

1	1
2	2
3	3
4	4
5	5
6	6
7	7
8	8
9	9
10	10
11	11
12	12
13	13
14	14
15	15
16	16
17	17
18	18
19	19
20	20
21	21
22	22
23	23
24	24
25	25
26	26
27	27
28	28
29	29
30	30
31	31
32	32
33	33
34	34
35	35
36	36
37	37
38	38
39	39
40	40
41	41
42	42
43	43
44	44
45	45
46	46
47	47
48	48
49	49
50	50
51	51
52	52
53	53
54	54
55	55
56	56
57	57
58	58
59	59
60	60
61	61
62	62
63	63
64	64
65	65
66	66
67	67
68	68
69	69
70	70
71	71
72	72
73	73
74	74
75	75
76	76
77	77
78	78
79	79
80	80
81	81
82	82
83	83
84	84
85	85
86	86
87	87
88	88
89	89
90	90
91	91
92	92
93	93
94	94
95	95
96	96
97	97
98	98
99	99
100	100

Capítulo I

Problemas generales de un sistema penal de «medidas»

OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

El derecho penal argentino vigente, en relativa consonancia con otros derechos positivos, prevé como formas de reacción frente al delito las penas y las llamadas “medidas curativas o de seguridad”. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con respecto a las penas —cuya imposición queda sujeta a estrictos presupuestos delimitados en el Código Penal—, el ordenamiento de tales medidas apenas si ha merecido la atención del legislador. Así, en el art. 34, inc. 1º del Cód. Penal, el ordenamiento penal se limita a señalar que: “[E]n caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del Ministerio Público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las 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 (...)”, sin otras precisiones en cuanto a los límites y presupuestos para el ordenamiento de la internación.

Se trata, sin embargo, de medidas privativas de la libertad que provocan una intensa injerencia sobre los derechos individuales. La ausencia de una reglamentación legal más diferenciada tampoco ha ocupado demasiado a la doctrina, no sólo con respecto a la configuración positiva concreta de tales medidas, sino también con relación a la elaboración de construcciones teóricas que apoyen la legitimación

de intervenir sobre la persona con el objeto de evitar “que se dañe a sí mismo o a los demás”.

Por contraposición, la fundamentación y justificación de la pena ha ocupado a filósofos, teólogos y pedagogos desde la antigüedad, y si se atiende a las características de las medidas, la indiferencia por este tema no se explica por sí misma. En efecto, existen razones históricas y sistemáticas que permiten explicar este “retraso” en la evolución teórica de las “medidas”¹. En sus orígenes, la dogmática del hecho punible fue desarrollándose por siglos con la vista puesta únicamente en los presupuestos para la aplicación de penas vinculadas a la reprochabilidad del autor; las medidas, en cambio, sólo aparecen como un problema específico del derecho penal en tiempos relativamente recientes. De allí que se eche de menos la presencia de una “parte general del derecho de medidas”, equiparable a la del derecho penal en sentido estricto².

El otro aspecto que influye en la ausencia de un tratamiento sistemático de los problemas jurídicos que plantean las medidas se vincula con ciertas características propias de la materia. La imposición de penas constituye la regla dentro del derecho penal, y su fundamento se relaciona, principalmente, con la gravedad del ilícito culpablemente cometido. Éste puede ser definido, en cuanto a sus elementos básicos, como objetivo, y en su valoración, las características personales del autor aparecen, cuando lo hacen, en un segundo plano. Las medidas, en cambio, sólo entran en consideración en forma excepcional, y los presupuestos para su ordenamiento son totalmente diferentes: ellas dependen casi por completo de condiciones personales del afectado, mucho más difíciles de ser captadas en normas generales³. A ello se suma la orientación exclusivamente preventiva de las medidas, que reemplaza la tradicional perspectiva retrospectiva del derecho penal, como reacción *ex post* frente al delito cometi-

¹ Stratenwerth, Günter, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil II*, Stämpfli, Bern, 2006, observación previa al § 8.

² Así, Stratenwerth, *AT II*, *loc. cit.*; *idem*, Hanack, Ernst Walter, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 10.ª ed., de Gruyter, Berlin, 1985, comentario previo al § 61, n.ºm. 36.

³ En sentido similar, Stratenwerth, *AT II*, *op. cit.*, previo al § 8.

do por un punto de vista dirigido a la evitación concreta de *hechos delictivos futuros*.

Sin embargo, a pesar de las dificultades sistemáticas que puedan invocarse, es indudable que la imposición de medidas presupone la existencia de argumentos normativos que apoyen la legitimidad de la intervención, y que ésta ha de estar sujeta a *reglas*. En particular, aquellas medidas que suponen la privación de libertad del afectado deben ser sometidas a un riguroso control, tanto en relación con los límites constitucionales para su imposición, como en punto a los presupuestos para su aplicación concreta.

Desde esta perspectiva, el objeto principal de esta investigación consiste en examinar los principios generales bajo los cuales es posible admitir dentro del derecho penal —o, en su caso, fuera de él— medidas restrictivas de la libertad con un fundamento exclusivamente preventivo, y con prescindencia del principio de culpabilidad.

— § 2 —

EL SISTEMA DE DOBLE VÍA: SENTIDO Y FUNCIÓN DE LAS MEDIDAS DENTRO DEL DERECHO PENAL

Desde el punto de vista conceptual, un derecho penal puede ser calificado como “sistema de doble vía” cuando en él se prevén tanto penas como medidas, y en principio, penas como forma de reacción frente a los delitos cometidos por sujetos imputables, y medidas curativas o de seguridad, para los delitos (en sentido amplio) cometidos por inimputables. La expresión también suele ser utilizada como contraposición a los sistemas de “vía única”, con la que se caracteriza a aquellos sistemas jurídicos en los que el sistema penal como tal sólo prevé “penas” en sentido estricto, y el tratamiento de los autores inimputables es desplazado a otras ramas del derecho.

En este sentido, se trata de una expresión algo ambigua, que verdaderamente adquiere importancia cuando se la utiliza para sintetizar el problema teórico que plantea la aplicación de “medidas” a *sujetos responsables*, sea exclusivamente, en reemplazo de la pena (como ocurre, por ejemplo, en las medidas previstas por la ley 23.737, “de estupefacientes”), sea simultáneamente con la aplicación de una pena (como en el caso de la reclusión por tiempo indeterminado, arts.

52 y 80, Cód. Penal). Éste es el verdadero trasfondo del desarrollo de la historia del sistema de doble vía, que se dirige a permitirle al Estado reaccionar *por fuera* del principio de culpabilidad, y combatir los dos aspectos que se manifiestan en el delito, la culpabilidad mediante la pena, y la peligrosidad del autor mediante las medidas⁴.

A diferencia de lo que ocurre respecto de la pena, existe coincidencia en cuanto a la función y naturaleza de las medidas. Su finalidad es exclusivamente de prevención especial, y ellas se dirigen a reintegrar al autor en la sociedad en la forma más eficaz posible y a proteger a la generalidad frente a probables futuras lesiones de bienes jurídicos por parte del afectado, sin pretender formular juicio ético-social alguno con relación al hecho que las motiva⁵. Su objetivo se limita a ejercer influencia preventivo-especial sobre la peligrosidad social del autor, sea por medio del mejoramiento, por la curación o por el aseguramiento, y ocasionalmente, por medio de la intimidación individual⁶.

Desde este punto de vista, según la finalidad que persiguen, se suele distinguir dos clases de medidas: las curativas o de corrección y "mejoramiento", y las de seguridad. Las primeras se orientan a eliminar las causas de la peligrosidad, mientras que las de seguridad se limitan a proteger a la sociedad frente al autor.

La distinción entre unas y otras adquiere particular significación en la discusión acerca de la legitimación constitucional de la injerencia. Desde una perspectiva estrictamente preventivista, aquellas medidas que se concentran en el *aseguramiento* son mucho más sencillas de implementar, y resultan, a corto plazo, más efectivas. Las medidas de corrección, en cambio, prometen resultados sólo con mayores esfuerzos y no ofrecen ninguna certeza de llegar a alcanzar el objetivo declarado. Sin embargo, como contrapartida, las medidas que se orientan exclusivamente por el criterio de la seguridad son mucho más difíciles de justificar a la luz del deber de respeto por la dignidad

⁴ Marquardt, Helmut, *Dogmatische und kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Maßregeln*, Duncker & Humblot, Berlin, 1972, p. 30.

⁵ Similar, Marquardt, *op. cit.*, p. 29.

⁶ Kaiser, Günther, *Befinden sich die kriminalrechtlichen Maßregeln in der Krise?*, Müller, Heidelberg, 1990, p. 5.

del hombre, mientras que aquellas que pueden invocar una función "tuitiva" incorporan un elemento decisivo, no sólo para su legitimación jurídica en sentido estricto⁷, sino también como el argumento corriente o "vulgar" que sostiene su necesidad en todo ordenamiento jurídico, sea dentro o fuera del derecho penal.

En el cumplimiento de su función, las "medidas" se dirigen al grupo de autores respecto de los cuales la pena no puede satisfacer suficientemente la función preventiva, sea porque la pena adecuada a la culpabilidad no basta para evitar la reincidencia del autor, sea porque una pena directamente no entra en consideración, como en el caso de los inimputables "peligrosos para terceros". En tanto las medidas no se orientan a expresar un juicio de disvalor acerca del autor y su hecho, ellas carecen de vinculación con la culpabilidad; su punto de referencia es únicamente la peligrosidad futura, puesta de manifiesto en el hecho, y es ella la que constituye su fundamento y la que habrá de determinar su necesidad y su duración⁸. El hecho como tal no es el que desencadena su imposición, sino que sólo sirve como punto de referencia para formular el juicio de proporcionalidad⁹, y, de este modo, limita su ámbito de aplicación, al mismo tiempo que adquiere valor como fuente de conocimiento y como síntoma acerca del grado de peligrosidad del autor¹⁰. De esta manera, las medidas, en rigor, no son una "consecuencia jurídica" del delito en un sentido análogo al de la pena, sino, antes bien, una respuesta de tipo administrativo o de seguridad pública.

— § 3 —

EL DESARROLLO DE UN CONCEPTO DE «DOBLE VÍA» EN DERECHO PENAL

A partir de lo dicho, la expresión "doble vía" hace referencia a la coexistencia de una forma de reacción penal fundada en la culpabili-

⁷ Véase *infra*, Cap. III.

⁸ Marquardt, *op. cit.*, p. 29.

⁹ Véase *infra*, Cap. IV.

¹⁰ Marquardt, *op. cit.*, p. 29.

dad con formas de reacción jurídicas fundadas en la peligrosidad y por fuera de los límites de la culpabilidad. En efecto, la necesidad de una segunda vía fue surgiendo como consecuencia de diferentes factores, pero el más importante posiblemente haya sido el completo desarrollo del principio de culpabilidad. El punto de partida teórico de la doble vía se relaciona con los límites impuestos por la culpabilidad: la pena, referida al hecho y al pasado, depende del "sí o no" y del "cuánto" de la reprochabilidad del autor. La culpabilidad constituye el fundamento jurídico de la pena, la que no puede exceder aquélla. Pero si la pena ha de orientarse exclusivamente a la culpabilidad del autor, las necesidades preventivas que vayan más allá de ella quedan insatisfechas. Desde ese punto de vista, la pena aparece como una herramienta insuficiente para satisfacer las necesidades de protección de la generalidad, en tanto el autor continúe siendo "peligroso" luego de la ejecución¹¹, como ocurre en los supuestos de aplicación de la reclusión por tiempo indeterminado, o bien, en caso de renuncia a la pena por ausencia de reprochabilidad, como sucede respecto de los inimputables.

Como consecuencia, aparece la necesidad de la creación de algún instrumento jurídico que se dirija primariamente a la evitación de la reincidencia, y que no esté alcanzado por los límites del principio de culpabilidad: las medidas curativas y de seguridad, como vía alternativa o segunda vía del derecho penal.

Siguiendo este concepto, la introducción de un sistema de medidas se dirige prioritariamente a la complementación y efectivización de la prevención de delitos. Las medidas orientadas al futuro tienen por función llenar los vacíos preventivos que deja la pena referida al pasado, frente a las necesidades de protección de la generalidad.

En el desarrollo teórico de las medidas en el ámbito del derecho alemán, el primer trabajo sistemático sobre el tema es probablemente la obra de Exner, de 1914¹². Según este autor, la idea fundamental de todo derecho se centra en asegurar las condiciones de vida de la sociedad, una idea que ya estaba presente en von Jhering.

¹¹ Müller-Dietz, Heinz, *Grundfragen des Sanktionensystems*, Decker, Heidelberg, 1979, pp. 52 y ss.

¹² Exner, Franz, *Die Theorie der Sicherungsmittel*, Guttentag, Berlin, 1914.

Dentro del derecho, cuando se habla de derecho penal, se está indicando también cuáles son los daños específicos que se intenta prevenir, a través de una actividad estatal específica: los daños provenientes de delitos. Según Exner, en la persecución de sus objetivos, el derecho penal reconoce dos instrumentos de protección de bienes: los penales y los de aseguramiento. Esto se debe a que la pena sola no basta para cumplir los fines de la política criminal, pues las medidas nacen fundamentalmente a partir de las necesidades planteadas a la política criminal por el derecho penal tradicional, que no había tenido éxito en la llamada "lucha contra el delito", en particular, en contra de la reincidencia¹³.

Sin embargo, la percepción de necesidades preventivas insatisfechas no puede ser atribuida exclusivamente al "límite" que significó el desarrollo del principio de culpabilidad en sentido estricto, sino que ella se debió, en idéntico grado, a la renuncia a penas excesivas.

— § 4 —

ACERCA DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS MEDIDAS

Las medidas de derecho penal pueden ser consideradas instrumentos orientados a la prevención especial que están al servicio de evitar el delito, sin que su imposición esté destinada a poner de manifiesto un juicio de valor sobre el afectado. La noción de las medidas con este contenido tiene su origen, posiblemente, en Franz von Liszt, aun cuando la idea de prevención especial en derecho penal fuera mucho más antigua. Fue von Liszt el primero que expresó con claridad que si se pretende una prevención especial efectiva, la medida de la pena debe ser graduada no por el hecho individual sino por las características de la personalidad del autor, y en este caso aparece la idea de la peligrosidad como fundamento de la injerencia penal, una noción que habrá de rendir sus frutos en el desarrollo del sistema "moderno"

¹³ Albrecht, Peter, *Die allgemeinen Voraussetzungen zur Anordnung freiheitsentziehender Massnahmen gegenüber erwachsenen Delinquenten*, Helbling und Lichtenhahn, Basel, Frankfurt, 1981, p. 4.

de medidas de la mano de Stooss¹⁴, a quien se le atribuye haber encontrado en las medidas de seguridad del Anteproyecto de Código Penal suizo de 1893 la solución de compromiso al debate planteado en la llamada "Lucha de Escuelas".

Así, si bien la denominación y sistematización de las llamadas "medidas de seguridad" se retrotrae a poco más de cien años, la idea y la configuración de las medidas tienen una larga historia. Su origen ha sido caracterizado como "innoble"¹⁵, fundamentalmente, por su vinculación con el derecho preventivo policial¹⁶, y este origen plebeyo aún se percibe hoy en día.

En efecto, no se puede desconocer el origen policial del sistema de medidas. Desde el punto de vista del derecho administrativo y de la praxis del derecho público, el preservar la seguridad pública, y en ese marco, prevenir frente a la posible comisión de delitos, aparece como una función esencialmente policial¹⁷. Tradicionalmente, esta función de prevención policial era asumida por los órganos de seguridad del Estado, pero paulatinamente fue siendo atribuida a la administración de justicia, y en particular, a la justicia penal, a medida que la relación entre derecho penal y seguridad se fue haciendo cada vez más acentuada. Con relación a esta evolución, se ha señalado, con razón, que "quien tenga objeciones en contra de la asunción por parte del derecho penal de estas funciones preventivas pone en cuestión todo el desarrollo del derecho penal de los últimos tiempos"¹⁸.

Desde el punto de vista histórico, las penas indeterminadas, que cumplían a la vez la función de represión y la de "aseguramiento" que actualmente se asigna a las medidas, fueron eliminadas bajo la influencia de las ideas del liberalismo, que planteó, en este punto en

¹⁴ Acerca de la capacidad de rendimiento de las ideas de v. Liszt con relación a la pena al ser aplicadas a la noción de "medidas", cfr. Frisch, Wolfgang, *Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem*, "ZStW", 102 (1990), pp. 343 y ss., esp. pp. 345 y s.

¹⁵ Flandrak, Fritz, *Die persönlichen Sicherungsmittel im Strafrecht und im Strafverfahren*, Manz, Wien, 1932, p. 1.

¹⁶ Kaiser, *Befinden sich die kriminalrechtlichen ...*, op. cit., p. 47.

¹⁷ Müller-Dietz, *Grundfragen ...*, op. cit., p. 70.

¹⁸ Müller-Dietz, *Grundfragen ...*, op. cit., p. 71.

particular, la exigencia de penas determinadas y previsibles para el ciudadano. El rechazo manifestado bajo esta influencia con relación a que el Estado emprenda intervenciones educativas que avancen sobre la esfera de la personalidad del individuo llevó a una restricción de las medidas de prevención especial¹⁹. Sin embargo, esto no debe hacer creer que el liberalismo renunció a la idea de seguridad. En verdad, la propuesta se limitó al derecho penal, y las funciones de prevención y aseguramiento fueron desplazadas al ámbito de la administración. La idea de prevención especial como un problema de derecho penal recobra su significación, principalmente, con el desarrollo de las ideas de von Liszt en contra de la retribución²⁰.

Según se ha señalado, en la evolución histórica de las medidas, por lo menos ya desde los siglos XIII y XIV se comenzó a combatir en Alemania en forma sistemática a los vagabundos, mendigos y malvivientes, y a las bandas de delincuentes "profesionales". Las medidas de esa época se caracterizaban por no diferenciarse de las penas; la decisión acerca de su imposición no estaba en manos de un órgano determinado, y el procedimiento de aseguramiento se desarrollaba en forma sumaria y sin ninguna garantía para la protección de la personalidad. Sin más ni más, se procedía a la destrucción física de los "peligrosos", siguiendo la idea de que "ladrón colgado no volverá a robar"²¹.

En el paso del siglo XVIII al XIX, se comenzó a dar importancia a la cuestión de la relación entre penas y medidas; se empezó a distinguir entre ambas, y las medidas perdieron su carácter penal. A partir de fuertes movimientos en favor de la idea de seguridad, la prevención de delitos, que hasta el momento se había venido llevando adelante en forma desordenada, se comienza a insertar en el marco de un procedimiento jurídicamente reglado, a fin de librarlo de la arbitrariedad que lo había caracterizado hasta ese momento. En esta evolución, los avances de la Ilustración y la noción de división de po-

¹⁹ Müller, Bernd, *Anordnung und Aussetzung freiheitsentziehender Maßregeln der Besserung und Sicherung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1981, p. 26.

²⁰ Müller, op. cit., p. 26.

²¹ Véase referencia en Henkel, Heinrich, *Das Sicherungsverfahren gegen Gemeingefährliche*, "ZStW", 57 (1938), pp. 703 y ss.

deres jugaron un papel decisivo. A medida que iba avanzando la idea de separación entre la Administración y el Poder Judicial, comenzó a adquirir importancia la cuestión relativa a la competencia respecto de las medidas de seguridad²².

Según Henkel, el desarrollo de las medidas de seguridad guarda relación con las penas de sospecha del derecho común, dentro de cuyas prácticas jurídicas solía imponerse una "pena extraordinaria" en los casos en los que había fracasado la prueba formal del delito, si bien en el curso del proceso el tribunal había llegado a la opinión de que, de todos modos, resultaba conveniente protegerse del imputado. Estas penas extraordinarias, avaladas por la autoridad de Carpzovio, no estaban concebidas como auténticas penas, sino que constituían *penas de aseguramiento*. Esta solución del problema, ya en ese momento, no estuvo exenta de críticas. En contra de ella, Klein argumentaba que la pena de sospecha "era muy suave frente a los culpables, y absolutamente injusta frente a los inocentes", y sobre esa base, proponía su reemplazo por medidas de aseguramiento que no tuvieran carácter de pena. De este modo, fue, según Henkel, el primero que propuso la solución de la "doble vía"²³.

En el marco de este desarrollo, Kleinschrod²⁴ fue el primero en plantear con claridad la cuestión desde un punto de vista teórico, señalando que la medida no se vincula con la culpabilidad, sino con la peligrosidad de la persona. Pero a medida que fueron adquiriendo fuerza las corrientes individualistas del liberalismo, la idea de seguridad fue quedando desplazada. Así, Feuerbach, si bien se vio obligado en la discusión a reconocer la necesidad de esta idea, la mantenía fuera del derecho penal²⁵. Como consecuencia, la noción de seguridad desapareció por décadas del derecho penal, hasta volver a esce-

²² Henkel, en "ZStW", 57 (1938), p. 710.

²³ En Klein, E. F., *Kürze Übersicht meiner Theorie über die sogenannten außerordentlichen Strafen*, en *Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den preussischen Staaten*, t. 21, pp. 291 y ss.; cf. Henkel, en "ZStW", 57 (1938), p. 712.

