciséis años incurriere en un delito, la autoridad tiene la obligación de comprobar el hecho y tomar conocimiento personal y directo del menor, sus padres, tutores o guardadores. También deberá ordenar los informes y peritaciones conducentes al estudio de la personalidad del menor, sus condiciones familiares y el ambiente en que viviere. Podrá disponer la internación del menor tan sólo por el tiempo indispensable para su examen y para facilitar la adopción del régimen que correspondiere: dejarlo con sus padres libremente o bajo libertad vigilada o disponer de él.
- b. Entre los 16 y 18 años, a excepción de ciertos hechos de menor gravedad, deben ser sometidos a proceso aplicándose por lo demás los recaudos antes indicados.
- c. Luego de cumplidos los 18 años y por lo menos uno de internación u otro tratamiento tutelar, el juez decidirá sobre si es necesario aplicarle una sanción y en este caso la podrá reducir en la forma determinada para la tentativa.

Los cambios estuvieron referidos fundamentalmente a las edades, pues la ley 14.394 fijaba la imputabilidad a partir de los dieciséis años y la situación intermedia entre los dieciséis y dieciocho. La Ley 21.338 sustituyó la edad de 16 por la de 14 y la de 18 por la de 16, retornándose a las anteriores por obra de la ley 22.803, sancionada el 05/05/1983. El 28 de agosto de 1980 se publicó en el Boletín Oficial la ley 22.278 que derogó los arts. 1 a 13 de la ley 14.394 y el art. 3 de la ley 21.338, ordenando así los distintos aspectos de la materia.

Según sus disposiciones no es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Interesa entonces de manera exclusiva el tiempo; no el desarrollo intelectual en orden a la captación de lo que es correcto y lo que no lo es, desde el punto de vista del interés social. Sostener en torno de lo mismo, que el menor de dieciséis años es un inimputable, no resulta del todo correcto conforme a una estricta inteligencia de los conceptos. Pues si por inimputabilidad entendemos la ausencia de condiciones intelectuales que posibiliten el juicio de reproche, ello ocurrirá seguramente en niños de escasos años, pero no en jóvenes que están próximos a los dieciséis quienes, en la mayoría de los casos, tienen esa posibilidad de comprender y dirigir sus acciones en el sentido pretendido por el orden social.

Se trata, a mi juicio, de una situación de impunidad considerada así por razones de Política Criminal y de justicia. En esto quiero detenerme, porque se trata de una cuestión de máxima importancia: si la impunidad para los menores deriva exclusivamente de cuestiones de conveniencia, en el sentido de saber cómo debe tratar el Estado el problema de delincuencia juvenil, no existirán otros parámetros que los utilitarios. En ese sentido hoy la legislación puede elegir no castigar hasta los dieciséis años, así como en épocas antiguas fijó los diez o hace unos años en nuestro país se tomó los catorce. Si la razón de ser de la impunidad es atinente a la justicia, el legislador debe obrar con el pensamiento puesto en consideraciones de ese tipo. Por un lado no resulta justo penar a quien no ha tenido posibilidades de desarrollar los modos de comportamiento que la sociedad pretende de sus miembros; y por otro lado si esa capacidad existe en el caso concreto desaparecen las razones de la impunidad, sin perjuicio de aminorar la pena por inexperiencia del sujeto.

La ley argentina hace distinciones. Pero ellas no giran directamente en torno del discernimiento sino de la gravedad de los hechos cometidos. Por ello es posible afirmar que las consideraciones políticas priman sobre las fundadas en la justicia. Efectivamente: considera no punibles los actos de los menores que no hubiesen cumplido los dieciocho años cuando se trata de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de libertad que no exceda de dos años, con multa o inhabilitación.

Resulta así que un joven que, incluso podría haber ingresado ya a la Universidad, tiene la posibilidad de inferir calumnias, lesionar, violar domicilios, hurtar, etc. sin que pese sobre él la amenaza de pena.

Es claro que en cuestiones respecto de las cuales no se puede hallar una respuesta perfecta, hay que tomar decisiones prácticas. La ley argentina ha optado por el camino biológico y se fija solamente en la edad, pues el criterio psicológico muestra dificultades mayúsculas. En efecto: la apreciación pericial o judicial del discernimiento deja un margen muy grande a la arbitrariedad, al no contarse con pautas seguras que puedan guiar la decisión. El autor del Proyecto de 1917, que llegó a ser nuestro actual Código Penal, explica que la cuestión radica exclusivamente en la fijación de las edades en relación a la capacidad, teniendo en consideración cómo el hombre en general se va desarrollando: "La ley tiene que ser en ese sentido una previsión que tenga en vista las circunstancias del mayor

número. Todos los individuos tienen distintas modalidades: unos son más precoces que otros y en unos se desarrollan las facultades más temprano que en los demás. Dejar eso librado a un examen en cada caso, sería peligroso, inconveniente y complicado. Por eso es mejor que la ley - y eso es por otra parte el consenso general - fije una edad, límite a partir de la cual se entiende que el sujeto puede ser imputable"[16].

La actual ley argentina sigue con sus previsiones la evolución gradual del individuo y adopta las disposiciones adecuadas a cada momento del desarrollo, teniendo en cuenta también la gravedad de los hechos, pero apreciando fundamentalmente las condiciones personales y familiares.

A la impunidad total para los menores de dieciséis años y la relativa para los menores de dieciocho, responde con el examen de la personalidad del autor del delito y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre, para adoptar luego la decisión que corresponda. Si resulta que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el tribunal dispone definitivamente del mismo, lo que significa la custodia por parte del juez para procurar la adecuada formación, mediante la protección integral del menor; la consiguiente restricción al ejercicio de la patria potestad o tutela y el discernimiento de la guarda, cuando así correspondiere. Esa disposición puede cesar en cualquier momento y concluye de pleno derecho con la mayoría de edad.

Los menores de dieciséis a dieciocho años son punibles, pero recién cuando hubiesen alcanzado esta última edad y hubiesen estado sometidos a tratamiento tutelar no inferior a un año. Sin embargo el juez puede reducir la sanción en la forma prevista para la tentativa o absolverlo si fuese innecesario castigarlo, teniendo en consideración las modalidades del hecho, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa que haya recogido. En todos los casos las penas privativas de libertad impuestas a los menores se deben hacer efectivas en establecimientos especializados.

La ley alcanza en sus previsiones a los padres, tutores o guarda-dores, pues los jueces pueden declarar la pérdida de la patria potestad o la pérdida o suspensión de su ejercicio, o la privación de la tutela o guarda.

Resultaría una tarea absolutamente imposible indagar los sentimientos de todos los miembros de la comunidad respecto de la delincuencia juvenil, pero por lo que se puede intuir es casi seguro que la mayoría de los adultos (no los familiares de los infractores, por supuesto) no comparten el criterio de que los jóvenes que han superado cierta edad, sean tratados con blandura. Piensan en los horribles crímenes que bandas juveniles cometen recuerdan los atentados contra la propiedad, las violaciones y otros delitos graves de los que se ocupa la crónica diaria. Ese sector de la población cree que la sociedad debe defenderse de semejantes individuos. Y tiene razón: el problema deriva en saber cómo hacerlo.

La solución no está en castigar sino en transformar la sociedad en sentido positivo; fundamentalmente a través de la educación. Si esto se logra habrá, no obstante, jóvenes infractores, ya que el delito nunca desaparecerá enteramente. Pero la reacción respecto de ellos será verdaderamente tutelar; nunca punitiva.

Pto. 4: “La ejecución de las medidas de seguridad”.

A) Duración de las medidas, posturas doctrinarias:

Conforme lo establecido por el 2º y 3º párrafo del Art. 34 de nuestro Código Penal, la duración de las medidas de seguridad dispuestas por el juez[17] quedan supeditadas a la desaparición de la peligrosidad. Con lo cual podemos afirmar que, por regla, son: medidas de tiempo indeterminado. No existe un único término de duración, sino que el cese de las distintas medidas de seguridad dependerá de las características particulares de cada una, como veremos en el ítem subsiguiente.