²⁴ Kleinschrod, Gallus A. K., *Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung*, 2.ª parte, 3.ª ed., 1805, reimpresión, Keip, Frankfurt, 1985, p. 165.

²⁵ Henkel, en "ZStW", 57 (1938), p. 728.

na a fines del siglo XIX y principios del siguiente, pero, en el ínterin, cobró impulso en la esfera del derecho administrativo²⁶.

La prevención especial vuelve a la escena sobre todo a partir de la discusión planteada por von Liszt, quien propone la idea de una "pena adecuada a la finalidad" de prevención especial. Esta propuesta fue rechazada por los autores clásicos, para quienes la función de "seguridad" debía mantenerse separada de la pena, y se oponían a la confusión entre ambos conceptos. Desde el punto de vista de los clásicos, formados en la idea de retribución y de prevención general, la seguridad es ante todo una cuestión policial y administrativa. Entre la evitación de perturbaciones procedentes de la naturaleza o de un inimputable, o, incluso, frente a los peligros de perturbaciones jurídicas procedentes de una persona culpable que ha cometido delitos con anterioridad, no existe ninguna diferencia esencial. Esta distinción neta entre derecho penal y prevención es la que va a constituir la base del sistema clásico de doble vía²⁷, cuya introducción fue el resultado de intentar encontrar un camino intermedio entre los "clásicos" y los "modernos", y de tratar de tomar lo mejor de ambos, a medida que los clásicos comenzaron a reconocer y a advertir la importancia de la prevención especial²⁸.

— § 5 —

LOS RIESGOS DE LA «DOBLE VÍA»

Es difícil poner en duda el hecho de que si una comunidad pretende asegurar una convivencia ordenada, no se puede conformar con el castigo represivo de las lesiones jurídicas, sino que debe adoptar medidas para la evitación de delitos futuros. Desde este punto de vista, no se discute seriamente la necesidad de medidas preventivas de peligros, que se explica a partir de la necesidad de seguridad de la comunidad, sino que la discusión se centra en la posibilidad de una determinación plausible de sus presupuestos, así como en la aptitud del

²⁶ Henkel, en "ZStW", 57 (1938), p. 731.

²⁷ Henkel, en "ZStW", 57 (1938), p. 742.

²⁸ Flandrak, *op. cit.*, p. 3.

principio de proporcionalidad para constituir un límite eficiente para la imposición de tales medidas.

En el contexto de esta necesidad, la existencia de las medidas puede ser relacionada con la insuficiencia de la pena para satisfacer acabadamente las dos funciones que se atribuyen al derecho penal: la prevención general y la prevención especial; de allí que se plantee el problema como la necesidad de complementar la pena adecuada a la culpabilidad con instrumentos orientados a la resocialización, o bien, directamente, al aseguramiento. Con relación a esto, ya Exner veía el principal acierto de las teorías de la unión en la percepción del problema de política criminal²⁹ que deriva de esta “doble” necesidad. Un sistema penal que está preponderantemente orientado a la prevención general —dice Exner— aún no satisface la necesidad de protección de la sociedad, y requiere necesariamente ser complementado por un sistema de prevención especial: ni la prevención general ni la especial pueden satisfacer las necesidades estatales de protección por sí solas. La pena apunta a elevar el respeto por los bienes e intereses del individuo, a debilitar la tendencia a conductas contrarias a la prohibición por parte de la generalidad y a contrarrestar los motivos para la ejecución de un delito. Pero no es suficiente con intimidar a la generalidad, además se debe atender a la situación del individuo, a fin de hacer desaparecer su “peligrosidad”: se necesita de la prevención especial³⁰.

En este esquema, las medidas curativas y de seguridad personales aparecen como medidas de coacción estatal que se imponen a una persona a fin de evitar posibles acciones delictivas por parte de esa persona³¹. Pero si de lo que se trata es de aseguramiento, es asegurable todo aquel que necesite ser asegurado, según los intereses de la sociedad³²; una noción que carece de todo límite y que exige la formulación de un fundamento de legitimación que vaya más allá de la pura utilidad de la injerencia. En efecto, no se trata sólo de ser consecuentes con

²⁹ Así, señalaba: “la teoría de la unión no es correcta como teoría de la pena, pero sí lo es como teoría de la política criminal” (Exner, *op. cit.*, p. 44).

³⁰ Exner, *op. cit.*, pp. 43 y ss.

³¹ Exner, *op. cit.*, p. 50.

³² Exner, *op. cit.*, p. 51.

la idea de “protección de la sociedad”. Dicha protección sólo es posible en la medida en que sea compatible con la idea de libertad, y no hace en modo alguno a la idea de “seguridad” el llevarla hasta el punto de la aniquilación de las libertades individuales³³.

La seguridad es percibida como una condición básica para una vida social ordenada; de allí que la posibilidad de defenderla frente a aquellos que son considerados una “amenaza” pueda ser presentada como un derecho básico de la sociedad³⁴. Sin embargo, sólo a partir de la perspectiva de la teoría de la libertad se puede contrarrestar un sistema dirigido a la prevención. En un puro sistema de seguridad el individuo no vale nada³⁵. Por lo demás, quien quiere asegurar o proteger, se convierte en parte³⁶, pierde parcialmente su ecuanimidad. En ese marco, la función tradicionalmente asignada en derecho penal al principio de culpabilidad es la de contrarrestar los afanes preventivos de la sociedad. Ahora bien, si a pesar del reconocimiento indiscutido de este principio, se admite que, de todos modos, son posibles injerencias estatales como reacción a un delito por “fuera” de la culpabilidad, bajo el rótulo de “medidas”, la pregunta que cabe plantearse es si éstas verdaderamente se diferencian de las penas, si existe un fundamento legítimo para eludir los límites que impone el principio mencionado y, en su caso, si las alternativas a la intervención del derecho penal (esto es, dentro de un esquema de “vía única”) son preferibles y realizables.

³³ Exner, *op. cit.*, p. 116.

³⁴ Así lo formulaba, por ejemplo, Luis Jiménez de Asúa: “A todas las inteligencias resulta claro el absurdo de poner en libertad a quien ha cumplido la corta condena proporcional a su pequeño delito, y que ha de continuar en las mismas puertas de la prisión la historia criminal a que le impulsan sus hábitos y tendencias” (*La ley y el delito*, 4.ª ed., Hermes, Buenos Aires, 1963, pp. 541 y s.).

³⁵ Nagler, Johannes, *Verbrechensprophylaxe und Strafrecht*, Engelmann, Leipzig, 1911, pp. 7 y ss.

³⁶ Nagler, *op. cit.*, p. 106.

El artículo 17 de la Constitución establece que "nadie puede ser privado de su libertad personal, sino porque la ley lo autoriza, de acuerdo con el procedimiento legal correspondiente, y dentro de los límites que la ley misma establece". Este artículo es fundamental para entender el alcance de las medidas de seguridad y su distinción con las penas. La ley debe ser clara y precisa en sus disposiciones, y el procedimiento legal debe ser respetado en todo momento.

En el ámbito de la medicina, la distinción entre penas y medidas es crucial. Las penas son sanciones impuestas por el sistema judicial a los infractores de la ley, mientras que las medidas de seguridad son acciones preventivas o correctivas impuestas por el sistema de salud mental para proteger a la sociedad y al individuo. Ambas deben estar fundamentadas en la ley y aplicarse de acuerdo con el procedimiento legal correspondiente.

1. Véase, por ejemplo, el artículo 17 de la Constitución Nacional de la Argentina, que establece los límites de la libertad personal y el procedimiento legal correspondiente.

La distinción jurídica entre penas y medidas de seguridad es un tema de gran relevancia en el derecho penal y la medicina legal. Mientras que las penas buscan castigar y disuadir, las medidas de seguridad buscan prevenir y tratar. La ley debe establecer claramente los criterios para la aplicación de cada una de ellas, garantizando así el debido proceso y la protección de los derechos fundamentales.

LA PENALIDAD DE LA LEY Y LA MEDICINA LEGAL

El artículo 17 de la Constitución establece que "nadie puede ser privado de su libertad personal, sino porque la ley lo autoriza, de acuerdo con el procedimiento legal correspondiente, y dentro de los límites que la ley misma establece". Este artículo es fundamental para entender el alcance de las medidas de seguridad y su distinción con las penas. La ley debe ser clara y precisa en sus disposiciones, y el procedimiento legal debe ser respetado en todo momento.

Capítulo II La distinción jurídica entre penas y medidas

LOS FINES DE LA PENA Y LAS DIFICULTADES PARA DISTINGUIR ENTRE PENAS Y MEDIDAS

El reconocimiento del principio de culpabilidad en el derecho penal impone al Estado la limitación de aplicar una "pena" sólo respecto de aquellos autores que, según la formulación tradicional, "hayan podido motivarse conforme a la norma" y actuar de acuerdo con esta motivación. De este modo, desaparece la posibilidad de *reprochar* a aquellos sujetos que hayan cometido un hecho ilícito, pero sin estar en condiciones físicas o psíquicas de motivarse jurídicamente. Respecto de estos casos, el hecho cometido, aun cuando su autor no pueda ser responsabilizado por él, de todos modos, puede generar una reacción por parte del derecho, en tanto ponga de manifiesto la posibilidad de que hechos similares se repitan: el hecho refleja la peligrosidad del autor. Bajo ciertas condiciones, el peligro de reiteración autoriza una injerencia estatal preventiva, que, en el caso del derecho argentino, es asumida por el derecho penal, a través de las "medidas", previstas, básicamente, en el art. 34, inc. 1º del Código Penal.

Planteadas las cosas de esa manera, la distinción entre "pena" y "medida" no parece ofrecer dificultad alguna. La pena es la reacción frente al ilícito culpablemente cometido, y respecto de ella, la injerencia estatal se apoya en la existencia de culpabilidad, esto es, en la posibilidad de reprochar la conducta del afectado; las medidas, en cambio, se dirigen a contrarrestar la peligrosidad de sujetos inculpables, que no están en condiciones de ser responsabilizados penalmente por

sus hechos delictivos. En ellas, la intervención estatal no se apoya en el reproche, sino exclusivamente en la finalidad de evitar delitos.

Sin embargo, esta presentación del tema parte de una simplificación. Calificar a la pena únicamente como la reacción estatal frente al ilícito culpable cometido por el autor hace a un lado un aspecto decisivo de la cuestión, como lo es la consideración de las funciones preventivas asignadas por el ordenamiento jurídico a las propias penas. Desde el punto de vista del principio de culpabilidad, se tiende a establecer como fundamento y límite de la pena la reprochabilidad por el hecho del autor. La imposición de la pena se dirige, entonces, a expresar una reacción estatal justa frente a la conducta del autor que puso en cuestión la vigencia de la norma. Dicha reacción se apoya en la gravedad de un hecho pasado, cuya reprochabilidad necesariamente ha de ser puesta de manifiesto por medio de la privación de derechos impuesta al autor, o bien, de sus medios de interacción¹. No obstante, la pena no puede ser fijada ni ejecutada sin consideración de sus posibles efectos *futuros* para la vida del autor, sino que, por imperativo constitucional, ella debe dirigirse, esencialmente a la reforma y readaptación social del condenado (art. 5, inc. 6°, CADH).

En este sentido, el derecho vigente recepta una concepción relativa de la pena, en la que tanto la culpabilidad como la prevención especial han de tener su lugar ("teorías de la unión"). A su vez, la consideración de los posibles efectos desocializantes de las penas al momento de la fijación de la sanción, y la orientación de la ejecución, en la mayor medida posible, a la resocialización, tienen como consecuencia una superposición parcial en la finalidad de penas y medidas que dificulta y relativiza una separación tajante entre ambos institutos, y ello es especialmente notorio en los supuestos de privación de libertad, en los que la intensidad y calidad de la injerencia estatal sobre el afectado tienen un contenido equiparable.

Teniendo en cuenta la equivalencia de la intensidad del menoscabo de derechos que producen penas y medidas, y la identidad de la fi-

¹ Así, por ejemplo, y con apoyo en la posición de Günther Jakobs, González-Rivero, Pilar, *El fundamento de las penas y las medidas de seguridad*, en Montealegre Lynnett, E., *El funcionalismo en derecho penal, homenaje al Prof. Günther Jakobs*, La Universidad, Santa Fe de Bogotá, 2003, pp. 57 y ss., esp. p. 66.

nalidad perseguida por ambas, se ha afirmado que no es posible llegar a una distinción real de los dos institutos. Desde esta perspectiva, el único sentido de la utilización de dos expresiones diferentes para designar una misma realidad es eludir las barreras que impone el principio de culpabilidad a la actividad preventiva estatal. Se trataría, en definitiva, de una mera "estafa de etiquetas"².

En verdad, no puede existir ninguna duda de que para establecer una diferencia entre pena y medida no puede atenderse a la denominación que se asigne al instituto en cuestión, sino que su contenido y forma de aplicación han de resultar criterios decisivos para formular una distinción plausible. Hellmuth Mayer presentaba el problema con claridad: "de otro modo, un estado totalitario podría hacer desaparecer los campos de concentración llamándolos sanatorios"³. Se trata de una objeción que no puede ser tomada a la ligera, ya que, en rigor, ella coloca en el tapete la seriedad de la fundamentación de toda la dogmática penal sostenida en el principio de culpabilidad por el hecho. Pues, si se admitiera la existencia de una segunda vía "alternativa" que autorizara a hacer todo lo que la primera prohíbe, dicho principio quedaría en una declamación vacía.

La expresión "estafa de etiquetas"⁴ apareció en Alemania, justamente, en el marco de la discusión en torno de las medidas de seguridad aplicadas a multirreincidentes imputables —custodia de seguridad o, en la Argentina, "reclusión por tiempo indeterminado"—, pero paulatinamente su aplicación se fue extendiendo, y, en general, su sentido ya no se restringe a su acepción originaria, destinada a señalar la supuesta insinceridad que significa ejecutar la custodia de seguridad bajo el rótulo "medida" con un contenido idéntico al de una pena de prisión. Antes bien, el núcleo de la objeción que se formula bajo ese título suele ser utilizado para poner en tela de juicio la concepción general de un "sistema de doble vía".

² La expresión fue utilizada por primera vez probablemente por Schwander, y fue recogida por Kohlrausch, Eduard, en "ZStW", 44 (1924), p. 33, si bien se le suele atribuir a este último.

³ Véase Mayer, Hellmut, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Kohlhammer, Stuttgart, 1953, p. 379.

⁴ Cf. Kohlrausch, en "ZStW", 44 (1924), p. 33.

En efecto, si fuera cierto que toda medida de seguridad es, en realidad, una pena, la objeción también alcanzaría, y quizá con más fuerza, a la aplicación de medidas a inimputables. Pues respecto de ellos no se trata ya de imponer una pena que va *más allá* de una culpabilidad existente, sino que la ausencia completa de culpabilidad debería excluir *toda* pena, es decir, también aquella privación de libertad que es impuesta bajo el ropaje de una "medida". Cabe preguntarse, entonces, si es posible una distinción razonable entre penas y medidas, y, en su caso, si existe algún fundamento legítimo que autorice al Estado a "resocializar" con prescindencia del principio de culpabilidad.

— § 7 —

LOS ARGUMENTOS CONTRARIOS A UNA
DIFERENCIACIÓN ENTRE PENAS Y MEDIDAS

Aun cuando no es difícil formular una diferenciación conceptual entre penas y medidas, entre ambos institutos existen similitudes muy significativas, que permiten poner en duda que la distinción tenga algún sentido, y en particular, que tenga algún sentido legítimo.

Uno de los argumentos que con mayor frecuencia se invoca en favor de la distinción entre penas y medidas se apoya en el carácter represivo de la pena, que no estaría presente en la medida. Desde este punto de vista, la pena es un mal por el ilícito cometido; ella se impone por lo que *se ha hecho*. En cambio, la medida es un mal que tiene por finalidad el puro aseguramiento de la comunidad frente a peligros futuros; ella se impone por lo que se teme que *habrá de suceder*.⁵ Sin embargo, la distinción teórica, según la cual la pena es impuesta como compensación por la infracción culpable, y la medida, para asegurar a la generalidad frente a la peligrosidad futura del autor, no puede ser sostenida en forma tajante, pues ella contraría la realidad, en tanto también las medidas aparecen como la consecuencia jurídica frente a la lesión del derecho, con lo cual, no les es totalmente ajeno un cierto efecto represivo⁶. Ello deriva no sólo del carácter de priva-

⁵ Cfr. Stree, Walter, *Deliktsfolgen und Grundgesetz*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1960, p. 219.

⁶ Marquardt, *op. cit.*, p. 31.

ción de libertad de las medidas, sino ya del hecho de que toda reacción frente a la lesión de una norma que implique privación de derechos puede asumir carácter represivo, independientemente de cómo se estructure y configure en particular⁷.

Asimismo, desde el punto de vista de los bienes afectados, es innegable que tanto la pena como la medida suponen una privación de derechos cualitativamente idéntica; tanto una como otra consisten en un "mal", y como tal son percibidas por el afectado. Desde este punto de vista, el hecho de que el mal que conlleva la pena sea impuesto al autor en forma "intencionada" resultaría irrelevante para sostener una naturaleza diferente.

Con relación a este aspecto, corresponde señalar, en primer lugar, que ya la definición de la pena como un "mal intencionado" podría ser puesta en duda, y posiblemente, rechazada de plano en lo que se refiere a la ejecución de la privación de libertad. En las concepciones dominantes en la actualidad en los ordenamientos jurídicos "liberales", la pena de privación de libertad no podría ser legítimamente concebida como destinada a imponer "intencionadamente" un mal. De allí que se haya hablado de un "fraude de etiquetas al revés"⁸. En efecto, desde la perspectiva de su finalidad, pena y medida no pueden ser claramente distinguidas, puesto que la pena no pretende ser puramente represiva, sino que se orienta a ejercer influencias positivas sobre el autor. El objetivo de la ejecución es coincidente: tanto la una como la otra son puestas al servicio de la resocialización del afectado.

Otro aspecto que suele ser señalado como característico de las penas es que ellas, por estar apoyadas en la reprochabilidad, expresan un juicio de disvalor ético-jurídico que está ausente en las medidas. En general, todas las distinciones entre pena y medida de seguridad se relacionan, de uno u otro modo, con la idea de que las medidas se dirigen a la prevención especial, y se apoyan en la peligrosidad del autor, y la pena se orienta a la retribución, y se sustenta en la culpabilidad. Las medidas tienen la misión de combatir un estado de peligrosidad, y por ello, no contienen un juicio de valor⁹. Aun cuando, en

⁷ Marquardt, *op. cit.*, p. 31.

⁸ Nowakowski, Friedrich, *Die Maßnahmekomponente im StGB*, en Neider (comp.), *FS für Christian Broda*, Europa Verlag, Wien, 1976, pp. 193 y ss., esp. p. 200.

⁹ Flandrak, *op. cit.*, p. 11.

mayor o menor medida, su imposición dependa de la comprobación de un hecho "delictivo" previo, a través de ella no se pretende expresar que el hecho que las origina es reprochable, sino, a lo sumo, que él constituye un indicio de la peligrosidad del autor. La pena, en cambio, sólo se puede imponer cuando al autor se le puede reprochar su conducta, es un juicio de disvalor ético-social sobre el hecho, no moral ni estrictamente individual¹⁰.

No obstante, la invocada "neutralidad valorativa de las medidas" no es aceptada en forma unánime. En contra de ella, se ha dicho que no sólo las penas, sino también las medidas preventivas tienen un contenido de juicio de disvalor, en tanto la necesidad de prevención especial misma se apoya en una tendencia a una conducta disvaliosa, y que en las concepciones de la sociedad constituye, por cierto, una calidad negativa¹¹.

Desde este punto de vista, la cuestión debería plantearse en términos inversos a como se lo hace habitualmente: no se trata tanto de quitarle el contenido de reproche a la pena, de negar su calidad de "mal intencionado", sino, antes bien, de reconocer que las medidas impuestas independientemente de la culpabilidad también tienen un contenido de censura y formulan un reproche al autor¹².

Por otro lado, el internado puede ser consciente y sentir aquello que también la generalidad sabe y siente: que está afectado por una actitud socialmente incorrecta, que tiende a reacciones socialmente incorrectas y que debería superarlas¹³. Una valoración que, por lo demás, constituye el componente esencial de la noción de "tratamiento".

Del mismo modo, tampoco puede negarse que las medidas tienen, *de facto*, un efecto de prevención general, que está presente ya en el contenido de mal ínsito en la privación de libertad, y que como tal es vivido tanto por el afectado como por la generalidad. En la realidad jurídica, el efecto de prevención general, cuando se produce, no deriva de

la estructura conceptual de las diferentes formas de reacción, sino, en todo caso, del contenido de privaciones efectivas que dichas sanciones representan para el potencial afectado¹⁴. De allí que el hecho de que la pena sea un mal impuesto "intencionalmente", y el de la medida no, resulte una diferencia puramente formal e irrelevante para distinguirlas desde el punto de vista de sus efectos de prevención general.