En el derecho penal español, las medidas de seguridad privativas de la libertad no pueden durar más que la pena señalada para el delito cometido, ni exceder lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor. Y respecto de las no privativas de la libertad, destinadas a inimputables o semi-imputables[18], se dispone que: a) no pueden exceder de cinco años; o que: b) no pueden exceder los diez años[19]. Además de estos casos, la medida cesa cuando el juez considera que ha cesado la peligrosidad criminal del sujeto. En suma, en la legislación española las medidas de seguridad no tienen plazo mínimo, aunque sí máximo[20].

En nuestro derecho también hubo un intento por acotar la extensión indefinida de las medidas de seguridad, cuando el Anteproyecto de Ley de Reformas puntuales al Código Penal[21] propuso la incorporación del siguiente texto normativo: “Artículo 24.- El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad si el sujeto hubiera sido declarado responsable; a tal efecto el tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo”. Aunque éste nunca llegó a ser sancionado por el Congreso de la Nación.

B) Cesación de la internación:

1.- En las medidas curativas, el cese depende de que el sujeto deje de ser peligroso para sí mismo o para los demás, no de su curación total.

Además, el daño que pueda causar el individuo puede no ser un delito y, sin embargo, corresponder por ello su permanencia en el establecimiento curativo, según lo decidió la jurisprudencia y, entre nuestros autores, ha sido aceptado por el profesor Soler[22].

Para evitar simulaciones de alienación por parte del delincuente, el mismo inc. 1º del Art. 34 requiere previa audiencia del Ministerio Público y dictamen de los peritos, para arribar a la decisión judicial que dispone el cese de la medida. Ello estará a cargo de la misma autoridad que la impuso oportunamente, y podrá ser emitida de oficio o a pedido de parte. Pero en ningún caso cesará la medida sino media resolución judicial de dicha autoridad.

No obstante, no son pocos los casos que registra nuestra jurisprudencia en los cuales, a pesar del dictamen favorable de los médicos, el magistrado dispuso la continuación de la medida de seguridad. Con lo cual, se torna indiscutible el carácter eminentemente facultativo de esta medida[23].

2.- En las medidas educativas, el límite a la internación en los “establecimientos especiales” que exige el Art. 8, está dado por el paso del menor a la adultez, y por lo dispuesto legalmente para los demás grupos etáreos.

Sin perjuicio de ello, la medida puede anticiparse si el menor acredita buena conducta, como también sus padres, tutores o guardadores. Incluso puede no disponerse la internación, y dejar al menor en poder de los antes dicho, bajo el correspondiente contralor judicial.

A los fines de evitar reiteraciones, nos remitimos aquí a lo expuesto anteriormente al desarrollar el régimen de menores.

3.- En las medidas eliminatorias, como lo es la reclusión accesoria por tiempo indeterminado (Art. 52), el cese de la misma quedará sujeto al cumplimiento de la pena establecida en la última condena y al transcurso de cinco años más, previa comprobación de la desaparición del grado de peligrosidad del condenado, de acuerdo a los requisitos establecidos por el Art. 53.

A diferencia del Código Penal de 1922 que estipuló la perpetuidad de esta medida, la legislación vigente permite al reo acceder a la libertad condicional, transcurridos cinco años del cumplimiento de la reclusión accesoria. E incluso dicha libertad podrá adquirir el carácter de definitiva, si luego de igual plazo de tiempo el condenado no ha dado lugar a su revocación y se ha comportado adecuadamente durante ese período de prueba.

C) Medidas alternativas y ambulatorias:

Este tipo de medidas podrán disponerse en aquellos casos en los que quede demostrado que el sujeto obró inmerso en un estado de inconsciencia (Art. 34, inc. 1º), ya sea por el consumo de estupefacientes, la ingesta de alcohol, la toma de medicamentos en mayores dosis que las terapéuticas, la amnesia, etc. Donde resultaría excesiva e innecesaria la internación del encartado en un hospital psiquiátrico, por lo cual se lo somete a un tratamiento ambulatorio con los controles correspondientes, y siempre que la gravedad de la afectación y la mayor posibilidad de recuperación del autor del ilícito así lo fundamenten.

Idéntica interpretación ha seguido nuestra jurisprudencia en esta materia:

“El Tribunal tiene facultades para ordenar el tratamiento de carácter ambulatorio hasta tanto el procesado, absuelto por haber obrado en estado de ebriedad, se encuentre curado de los efectos antisociales que le desata la ingestión de alcohol. Aceptar el criterio restrictivo que se atribuye a las medidas de seguridad, que excluye toda posibilidad diferente a la internación forzada del sujeto, importaría desnaturalizar el sistema creado por el legislador, pues ese punto de vista, que se podría llamar de todo o nada, se opone al 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” (CNCrim. y Corr., Sala I, 24/9/85, LL, 1986-B-218)[24].

“La internación del procesado absuelto debe interpretarse imperativa únicamente en aquellos supuestos en que no exista la vía alternativa del tratamiento ambulatorio” (CNCrim. y Corr., Sala III, 13/2/90, ED, 139-763)[25].

D) Los derechos del interno por razones de salud mental:

El art. 3º de la Ley Nº 24.660 de Ejecución de la pena privativa de la libertad establece: “La ejecución de la pena privativa de la libertad, en todas sus modalidades, estará sometida al permanente control judicial. El juez de ejecución o juez competente garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley”.

Con lo cual, esta ley complementaria de nuestro Código Penal, garantiza el derecho de los internos poniendo en cabeza del juez interviniente el control del cumplimiento de los mandatos constitucionales y tratados internacionales, durante todo el tiempo en que se verifica la ejecución de la medida de seguridad. Quedando luego a cargo de la leyes de rito locales, la legislación de los pormenores en esta materia.

E) La libertad condicional del artículo 53 del Código Penal:

En lo que respecta a vinculación entre la libertad condicional y la ejecución de las medidas de seguridad, dentro de nuestra legislación, damos aquí por reproducido lo explicado previamente en el ítem B de este mismo punto.

JURISPRUDENCIA[26]

1) Medida Tutelar:

De acuerdo a los términos del art. 4 de la Ley 22.278/22.803, el juicio sobre la aplicabilidad o no de pena a un menor por delito cometido entre los 16 y 18 años de edad, establecida su responsabilidad penal, exige además como requisito de procedibilidad que el menor haya alcanzado el límite temporal de 18 años.

En el caso en análisis, el término de edad se encontraría cumplimentado (es mayor de 18 años), pero se advierte del examen de autos que las medidas tutelares no se encontrarían absolutamente cumplimentadas, observándose además un atisbo de posibilidad de que a través de un correcto tratamiento tutelar con más un

importante seguimiento, su situación mejore, máxime que en el sub índice se advierte una familia contenedora y preocupada de la problemática del joven. Por lo expuesto, no correspondería es este estadio la aplicación de una pena. (Expte. 13 p/ robo agravado. Tribunal Penal de Menores de Mendoza, Mza. 24/05/2001).

2) Pena. Imposición

Habiéndose declarado la responsabilidad penal, teniendo el imputado veinte años, y habiendo sido sometido a distintos tratamientos tutelares por plazos mayores a un año, corresponde enfrascarse en el análisis de la viabilidad o no de una sanción, precisamente en lo que ha venido a llamarse: “integración de sentencia”. Por ello, resulta imprescindible jurídicamente seguir el derrotero previsto por la Ley 22.278, como “regla procesal” (SCJM, Expte.56847. F / Payero , 21/12/95), donde en su art. 4 expresamente establece : “...cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutela y la impresión directa recogida por el Juez, hicieran necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa.” Esto sin perjuicio del proceso de individualización de la pena, previsto en los arts. 40 y 41 del C.P. (Expte. 10 p/ robo agravado. Tribunal Penal de Menores de Mendoza, Mza. 14/11/2000).

3) Pena.Tratamiento.