No obstante, posiblemente el argumento con el que más insistentemente se afirma la indiferenciabilidad entre penas y medidas sea el de la identidad de la ejecución: no sólo ambas consisten en la privación de libertad del afectado, sino que dicha privación se produce en condiciones análogas (en la reclusión por tiempo indeterminado), o, al menos, equiparables (en la internación psiquiátrica en establecimientos de seguridad).

Este aspecto de "identidad de ejecución" ya era visto por Exner como una dificultad central para fijar una distinción, y que se torna casi insuperable cuando lo que entra en consideración es la custodia de seguridad¹⁵. En opinión de este autor, si se pretende establecer una diferenciación convincente entre penas y medidas, los elementos normativos de la ejecución de la pena que destacan su carácter de "imposición de un mal" deberían desaparecer cuando se trata de la ejecución de medidas, a fin de dejar en claro que éstas no tienen la finalidad de señalar el reproche sobre la conducta, sino que se orientan exclusivamente a la seguridad¹⁶ y a la evitación de delitos futuros. Una vía en esta dirección sería asimilar la cuestión a la ejecución de la prisión preventiva, limitada a los fines del encierro¹⁷.

Si bien la custodia de seguridad es la medida que queda más expuesta frente a la objeción de la "estafa de etiquetas", también las medidas "curativas" aplicadas a inimputables peligrosos plantean problemas similares. En efecto, con frecuencia, ellas son ejecutadas en establecimientos que en nada se diferencian de una prisión, y ello sucede en condiciones que pueden ser consideradas incluso más gravosas. Así, la duración de la medida carece del límite temporal que

¹⁰ Flandrak, *op. cit.*, p. 11.

¹¹ Nowakowski, *Die Maßnahmekomponente ...*, *op. cit.*, pp. 197 y ss.

¹² Así, por ejemplo, Kaufmann, en su fuerte crítica al intento de Ellscheid y Hassemer de reemplazar el principio de culpabilidad por el de proporcionalidad, en Kaufmann, Arthur, *Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, en Warda (comp.), *FS Richard Lange*, de Gruyter, Berlin, 1976, pp. 27 y ss.

¹³ Nowakowski, *Die Maßnahmekomponente ...*, *op. cit.*, p. 198.

¹⁴ Marquardt, *op. cit.*, pp. 31 y s.

¹⁵ Exner, *op. cit.*, p. 154.

¹⁶ Exner, *op. cit.*, p. 167.

¹⁷ Exner, *op. cit.*, p. 164.

impone el principio de culpabilidad, lo cual implica la carga adicional de la incertidumbre acerca del momento de la definitiva finalización del encierro. Por lo demás, el sometimiento coactivo a tratamiento psiquiátrico puede conllevar injerencias aún más intensas que la ejecución regular de una pena privativa de libertad, que se encuentra sometida a un régimen legal más claro y previsible. A partir de allí, se vuelve evidente que no sólo la regulación jurídica, sino ya las prácticas concretas de ejecución de las injerencias estatales sobre la libertad apoyadas en fines preventivos constituyen el núcleo argumental para sostener, o para hacer caer, una diferenciación de la privación de libertad impuesta como "medida" frente a la concebida estrictamente como pena.

— § 8 —

LA DISTINCIÓN POSIBLE Y SU SENTIDO

En el marco de un derecho penal orientado a fines, la diferencia conceptual entre pena y medida se torna inevitablemente difusa. En verdad, sólo aquel que no reconoce fines preventivos en el derecho penal puede negar el estrecho parentesco entre penas y medidas¹⁸. Penas y medidas se han ido acercando cada vez más, hasta tal punto que se han vuelto reemplazables entre sí, y de este modo, poco es lo que queda de un sistema de doble vía en su comprensión originaria¹⁹. Por lo demás, la contraposición entre ambas formas de sanción resulta especialmente problemática en el ámbito de la reclusión por tiempo indeterminado, en que ha sido vista como fingida y superada²⁰.

¹⁸ Exner, *op. cit.*, p. 230.

¹⁹ Kinzig, Jörg, *Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand*, Ed. iuscrim, Freiburg, 1996, p. 590.

²⁰ Kinzig, *Sicherungsverwahrung ...*, *op. cit.*, p. 590. Cf., en particular, la posición de la Corte Suprema argentina en el caso "Gramajo, Marcelo", del 5/9/06, en el cual, al decidir la inconstitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 del Cód. Penal, afirmó que: "[...] carece de trascendencia el *nomen juris* con que el legislador pudiera nominar una pena, puesto que aun cuando existiese una pena encubierta legislativamente bajo la denominación 'medida de seguridad', no por ello perdería su naturaleza de 'pena' y cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje del *nomen juris* sería inconstitucional" (consid. 9º del voto mayoritario).

Sin embargo, esto no debería llevar, sin más ni más, a sostener que la distinción es imposible o que ella carece de todo sentido. Esta idea se apoya en una equiparación completa entre penas y medidas, y esta es una opción que no está exenta de riesgos. En efecto, la decisión en favor de la alternativa de la vía única difícilmente pueda ser llevada adelante en forma consecuyente, pues ella significaría un mero desplazamiento de las intervenciones preventivas frente a inimpugnables a otras ramas del ordenamiento jurídico, o bien, tendría como resultado echar por la borda el principio de culpabilidad²¹.

En rigor, si se las examina con detenimiento, la mayoría de las identidades esgrimidas en contra de la posibilidad de diferenciar penas y medidas resultan sólo parcialmente convincentes²². Es cierto que ambas representan injerencias sobre la libertad del individuo y que recurren a instrumentos idénticos para el logro de sus fines. Pero ello no basta, por sí solo, para fundamentar una identidad completa. En la disposición de una cuarentena, o de la prisión preventiva, también se recurre a la privación de libertad, y no por ello se afirma, sin más, que se trata de penas, o que no pueden ser distinguidas de éstas²³. En las internaciones civiles coactivas de incapaces también se recurre a la privación de libertad sobre la base de la peligrosidad y con fines de resocialización (cf. art. 482, Cód. Civil), y, en general, no se afirma que se trate de una respuesta penal²⁴. Los mismos argumentos se aplican con relación al hecho de que la medida represente

²¹ Las razones de esta afirmación serán tratadas más adelante, al examinar las alternativas al sistema de doble vía: una vía única que sólo prevé penas, y que desplaza el problema de la prevención a otros ámbitos del derecho —en los que el principio de culpabilidad no rige—, o bien, que recurre a penas lo suficientemente largas como para asumir, tácitamente, cualquier exigencia preventiva de aseguramiento —renunciando a la proporcionalidad de la reacción penal frente al ilícito culpable—.

²² Frisch, *Die Maßregeln ...*, en "ZStW", 102 (1990), pp. 343 y ss., esp. pp. 357 y ss.

²³ Por cierto, se podría argumentar que los ejemplos citados se refieren a injerencias en la libertad temporalmente mucho menos significativas. Sin embargo, esto no necesariamente es así. La "duración razonable" de una privación de libertad por razones sanitarias o para preservar los fines del proceso sólo queda fijada por la intervención de otros principios (reglas de proporcionalidad), y no deriva de la "naturaleza de la cosa". Por lo demás, sobran ejemplos de detenciones preventivas que duran tanto o más que la pena correspondiente, incluso, a delitos significativos.

²⁴ En el mismo sentido, González-Rivero, *op. cit.*, p. 69.

un mal para quien la sufre²⁵. En un ordenamiento jurídico concebido con carácter *instrumental*, la diferenciación entre institutos jurídicos nunca puede prescindir de la finalidad atribuida al instituto en cuestión, como así tampoco de los medios a que se recurre, pues *ambos* criterios resultan relevantes normativamente tanto para su definición como para su legitimación. En este punto se advierte que la finalidad de la pena y la de las medidas es *parcialmente* diferente: la medida se dirige *únicamente* a evitar delitos que amenazan ser cometidos por parte de un sujeto concreto, y todo otro efecto que ella pudiera tener colateralmente, por ejemplo, de prevención general, resulta irrelevante para la decisión acerca de la aplicación del instituto²⁶.

Del mismo modo, desde el punto de vista de su naturaleza, la pena no se relaciona directamente con la prevención especial, dado que su fundamento y su medida se orientan básicamente a la culpabilidad. Esto no significa que ella no deba satisfacer ciertos objetivos de prevención especial, sino que ello sucederá, en todo caso, en forma tangencial, como correctivo de penas claramente desocializantes, o bien, a través de su concreción bajo formas especiales de ejecución. Por lo demás, con frecuencia resultará que la prevención especial no pueda ser satisfecha durante la ejecución de la pena, y ello, debido a que la medida de la pena —determinada según la gravedad de la culpabilidad— resulta, para los fines de prevención especial, o bien demasiado corta o demasiado larga²⁷. Esta discordancia, sin embargo, no necesariamente será un argumento bastante para modificar la pena a imponer, sino sólo en los supuestos en los que, desde el punto de vista de las propias necesidades de reafirmación de la norma, el no obstaculizar la reinserción social pueda ser presentado como un argumento *normativo* predominante. Es lo que sucede, por ejemplo, en los casos de ejecución condicional de la condena, cuya aplicación queda sujeta, básicamente, a la condición de que se trate de hechos leves y autores no reincidentes, es decir, supuestos en los que la no efectivización de la conminación penal resulte tolerable desde la perspectiva de la puesta en cuestión de la vigencia de la norma.

²⁵ Frisch, *Die Maßregeln* ..., en "ZStW", 102 (1990), pp. 357 y ss.

²⁶ Frisch, *Die Maßregeln* ..., en "ZStW", 102 (1990), pp. 357 y ss.

²⁷ Flandrak, *op. cit.*, p. 12.

Por otro lado, mientras que la pena, para ser tal, *necesariamente* tiene que expresar un juicio de censura social, ello no ocurre con las medidas; éstas tienen carácter puramente preventivo, se vinculan con la peligrosidad del autor, sin pretender formular un juicio de reprobación. Aun cuando, *de facto*, las medidas ponen de manifiesto una calidad socialmente disvaliosa presente en el afectado, esto es un efecto contingente. Algo similar sucede frente a las declaraciones de incapacidad previstas por el derecho civil, sin que su finalidad tuitiva alcance para paliar del todo la estigmatización social negativa que puede leerse en una declaración jurídica de estas características.

Por cierto, es innegable que la claridad de esta distinción conceptual no se refleja en la realidad de cómo es experimentada la medida por parte del afectado, que percibe el encierro como un mal idéntico al de una pena²⁸, y su fundamento, como una calidad disvaliosa. Pero, a pesar de ello, el hecho de que las medidas, fácticamente, siempre representen un mal para el afectado resulta irrelevante²⁹. La pena es conceptualmente un mal, pero sería falso definir a las medidas como un "no-mal", pues esto significaría tanto como que los efectos de prevención especial sólo pueden ser alcanzados por medio de instrumentos que no representen una injerencia coactiva sobre el afectado. En tales condiciones, conserva validez el argumento de que la medida, a diferencia de la pena, no necesita ser un mal para conservar su especificidad. En otras palabras: la pena es inevitablemente un mal, pero no hace a su esencia el carecer de efectos preventivos de corrección y aseguramiento. En cambio, las medidas no necesariamente han de consistir en un mal, y no hace a su esencia que, en los hechos, se traduzcan en un sufrimiento, y como tal sean percibidas³⁰.

La pena se diferencia cualitativamente de toda otra injerencia estatal en tanto se expresa una reprobación pública respecto del afec-

²⁸ Lenckner, Theodor, *Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit*, en Göppinger (comp.), *Handbuch der forensischen Psychiatrie*, t. I, Springer, Berlin, 1972, pp. 185 y ss., esp. p. 231.

²⁹ Lenckner, *op. cit.*, p. 185.

³⁰ Similar, Exner, *op. cit.*, p. 205, quien a partir de este fenómeno señala que no es de excluir que la amenaza y ejecución de la medida tenga efectos de prevención general.

tado y se lo disminuye en su juicio de valor general³¹. Desde el punto de vista preventivo general o especial, la pena debe inferir un mal, en tanto necesariamente habrá de consistir en una privación de derechos; pero su carácter represivo no se determina por eso, sino, antes bien, por la reprobación expresa y pública de la infracción al derecho, y de ese modo se convierte en la manifestación del derecho³². Su carácter de reprobación diferencia a la pena de otras medidas de coacción del poder estatal, y sólo si el carácter represivo de la pena se ve en esta característica es posible entender y justificar, por un lado, que pueda haber reacciones al delito que, como la suspensión condicional de la ejecución, no son socialmente interpretadas como un mal, y a pesar de eso, constituyen verdaderas penas, y por el otro, que haya males sólo de prevención general, como las multas impuestas por infracciones, que no constituyen formalmente penas en atención a que no vienen acompañadas de una reprobación ético-social³³ equiparable a la de una pena.

Por cierto, el carácter represivo no es el único contenido de la pena, sino que ésta también tiene contenidos preventivos, y eso es lo que la asemeja a las medidas. Sin embargo, aun cuando ambas reacciones se sustentan en una finalidad común, en la imposición de una u otra entran en consideración dimensiones diferentes. La pena debe actuar a través de la circunstancia de que ella sea socialmente percibida como un mal. Se puede entender su función en el expresar conscientemente al infractor del derecho el disvalor del hecho y la pretensión de obediencia del ordenamiento jurídico. Las medidas privativas de libertad también pueden ser percibidas como un mal, pero ellas no *deben* actuar infligiendo un mal, sino por otras características. El aspecto que comparten ambas es, en todo caso, que producen una injerencia sobre la persona³⁴. En uno y otro caso, la privación de libertad cumple una función diferente. En el caso de la pena, la prisión tiene

el sentido fundamental de señalar la gravedad de la infracción a la norma, y es en este sentido que se afirma que ella es "impuesta como un mal"³⁵. En la imposición de una medida de seguridad, la privación o restricción de la libertad sólo constituye el presupuesto para el logro del objetivo de la medida, al retirarle al autor la base de acción para la comisión de delitos, sea mediante el encierro, en el caso del aseguramiento, sea por medio de la curación de la enfermedad o superación del déficit que origina la posibilidad de comisión de delitos. La privación de libertad, por lo tanto, sólo resulta funcional como eliminación de la base de acción o como instrumento para la realización de la curación³⁶, no como expresión de reproche o censura.

Esta diferenciación puede parecer, a primera vista, puramente conceptual o excesivamente teórica. Sin embargo, ella tiene importantes consecuencias para una distinción efectiva de penas y medidas, ya que establece una pauta fundamental para establecer diferencias en cuanto a la ejecución de una u otra, y en particular, en cuanto a la suspensión de la ejecución, que dependerá de condiciones y requisitos diferentes.

Por otro lado, sea que se acepte definir a la pena como un "mal" o no, lo cierto es que continúa siendo un aspecto específico de la pena que ella mantiene el sentido de expresar un juicio de disvalor frente al autor como consecuencia del hecho cometido culpablemente³⁷, es decir, como reflejo de la reprochabilidad del hecho. Este aspecto está ausente en las medidas; aun cuando en ellas puedan aparecer juicios de censura respecto del hecho o del autor, o puedan tener efectos de prevención general³⁸, no es la expresión de censura lo que se toma en cuenta para su imposición ni para la determinación de su duración, sino que el factor que resulta decisivo es la peligrosidad del autor, esto es, la posibilidad de que vuelva a cometer hechos delictivos. No se trata de una distinción sobre un aspecto trivial, o puramente formal, del asunto. Por el contrario, dicha caracterización tiene el efecto concreto de ampliar decididamente las alternativas en cuanto a las for-

³¹ Véase Noll, Peter, *Die ethische Begründung der Strafe*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1962, p. 3.

³² Noll, *op. cit.*, p. 1.

³³ Noll, *op. cit.*, p. 19.

³⁴ Nowakowski, Friedrich, *Zur Rechtsstaatlichkeit der vorbeugenden Maßnahmen*, en Welzel (comp.), *FS für Helmuth von Weber*, 1963, Ludwig Röhrscheid, Bonn, pp. 98 y ss., esp. p. 110.

³⁵ Frisch, *Die Maßregeln ...*, en "ZStW", 102 (1990), p. 358.

³⁶ Frisch, *Die Maßregeln ...*, en "ZStW", 102 (1990), p. 358.

³⁷ Frisch, *Die Maßregeln ...*, en "ZStW", 102 (1990), p. 360 y s.

³⁸ Cf. al respecto Kaufmann, *op. cit.*, p. 36.

mas de ejecución que pueden entrar en consideración, toda vez que se prescinde del propósito de señalar el quebrantamiento de la norma. En una "pena" ése es el objetivo central, y, consecuentemente, ella sólo puede actuar por medio de la imposición de una consecuencia jurídica que indique la reprobación sobre el hecho, nunca mediante un acto de bondad, ni siquiera mediante uno "neutral"³⁹. En cambio, cuando lo que interesa es superar un déficit de socialización en la forma más rápida y eficiente posible, las opciones son mucho más amplias; los únicos límites, en todo caso, serán puramente fácticos, económicos o políticos, según cuáles sean los medios de que puede disponer el Estado para fines de esta naturaleza.

Una de las críticas más significativas en contra de la posibilidad de diferenciar las penas de las medidas se refiere a la identidad de la ejecución de una y otra. En el caso de la reclusión por tiempo indeterminado, la identidad de la ejecución es casi absoluta, pero ello también sucede en el caso de la internación de inimputables, respecto de los cuales la privación de libertad se produce en condiciones equiparables en aspectos fundamentales. De allí que se haya hablado, incluso, de la necesidad de implementar una ejecución "en forma de hotel" como vía posible para legitimar el encierro en custodia de seguridad, y a fin de distinguir su ejecución claramente de una pena de prisión, limitando toda restricción a la libertad exclusivamente a la finalidad de seguridad perseguida⁴⁰.

Sin embargo, aun prescindiendo de la irrealizabilidad práctica de esta propuesta, la vía para distinguir la ejecución de una u otra reacción no puede estar en cuestiones puramente edilicias, y ni siquiera en la "forma" que asuma el tratamiento penitenciario. La ejecución de penas y medidas se orienta en forma idéntica a fines de resocialización, y ello inevitablemente habrá de dificultar la justificación de formas de ejecución decisivamente diferentes. No obstante, la identidad de objetivos no es completa, y esto se manifiesta en diferencias significativas en uno de los aspectos más importantes de la ejecución: las posibilidades de atenuación del régimen de encarcelamiento, o, en su caso, de suspensión condicional de la ejecución.

³⁹ Frisch, *Die Maßregeln* ..., en "ZStW", 102 (1990), nota 80, p. 361.

⁴⁰ Acerca de esta opinión, cf. las citas de Stratenwerth, *AT II*, op. cit., p. 120.

Así, en el caso de las penas privativas de libertad, y más claramente en los supuestos de condenas por delitos graves, las posibilidades para la atenuación del encierro o para la obtención de la libertad condicional dependen de criterios vinculados con la subsistencia o la desaparición de la peligrosidad. El caso más gráfico en este sentido es posiblemente el de la libertad condicional (art. 13, Cód. Penal), cuyo ordenamiento depende de un pronóstico individualizado favorable a la reinserción social, esto es, en el que se señale que los riesgos de reincidencia se mantienen dentro de lo aceptable. En este aspecto, la situación pareciera ser básicamente idéntica a la de las medidas. Sin embargo, las alternativas de atenuaciones del encierro, en el caso de las penas, tienen, al menos en el derecho argentino y en el alemán, límites fijos orientados a la *prevención general*: las posibilidades de atenuación del encierro, y especialmente, de obtener libertad condicional, no entran en consideración hasta tanto no se haya cumplido un tiempo de pena mínimo, que depende de la *gravedad de la pena* (y del ilícito culpable!) impuesta en la sentencia. Ese límite mínimo, que se refleja en la imposibilidad de acceder a atenuaciones del encierro efectivo no antes de transcurrida una cierta cantidad de meses o años, cumple una función de prevención general, particularmente en los casos en los que resulta más significativo señalar la gravedad del hecho cometido a costa del autor, y limita en forma considerable los instrumentos de prevención especial positiva a disposición del tribunal de ejecución. La restricción se apoya en la evidencia de que no tiene la misma significación una pena de prisión efectivamente cumplida como encierro que una pena de prisión cumplida bajo condiciones muy favorables, o bien, directamente, en libertad. Al menos en nuestro ámbito sociocultural, la pena de prisión no se define únicamente como "privación de la libertad ambulatoria", sino que ella presupone una fuerte restricción de otros ámbitos de autonomía del condenado muy significativos, fundamentalmente, su sujeción a un régimen de institucionalización, que viene acompañado, en buena medida, por la negación de una parte decisiva de la esfera de privacidad⁴¹ del condenado. De allí que, en la percepción social —errada o

⁴¹ Así, Amelung, Knut, *Die Einwilligung des Unfreien. Das Problem der Freiwilligkeit bei der Einwilligung eingesperrter Personen*, "ZStW", 95 (1983), p. 1 y ss., esp. p. 5.

no—, la prisión domiciliaria, que como tal supone una intensa pérdida de la libertad ambulatoria, es interpretada como una pena “leve”⁴², y en modo alguno equivalente a la prisión carcelaria. Asimismo, una pena puede ser claramente innecesaria desde el punto de vista de la prevención especial, y ello, por regla general, no constituye un argumento para prescindir de la pena, y en el derecho argentino, ni siquiera para adelantar la posibilidad de libertad condicional. Aun cuando existan casos en los que se dé predominio a las necesidades de prevención especial, y se renuncie con ese fundamento a la imposición de una pena de efectivo cumplimiento (por ejemplo, en la ejecución condicional, *probation*, procedimiento de menores), ello sólo ocurre en casos que pueden ser definidos como “leves”, esto es, aquellos en los que la norma puede ser afirmada a costa del autor sin necesidad de una reacción tan intensa, o en los que hacerlo aparecería, frente a ciertas particularidades del caso individual, como un rigor excesivo (casos en los que la ejecución se suspende por “razones humanitarias”) o como un costo social inadecuado, como sucede en el caso de los menores. Pero si no está presente alguna de estas situaciones excepcionales, la pena privativa de libertad habrá de significar, inevitablemente, un tiempo mínimo de prisión en sentido estricto, es decir, bajo un régimen carcelario “convencional”. En estos supuestos, los posibles efectos desocializantes de la prisión son asumidos por el legislador en una ponderación en la que prevalece la necesidad de afirmar la vigencia de la norma.