Teniendo en cuenta este decisorio se expide sobre la posibilidad de la pena, debemos priorizar la “íntima y casi exclusiva dependencia que ésta guarda con el comportamiento o respuesta del menor al tratamiento tutelar”[27], situación ésta que ha llevado a sostener que “los planes de tratamiento individualizado siguen siendo la esencia del sistema de justicia de menores”.

A lo largo de los años, el menor y su familia han sido acompañados tanto por el servicio social, como por el sector Salud Mental del CAI, no pudiéndose lograr los objetivos propuestos, atento a que es de vital importancia en los tratamientos por adicción, la respuesta favorable por parte del interesado, asimismo, es indispensable que el grupo familiar acompañe en todo momento al menor, encontrándonos con la falta de interés por parte del menor y el poco apoyo familiar.

No surgen signos de rehabilitación en el menor asistido, circunstancia ésta que deja expedita la posibilidad sancionatoria, precisamente por la gravitación que tiene el resultado tutelar insatisfactorio en la aplicación de la pena.

Se impone aclarar, que si bien puede considerarse el tratamiento tutelar “como el corazón del art. 4 de la Ley”[28], no menos cierto es que este registro interactúa con los otros previstos expresamente en la norma, de allí que todos sean debidamente valorados y sopesados por el juzgador en oportunidad de la eventual sanción. (Expte. 10 p/ robo agravado. Tribunal Penal de Menores de Mendoza, Mza. 14/11/2000).

4) Pena. Valoración en la aplicación.

Se resuelve la aplicación de la pena de 10 años de prisión, considerando como agravantes, el haber actuado en el robo en grupo y con armas; la excesiva violencia ejercida sobre las víctimas, junto con los otros partícipes, en especial sobre las mujeres; el haberse enfrentado a la policía con absoluto desprecio por la autoridad llegando a exigir y obtener la entrega de las armas reglamentarias y las llaves de los vehículos; la frialdad puesta a prueba en el desarrollo de los sucesos que se prolongaron por más de tres horas, hasta que fuera reducido.

Sin embargo, no obstante que hechos de esta naturaleza pueden y, de hecho son muchas veces castigado con penas más severas, he entendido que la persona que juzgamos tenía, a la fecha de los delitos, sólo 16 años de edad. Si algo justifica la intervención de este fuero especial, es la categoría de los destinatarios de las normas penales; menores, que se pueden catalogar como vulnerables, tanto desde el punto de vista de su falta de madurez intelectual, afectiva y social, como de los condicionamientos innegables que han tenido y tienen durante el desarrollo de su personalidad. Para empezar, se debe mencionar que no sólo no tiene una familia que lo haya contenido y que lo contenga, sino que, muy por el contrario, es su propio padre el que participa con el hijo en las andanzas delictivas. Su padre cumple una condena en la Penitenciaría Provincial por la participación en un hecho en el que resultó también condenado el menor, es decir, que la misma persona que tiene a su cargo la indelegable tarea de educar a su hijo, es la que lo acompaña, cuando no, lo induce y aleccione para delinquir. En este contexto y bajo estas circunstancias de entorno familiar, llega el menor a este Tribunal para ser juzgado.

No pueden dejar de mencionarse los factores endógenos y exógenos que inciden en la personalidad adolescente. Estos factores son, entre otros, la agresividad y la rebeldía como respuesta de autoafirmación ante la inseguridad, proveniente de la percepción de los propios límites; la enorme influencia de los medios masivos de comunicación en su aspecto más negativo de la violencia, sexo, etc. ...; la imprevisión de la sociedad y del Estado frente al problema de la pobreza y la ausencia de políticas familiares adecuadas, que hacen que hoy, el mismo Estado, deba recoger el guante haciendo frente al problema de las conductas desviadas. Dice el Dr. Aquilino Polaino Lorente catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, psiquiatra y filósofo: "...en relación a la delincuencia juvenil el único remedio es preventivo y está en la familia (...). La otra solución es terapéutica y es muy cara para el Estado (...). Es muy difícil la reinserción social (...). Cuando un juez aplica una pena, no debe tener sólo en cuenta el Código Penal (...). La pena que se aplica muchas veces es más grave de lo que se supone.”[29]

No ignoro la cuota de culpabilidad que debe asignarse al menor que comprendiendo lo que hacía, eligió libremente transgredir la ley. Esto no debe cegarnos a la realidad de la correspondiente responsabilidad de la sociedad en la gestación de estos menores transgresores a la ley y que obran, a mi juicio, como atenuantes a la hora de individualizar la pena.