Tales límites, en principio, no existen respecto de las *medidas*. Frente a ellas, la necesidad de afirmar la norma o de señalar la gravedad del hecho cometido no funciona como argumento para justificar su imposición, su duración o su forma de ejecución. El *único* funda-

⁴² La alternativa de la “prisión domiciliaria” ni siquiera es socialmente aceptada como sustituto de la prisión preventiva, sin que el argumento de la mayor o menor seguridad, o ni siquiera el costo económico de una u otra decisión, sean los que fundamentan la objeción. Aun cuando fuera la vía más eficiente para evitar la fuga del procesado, la decisión del juez de instrucción que se conformara con esta opción lo expondría a fuertes críticas de la opinión pública. Con prescindencia de que no exista para el procesado absolutamente ninguna vía real de eludir la acción de la justicia, la posibilidad de que el procesado continúe haciendo su vida con cierta normalidad, y que, por ejemplo, festeje pomposamente su cumpleaños, parece ser visto como intolerable. Una visión difícilmente compatible con los límites estrictos que la Constitución fija para las medidas cautelares.

mento que las sostiene es la peligrosidad. A diferencia de lo que sucede respecto de una pena, esta prevalencia de las necesidades de prevención especial se traduce en que la desaparición de las circunstancias en las que se sustentaba el juicio de peligrosidad hace caer sin más ni más la necesidad de la medida, lo cual debería reflejarse en una recuperación inmediata de la libertad. Del mismo modo, la disminución de la peligrosidad debe conllevar una atenuación de la severidad de la restricción de la libertad.

Es cierto que la contrapartida de esta ausencia de exigencias mínimas de prevención general es la duración indeterminada de las medidas. Esta indeterminación las pone fuertemente en colisión con el principio de legalidad, y sobrecarga las posibilidades de rendimiento del principio de proporcionalidad, que aparece como el único instrumento jurídico para garantizar una duración razonable de la privación de libertad. En este sentido, en cuanto a la necesidad de limitar los alcances de la medida, el principio de proporcionalidad puede aparecer como una herramienta no demasiado efectiva, en tanto, de por sí, permite “más” que el principio de culpabilidad por el hecho: por regla, la necesidad de la medida subsistirá mientras perdure un peligro serio⁴³. Sin embargo, este punto también puede ser mirado desde la perspectiva inversa, en tanto el principio de proporcionalidad, al ser separado de las necesidades de prevención general, permite menos: en el momento mismo en que las condiciones que originaron el peligro desaparecen, la medida se torna ilegítima; algo que no ocurre respecto de la culpabilidad, que una vez fijada retrospectivamente por la sentencia de condena resulta inmodificable como fundamento de legitimación de la pena en toda su extensión temporal.

Tomando en cuenta la necesidad de lograr una diferenciación real en la ejecución de las medidas como condición para su legitimidad se ha propuesto que en las medidas, y especialmente, en la custodia de seguridad, se realicen esfuerzos terapéuticos más intensos que en la ejecución de la pena, con métodos de tratamiento con los cuales ya se hubieran hecho experiencias positivas, pues sólo bajo estos supuestos se puede exigir que el condenado tolere una privación de libertad por fuera del principio de culpabilidad. La cuestión, sin em-

⁴³ Nowakowski, *Die Maßnahmekomponente ...*, op. cit., p. 203.

bargo, plantea ciertas dificultades, pues este criterio, si bien se orienta a respetar la autonomía del condenado, debería considerar que, para éste, la decisión acerca de aceptar la oferta terapéutica, no es exactamente libre, ya que ella necesariamente será susceptible de influir en la duración de la privación de libertad⁴⁴. Los intereses del afectado, por lo tanto, no están automáticamente mejor protegidos por la oferta de mayores esfuerzos de resocialización, ni tampoco por mejores condiciones edilicias o "privilegios" frente al régimen ordinario del establecimiento carcelario.

Desde este punto de vista, la diferencia central en cuanto a la "forma de ejecución" reside no tanto en cómo ella se instrumente en general, sino, en todo caso, en la coordinación efectiva de los esfuerzos terapéuticos o de resocialización y en los requisitos concretos para la efectiva atenuación de la prisión, bajo formas de semilibertad o libertad controlada, que se traduzcan en posibilidades reales de organizar razonablemente la recuperación definitiva de la libertad.

Conforme a ello, es posible partir de la base de que buena parte de la legitimidad de la imposición de medidas paralelas a la pena, en un sistema de doble vía, dependerá, básicamente, de la posibilidad de estructurar un sistema normativo eficiente que permita dejar sin efecto o atenuar la medida en forma adecuada, y que se oriente a que la posibilidad de recuperación de la libertad sea una alternativa efectivamente realizable. En otras palabras, un sistema que esté en condiciones de evitar que las medidas se conviertan, *de hecho*, en penas.

— § 9 —

**CONCLUSIÓN PRELIMINAR: LA NECESIDAD
DE DISTINGUIR A PESAR DE LAS DIFICULTADES**

La superposición parcial de los fines perseguidos por penas y medidas, a través de la asunción por parte de la pena de la finalidad de "resocialización" y el rechazo de las teorías absolutas de la pena han tenido el efecto de confundir ambos institutos, e impiden una delimitación tajante.

⁴⁴ Albrecht, *op. cit.*, pp. 32 y s.

No obstante, si se ve la función general de la administración de justicia penal en el mantenimiento del ordenamiento jurídico, pero también en posibilitar una coexistencia social ordenada, aparece un marco de referencia —si bien muy general— para la configuración de un sistema jurídico en el que coexistan penas y medidas⁴⁵, es decir, que cuente no sólo con instrumentos para expresar la reprobación jurídico-penal frente al autor, sino que también disponga de vías destinadas a posibilitar la reinserción social, y en particular, a minimizar los riesgos de reincidencia.

Desde esta perspectiva, la distinción conserva su sentido, y no es posible hablar sin más ni más de "estafa de etiquetas", para pretender, de este modo, descalificar automáticamente la existencia de una "doble vía". En efecto, frente a la objeción de una distinción fraudulenta, se alza la posibilidad de una diferenciación de los instrumentos de reacción a partir de su contenido material⁴⁶ y de su efectiva concreción práctica. La pregunta que ha de plantearse previamente, en todo caso, es la de si es legítimo perseguir los fines a los que se orientan las medidas, si ellos pueden ser perseguidos más allá del principio de culpabilidad y si existen posibilidades reales de llevarlos a la práctica.

Apesar de las similitudes, las medidas son estructural y funcionalmente diferentes de la pena, tanto en sus presupuestos —vinculados a la valoración de la personalidad del autor— como en sus objetivos específicos —la eliminación de perturbaciones psíquicas o déficit de socialización—⁴⁷. Y en cualquier caso, la identidad fáctica entre ciertos aspectos de las medidas y de las penas no necesariamente debe ser interpretada en el sentido de una unificación, sino, a lo sumo, en el de la posibilidad de que existan supuestos en los que la pena o la medida, por sí solas, sean suficientes para alcanzar tanto el objetivo de señalar la reprobación jurídica sobre el hecho cometido por el autor como el de influir sobre él. Mas una situación de esa índole sería fortuita, e inevitablemente, no podría producirse en todos los casos.

En verdad, una contraposición tajante entre penas, referidas al hecho, y medidas, referidas al autor, si es que alguna vez existió en

⁴⁵ Marquardt, *op. cit.*, p. 32.

⁴⁶ Nowakowski, *Zur Rechtsstaatlichkeit ...*, *op. cit.*, p. 111.

⁴⁷ Marquardt, *op. cit.*, p. 43.

privacidad, no es ajeno a la responsabilidad de la persona. Lo mismo sucede con el caso de privación especial de libertad, que se trata de una medida de prevención especial, que se impone a la persona que ha cometido un delito, para evitar que vuelva a cometerlo. En consecuencia, la medida de privación especial de libertad, que se impone a la persona que ha cometido un delito, para evitar que vuelva a cometerlo, no es ajena a la responsabilidad de la persona.

Ahora bien, si la medida de privación especial de libertad, que se impone a la persona que ha cometido un delito, para evitar que vuelva a cometerlo, no es ajena a la responsabilidad de la persona, ¿cómo se justifica? La respuesta es que se justifica en virtud de la necesidad de prevención especial, que se impone a la persona que ha cometido un delito, para evitar que vuelva a cometerlo.

Capítulo III

La discusión en torno

de la legitimación de las medidas

preventivas de libertad

En general, se suele mencionar como objetivo de las "medidas" privativas de libertad, a fin de justificarlas, la prevención del delito, colocando en el primer plano finalidades de prevención especial¹, positiva o negativa. Así, usualmente se distingue entre las "medidas curativas o de corrección", impuestas con el propósito de curar o de resocializar al afectado, y las "medidas de seguridad", dirigidas específicamente a impedir que cometa nuevos delitos por medio de la coacción física, en los casos en que alcanzar ese objetivo por medio de la resocialización no parece un objetivo realizable.

— § 10 —

**LA NECESIDAD DE LEGITIMACIÓN
DE LA PERSECUCIÓN DE FINES
DE RESOCIALIZACIÓN Y ASEGURAMIENTO**

Se trata, por lo tanto, de privaciones de libertad que se imponen bajo la forma de medidas con apoyo en objetivos preventivos, es decir, dirigidas a la evitación de peligros. Dicha finalidad, en principio, puede ser vista como una finalidad propia de la actividad "administrativa", y como tal, sujeta a medidas policiales que sólo pueden autorizar injerencias puntuales en la posición jurídica del ciudadano afectado. Sin embargo, a través de las "medidas" se afectan derechos elementales en forma permanente, y con ello surge la necesidad de

3 — MEDIDAS DE SEGURIDAD

¹ Stratenwerth, Günter, *Zur Rechtfertigung freiheitsbeschränkender sichernder Massnahmen*, "schwZStr", 105, pp. 105 y ss., esp. p. 106.

una legitimación más sólida². Desde este punto de vista, la imposición de medidas privativas de libertad sustentadas en necesidades preventivas plantean aspectos fundamentales de la relación entre el individuo y la sociedad en su forma más básica³.

Partiendo de este enfoque, el problema central que presenta un "derecho de medidas", sea que se encuentre ubicado dentro del derecho penal o fuera de él, es el de establecer si existe un fundamento legítimo para producir una injerencia sobre los derechos personales del individuo por medio de la privación de libertad, y en su caso, con qué objetivos y alcance. Dicha función de legitimación es cumplida, en el caso de las penas, por la culpabilidad, y la responsabilidad del autor por su propio hecho es el argumento *central* con el que se lo obliga a tolerar la injerencia estatal. En el caso de las medidas preventivas, una tal responsabilidad no podría ser invocada como argumento frente al afectado, y de este modo, surge la pregunta relativa a la legitimación de las medidas. Para responder a esta pregunta, por cierto, nunca podría ser suficiente la mera invocación de las necesidades de seguridad de la comunidad, esto es, si la medida "sirve" a los intereses públicos. Pues lo que está en discusión es, en definitiva, un problema capital del derecho público y la teoría del Estado: cuáles son los presupuestos bajo los cuales un Estado puede privar legítimamente de su libertad a una persona por "razones de seguridad".

A diferencia de lo que ha sucedido respecto de las penas, cuya finalidad y legitimación se discuten desde la antigüedad, y constituyen un tema obligado ya en cualquier curso básico de derecho penal, la pregunta relativa a la legitimidad de las medidas preventivas apenas si ha despertado interés teórico. Ello es así no sólo en el ámbito del derecho penal. En el derecho civil, en donde entran en consideración internaciones coactivas de contenido y fundamento similares, la situación no es muy diferente; el tratamiento del tema se reduce al

análisis de las exigencias normativas para la imposición de una privación de libertad, dando por sentada la legitimidad básica de injerencias de esta naturaleza.

Por lo demás, cuando se plantea la cuestión de la admisibilidad de una determinada injerencia en el marco de un "Estado de derecho", no siempre existe claridad suficiente respecto de cuál es el contenido concreto de esta expresión y acerca de cuáles son sus presupuestos básicos. Se trata de un concepto materialmente relativo, y el apelativo alcanza a numerosos Estados, a pesar de que ellos exhiben marcadas diferencias en sus instituciones jurídicas y constitucionales. El rechazo de un instituto jurídico por violatorio de los "principios básicos del Estado de derecho" dentro de un Estado no se traduce automáticamente en la calificación de "Estado autoritario" para aquella nación que conserva el instituto de que se trate. Dentro de nuestro contexto cultural, y como punto de partida, es posible afirmar que nos encontramos frente a un Estado de derecho, en sentido material, cuando él se corresponde con un cierto ideal de Estado y de derecho, cuyas características concretas pueden estar determinadas, por ejemplo, por expresiones valorativas de derecho natural, por ciertas convicciones intersubjetivas histórico-sociológicas, o más concretamente, desde una perspectiva positivista, por el carácter indiscutido de una Constitución que consagre, básicamente, un Estado de libertad y de respeto de ciertos derechos fundamentales⁴. Sin embargo, actualmente, no se trata sólo de eso, sino que se exige, además, que ese Estado también aporte algo al desarrollo de la persona como tal, que facilite el desenvolvimiento de su personalidad: el Estado liberal es, además, un Estado *social* de derecho. De este modo, forma parte de las incumbencias del Estado el distribuir libertades y obligaciones, derechos y deberes, en una forma tal que permita que el individuo se pueda desarrollar adecuadamente dentro de la comunidad y a través de ella.

Dentro de este esquema, la restricción de la libertad de un individuo apoyada en la necesidad de proteger a la sociedad frente a los peligros que se presume que de él se derivan plantea un desafío argumental y normativo que no es sencillo de resolver. Al mismo tiempo,

⁴ Nowakowski, *Zur Rechtsstaatlichkeit ...*, op. cit., pp. 98 y ss.

² Para una presentación sintética, pero muy clara de esta cuestión cf. Frister, Helmut, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Beck, München, 2006, Cap. 1, n.º m. 7 y s.

³ Streng, Franz, *Das Legitimations-Dilemma sichernden Freiheitsentzugs-Überlegungen zur neueren Rechtsentwicklung*, en *Jus Humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe*, Duncker & Humblot, Berlin, 2003, pp. 611 y ss., esp. p. 620.

en mayor o menor medida en todas las sociedades se plantea la conflictiva cuestión de cómo proceder frente a autores multirreincidentes o frente a aquellos sujetos que son percibidos como un “peligro para sí o para terceros”. Se trata de un problema a ser resuelto también *jurídicamente*, y una renuncia *completa* a toda injerencia estatal en supuestos de estas características no parece ser una opción realista, al menos en la actualidad.

La inevitabilidad de algún grado de intervención estatal, sin embargo, no justifica la notable ausencia de elaboraciones teóricas relativas a su legitimación. Se podría afirmar que la *utilidad* de las medidas de esta índole es tan evidente que no vale la pena ocuparse de ellas, o que dicha utilidad, por sí misma, ya es más que suficiente para considerarlas legítimas. Pero si las medidas sólo se justifican en su utilidad, la persona es instrumentalizada, rebajada a mero objeto, y bajo la invocación de fines sociales sería posible intervenir en la esfera de la personalidad del individuo, sin que la perspectiva de la utilidad ofrezca límite alguno a las posibles injerencias. Por cierto, si se parte de la premisa de que medidas de esta clase son inevitables, se podría sostener que una construcción teórica legitimante sólo cumple una función “cosmética”. En efecto, la consideración teórica de los posibles fundamentos legitimantes de las medidas difícilmente conduciría a un resultado totalmente contrario al de un punto de partida puramente utilitario⁵. Pero, en cualquier caso, frente a esa ausencia, las medidas quedan seriamente expuestas a los cuestionamientos, tanto éticos como jurídicos, que se derivan de los *límites* impuestos a la actividad estatal dentro de un Estado de derecho. En este sentido, la necesidad de intentar una justificación ético-jurídica del sistema de medidas preventivas —cualquiera que sea el ámbito del derecho en que se desarrollen— se vincula fundamentalmente con el delineamiento del marco dentro del cual al Estado le están permitidas intervenciones de esta naturaleza.

Por otro lado, la justificación ética de las medidas no es un problema más que se pueda solucionar con algunas consideraciones generales, darlo por definitivamente resuelto y pasar luego a tratar las

⁵ Este punto es señalado, con claridad, por Frisch, *Die Maßregeln* ..., en “ZStW”, 102 (1990), nota 47.

cuestiones relativas a los aspectos “específicos” de las medidas. Cuáles deberían ser los objetivos perseguidos por las medidas particulares, cuáles son sus presupuestos y cómo debería determinarse su configuración, cómo se puede lograr la selección correcta de quienes han de ser alcanzados por ellas y si es posible lograr una ejecución exitosa, y en su caso, cómo, son cuestiones que no pueden ser tratadas como problemas independientes de la justificación ética, sino que, en buena parte, están contenidas e implicadas por ella⁶. Desde este punto de vista, la cuestión de cuál es la configuración que una medida adquirirá en la práctica es un aspecto decisivo para argumentar acerca de su legitimación, así como también para poder afirmar que no se trata sólo de enmascarar una pena prohibida por el principio de culpabilidad. En consecuencia, sería errado pretender fundamentar una determinada medida en el hecho de que ella es necesaria para enfrentar graves lesiones a los bienes jurídicos, si luego se fijan sus presupuestos de tal manera que quedan alcanzados autores respecto de los cuales sólo es posible esperar, en todo caso, hechos de mediana o escasa gravedad⁷. Del mismo modo, no se podría invocar respecto de una medida un determinado objetivo, tal como el de la resocialización, en tanto no exista alguna certeza con relación a que ella será ejecutada de tal manera que dicho objetivo pueda ser alcanzado⁸.

Por lo tanto, en el marco de un Estado de derecho, la sola utilidad social de la medida no constituye un argumento de legitimación suficiente, y las finalidades de resocializar y de aseguramiento, en sí mismas, tampoco pueden quedar exentas de toda discusión.

En efecto, la persecución de objetivos de prevención especial, sea limitadamente, por medio de una pena, o como meta definitoria de la

⁶ Grünwald, Gerald, *Sicherungsverwahrung, Arbeitshaus, vorbeugende Verwahrung und Sicherungsaufsicht im Entwurf 1962*, “ZStW”, 76 (1964), pp. 633 y ss.

⁷ Éste es uno de los puntos centrales en la discusión acerca de la legitimidad de reglas legales con la estructura del art. 52 del Cód. Penal. Al respecto, cf. Ziffer, Patricia, “Sistema de sanciones: reclusión ‘por tiempo indeterminado’, para multirreincidentes (art. 52, Cód. Penal)”, en Sancinetti, Marcelo, *Casos de derecho penal*, 3.ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2005, t. 1, pp. 315 y ss. (2006, vol. único, pp. 331 y ss.), caso 22, *De una vez y para siempre*, esp. letra c.

⁸ Grünwald, *Sicherungsverwahrung* ..., en “ZStW”, 76 (1964), p. 633.

injerencia, como en las medidas de seguridad, presupone injerencias sobre la personalidad del individuo que, por su propia naturaleza, entran en conflicto con la protección constitucional de la intimidad y la autonomía de la persona. Ya la idea de que existen ciertos sujetos a los que el Estado puede considerar incorregibles y apartarlos de la sociedad para que no causen daños genera recelo. Pero también los conceptos de “resocialización” y “corrección” pueden ser vistos con desconfianza. Se trata de nociones con resonancias moralizantes, y esto solo basta para colocarlas entre comillas⁹. La idea de un Estado con facultades para “modelar” coactivamente a los individuos “descarriados” no parece ilimitadamente posible en un Estado libertario. Desde este punto de vista, también las finalidades de “mejoramiento” o de “resocialización” resultan problemáticas, en la medida en que expresan el interés *social* en modificar la estructura de personalidad o los modelos de conducta del afectado, cuando lo que está en juego es la identidad misma del sujeto en cuanto tal. Por otro lado, la cuestión también resulta problemática desde la perspectiva de los *límites* del concepto. Las ideas de resocialización o de mejoramiento, por sí solas, carecen de todo límite, y de este modo, tienden a la desproporción. Si de neutralizar las tendencias delictivas de un sujeto se trata, ¿por qué no recurrir a la castración de los autores de delitos sexuales o al lavado de cerebro del delincuente por convicción?¹⁰ Los ejemplos pueden parecer excesivos, pero no se debe perder de vista que la discusión se centra en cómo evitar la posible comisión de futuros delitos, de tal modo que la única solución alternativa podría llegar a ser, en muchos casos, el encierro perpetuo, sea en un establecimiento carcelario o en un hospital psiquiátrico. Cuando se pone el problema en estos términos extremos se advierte con mayor claridad que algunos de los argumentos con los que se objeta a los sistemas penales de doble vía o se descalifica en forma genérica a las medidas de seguridad, son argumentos que, en realidad, se dirigen a poner en cuestión la legitimidad misma de que el Estado persiga finalidades

⁹ Stratenwerth, *Zur Rechtfertigung* ..., en “schwZStR”, 105, p. 108.

¹⁰ Tales los ejemplos planteados por Stratenwerth, *Zur Rechtfertigung* ..., en “schwZStR”, 105, p. 109.

de prevención especial¹¹, con prescindencia de que lo haga a través de medidas o de penas.

En el marco de esta investigación no es posible un análisis exhaustivo de los aspectos filosóficos y políticos vinculados con la legitimidad de la utilización de instrumentos jurídicos —en su caso, de derecho penal— para la persecución de fines de prevención especial positiva y negativa. Se trata de una cuestión que no sólo toca las bases del derecho penal, sino que compromete aspectos fundamentales de la teoría del Estado y posiciones éticas básicas. Por esa razón, y teniendo en cuenta los límites impuestos por el sistema constitucional argentino, se habrá de partir del presupuesto indiscutido de que la persecución por parte del Estado de fines de prevención especial no sólo es aceptable, sino que, bajo ciertas condiciones, puede resultar obligatoria. *De lege lata*, la reinserción social del condenado constituye el objetivo central de toda pena privativa de libertad. En tales condiciones, es posible centrar la discusión en torno a la fijación de los *límites* dentro de los cuales puede ser perseguido dicho objetivo, y en cómo puede ser equilibrado frente a la consideración de otros derechos constitucionales que puedan entrar en conflicto, tales como el principio de culpabilidad por el hecho, el de reserva y el de legalidad.

— § 11 —

LA NECESIDAD DE UNA JUSTIFICACIÓN
DE LAS MEDIDAS EN LA DOCTRINA

La existencia de un sistema de “medidas de seguridad” dentro del derecho penal nació como un instrumento para compensar las deficiencias preventivas que revelaba el derecho penal de culpabilidad clásico. En este sentido, su origen se debe, fundamentalmente, a razones de “necesidad” que comienzan a ser percibidas a partir del desplazamiento al derecho penal de funciones que hasta ese momento eran asumidas por otras instancias jurídicas, fueran ellas policiales

¹¹ En el mismo sentido, Frisch, *Die Maßregeln* ..., en “ZStW”, 102 (1990), p. 363.

o de derecho civil, o bien, el encarcelamiento prolongado en el tiempo. En atención a ello, la escasa preocupación teórica por encontrar argumentos que legitimen la aplicación de las medidas privativas de libertad impuestas a sujetos calificados como "peligrosos" puede ser relacionada con el hecho de que, al menos en sus comienzos, era la propia finalidad de aseguramiento de la comunidad perseguida por las medidas la que legitimaba su existencia¹². Incluso en la obra de Exner, que es considerada como el primer intento de sistematizar los problemas relativos a las medidas, se parte de una justificación utilitaria, basada en el "principio de la economía"¹³ y en la "idea de protección de los bienes", si bien ya aparece la preocupación por establecer ciertas limitaciones. Así, aun cuando en este autor se echan de menos consideraciones acerca de la justicia de las medidas, él reconoce que la prevención del delito no es un fin que legitime cualquier instrumento, especialmente aquellos que suponen fuertes injerencias en la esfera jurídica del individuo, y esto lo conduce a exigir una relación entre el instrumento utilizado y el resultado perseguido¹⁴. En este punto, Exner señalaba que si el legislador realmente tiene por objetivo la protección de los bienes, no lo debe perder de vista al momento de seleccionar los medios adecuados para el logro de ese fin, y debe ponderar la suma del mal que inflige al sujeto en particular, y de ese modo, también a la sociedad, y compararlo con la suma de los males que se le ahorran a los posibles lesionados, y con ello, también a la sociedad¹⁵. En la persecución de este objetivo, sin embargo, de lo que se trata no es de la prevención del delito en un sentido absoluto, sino de una relativa reducción de las conductas delictivas, pues "lo que hace realmente fructífero al derecho penal no es la idea de necesidad sino la de proporcionalidad"¹⁶.

¹² Así, Kinzig, *Sicherungsverwahrung* ..., *op. cit.*, p. 29; en igual sentido, Frisch, *Die Maßregeln* ..., en "ZStW", 102 (1990), nota 46.

¹³ Exner, *op. cit.*, p. 6.

¹⁴ Tal la interpretación de Kinzig, *Sicherungsverwahrung* ..., *op. cit.*, p. 31, coincidente con la de Frisch, *Die Maßregeln* ..., en "ZStW", 102 (1990), nota 46.

¹⁵ Exner, *op. cit.*, pp. 4 y ss.

¹⁶ Exner, *op. cit.*, pp. 6 y s.

Una expresión legal del predominio de las puras consideraciones utilitarias, bajo la forma de la "protección de la población", se ve en la política del Tercer Reich, en la ley de reforma penal de 1941, que preveía la pena de muerte para los delincuentes habituales¹⁷.

La experiencia del nazismo dejó en claro que las puras consideraciones de utilidad no están en condiciones de evitar injerencias inhumanas sobre la persona del autor, y a partir de allí comienzan a aparecer algunos intentos por hallar argumentos que sustenten la legitimación de la aplicación de las medidas en aspectos diferentes a la mera utilidad de la medida.

— § 12 —

LOS INTENTOS DE JUSTIFICACIÓN ÉTICA DE LAS MEDIDAS

Frente a este desarrollo, no es de sorprender que los primeros intentos en esta dirección, después de la Segunda Guerra Mundial, hayan transcurrido por el carril de la justificación moral, y hayan puesto fuertemente el acento en la *falta de capacidad* del afectado para usar de la libertad. Posteriormente, la posibilidad de restringir la libertad por delitos futuros se apoyó en la analogía con los derechos de legítima defensa o el estado de necesidad y, finalmente, en la existencia de un interés público preponderante, en combinación con los deberes estatales de protección.

El primer punto de vista se apoya en la concepción de Welzel, según la cual es admisible restringir la libertad externa del autor en la misma medida en que éste carece de libertad interna, es decir, en tanto no es capaz de conducirse conforme a la norma¹⁸. Junto al aspecto de la incapacidad, Welzel acentuaba el mandato de respeto de la personalidad del afectado como límite de toda medida de seguridad, en el marco de la prohibición de utilizar a la persona como instrumento.

¹⁷ Kinzig, *Sicherungsverwahrung* ..., *op. cit.*, p. 31.

¹⁸ Welzel, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., de Gruyter, Berlin, 1969, p. 245.

Sin embargo, esta formulación del problema no está exenta de objeciones. En primer lugar, ella plantea la cuestión de cuáles son los criterios a partir de los cuales es posible juzgar la libertad interna de una persona¹⁹. En el caso de los inimputables, el apoyar la medida en la falta de responsabilidad puede resultar plausible, pero este criterio carece de aplicabilidad si se lo quiere trasladar a adultos psíquicamente normales, respecto de los cuales no cabría hablar de *incapacidad* para actuar conforme a la norma²⁰. Por otro lado, el planteo de Welzel no atiende suficientemente al hecho de que la Constitución garantiza el derecho a la libertad a todos los individuos por igual, con lo cual la incapacidad para utilizarla, por sí misma, aún no justifica una injerencia, y en todo caso, la respuesta sólo podría resultar en cierta medida convincente en los supuestos en los que el propio derecho admite una restricción de la capacidad de juicio, acción o culpabilidad, como sucede respecto de los menores o frente a las alteraciones psíquicas²¹. En el caso de las medidas aplicadas a sujetos adultos imputables, en cambio, la fundamentación de Welzel genera la contradicción de que al individuo se le reconoce la capacidad para utilizar su libertad, por un lado, y por eso se lo pena, para luego negarle su "libertad interna", y con este fundamento, aplicarle una medida²². De este modo, la explicación fracasa justamente frente al caso que configura la piedra de toque de la necesidad de legitimación de la injerencia.

A pesar de estas críticas, la tesis de Welzel, según la cual es admisible restringir la libertad externa de aquel que no hace un uso correcto de su libertad interna, tiene el mérito evidente de intentar ir más allá de la mera utilidad y de las necesidades de la comunidad. Sin embargo, cuando se pretende justificar las injerencias en la libertad sólo

¹⁹ Stratenwerth, *Zur Rechtfertigung* ..., en "schwZStR", 105, p. 114.

²⁰ Nowakowski, *Zur Rechtsstaatlichkeit* ..., *op. cit.*, pp. 107 y s.

²¹ Stratenwerth, *Zur Rechtfertigung* ..., en "schwZStR", 105, p. 114.

²² El argumento de la contradicción de aplicar medidas de corrección a imputables es desarrollado, entre otros, por Köhler, Michael, *Der Begriff der Strafe*, Decker, Heidelberg, 1986, pp. 80 y ss., esp. p. 81. En el mismo sentido, Kinzig, *Sicherungsverwahrung* ..., *op. cit.*, p. 33 y Streng, Franz, *Strafrechtliche Sanktionen*, Kohlhammer, Stuttgart, 2.ª ed., 2002, n.ºm. 281.

lo en la incapacidad de la persona para hacer un buen uso de ese derecho, ya no parece hacer falta una ponderación de los intereses en juego y toda medida "necesaria" se tornaría aceptable²³. De este modo, esta concepción no ofrece parámetros plausibles para la determinación de los límites dentro de los cuales es admisible una medida.

A esto se agrega una objeción de peso, relacionada con la comprensión del alcance de los derechos fundamentales. Desde el punto de vista de un Estado de libertades no es posible sostener que haya personas que no tengan derecho a la libertad externa, pues esto va en contra de la imagen valorativa de la persona que es característica de un ordenamiento jurídico adecuado a un Estado de derecho, dentro del cual la dignidad y autonomía de la personalidad han de ser respetadas en todo individuo, cualesquiera que sean sus falencias²⁴.

Una perspectiva bien diferente, pero también en la línea de llegar a una justificación ética de las intervenciones estatales preventivas, fue emprendida por Hellmuth Mayer. Desde su punto de vista, el aspecto decisivo de un derecho de medidas legítimo, sea que se aplique a inimputables o a imputables, ha de estar en el *aspecto tutelar* de la restricción de la libertad, que ha de ser concebida como una forma de ayuda social benefactora. En este sentido, no es posible fundamentar las medidas en su utilidad para la comunidad, pues "si las palabras han de tener algún sentido", entonces "la dignidad del hombre prohíbe que éste sea convertido en objeto"²⁵. No obstante, así como al incapaz se lo coloca bajo un tutor, también a la persona desamparada socialmente se la debe poner bajo un control orientado a su protección, a fin de que de ese modo pueda estructurar su vida en forma acorde con sus capacidades. En principio, Mayer parte de la base de un rechazo fundamental a las medidas de derecho penal que produzcan injerencias en la sustancia de la persona, y propone, como alternativa, la elaboración de un derecho tutelar, destinado a la protección de los afectados. La finalidad tutelar, sin embargo, no constituye un fundamento suficiente para autorizar medidas que produzcan

²³ Grünwald, *Sicherungsverwahrung* ..., en "ZStW", 76 (1964), pp. 634 y s.

²⁴ Nowakowski, *Zur Rechtsstaatlichkeit* ..., *op. cit.*, pp. 107 y s.

²⁵ Mayer, Hellmuth, *Strafrechtsreform für heute und morgen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1962, p. 42.

una injerencia en la sustancia de los derechos de la personalidad, aun cuando estén orientadas a la protección. Las injerencias con fines tutelares dirigidas a provocar un cambio en la personalidad sólo pueden ser justificadas cuando el hábito le haga imposible a la persona el configurar su vida en forma autorresponsable, libre y éticamente²⁶. En el caso particular del reincidente, considera que si no existe una mayor culpabilidad, entonces, se trata de un sujeto incapaz de cumplir sus deberes sociales normales, y en este sentido, que se trata de un necesitado de ayuda social²⁷. En la medida en que no merecen una pena, las molestias y peligros que proceden de personas en riesgo, socialmente desamparadas o realmente peligrosas, sólo pueden ser contrarrestados por medio de la actividad de tutela del Estado y la sociedad. Allí donde no hay culpabilidad, las molestias no pueden ser vistas más que como enfermedades sociales²⁸. En su concepto, el instituto de la custodia de seguridad no sería legítimo como medida, porque en tal calidad iría en contra de la dignidad del hombre al tratarlo como mero objeto en beneficio de la comunidad, y en todo caso, sólo sería admisible como una pena justa, fundamentada en la culpabilidad por conducción de la vida, en tanto "quien lleva la vida de un autor consuetudinario merece una pena indeterminada"²⁹.

— § 13 —

LOS CRITERIOS ORIENTADOS
A LA PONDERACIÓN DE BIENES E INTERESES

a — Las medidas como «legítima defensa»
de la sociedad

Paralelamente a los intentos de llegar a una justificación ética de las medidas, aparecen las construcciones teóricas que toman como punto de partida la necesidad de alcanzar un equilibrio entre los bienes o intereses en conflicto. Uno de los primeros intentos en este sen-

²⁶ Mayer, *Strafrechtsreform* ..., *op. cit.*, p. 55.

²⁷ Mayer, *Strafrechtsreform* ..., *op. cit.*, p. 43.

²⁸ Mayer, *Strafrechtsreform* ..., *op. cit.*, p. 127.

²⁹ Mayer, *Strafrecht. AT*, *op. cit.*, p. 380.

tido fue llevado adelante por Sax³⁰, quien sostenía que la comunidad tiene un derecho de *legítima defensa* frente al delito que ha de cometerse. Sin necesidad de un mayor análisis se advierte que el problema de una fundamentación de esta naturaleza reside en la ausencia de uno de los requisitos tradicionales de la legítima defensa, a saber, la actualidad de la agresión. Un delito que se espera *que alguna vez se produzca* y una agresión *actual* son cosas bien diferentes. Pero, aun con prescindencia de ello, ya la posibilidad misma de recurrir a una facultad de injerencia privada para fundamentar injerencias del Estado resulta sumamente discutible. Si esta analogía se intenta, además, sin cumplir siquiera con los requisitos que la figura tiene en su ámbito específico, la invocación se torna casi metafórica. Por lo demás, las posibilidades de esta concepción de producir un recorte de la injerencia resultan, de antemano, limitadas, ya por el hecho de que la legítima defensa, en principio, no reconoce el requisito de la "proporcionalidad", sino que sólo admite limitaciones ético-jurídicas³¹ mucho más laxas. Aun cuando Sax incorpora un elemento de proporcionalidad, el punto de vista de la legítima defensa da demasiada importancia a la *necesidad* en perjuicio de la *adecuación*. No obstante, la objeción principal en contra de este punto de vista reside en que, en las medidas, las razones que en la legítima defensa llevan a renunciar a una ponderación estricta de la injerencia que amenaza producirse, con relación a la necesidad de la defensa, no juegan ningún papel, pues la peligrosidad que entra en consideración respecto de ellas es fundamentalmente distinta de la que deriva de una "agresión actual y antijurídica"³².

b — La noción de «protección del interés
público preponderante»

Frente a los intentos de fundamentar las medidas a partir de la analogía con los tradicionales derechos privados que autorizan inje-

³⁰ En *Grundsätze der Strafrechtspflege*, en Bettermann - Nipperdey - Scheuner (comp.), *Die Grundrechte*, t. II/2, 2.ª ed., 1972, pp. 960 y ss.

³¹ Kinzig, *Sicherungsverwahrung* ..., *op. cit.*, p. 33.

³² Nowakowski, *Zur Rechtsstaatlichkeit* ..., *op. cit.*, pp. 108 y s.

rencias sobre bienes ajenos, aparece la vía elegida por la doctrina alemana mayoritaria, que considera que la admisibilidad de injerencias ajenas a la culpabilidad depende de la existencia de un *interés público preponderante*. Tal como se la invoca en la actualidad, esta posición fue formulada por primera vez por Nowakowski³³. Al igual que lo que sucede respecto de las fundamentaciones éticas, tampoco en la consideración del interés público preponderante decide únicamente la utilidad de la medida, sino que se debe tomar en consideración el derecho del individuo a la libertad. Dicho derecho sólo retrocede cuando la amenaza proveniente del afectado sea de un peso tal que se le deba conceder prioridad a la protección de la generalidad.

Según esta concepción, actualmente dominante, para la protección de la generalidad o de un individuo en particular es posible restringir la libertad de aquel de quien deriva una amenaza cuando esto es *necesario* —es decir, cuando el peligro no puede ser contrarrestado de otra manera— y cuando la restricción de la libertad, además, se encuentra en una *relación adecuada* con la medida y la probabilidad de la lesión que amenaza producirse³⁴.

Con arreglo a este principio, la medida que entra en consideración ha de ser *necesaria* para el logro del objetivo intentado, esto es, para la prevención de delitos. La necesidad supone, además, que la medida es *idónea* para realizar el fin preventivo buscado, y que éste no puede ser alcanzado por medio de un instrumento menos lesivo (subsidiariedad de la medida). En una segunda fase, se exige el examen de los valores en juego, a fin de determinar si la medida necesaria es, además, de mayor jerarquía que el interés del afectado que se le contrapone³⁵. De acuerdo con esta idea de protección de los bienes preponderantes —que ya aparecía en ciernes en la obra de Exner— se debe ponderar la suma de los males que se infiere al afectado, y con esto, también a la propia sociedad, y compararlo con la suma de los males que se le ahorran a los posibles lesionados. En esta valoración resultan decisivos tres puntos de vista: la medida de la peligrosidad del autor, el grado de idoneidad de la medida y la gravedad de la inje-

³³ Nowakowski, *Zur Rechtsstaatlichkeit* ..., *supra* citado.

³⁴ Grünwald, *Sicherungsverwahrung* ..., en "ZStW", 76 (1964), p. 634.

³⁵ Albrecht, *op. cit.*, pp. 15 y s.

rencia para el afectado, que habrá de determinarse teniendo en cuenta especialmente la duración, forma y condiciones de la ejecución de la medida³⁶.

Según esta concepción, el derecho de medidas encuentra su justificación en la protección del interés público preponderante, que consiste en la necesidad de seguridad de la sociedad estatal. El derecho individual del autor, dado el caso, debe ceder, cuando la amenaza que de él deriva es tan significativa que adquiere predominio la protección de la generalidad. En este sentido, cuando los posibles delitos son graves, y la probabilidad de comisión es alta, el interés público se torna prevalente³⁷.

En el marco de la protección del interés preponderante, las restricciones a los derechos personales no pueden basarse en que ciertos derechos (aquí, la libertad) no le corresponden a ciertos individuos, sino en todo caso en que su restricción es necesaria y adecuada para la preservación de ciertos intereses del propio afectado, o de otros, o bien, de la propia sociedad. Desde este punto de vista, la sociedad está legitimada a limitar la libertad del individuo en beneficio de la comunidad, y el individuo está obligado a tolerar esta limitación³⁸. Esta conjunción de intereses comprometidos se puede percibir claramente en el caso de la internación de enfermos mentales. Cuando esta clase de medidas son sustentadas exclusivamente en criterios tutelares, en la idea de que se está actuando en beneficio del afectado, no se acierta al núcleo jurídico-político de la injerencia³⁹, y queda sin explicación convincente no sólo el carácter coactivo de la medida, sino también su imposición en los casos en los que no hay esperanza alguna de "curación".

Tanto las medidas privativas de libertad de carácter penal, como ciertas restricciones de la libertad derivadas del derecho administrativo (por ejemplo, en casos de epidemia), se justifican en la noción del interés preponderante, que ha sido elaborada fundamentalmente en el marco de la dogmática penal para el ámbito de las causas de justificación. El principio, sin embargo, tiene una aplicabilidad más

³⁶ Albrecht, *op. cit.*, pp. 15 y ss.

³⁷ Kaiser, *Befinden sich die kriminalrechtlichen* ..., *op. cit.*, p. 48.

³⁸ Nowakowski, *Zur Rechtsstaatlichkeit* ..., *op. cit.*, pp. 102 y ss.

³⁹ Nowakowski, *Zur Rechtsstaatlichkeit* ..., *op. cit.*, p. 102.

amplia, y según él, frente a dos intereses en conflicto, el legislador siempre debe dar prioridad a la consideración y protección del valor preponderante. En toda medida preventiva existe una colisión de esta naturaleza: de un lado aparece la necesidad de seguridad de la sociedad, y del otro, los derechos personales del individuo sobre los cuales ha de producirse la injerencia⁴⁰.