Al resaltar la vulnerabilidad del menor, es dable hacer hincapié en el “modelo” paterno. A la edad de 16 años (edad en que comete el delito juzgado), el imputado se encontraba sin contención familiar y con un horizonte delictivo -si se acepta el término- “guiado por un obrar despreciable y ruin de su padre”, que concluye en un homicidio y una tentativa de homicidio. Tal cuestión resulta de tratamiento insoslayable a la hora de determinar la cuantificación de la pena, toda vez que ese padre “ejemplo, modelo y contenedor”, sólo sirve para diezmar las reservas morales del menor en su proceso de aprendizaje hacia la adultez. De esta manera, el menor no sólo se encontraba en desventaja por un orden social inadecuado sino también por un orden familiar sustancialmente injusto, y, de alguna forma, relevante[30]. (Expte. 21 p/ robo agravado y privación ilegítima de la libertad. Tribunal Penal de Menores de Mendoza, Mza. 27/03/2001).

5) Privación de la Libertad.

La especialidad del Derecho Penal de Menores, en el cual el carácter preponderante no es el represivo, sino su función resocializadora, ya que el sujeto de éste derecho es un ser con derecho a la protección, pero que debe asumir la responsabilidad de que su conducta está fuera de la ley.

Por ello, considero que es la etapa procesal adecuada para afirmar el objetivo reeducativo y en función de ello es que resuelvo privarlos momentáneamente de su libertad, ya que el objetivo propuesto no se puede cumplir en el medio donde viven.

Se aboga por la supresión de cualquier forma de internación en función del objetivo de reeducación y de prevención que pesa en materia minoril.

También hay consenso doctrinario que en determinados casos se justifica su aplicación si se complementa con otras medidas.

Es necesario encontrar soluciones válidas ante conductas de menores que no se adaptan a una reeducación, siendo, además una medida inicial que se pretende que le cause un "impacto", para que valoren su familia, su futuro, antes de tener que aplicarles la pena.

La privación de la libertad deberá aplicarse por la gravedad del hecho, y por los informes diagnósticos aludidos, admitiendo que otras medidas no serán efectivas, debiendo la misma estar sujeta al principio de brevedad, excepcionalidad y respeto a la condición peculiar del menor (art. 191 de la Ley 6354). (Expte. 238. Juzgado Penal de Menores de San Martín, Mza. 15/09/2000).

6) Protección del menor.

Existe un ámbito natural y jurídico del estado de minoridad. Desde la Constitución Nacional, la persona es destinataria de los derechos y deberes reconocidos por ella, entre los cuales, el menor tiene un derecho propio a la protección (por su situación bio-psicológica). En virtud de ésta, el menor está inmerso en una representación necesaria y legal dentro de los límites del interés superior, que siempre lo acompaña y está legalmente reconocido (art. 3 de la Convención Nacional de los Derechos del Niño, Ley 23.849), y también en la normativa internacional. Así expresa el art. 5 del punto 1 de las Reglas de Beijing: el sistema de Justicia de Menores hará hincapié en el bienestar de ellos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito. (Expte. 283, Juzgado Penal De Menores de San Martín, Mza., 15/09/2000).

7) Conflicto con la Ley

Si bien el menor es el sujeto central, está inserto en una sociedad organizada por la cual a la par de sus derechos, tiene deberes. Así el art. 2.3 de las Reglas de Beijing que dispone: "...a) responder... y proteger sus derechos básicos, b) satisfacer las necesidades de la sociedad." En los casos en que el menor entra en conflicto con la ley, no respeta esos derechos, por lo que la representación aludida debe ser suspendida, porque el propio interés del menor (de su formación) se ve afectado, siempre es necesario entrar subsidiariamente en el ejercicio de la misma, en aras de su protección integral (art. 2 de la Ley 22.278, reformada por la Ley 20.803). (Expte. 238, Juzgado Penal De Menores de San Martín, Mza., 15/09/2000).