La concreción de esta ponderación queda en manos del legislador, pero una medida preventiva sólo quedará justificada en tanto se apoye en la decisión valorativa correcta. El primer presupuesto para la justificación desde el punto de vista del interés preponderante es la *necesidad* de la intervención: una finalidad positiva sólo puede justificar la afectación del bien jurídico cuando ella no puede ser alcanzada de una manera menos lesiva; pero esto solo no basta. Una vez establecida la necesidad de la intervención también se debe establecer su adecuación valorativa. En este sentido, si bien algunas medidas quizá resultarían útiles en sí mismas, de todos modos, quedan excluidas de antemano porque producen injerencias sobre esferas de la personalidad que son consideradas intangibles, o bien, porque aun cuando pudieran ser consideradas en interés del propio afectado, no pueden ser justificadas por ningún interés público lo suficientemente importante. Un ejemplo de afectaciones inadmisibles lo constituyen las transformaciones de la personalidad producidas quirúrgicamente, como la lobotomía o la castración. Estos juicios de rechazo, por cierto, dependen de valoraciones y concepciones históricas y sociales. En el marco de estas valoraciones, al menos por el momento, la restricción de la libertad personal, aun cuando ella se produzca en condiciones particularmente severas (esto es, en establecimientos institucionalizados y bajo regímenes fuertemente restrictivos de la autonomía personal) no alcanza a afectar el núcleo intangible de la personalidad. En consecuencia, las restricciones a la libertad son consideradas admisibles en los casos en los que existe un objetivo político-criminal lo suficientemente significativo como para justificar la injerencia⁴¹.

⁴⁰ Nowakowski, *Zur Rechtsstaatlichkeit ...*, op. cit., p. 103.

⁴¹ Nowakowski, *Zur Rechtsstaatlichkeit ...*, op. cit., p. 104. Desde el punto de vista de este autor, idéntico criterio es igualmente válido para la pena, la cual también puede ser justificada bajo la perspectiva del principio del interés preponderante (op. cit., p. 109).

A diferencia de lo que ocurre frente a una justificación ético-jurídica de las medidas como la intentada por Welzel o por Hellmuth Mayer, el principio del interés preponderante amplía la base de discusión, en cuanto genera la exigencia de invocar argumentos de política criminal suficientemente convincentes: primero se debe establecer la utilidad de la sanción y luego determinar que ella es el instrumento adecuado para asegurar el valor jurídico de mayor jerarquía⁴².

*c — Las críticas y límites del criterio
de «protección del interés público preponderante»*

La justificación de la imposición de medidas de seguridad sobre la base de la invocación del interés público preponderante no ha estado exenta de críticas. Ello se debe, en primer lugar, a ciertas limitaciones que son propias del concepto, pues, en rigor, él no hace otra cosa que expresar uno de los aspectos del principio constitucional de proporcionalidad. Dicho principio resulta aplicable respecto de toda actividad estatal, sea legislativa, judicial o administrativa, y en consecuencia, también respecto de la imposición de sanciones penales⁴³. Se trata, en esa medida, de una fórmula vacía, que exige la determinación de los puntos de vista a ser considerados en la ponderación de los intereses contrapuestos, ya que es evidente que no sólo los peligros que tiende a aventar la medida pueden ser de muy diferente entidad, sino que también pueden serlo las injerencias que se imponga al afectado⁴⁴.

Si bien es cierto que el criterio del interés preponderante corre el riesgo de convertirse en un parámetro puramente formal, él tiene el mérito de dejar en claro que el mero objetivo de prevención especial no basta para la justificación de las medidas, sino que también se deben tomar en cuenta los derechos personales afectados, y en este sentido, representa un avance. Sin embargo, si no se le puede dar al principio límites precisos —cuya importancia para la aplicación práctica de la injerencia es decisiva— no resultará de ninguna utilidad para la justificación de las medidas.

⁴² Albrecht, op. cit., p. 14.

⁴³ Kinzig, *Sicherungsverwahrung ...*, op. cit., p. 35.

⁴⁴ Stratenwerth, *Zur Rechtfertigung ...*, en "schwZStR", 105, p. 115.

En efecto, si el principio del interés preponderante no es llenado con un contenido adicional, sólo adquiere el carácter de un mero preámbulo sin perfil adecuado al Estado de derecho y sin contenido ético-jurídico. Se vuelve necesaria, por lo tanto, una formulación precisa y la concreción de los factores que han de ser colocados en cada uno de los platillos de la balanza, respecto del interés de la seguridad, por un lado, y la consideración de los intereses del individuo, por el otro. En favor del interés público en la evitación de delitos juega, fundamentalmente, la gravedad de las lesiones jurídicas que se esperan del autor y la dimensión de la probabilidad de su producción. Por su parte, la injerencia en los intereses individuales del autor es determinada a través de la valoración de la duración de la medida, su clase y forma de ejecución, así como por la carga adicional que representa su indeterminación⁴⁵.

Como complemento de este criterio se destaca que el interés público en la evitación de delitos por parte del autor ha de medirse no sólo según la gravedad de los delitos que cabe esperar por parte del afectado, sino también por el grado de probabilidad de que ellos se produzcan. Menos clara es la cuestión relativa a la concreción de las exigencias mínimas del interés preventivo. von Liszt se pronunciaba en favor del encierro por tiempo indeterminado, o en su caso, de por vida, también respecto de hechos de escasa gravedad, respecto de los cuales la aplicación de tamaña injerencia es percibida actualmente como de una gravedad desmesurada. Privar de su libertad por tiempo indeterminado a un delincuente crónico, que sólo ha cometido delitos leves, sólo porque no existe otra vía para evitar con seguridad que vuelva a reincidir, es considerado en la actualidad, mayoritariamente, como un ejercicio sin duda excesivo del poder estatal⁴⁶. En cuanto a la ponderación de la medida de la injerencia, no existe duda de que ella depende, en lo fundamental, de la duración de la medida. Sin embargo, la ausencia de un límite temporal y la falta de certeza acerca de su duración constituye una dificultad adicional para la ponderación de la proporcionalidad de la restricción a la libertad. La existencia de atenuaciones de la privación de libertad también pue-

⁴⁵ Stratenwerth, *Zur Rechtfertigung* ..., en "schwZStR", 105, p. 115.

⁴⁶ Stratenwerth, *Zur Rechtfertigung* ..., en "schwZStR", 105, p. 116.

de tener influencia: es más fácil justificar una privación de libertad si el afectado tiene oportunidad, cada tanto, de recuperar la libertad⁴⁷. En definitiva, la cantidad y calidad de las restricciones que sufre el afectado dependerá de la forma concreta en que se ejecute la medida.

Desde otro punto de vista, se ha criticado la doctrina del interés preponderante sobre la base de que la justificación de las medidas no puede fundamentarse mirando a la reincidencia como un fenómeno significativo sólo desde la perspectiva de la prevención especial. Según Albrecht, en la valoración de las posibilidades de reiteración delictual resultan decisivas las necesidades preventivo-generales: toda abierta infracción a la norma afecta la confianza en las normas penales. Por ello, cuando a pesar de la pena, evidentemente, son de esperar otros delitos, la confianza en la norma se ve aún más lesionada, y se hace necesaria la aplicación de una medida como sanción para el mantenimiento del orden social. Si bien la finalidad terapéutica de las medidas cumple una función legitimante fundamental frente al individuo, según este autor, sólo desde una perspectiva preventivo-general es posible justificar la existencia de medidas de puro aseguramiento, en las que la idea de resocialización no juega ningún papel⁴⁸. De este modo, la peligrosidad es reinterpretada como un problema básicamente de prevención general, y las medidas penales son presentadas como complementos de la pena adecuada a la culpabilidad. De todas maneras, Albrecht reconoce que un punto de partida preventivo-general resultaría insuficiente, ya que tiene un carácter puramente formal, pues además de la necesidad de afirmación de la norma, también resulta imprescindible respecto de toda medida que ella pueda ser justificada no sólo frente a la generalidad, sino también frente al afectado⁴⁹.

El intento de justificar las medidas a partir de una fundamentación de prevención general no ha tenido ninguna aceptación en la doctrina. Ello se debe, fundamentalmente, a que con esta perspectiva se desenfoca la cuestión de su punto decisivo. Sin perjuicio de que se reconozca que las medidas tienen, *de facto*, efectos de prevención ge-

⁴⁷ Stratenwerth, *Zur Rechtfertigung* ..., en "schwZStR", 105, p. 119.

⁴⁸ Albrecht, *op. cit.*, p. 71.

⁴⁹ Albrecht, *op. cit.*, pp. 25 y ss.

neral, no es la mayor o menor necesidad de afirmar la norma *a costa* del autor lo que ellas tienden a poner de manifiesto. En efecto, lo que decide la calidad y cantidad de la medida no son las necesidades preventivo-generales, sino la peligrosidad puesta de manifiesto en el hecho del autor. Por otro lado, se trata de un criterio circular, ya que para afirmar la norma a costa del autor es necesario que esté obligado a tolerar la injerencia, y de la sola invocación de necesidades de prevención general no surge este deber, para cuya fundamentación habrá que encontrar un criterio adicional.

Como complemento del punto de vista del interés preponderante, algunos autores ponen el acento en el "sacrificio del afectado" que implican las medidas, en particular, en los supuestos de custodia de seguridad de multirreincidentes imputables. Así, se enfoca el tema a partir de la consideración de un sacrificio especial que se le estaría exigiendo al interesado en beneficio de la comunidad, y que consiste en tener que tolerar una privación de la libertad desvinculada del principio de culpabilidad, es decir, por un delito que nunca cometió⁵⁰.

Vistas las cosas desde una perspectiva puramente descriptiva, este criterio puede resultar plausible, pero deja sin respuesta la pregunta relativa a la legitimidad del sacrificio exigido, especialmente en los casos en los que el "sacrificio" es impuesto a aquel que ya cumplió una pena⁵¹. Pues el autor que ya ha cumplido la pena adecuada a la culpabilidad ya ha satisfecho todo lo que debía, y para imponerle un sacrificio más allá de ella se necesita un fundamento normativo "adicional". Presentar la cuestión como una "carga pública", cuando de lo que se trata es de una privación de libertad, exige, en todo caso, algún otro argumento que sustente el deber de tolerar esa injerencia adicional.

Por otra parte, si se exigen "sacrificios" por parte de aquel a quien se le impone tener que tolerar una injerencia en beneficio de la comunidad, se genera el derecho a una compensación por el daño sufrido, bajo alguna forma de indemnización. Esto es algo que aquí no ocurre: el afectado ve "expropiado" su derecho a la libertad, en razón de la utilidad que su encierro ofrece a la seguridad de la generalidad, pero

⁵⁰ Así Kinzig, *Sicherungsverwahrung ...*, op. cit., p. 37. Asimismo, Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, op. cit., n.º m. 281.

⁵¹ Así, Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, op. cit., n.º m. 281.

no recibe nada a cambio. En este sentido, el "tratamiento" o la "protección" tutelar vinculados a la privación de libertad no podrían merecer esta calificación, en razón de que son impuestos coactivamente y preordenados fundamentalmente en interés de la comunidad: no todo lo que es mejor para el tratamiento, en sentido estricto, se realiza, sino sólo en tanto ello no implique riesgos para el aseguramiento, o bien, los reduzca. Hablar de un "sacrificio especial", por lo tanto, sólo permite reflejar un aspecto de la naturaleza de la injerencia, pero esta perspectiva parcializada de la cuestión induce a confusión, y por cierto, no alcanza para justificar la imposición de las medidas.

— § 14 —

EL CRITERIO COMPLEMENTARIO
DEL DEBER ESTATAL DE PROTECCIÓN

Como complemento de la noción del "interés preponderante" se ha señalado la existencia de un deber de protección respecto del legislador, que estaría incumpliendo con sus funciones básicas si no asumiera la implementación de medidas preventivas. Según ello, las medidas de corrección y seguridad privativas de libertad se justifican no tanto por la existencia misma de un interés preponderante, sino fundamentalmente a partir del deber estatal de proteger el interés (preponderante) de la generalidad en que los bienes jurídicos permanezcan suficientemente preservados frente a los hechos que pudieran amenazarlos. Este interés de la comunidad en la evitación de hechos futuros dañosos por parte del autor aparece como de mayor peso frente a la peligrosidad particular del autor, en relación con el interés afectado, consistente en el mantenimiento de su libertad individual⁵², y preservar aquel interés constituye un deber estatal básico.

La legitimación de las medidas a partir del deber estatal de protección constituyó uno de los argumentos centrales del Tribunal Constitucional alemán en el fallo en el que se pronunció en favor de la constitucionalidad de la custodia de seguridad (§ 66, StGB). Según el tribunal mencionado, el Estado tiene el deber de proteger los derechos

⁵² Laubenthal, Klaus, *Die Renaissance der Sicherungsverwahrung*, en "ZStW", 116(2004), pp. 703, y ss., esp. 708.

fundamentales de las víctimas potenciales frente a posibles lesiones por parte de potenciales autores. Este deber del Estado, según se dijo, es tanto más intenso cuanto más se concreta e individualiza la puesta en peligro y cuanto más intensamente se vean afectados ámbitos vitales elementales⁵³.

El deber estatal de protección del interés preponderante aparece concebido como la contracara de la “prohibición de exceso”, bajo la forma de la llamada “prohibición de intervención insuficiente”. Sin embargo, aun cuando se admita la existencia de un principio constitucional semejante, él, por sí solo, no basta para fundar la obligación del legislador de prever medidas que vayan más allá de la culpabilidad, así como tampoco, de ordenar su imposición en los casos en los que no está suficientemente claro que la injerencia constituya una protección efectiva frente a otros delitos⁵⁴.

— § 15 —

LÍMITES DE LA FINALIDAD TUTELAR

COMO ARGUMENTO DE LEGITIMACIÓN: LA CONTRAPOSICIÓN

«MEDIDAS CURATIVAS VS. MEDIDAS DE SEGURIDAD»

En general, la introducción de medidas de seguridad en los códigos penales se fundamenta en las necesidades de la “lucha contra el delito”: dado que la pena de retribución es ineficaz o inaplicable respecto de algunos autores, es necesario complementar el sistema de derecho penal de culpabilidad tradicional con medidas específicamente dirigidas a objetivos de prevención especial. Sin embargo, esta sola fundamentación no sólo no basta para legitimarlas⁵⁵, sino que es, justamente, el principal motivo para verlas como “sospechosas”.

Por otro lado, tampoco parece razonable (¡ni factible!) negar la existencia de la necesidad de la sociedad de preservarse frente a posibles delitos, ni la legitimidad de esta necesidad en cuanto tal, y des-

⁵³ Decisión del BVerfG del 5 de febrero de 2004 (2BvR 2029/01), publicada en “NJW”, 2004, pp. 739 y ss., esp. p. 749.

⁵⁴ Kinzig, *Sicherungsverwahrung* ..., op. cit., p. 40.

⁵⁵ Albrecht, op. cit., p. 10.

de ese punto de vista, no le podría estar vedado a la comunidad, bajo cualquier circunstancia, el asegurarse frente a posibles delitos, incluso recurriendo a la privación de libertad. No obstante ello, el reconocimiento de esta finalidad aún no resuelve el punto relativo a los presupuestos para la persecución de este objetivo, ni la medida en que es posible afectar los derechos del individuo.

Como punto de partida, se puede afirmar que el *solo* interés público nunca basta para justificar corregir al afectado en forma coactiva. La utilización de la coacción en orden a lograr la modificación de la personalidad de un sujeto sólo resulta admisible allí donde también puede invocarse el interés bien entendido del propio afectado⁵⁶. En la definición del interés preponderante no puede quedar fuera de consideración si la medida, además de beneficiar a la generalidad, también puede ser invocada en interés del afectado, y para evaluar este aspecto, habrá de resultar decisiva la consideración de su forma de ejecución práctica, su contenido efectivo, y en particular, la actitud del afectado frente a la injerencia⁵⁷, especialmente, en cuanto al grado de coacción necesaria para llevar adelante la injerencia.

Siguiendo este criterio, en la medida en que sólo entre en consideración intentar alcanzar una modificación de la personalidad destinada a la mera adaptación del sujeto a las normas sociales, el objetivo que está en juego es la *seguridad* de la generalidad, la cual, por sí misma, resulta insuficiente para legitimar medidas coactivas dirigidas a modificar la personalidad. La cuestión es diferente cuando la medida *también* pueda ser vista, objetivamente, como un beneficio para el afectado, de tal modo que junto al interés público aparece un interés *individual* en el tratamiento⁵⁸.

Vista la cuestión desde esta perspectiva, la finalidad terapéutica o de reinserción social constituye el aspecto decisivo para la legitimación de las medidas. Dentro de este esquema, la tradicional distinción entre medidas de seguridad y de corrección perdería buena parte de su sentido, ya que toda medida debería ser concebida, en todos los casos, como una medida curativa. En consecuencia, una medida

⁵⁶ Stratenwerth, *Zur Rechtfertigung* ..., en “schwZStR”, 105, p. 109.

⁵⁷ Albrecht, op. cit., p. 18.

⁵⁸ Stratenwerth, *Zur Rechtfertigung* ..., en “schwZStR”, 105, p. 110.

será tanto más grave, cuanto menos ella pueda ser utilizada para un tratamiento efectivo, y de este modo, útil para la vida futura del condenado⁵⁹.

Sin embargo, esta construcción sólo puede constituir un punto de partida, pues deja sin resolver la cuestión de qué es lo que ocurre con la justificación de las medidas en las que esta última finalidad no es posible. En este sentido, difícilmente se pueda sostener en forma consecuente que un sistema penal, o incluso, uno civil o administrativo, sólo autoriza “medidas curativas”, pues en la “curación” no sólo influye el interés de proteger a los desamparados, sino, en buena medida, el de evitar perjuicios sociales. De este modo, el banco de prueba lo constituyen los casos en los que la curación no es posible, y de todos modos, la internación sigue siendo vista como la única alternativa razonable. Según Stratenwerth, es posible afirmar que tales casos serían situaciones excepcionales, que difícilmente se dieran en la práctica, ya que presuponen, por ejemplo, un autor violento y peligroso respecto del cual se pudiera afirmar con *seguridad* que no es posible ejercer ninguna influencia, que no requiere ninguna atención⁶⁰, y además, que la única alternativa es la privación de la libertad. Se trata, realmente, de un caso límite, casi construido, y en tanto exista siquiera alguna posibilidad de tratamiento y actuación sobre los déficit personales que conducen a la delincuencia, la intervención estatal debería estar dirigida en este sentido.

Sobre la base del reconocimiento de la facultad estatal para intervenir preventivamente frente a sujetos respecto de los cuales se puede predicar que constituyen un “peligro para sí o para terceros” es posible admitir, al menos en teoría, la imposición de medidas no sólo respecto de inimputables, sino también respecto de aquellos autores imputables que, a pesar de ser jurídicamente responsables, revelan un déficit social o de conducta tal que la intervención estatal aparece como imprescindible. Es el caso de ciertos multirreincidentes graves, respecto de los cuales, dentro de ciertos límites, podría resultar razonable la posibilidad de una medida de aseguramiento —si bien, en todo caso, bajo la condición de que el Estado no renuncie definiti-

⁵⁹ Kinzig, *Sicherungsverwahrung* ..., *op. cit.*, p. 38.

⁶⁰ Stratenwerth, *Zur Rechtfertigung* ..., en “schwZStR”, 105, p. 110.

vamente a realizar intentos serios de posibilitar al afectado una vida en sociedad⁶¹—. Lo que debe quedar fuera de discusión es la idea de “aseguramiento de incorregibles” como una categoría estática. Cuando se está discutiendo la implementación de medidas dirigidas a influir sobre la personalidad del afectado, la calificación de “incorregible”, en el mejor de los casos, sólo podría indicar que las reacciones estatales adoptadas hasta el momento han fracasado en el intento de apartar al individuo de la comisión de delitos, pero de ningún modo que esta situación habrá de permanecer inmodificable para siempre. Este aspecto, sin embargo, es también uno de los puntos que dificulta la legitimación de la finalidad de aseguramiento, en tanto la medida en cuestión puede aparecer como necesaria sólo como consecuencia de que hasta el momento nadie estuvo dispuesto o en condiciones de ocuparse suficientemente del autor⁶². Pero aun prescindiendo de este punto, la intervención de una medida de seguridad sólo podría entrar en consideración con relación a una situación particular del sujeto, eventualmente susceptible de ser modificada, y no como la referencia a una característica inalterable.

A su vez, tampoco en el caso de los enfermos mentales incurables se trata de puro aseguramiento, en la medida en que a su respecto interviene la finalidad asistencial⁶³, a través de la atención de aquellos que no pueden valerse por sí mismos dentro de la sociedad. En el examen de este punto no se debe perder de vista que algunos de los problemas de legitimación de las medidas de privación de libertad se plantean en forma incluso más aguda con relación a los internados en hospitales psiquiátricos, en tanto respecto de ellos no se constata ninguna conducta culpable, y en el caso de las internaciones civiles coactivas, ni siquiera se exige como requisito un hecho previo que apoye el juicio de peligrosidad (arg. art. 482, Cód. Civil). En este sentido, los requisitos formales para la imposición de tales medidas, en parte, son menores que los exigidos respecto de medidas aplicadas a sujetos imputables⁶⁴, y la función tutelar asignada a la internación

⁶¹ La cuestión será examinada *infra*.