8) Evolución Negativa

"El menor durante su reintegro se vio involucrado en un presunto hecho delictivo, todo lo cual denota una evolución negativa en su comportamiento...". En el caso ordenó su internación, encontrándose reintegrado, a un juzgado de instrucción. (Expte. 31, p/ robo agravado; Tribunal Penal de Menores de Mendoza, Mza., 13/06/2001).

Notas:

[1] Uno de los principales fundadores de la Escuela Positiva.

[2] GAROFALO, Raffaele, "Di un criterio positivo della penalità", Nápoles, 1880 y "La Criminología", parte 2ª, cap. Iº, Trad. de Dorado Moreto, pág. 405. Ob. citada por SEBASTIÁN SOLER, en "Exposición y Crítica de la Teoría del Estado Peligroso", Ed. Valerio Abeledo, Bs. As., Argentina, 1929, págs. 16.

[3] GRISPIGNI, Filippo, "La Pericolosità Criminale e il valore sintomatico del reato" en "Scuola Positiva", 1920, pág. 98. Ob. citada por SEBASTIÁN SOLER, en "Exposición y Crítica de la Teoría del Estado Peligroso", Ed. Valerio Abeledo, Bs. As., Argentina, 1929, págs. 11.

[4] SABATTINI, Giuglielmo, "La Pericolosità -Nuovo criterio per il trattamento repressivo e preventivo", en "Scuola Positiva", 1921, págs. 253 y sigs. Ob. citada por SEBASTIÁN SOLER, en "Exposición y Crítica de la Teoría del Estado Peligroso", Ed. Valerio Abeledo, Bs. As., Argentina, 1929, págs. 15.

[5] SEBASTIÁN SOLER, en "Exposición y Crítica de la Teoría del Estado Peligroso", Ed. Valerio Abeledo, Bs. As., Argentina, 1929, págs.17.

- [6] FERRI, Enrique, "Principios de Derecho Criminal", Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, Ed. Reus, Primera Edición, Madrid, España, 1933, pág. 269.
- [7] FERRI, Enrique, Ob. Cit., pág. 272.
- [8] VIDAL, Humberto S., "Derecho Penal Argentino. Parte General", pág. 494.
- [9] Consagrado este sistema, por ejemplo, en los arts. 104 y 99 del Código Penal español para los semiimputables.
- [10] TERRAGNI, Marco Antonio; Estudios sobre la parte general del derecho penal, Santa Fe, U.N.L., 2000, pág. 80.
- [11] TERRAGNI, Marco Antonio; Muerte...ob. cit., pág. 174/175.
- [12] Cfr.: D'ANTONIO, Daniel Hugo; El menor ante el delito. Incapacidad penal del menor. Régimen jurídico, prevención y tratamiento, Buenos Aires, Astrea, 2ª edición, 1992, págs. 106 y ss.; NÚÑEZ, Ricardo C.; Manual de Derecho Penal. Parte General, Buenos Aires, Lerner, 4ª edición, 1999, págs.337 a 339.
- [13] TERRAGNI, Marco Antonio, "Estupefacientes. Nuevo régimen legal", Ed. Rubinzal-Culzoni S.C.C., Santa Fe, Argentina, 1989, págs. 237/252.
- [14] Autores citados por LASCANO, Carlos J. (h), en: "Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio", Ed. Advocatus, Córdoba, 2002, págs. 782/783.
- [15] El art. 102 del Código de Baviera, citado por Tejedor, decía: "En los jóvenes menores de 16 años, las lesiones jurídicas que obedezcan sólo a negligencia, se dejarán a la corrección doméstica, aunque, según las circunstancias, bajo orden y vigilancia de la autoridad".
- [16] MORENO, Rodolfo (h), loc. cit., pág. 343.
- [17] Se trata de una facultad del Juez interviniente en la causa la de disponer la internación, no de una medida obligatoria.
- [18] La "Semi-imputabilidad" es una imputabilidad disminuida, aunque no todos los autores la admiten. Quines lo hacen, consideran que el sujeto aparece como portador de presupuestos biopsicológicos que, si bien no alcanzan al grado necesario como para excluir totalmente la libertad de motivación, sí poseen entidad como para producir una merma importante en la capacidad de culpabilidad. Ej: "indígena cuya incapacidad derive de su inadaptación al medio cultural boliviano y de su falta de instrucción" (Art. 18, C.P. Boliviano de 1973). En cambio, quienes rechazan la "semi-imputabilidad" por ser un supuesto inconcebible, estiman que es tan absurdo como afirmar que una mujer está un poco embarazada, o que un hombre es semidiabético o medio canceroso. (BAIGÚN, David; ZAFFARONI,