⁶² Stratenwerth, *Zur Rechtfertigung* ..., en “schwZStR”, 105, p. 108.

⁶³ Stratenwerth, *Zur Rechtfertigung* ..., en “schwZStR”, 105, p. 110.

⁶⁴ Streng, *Legitimations-Dilemma* ..., *op. cit.*, p. 624.

no la convierte automáticamente en una injerencia menor sobre la libertad individual. De todos modos, lo que interesa destacar es que la finalidad de aseguramiento no puede excluir, bajo ningún concepto, que la internación esté dirigida y adecuada a las necesidades de tratamiento del afectado, pero al mismo tiempo, que la finalidad curativa tampoco basta por sí para legitimar una intervención coactiva en la libertad. "Aseguramiento y tutela no constituyen alternativas"⁶⁵; ambos objetivos deben ser colocados en un equilibrio aceptable.

En el caso de las medidas terapéuticas—ya sea la internación en un hospital psiquiátrico o en un establecimiento de desintoxicación—, así como también en las educativas, se invoca como argumento justificante el aspecto tuitivo de la medida, su carácter curativo o de "mejoramiento". Sin embargo, esta perspectiva no es sincera si en ella no se incluye la circunstancia de que el tratamiento es impuesto en forma coactiva, y que la terapia, en muchos contextos, sólo es el instrumento para el logro de la protección de la generalidad frente a nuevos delitos⁶⁶. En cualquiera de las medidas curativas o educativas del ordenamiento jurídico argentino, y con prescindencia de que intervenga el derecho penal o el derecho civil, no será el afectado quien defina su propio interés, sino que la curación le será impuesta por vías de hecho y de acuerdo con los parámetros de normalidad imperantes en el órgano estatal de ejecución. El ejemplo más claro es el de la curación de drogadependientes, o bien, la asunción por parte del Estado de los derechos propios de la patria potestad en el tratamiento de menores.

En efecto, aun cuando se ponga el acento en los aspectos tuitivos que cumplen las medidas, buena parte de los problemas de legitimación subsisten, quizá en forma más disimulada, y aparecen otros. El posible cuestionamiento de las facultades estatales de producir injerencias "preventivas" pasa a segundo plano, y reaparece la necesidad de justificar las facultades públicas de "educar a adultos", o como se ha dicho, gráficamente, del "poder de civilizar"⁶⁷.

⁶⁵ Stratenwerth, *Zur Rechtfertigung* ..., en "schwZStR", 105, p. 111.

⁶⁶ Streng, *Legitimations-Dilemma* ..., *op. cit.*, p. 621.

⁶⁷ La expresión es utilizada por Kaiser, *Befinden sich die kriminalrechtlichen* ..., *op. cit.*, p. 47.

Esto no significa que la orientación de la medida a un objetivo socialmente valioso, sea que se lo defina como "salud", "readaptación" o como el intento por aumentar la capacidad de autodeterminación⁶⁸ del afectado, resulte irrelevante para la legitimación de la injerencia, sino únicamente señalar la necesidad de establecer los límites de una justificación "tutelar" de la privación de libertad. Dicha justificación no se puede convertir en la vía para calmar las conciencias con el pretexto de que, en definitiva, la medida es impuesta "por el bien" del afectado, sino que no se debe perder de vista que lo que interesa, en rigor, es satisfacer una función social más amplia, que no se conforme con el mero encierro, sino que tienda a lograr una recuperación de la libertad en condiciones aceptables. Si se respeta el derecho del individuo de apartarse de la sociedad, sólo puede entrar en consideración la internación con fines tutelares o de protección en los supuestos en los que el afectado literalmente no está en condiciones de satisfacer sus necesidades elementales⁶⁹, y el conflicto no puede ser solucionado por una vía menos lesiva. Por otro lado, también se trata de no disimular los aspectos de aseguramiento implícitos en las medidas tutelares. Aun cuando tutela y aseguramiento no deberían constituir alternativas opuestas, en la ejecución de la medida ellas pueden entrar en conflicto, y según el acento esté puesto en las necesidades de reinsertar socialmente o, en cambio, en los requerimientos de seguridad, la disposición a asumir los riesgos propios de la atenuación de la ejecución será diferente. De este modo, subsiste la necesidad de encontrar algún parámetro para solucionar esos conflictos y definir cuál es el interés preponderante.

— § 16 —

LÍMITES DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD COMO OBJECCIÓN EN CONTRA DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Cuando se examina la legitimidad del sistema de medidas de seguridad en el marco del derecho penal, la referencia a los límites im-

⁶⁸ Stratenwerth, *Zur Rechtfertigung* ..., en "schwZStR", 105, p. 121.

⁶⁹ Stratenwerth, *Zur Rechtfertigung* ..., en "schwZStR", 105, p. 122.

puestos por la "culpabilidad por el hecho" y a la prohibición de "culpabilidad de autor" o por "conducción de vida" resulta obligatoria.

Además de constituir el fundamento para la aplicación de una pena, el principio de culpabilidad cumple la función fundamental de fijar un *límite*, según el cual un hecho no puede conducir a una reacción penal estatal que no tenga relación con su gravedad, y sólo en la medida en que dicha reacción sea reflejo de la culpabilidad, el privarlo de su libertad podrá ser considerado justo y compatible con la dignidad del hombre. Es posible que bajo el punto de vista de la utilidad político-criminal sea necesaria una injerencia más intensa en la libertad. Pero en honor a la justicia, cualesquiera que fueran las necesidades de política criminal, la persecución de objetivos preventivos debería producirse de tal manera que la culpabilidad no se viera superada⁷⁰.

Sin embargo, si esta afirmación se llevara al extremo, a partir de ella se debería extraer no sólo la consecuencia de que el derecho penal de culpabilidad no podría ser reemplazado por un derecho penal preventivo, sino, además, que junto a la pena adecuada a la medida de la culpabilidad no podría aparecer ninguna otra reacción dirigida a la resocialización o al aseguramiento de la sociedad⁷¹.

Desde esta perspectiva, es posible afirmar que un derecho penal que contiene elementos de prevención especial no se diferencia, en lo fundamental, de un derecho penal de doble vía. Tanto en uno como en otro sistema, el autor peligroso o necesitado de resocialización es privado de su libertad con independencia de la medida de su culpabilidad, al menos en algún grado. En un derecho preventivo puro esto sucede sin formular juicio ético alguno; en un sistema de doble vía, se agrega la pretensión de la comunidad jurídica de formular un juicio acerca del disvalor del hecho y del autor, de tal manera que una parte de la pena es entendida y ejecutada como retribución⁷², con apoyo en la culpabilidad como principal título legitimante.

En verdad, apenas se reflexiona acerca de las tesis que constituyen la base del principio de culpabilidad y sus consecuencias, el ju-

⁷⁰ Grünwald, *Sicherungsverwahrung* ..., en "ZStW", 76 (1964), pp. 636 y s.

⁷¹ Grünwald, *Sicherungsverwahrung* ..., en "ZStW", 76 (1964), pp. 637.

⁷² Grünwald, *Sicherungsverwahrung* ..., en "ZStW", 76 (1964), pp. 637 y ss.

cio acerca de un "derecho de las medidas" debería resultar demolidor. Sin embargo, esta tesis no puede ser tomada ilimitadamente y sin ninguna precisión. Es insostenible afirmar que cualquier medida preventiva que no esté cubierta por la medida de la culpabilidad resulta intolerable bajo cualquier circunstancia. Pero aun cuando sería inaceptable prohibirle a la sociedad toda injerencia preventiva, en cualquier circunstancia y respecto de cualquier persona, también es cierto que una injerencia en la libertad sólo puede estar justificada cuando es necesaria para evitar un sufrimiento grave a otros⁷³.

Según esto, cuando se plantea la alternativa en términos de "derecho penal de culpabilidad vs. necesidades de política criminal", los contextos no son percibidos correctamente. Pues la cuestión de hasta dónde se llevará la exigencia de que el ordenamiento jurídico renuncie a una punición en los casos en los que esto aparece como dudoso desde el punto de vista de la política criminal puede ser diferenciada de la de la medida de la legitimación del ordenamiento jurídico para imponer restricciones a la libertad con independencia de la culpabilidad para la protección de la comunidad⁷⁴.

Sin embargo, si el autor que ya ha cumplido la pena adecuada a su culpabilidad puede continuar privado de su libertad —por ejemplo, bajo el régimen de la reclusión por tiempo indeterminado (art. 52, Cód. Penal)— sobre la base de que sus condenas anteriores "hacen suponer verosímilmente que constituye un peligro para la sociedad", el principio de culpabilidad pareciera fracasar allí donde más se lo necesita, al abandonar en un supuesto decisivo su misión de limitar la potestad penal estatal de perseguir finalidades de prevención especial. Idénticas consideraciones resultan aplicables, en rigor, con respecto a los inimputables; si, por definición, tales sujetos carecen de culpabilidad, ¿cuál podría ser el fundamento para que el derecho penal los prive de su libertad, en condiciones que, en la práctica, pueden llegar a ser aún más gravosas que las que debe tolerar un culpable?

El contraargumento, según el cual existe un derecho de la sociedad a defenderse frente a autores especialmente peligrosos en los límites de lo necesario, o para preservar intereses preponderantes, por

⁷³ Grünwald, *Sicherungsverwahrung* ..., en "ZStW", 76 (1964), pp. 639.

⁷⁴ Exner, *op. cit.*, p. 176.

cierto, tiene su peso⁷⁵. Ese interés social de protección era expresado por Jiménez de Asúa en términos duros⁷⁶, con palabras que chocan frontalmente con la noción de culpabilidad por el hecho, pero que, a la vez, expresan con claridad meridiana una visión del problema de la reincidencia, o en general, de la "peligrosidad", que coincide con la del "hombre de la calle". Este aspecto del problema tiene importancia, en tanto permite percibir la existencia de un elemento "fáctico" en la justificación de las medidas: a través de una u otra vía todas las sociedades siempre han tendido a encontrar alguna forma de reacción jurídica frente a aquellos sujetos definidos como "peligrosos", sea que se trate de reincidentes, de enfermos mentales o de otras situaciones de socialización deficiente. Evidentemente, el mero hecho de que "siempre y en todos lados se ha hecho así" no puede constituir argumento legitimante alguno. Pero la existencia de equivalentes funcionales a las medidas de seguridad de derecho penal, sea a través de la asunción de las necesidades de prevención disimuladas en la propia pena, o por medio de las herramientas que ofrecen el derecho civil o el derecho administrativo —en los que el límite de la culpabilidad, en principio, no rige⁷⁷— constituye un aspecto que no puede ser dejado de lado en la discusión en torno de la legitimidad de las medidas. En este sentido, restringir la perspectiva de análisis al derecho penal y a los límites que dentro de él impone el principio de culpabilidad distorsiona la mirada acerca del alcance real de las conclusiones a que se arribe. Rechazar las medidas de seguridad con sustento en el principio de culpabilidad pierde de vista que no se trata de un problema específico de derecho penal, sino de derecho público: los límites del Estado para imponer injerencias sobre la base de pronósticos de peligrosidad. El derecho argentino vigente ofrece, en este sentido, un

⁷⁵ Streng, *Legitimations-Dilemma* ..., *op. cit.*, p. 634.

⁷⁶ Cf. Jiménez de Asúa, *op. cit.*, pp. 541 y s.

⁷⁷ En verdad, el principio de culpabilidad es reconocido, por vía de analogía, respecto de toda "sanción" equiparable a una pena. Pero si se calificara de "sanción", en este sentido, a toda intervención preventiva sobre la libertad, se llegaría al extremo de sostener que incluso todas las internaciones civiles coactivas de enfermos mentales "peligrosos" son inadmisibles por violar el principio de culpabilidad. Una solución difícil de sostener en la práctica.

ejemplo claro en el art. 34, inc. 1° del Cód. Penal, cuyos presupuestos ("peligro para sí o para terceros") son básicamente idénticos a las exigencias materiales establecidas por el ordenamiento civil⁷⁸.

— § 17 —

CONCLUSIÓN PRELIMINAR: LA DISCUSIÓN EN TORNO
DE LA LEGITIMIDAD DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD
RESTRINGIDA A LOS PRESUPUESTOS Y LÍMITES
DE SU APLICACIÓN

Todas las construcciones tendentes a responder los interrogantes que plantea la legitimación de las medidas preventivas parten, de uno u otro modo, de una situación en la que el interés de la comunidad en la prevención de delitos colide con el interés de libertad del potencial autor, y al mismo tiempo, insisten en exigir como presupuesto ineludible para el ordenamiento de medidas preventivas la existencia de una amenaza grave para la generalidad⁷⁹.

De todos modos, una perspectiva orientada a la definición del interés preponderante de la generalidad, aun cuando resulte más restrictiva que un criterio puramente utilitario, sólo puede adquirir un contenido concreto más específico si incluye como elemento decisivo de la ponderación a la persona del afectado. Desde este punto de vista, es más sencillo encontrar una justificación de la intervención preventivo-especial en los supuestos en los que es el interés del propio afectado el que puede invocarse como sustento de la medida coactiva, como en el caso de una enfermedad psíquica aguda. Frente a estas situaciones existe un consenso amplio en cuanto a que la intervención estaría justificada. En cambio, la imposición de una medida

⁷⁸ La identidad de fines a que se hace referencia se vincula con la asunción ya en el texto del Código Penal de una finalidad tuitiva. A diferencia de lo que sucede en los sistemas alemán o suizo, en los que las finalidades tutelares "puras", esto es, los casos en los que el peligro se circunscribe a los riesgos de autolesión, quedan fuera de la competencia del juez penal (cf. Stratenwerth, *Zur Rechtfertigung* ..., en "schwZStR", 105, p. 111), en el derecho argentino la función de las internaciones psiquiátricas civiles y penales se superpone en sus aspectos esenciales. Esta cuestión volverá a ser tratada más adelante.

⁷⁹ Müller, *op. cit.*, p. 76.

de seguridad a un sujeto imputable, fundada en la sospecha de que habrá de continuar cometiendo delitos es considerada muy discutible. En general, la internación y el tratamiento coactivo de enfermos mentales se suele aceptar sin mayores cuestionamientos, y a lo sumo, se discuten las condiciones y límites de la internación, mas no la legitimidad misma de la intervención "curativa" estatal. No obstante, la legitimidad de la injerencia estatal en estos supuestos tampoco es evidente, en tanto no constituye un objetivo legítimo del Estado el imponer medidas coactivas tendientes a lograr la "normalidad" de los ciudadanos, si es que este concepto puede ser definido de algún modo⁸⁰. En efecto, en la discusión jurídico-penal en materia de legitimidad de las medidas, la atención se desplaza con excesiva rapidez al cuestionamiento de la reclusión de los multirreincidentes, y de esta forma, se pierde de vista que muchos de los problemas de legitimación se presentan ya con respecto a las medidas aplicadas a inimputables.

Uno de los puntos críticos para la justificación de las medidas es el de la "identidad de ejecución". Una buena parte de las dificultades para legitimar la imposición de medidas, sean éstas curativas o de seguridad, se relaciona con las dificultades para distinguirlas exteriormente, y en la percepción del afectado, de una verdadera pena. Como ya se señaló, la orientación de la pena a una finalidad idéntica a la de las medidas impide que en este aspecto se puedan concretar diferencias significativas. En este sentido, la legitimidad "fáctica" de una medida no dependerá tanto de la mayor o menor oferta terapéutica o de resocialización —que nunca podría apartarse demasiado de la que se le brinda al penado— sino, fundamentalmente, de la existencia de un sistema que prevea oportunidades diversas y efectivas para la recuperación de la libertad⁸¹, a través de medidas de liberación y de control permanente de la subsistencia de las condiciones que originaron la imposición de la medida. Si algo diferencia a las medidas apoyadas en la "peligrosidad" de las penas aplicadas a "culpables" es el carácter *transitorio* del juicio sobre el que aquéllas se sustentan: nadie puede ser declarado "peligroso" para siempre. Las medidas preventivas necesariamente son ordenadas según el princi-

⁸⁰ Stratenwerth, *Zur Rechtfertigung*..., en "schwZStR", 105, p. 109.

⁸¹ Streng, *Legitimations-Dilemma*..., *op. cit.*, p. 636.

pio implícito de *rebus sic stantibus*⁸². En consecuencia, cualquier modificación en la situación que originó la imposición debe poder ser considerada de inmediato, y no pueden existir plazos fijos que limiten la posibilidad de recuperar la libertad; de otra manera, reaparece la objeción de la estafa de etiquetas de manera irremediable. Del mismo modo, el reconocimiento de la imposibilidad de alcanzar el objetivo declarado hace desaparecer la justificación de la medida, o bien, altera las bases del juicio de ponderación de intereses: si se determina que al menos por el momento no se está en condiciones de lograr la curación o la resocialización, y que sólo entra en consideración la finalidad de "aseguramiento de la generalidad", la invocación de la peligrosidad quedará sometida a un juicio de necesidad mucho más estricto.

En este sentido, la legitimidad de una privación de libertad "preventiva" no sólo depende de cómo ella se ejecute en concreto, sino de cómo puede ser dejada sin efecto, y de que ella pueda ser mantenida dentro del marco autorizado por el principio de proporcionalidad, en tanto límite general de toda injerencia estatal sobre derechos individuales.

En esta materia lo que entra en discusión es el alcance de un deber elemental del Estado y de su interpretación constitucional en el marco del principio de proporcionalidad⁸³: para la protección de la generalidad frente a los peligros que derivan de una persona es posible restringir su libertad, cuando esto aparece como necesario, es decir, cuando el peligro no puede ser evitado de otra manera, y cuando la restricción de la libertad mantiene una relación adecuada con la medida de la lesión que amenaza producirse. En otras palabras, una mirada sobre el derecho público demuestra rápidamente que la *culpabilidad* no es el único título que autoriza *legítimamente* al Estado a privar a un individuo de su libertad.

En este sentido, la cuestión de la justificación de las medidas preventivas se superpone con la de las medidas policiales en general,

⁸² Henkel, *op. cit.*, p. 742.

⁸³ Con relación a este principio básico en un Estado de derecho, cf. Richter - Schuppert - Bumke, *Casebook Verfassungsrecht*, Beck, München, 4.ª ed., 2001, pp. 22 y ss.; Schmidt, Rolf, *Grundrechte*, Schmidt, Grasberg bei Bremen, 3.ª ed., 2001, p. 73.

pues se trata, en lo esencial, del mismo objetivo: protección de la sociedad frente a posibles peligros⁸⁴. Este punto de vista, por cierto, no tiene nada de novedoso⁸⁵. Como se sabe, las funciones del derecho de medidas eran atribuidas originariamente al derecho administrativo⁸⁶, y buena parte de la oposición al sistema de doble vía se limitaba, en realidad, a rechazar que fuera el derecho penal quien asumiera dicha función, pero no a cuestionar la facultad estatal misma de perseguir tales objetivos de aseguramiento.

Por lo demás, si bien las dificultades para una estructuración de la imposición y ejecución de las medidas que no las desnaturalice y las convierta, de hecho, en penas sin culpabilidad, son muy significativas, no es ése el principal problema para su legitimación. Antes bien, al igual que toda medida "preventiva", ella depende de una definición eficiente de sus presupuestos, es decir, de la determinación de un "peligro amenazante" que deba ser prevenido por su intermedio. Si ese peligro pudiera ser determinado en forma convincente, buena parte de las objeciones perderían peso, y la cuestión quedaría reducida, en todo caso, a fijar la medida aceptable de la injerencia dentro de un Estado de derecho, lo cual, a su vez, quedaría resuelto por medio de la aplicación del principio de proporcionalidad. Un aspecto que, como se verá más adelante, ofrece numerosos flancos de discusión.

⁸⁴ Lagodny, Otto, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1996, pp. 278 y ss.

⁸⁵ Cf. Exner, *op. cit.*, pp. 45 y ss.

⁸⁶ Cf., por ejemplo, Jansing, Jan-David, *Nachträgliche Sicherungsverwahrung*, LIT, Münster, 2004, p. 425.

— 115 —
 EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
 EN EL DERECHO PENAL

El principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho penal es el resultado de la aplicación del principio de proporcionalidad en el derecho de medidas. Este principio se fundamenta en la necesidad de que la pena sea proporcional a la culpabilidad personal del autor por el hecho cometido. En consecuencia, el principio de proporcionalidad, la sanción privativa de libertad que se impone que guarda relación con el hecho de tal manera que no sea excesiva ni insuficiente. Como consecuencia, toda pena no puede ser aplicada por el hecho, y su medida depende, fundamentalmente, de la medida de la culpabilidad. Ha llamado la atención de la doctrina que, a su vez, el legislador penal prevé sanciones más o menos severas en virtud de la gravedad de los hechos y de la culpabilidad del autor respectivo, siguiendo en su caso un principio de proporcionalidad. A partir de las disposiciones previstas en abstracto el intérprete puede determinar dentro del sistema penal una determinada escala de valores, lo cual permite orientar la decisión en favor de una cierta interpretación de las tipos penales en un procedimiento característico con los términos penales.