Eugenio R.; TERRAGNI, Marco A. Y OTROS, “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Ed. Hammurabi, Bs. As., Arg., 1997, págs. 506/507).

[19] De este modo, la legislación española en el capítulo destinado a la: “aplicación de las medidas de seguridad” (Cap. II, T. IV, Libro I), distingue a aquellas que resultan privativas de la libertad del sujeto, y las que no lo son. En el primer caso prevé: “Art. 101. 1. Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1º del artículo 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educacional 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...”

Mientras que para el caso de las medidas no privativas de la libertad, el C. P. Español estipula: “Art. 105. En los casos previstos en los artículos 101 a 104, el Juez o Tribunal podrá acordar razonablemente, desde un principio o durante la ejecución de la sentencia, la imposición de la observancia de una o varias de las siguientes medidas: 1. Por un tiempo no superior a cinco años: a) Sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario, b) Obligación de residir en un lugar determinado, c) Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe. En este caso, el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan, d) Prohibición de acudir a determinados lugares o visitar establecimientos de bebidas alcohólicas, e) Custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado, f) Sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares./ 2. Por un tiempo de hasta diez años: a) La privación de la licencia o del permiso de armas, b) La privación del derecho a la conducción de vehículos a motor y ciclomotores. / El Juez de Vigilancia Penitenciaria o los servicios correspondientes del Ministerio de Justicia e Interior o de la Administración Autónoma informará al Juez o Tribunal sentenciador sobre el cumplimiento de estas medidas.”

[20] LASCANO, Carlos J. (h) y Otros, “Derecho Penal – Parte General- Libro de Estudio”, Ed. Advocatus, Córdoba, Arg., 2002, pág. 791, nota al pie.

[21] Elaborado por la COMISIÓN DE REFORMAS PUNTUALES AL CODIGO PENAL, la cual fuera creada mediante Resolución N° 420 del Ministerio de Justicia de la Nación, de fecha 10 de diciembre de 1997.

[22] BERNARDI, Humberto P. J. y PESSAGNO, Rodolfo G., “Temas de Penología y de Ciencia Penitenciaria”, Ed. Perrot, Bs. As., Arg., 1952, pág. 213.

[23] Idem Ut supra.

[24] Fallo citado en: BAIGÚN, David; ZAFFARONI, Eugenio R.; TERRAGNI, Marco A. Y OTROS, “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Ed. Hammurabi, Bs. As., Arg., 1997, pág. 524.

[25] Ídem anterior.

[26] Por MATIAS BAILONE.

[27] En opinión de Chiara Díaz , “El Derecho”, pág. 191.

[28] Conf. “Análisis de algunos rasgos más salientes del régimen penal de menores”, Ley 22.278; Tortul, Dardo – pág. 79 – Revista Minoridad y Familia, Delta Editora.

[29] De la conferencia del autor en el Centro de Exposiciones de la ciudad de Mza., los días 5,6 y 7 de junio del 2000.

[30] Cfr.: “ Ley Natural y Derecho Natural ”; Finnis, John; pág. 292; Ed. Abeledo-Perrot; año 2000.