Capítulo IV

Principio de proporcionalidad y medidas preventivas privativas de libertad

que se trata, en lo esencial, del mismo objetivo: protección de la seguridad frente a posibles peligros.¹⁴ En este punto de vista, por tanto, se trata de la misma finalidad.¹⁵ Como señalamos las funciones de prevención de delitos y de ejecución de penas se refieren al mismo objetivo: la seguridad de la persona y de la comunidad.¹⁶ y buena parte de lo que se ha dicho en el ámbito de la libertad de expresión se refiere a la necesidad de garantizar la seguridad de la persona y de la comunidad, pero no a garantizar la seguridad de la persona y de la comunidad en sí misma.¹⁷

Por lo tanto, si menos las dificultades para un restablecimiento de la impetación y ejecución de las medidas que los de cumplimiento y de cumplimiento de la pena, se pone en evidencia la necesidad de una medida de prevención de delitos y de ejecución de penas, no es ese el principal problema para su aplicación. Antes bien, el hecho de que una medida "prevenga" o "ejecute" depende de una debida consideración de los hechos y circunstancias, es decir, de la determinación de un "valor" que debe ser juzgado por su importancia. En ese sentido, el valor de la medida se determina en forma independiente, buena parte de las obligaciones perduran pese, y se muestran en ocasiones reducidas en eficacia, a que la medida es aceptable a un nivel dentro de un Estado de derecho, lo cual, a su vez, podría resolverse por medio de la aplicación del principio de proporcionalidad. En este punto, como se verá más adelante, el valor de la medida se determina de forma independiente.

Capítulo IV

Principio de proporcionalidad y medidas

prevenciones privativas de libertad

El principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho penal es considerado una de las consecuencias necesarias del principio de culpabilidad. Dicho principio se sustenta en la noción de que la pena presupone la reprochabilidad personal del autor por el hecho cometido, y según el principio de proporcionalidad, la reacción punitiva estatal debe conservar una cierta relación con el hecho, de tal manera que la pena refleje su gravedad. Como consecuencia, toda pena se apoya en la culpabilidad por el hecho, y su medida depende, fundamentalmente, de la medida de la culpabilidad (la llamada proporcionalidad cardinal). A su vez, el legislador penal prevé reacciones diferenciadas según la significación de los diferentes bienes jurídicos dentro del ordenamiento jurídico respectivo, siguiendo un esquema de proporcionalidad ordinal. A partir de las diferentes penas previstas en abstracto el intérprete puede reconocer dentro del sistema penal una determinada escala de valores, lo cual permite orientar la decisión en favor de una cierta interpretación de los tipos penales, siguiendo un procedimiento característico de los sistemas penales que se orientan a formular juicios de *censura* acerca de los hechos cometidos por el autor.

— § 18 —

ACERCA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHO PENAL

El principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho penal es considerado una de las consecuencias necesarias del principio de culpabilidad. Dicho principio se sustenta en la noción de que la pena presupone la reprochabilidad personal del autor por el hecho cometido, y según el principio de proporcionalidad, la reacción punitiva estatal debe conservar una cierta relación con el hecho, de tal manera que la pena refleje su gravedad. Como consecuencia, toda pena se apoya en la culpabilidad por el hecho, y su medida depende, fundamentalmente, de la medida de la culpabilidad (la llamada proporcionalidad cardinal). A su vez, el legislador penal prevé reacciones diferenciadas según la significación de los diferentes bienes jurídicos dentro del ordenamiento jurídico respectivo, siguiendo un esquema de proporcionalidad ordinal. A partir de las diferentes penas previstas en abstracto el intérprete puede reconocer dentro del sistema penal una determinada escala de valores, lo cual permite orientar la decisión en favor de una cierta interpretación de los tipos penales, siguiendo un procedimiento característico de los sistemas penales que se orientan a formular juicios de *censura* acerca de los hechos cometidos por el autor.

En un derecho penal de *medidas*, orientado a la prevención de peligros, la necesidad de formular un juicio de censura ya no juega un papel significativo, y las ideas de culpabilidad y reprochabilidad per-

sonal, en principio, carecen de toda relevancia¹. Qué es lo que haya sucedido en el pasado interesa sólo limitadamente, pues no se trata de juzgar los hechos *ya* cometidos, sino de evitar los que pueden llegar a cometerse *en el futuro*: la perspectiva *retrospectiva*, característica del derecho penal de culpabilidad, es reemplazada por un enfoque *prospectivo*, determinado por la necesidad de evitar futuros hechos delictivos.

Sin embargo, la noción de proporcionalidad no es privativa del derecho penal de culpabilidad, y la exigencia de reaccionar en forma proporcionada al hecho no tiene una vinculación necesaria con la idea de culpabilidad. Así, la forma más básica de proporcionalidad es la respuesta talional, que no se vincula de modo necesario con una concepción de reprochabilidad personal —aunque *puede* también ligarse a ésta—. En otras palabras, el principio de culpabilidad presupone la proporcionalidad de la reacción, pero una reacción proporcional no necesariamente es adecuada a la culpabilidad.

Desde el punto de vista del derecho público, el principio de proporcionalidad, en sentido amplio, puede ser relacionado en forma directa con la noción de Estado de derecho en su aspecto material. En este contexto, él cumple la función de establecer ciertas reglas básicas en la relación entre el Estado y el individuo, al que tiende a proteger de intervenciones estatales excesivas en sus derechos fundamentales. Desde una perspectiva constitucional, la regla de la proporcionalidad de la actividad estatal expresa un límite general a las injerencias sobre el ciudadano, según el cual sólo pueden ser legítimas aquellas injerencias que sean *necesarias* y *adecuadas* para la consecución del fin perseguido, y en tanto ellas no resulten excesivas (*proporcionalidad* en sentido estricto o prohibición de exceso). Se trata de un límite genérico, que alcanza a toda la actividad estatal, y en este sentido, también al derecho penal, tanto en su función retributiva “tradicional”, con relación a la legitimidad de la pena, como en su función “preventiva”.

En sentido positivo, el principio de proporcionalidad expresa un *mandato de ponderación*, es decir, la exigencia de someter previa-

¹ Gribbohm, Günter, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei den mit Freiheitsentziehung verbundenen Maßregeln der Sicherung und Besserung*, “JuS”, 1967, pp. 349 y ss., esp. p. 350.

mente a toda injerencia estatal sobre el individuo a la consideración de sus consecuencias, positivas y negativas. En sentido negativo, se lo suele sintetizar en la doctrina de derecho público bajo la fórmula de la “prohibición de exceso”²: toda injerencia que no guarde una relación de proporcionalidad con el objetivo que con ella se persigue es constitucionalmente inadmisibles³.

Si bien en su origen el principio de proporcionalidad se desarrolló en el derecho policial, estrictamente preventivo, paulatinamente la idea de “prohibición de exceso” se fue trasladando a toda medida estatal que produzca injerencias sobre los derechos del individuo⁴.

En rigor, la prohibición de exceso no se deriva claramente de ninguna regla constitucional específica, sino que ella es considerada inmanente a la noción de Estado de derecho, como uno de sus rasgos definitorios, y con la función de limitar las injerencias estatales a lo estrictamente necesario y adecuado para la consecución de aquellos objetivos que resultan admisibles en un Estado de derecho⁵.

— § 19 —

LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
EN EL ÁMBITO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

a — La legitimidad del objetivo
de prevención del delito

La vigencia del principio de proporcionalidad en materia de prevención del delito es reconocida en forma general⁶, y se considera fuera de discusión que también las medidas están alcanzadas por dicho límite, en tanto éste tiende a restringir, en forma general, toda actividad estatal que afecte derechos individuales⁷.

² Müller, *op. cit.*, p. 97.

³ Bae, Jong-Dae, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Maßregelrecht des StGB*, Peter Lang, Frankfurt, 1985, p. 58.

⁴ Müller, *op. cit.*, p. 101.

⁵ Müller, *op. cit.*, pp. 100 y s.

⁶ Nowakowski, *Zur Rechtsstaatlichkeit ...*, *op. cit.*, p. 105.

⁷ Müller-Dietz, Heinz, *Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus und Verfassung*, “JR”, 1987, pp. 45 y ss.

La necesidad de restringir razonablemente la persecución de objetivos de prevención del delito a través de injerencias sobre la persona es reconocida ya en las primeras construcciones teóricas sobre derecho de medidas preventivas: "toda forma de profilaxis debe preservar la proporcionalidad entre instrumentos y fines, de otro modo se convierte en el oso que golpea a su amo para espantar una mosca de su cara"⁸.

En este sentido, en el marco del tema de este trabajo, el principio de proporcionalidad cumple la función básica de asegurar que la imposición y ejecución de las medidas se mantengan dentro de lo constitucionalmente tolerable. La Constitución presupone, por un lado, que el Estado ha de poder contar con herramientas efectivas para proteger a la sociedad frente a posibles amenazas, pero también que esa protección de la sociedad se habrá de llevar a cabo de tal manera que el individuo se vea preservado frente a injerencias intolerables en sus derechos individuales⁹.

La evitación de hechos delictivos constituye un objetivo legítimo dentro de una sociedad, pero que no puede convertirse en un valor absoluto. Los derechos de la persona, la pretensión de respeto de su libertad y su dignidad son puestos en la balanza, y cuanto más sean valorados por el ordenamiento jurídico, tanto menor será el ámbito de peligros respecto de los cuales resultará aplicable una medida preventiva, y con tanto mayor cuidado se habrá de prestar atención a no avanzar sobre el núcleo de la personalidad¹⁰.

El problema central de una injerencia basada en la peligrosidad es que el sujeto deja de ser considerado como *persona* para pasar a ser visto como una "fuente de peligro" que se debe neutralizar, con lo cual se plantea un fuerte conflicto con la noción de "dignidad del hombre", pues, en definitiva, el sujeto es instrumentalizado en aras del interés de la comunidad.

Sin embargo, la objeción de la "instrumentalización de la persona" alcanza a toda privación de libertad ordenada con fines preventivos, y de ningún modo puede ser circunscripta a las medidas de seguri-

⁸ Nagler, *op. cit.*, p. 81.

⁹ Kinzig, *Sicherungsverwahrung ...*, *op. cit.*, p. 39.

¹⁰ Nowakowski, *Zur Rechtsstaatlichkeit ...*, *op. cit.*, p. 105.

dad de carácter penal, ni tampoco restringida a las impuestas a autores imputables. Quien argumenta en contra de la reclusión por tiempo indeterminado sobre la base de la lesión a la "dignidad de la persona" debería estar dispuesto a aceptar que idéntica objeción se aplica a cualquier internación de enfermos mentales, drogadependientes o menores que se apoye en el peligro que tales sujetos representan para la comunidad.

El argumento de la "instrumentalización" tiene una fuerza de convicción muy particular, especialmente cuando es invocado en el marco de un sistema que pretende poner a la persona humana como valor supremo. En el trasfondo se encuentra la comparación formulada por Hegel entre el amo que amenaza a su perro con un palo y el Estado que utiliza a la pena para que los hombres no delincan. Una imagen que aun hoy continúa provocando ciertos escrúpulos de conciencia, no siempre reconocidos, entre los sostenedores —ampliamente mayoritarios— de las teorías relativas de la pena.

Sin embargo, a pesar de la fuerza cultural, histórica e incluso emocional de la metáfora, afirmar que con la pena —o con cualquier otra intervención estatal— el hombre "es tratado como un objeto", en abstracto, no basta para descalificar automáticamente a la injerencia de que se trate. Se refiere a un argumento parcial, en el que se absolutiza a la persona, y se dejan fuera de consideración los límites sociales de la libertad. Existen numerosas situaciones en las que la vida en comunidad reclama determinadas conductas del individuo, y en las que el derecho autoriza su sometimiento por vía de la coacción estatal. En diversos ámbitos jurídicos, el derecho exige prestaciones en contra de la voluntad del individuo sin que ello por sí solo permita afirmar que de este modo queda convertido en mero objeto. Lo decisivo es, en todo caso, que no se imponga ni se exija más que aquello que lo que resulta valorativamente adecuado, y esto sólo puede ser fijado dentro de los valores propios de un ordenamiento jurídico y con las pautas que fija la propia Constitución¹¹. En este sentido, en tanto en la ejecución de las medidas se logre mantener el equilibrio entre el interés de la comunidad y la pretensión del individuo de que se lo respete como tal, la objeción relativa a la "instrumentalización" de

¹¹ Nowakowski, *Zur Rechtsstaatlichkeit ...*, *op. cit.*, pp. 105 y s.

la persona puede ser descartada, tal como sucede en otros casos de ponderación de intereses.

No obstante, aun cuando se admita la legitimidad del interés social en la prevención de delitos y las medidas de seguridad no estén sujetas al límite de la culpabilidad, ello no significa que el legislador pueda llevar adelante sus esfuerzos preventivos sin ninguna restricción. La admisibilidad de las medidas está sujeta a los límites de la necesidad de protección de la generalidad frente a la peligrosidad del autor, pero bajo la condición de que se conserve una cierta relación entre el peligro que deriva del autor y la injerencia que la medida produce sobre sus derechos fundamentales¹². En este sentido, el respeto por la dignidad del hombre constituye, sin duda, una pauta básica para la determinación de las medidas admisibles, tanto en su calidad como en su duración. Así, con prescindencia del límite de la proporcionalidad, ciertas injerencias resultan intolerables por sí mismas, al no resultar compatibles con decisiones valorativas fundamentales que la Constitución fija como línea interpretativa obligatoria para el actuar estatal¹³. De allí que resulten inadmisibles no sólo aquellas medidas que consistan en la eliminación física, sino también todas aquellas que resultan inaceptables desde la perspectiva de ciertas nociones culturales básicas, históricamente condicionadas, con relación a los alcances concretos del concepto de "dignidad del hombre". Es lo que sucede, por ejemplo, con la castración o la lobotomía, o bien, con el recurso a ciertos tratamientos psiquiátricos extremos o actualmente considerados "cruels".

Por otro lado, cuando se examina la cuestión de la admisibilidad de una injerencia desde la perspectiva de su necesidad (o bien, de su adecuación) no se debe perder de vista cuáles son los objetivos para la implementación de la medida. Dicho objetivo es, en principio, la evitación de futuros delitos por parte del afectado, pero su consecución no podría ser perseguida en forma irrestricta o excesivamente global. En este sentido también constituyen objetivos razonables y legítimamente perseguibles una reducción significativa del *riesgo* de comisión de nuevos delitos, o bien, la disminución de la velocidad de rein-

¹² Lenckner, *op. cit.*, p. 186.

¹³ Lenckner, *op. cit.*, pp. 185 y ss.

cidencia, o incluso, la reducción de la gravedad de los delitos esperables¹⁴. La razonabilidad de un objetivo más modesto que la evitación completa de delitos futuros deriva de que, en muchos casos, un objetivo "de máxima" resulta totalmente irrealizable. Esto puede suceder, con frecuencia, respecto de tratamientos terapéuticos o intentos de resocialización, los cuales, frente a un caso concreto, pueden prometer, a lo sumo, una mejoría. Pero también el objetivo de puro aseguramiento puede ser alcanzable sólo limitadamente, ya que, frente a ciertos supuestos, no es de descartar la posibilidad de comisión de delitos luego de una fuga, o bien, dentro del establecimiento¹⁵.

*b — Aspectos particulares de la aplicación
del principio de proporcionalidad en el ámbito
de las medidas de seguridad*

De conformidad con el alcance precedentemente atribuido al principio de proporcionalidad, y en tanto éste limita toda actividad estatal que produzca injerencias sobre el individuo, es posible afirmar que está fuera de discusión que las medidas privativas de libertad se encuentran regidas por el principio constitucional de proporcionalidad¹⁶.

A pesar del acuerdo existente en este punto, no es infrecuente que los códigos penales incluyan una regla específica en la que se establezca explícitamente la vigencia del principio de proporcionalidad para el ámbito de las medidas de seguridad¹⁷. Ello no sucede en el derecho penal argentino, pero también en él la vigencia del principio de

¹⁴ Frisch, Wolfgang, *Prognoseentscheidungen im Strafrecht*, Decker, Heidelberg, 1983, p. 95.

¹⁵ Frisch, *Prognoseentscheidungen...*, *op. cit.*, p. 96. Ello demuestra, al mismo tiempo, las dificultades para fundamentar una medida sólo en una finalidad de seguridad.

¹⁶ Cf., al respecto, Müller-Dietz, *Unterbringung...*, *op. cit.*, p. 47. Se trata de un comentario a una decisión del Tribunal Constitucional alemán en la que se compendian los principios generales sobre internación de incapaces, en un caso en el que se resolvió que resultaba desproporcionado mantener la internación por más de once años de un autor que había hurtado un tapado de piel (decisión del BVerfG del 8/10/85, "NJW", 1986, pp. 767 y ss.).

¹⁷ Tal el caso, por ejemplo, del § 62 del StGB alemán, el art. 56, párr. 2º, del StGB suizo, y con un sentido parcialmente diferente, también el art. 103 del Cód. Penal espa-

proporcionalidad como límite no podría ser puesta seriamente en duda. Del mismo modo, tampoco el Código Civil argentino incluye una regla expresa de proporcionalidad, a pesar de lo cual ella podría ser construida sin mayores esfuerzos a partir de la consagración de la *ultima ratio* de la privación de libertad consagrada en el art. 482, párr. 3° del Cód. Civil, que establece que la designación de un defensor especial tenderá a asegurar que “*la internación no se prolongue más de lo indispensable y aun evitarla, si pueden prestarle debida asistencia las personas obligadas a la prestación de alimentos*”.

Aun cuando la inclusión expresa de la regla podría parecer innecesaria, toda vez que el principio tiene rango constitucional y ninguna decisión judicial podría pasar por encima de él, se ha entendido, en general, que la presencia de una norma de nivel legal tiene el efecto de exigir la expresión de los fundamentos de la decisión también desde la perspectiva de la proporcionalidad: el juez no sólo debe examinar los presupuestos formales y materiales de la imposición de la medida, sino también examinar en particular el aspecto relativo a la proporcionalidad de la injerencia que ella representa como un punto específico de la decisión¹⁸.

Esta exigencia interpretativa se relaciona con los límites para la concreción práctica de la noción de proporcionalidad. Aun cuando exista acuerdo con relación a la vigencia del principio, lo cierto es que, conceptualmente, la proporcionalidad es una fórmula vacía. Si bien es cierto que ella permite excluir, *ex ante*, ciertas injerencias, ello sucede, en realidad, como derivación de puntos de vista vinculados con otras reglas constitucionales, fundamentalmente, con el respeto a la dignidad del hombre o la prohibición de tratos crueles. En este sentido, los efectos de la aplicación de la proporcionalidad sólo pueden ser evaluados frente a una injerencia específica. En abstracto, sólo es factible enumerar algunos de los puntos de vista que pueden entrar en consideración a fin de asegurar su aplicabilidad¹⁹.

ñol: “... El internamiento no podrá exceder el tiempo que habría durado la pena privativa de libertad si el sujeto hubiera sido declarado responsable...”.

¹⁸ Bae, *op. cit.*, p. 94.

¹⁹ Stratenwerth, *AT II*, *op. cit.*, p. 265.

— § 20 —

LOS CRITERIOS RELEVANTES PARA LA APLICACIÓN
DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

a — La intensidad del peligro a ser evitado

La significación que cabe asignar al interés público en evitar futuros delitos como fundamento para restringir la libertad del individuo se relaciona con el grado de peligrosidad del afectado, esto es, con el grado de probabilidad de que cometa otros delitos, y con la gravedad de los hechos esperados. En este sentido, en principio, es posible distinguir dos aspectos a ser tomados en consideración: la *probabilidad* de delitos, por un lado, y la *gravedad* de dichos delitos, por el otro, si bien, frente al caso concreto, ambos elementos pueden ser difíciles de separar.

En rigor, la ley —tanto penal como civil— no incluye ninguna referencia concreta a la gravedad de los hechos que son de esperar por parte del afectado. Únicamente se hace mención al peligro de que “*se dañe a sí mismo*” o a los demás, o bien, a la posibilidad de que se afecte “*la tranquilidad pública*” (art. 482, párr. 2°, Cód. Civil), dejando librado al juez o a la autoridad policial, en su caso, la ponderación de las características de los hechos que serían de temer.

Sin embargo, y a pesar del silencio legal, la necesidad de que se trate de hechos significativos deriva ya de la propia naturaleza de la injerencia: una privación de libertad basada en una probabilidad representa una intervención extrema en los derechos individuales que sólo podría entrar en consideración cuando el mal amenazado fuera de una gravedad tal que justifique la privación de un derecho tan básico como la libertad. Esto se relaciona con el concepto de proporcionalidad en sentido estricto: una medida resulta excesiva cuando el perjuicio para el individuo, al imponérsele la injerencia, es mayor que los perjuicios para la seguridad pública en caso de no hacerlo²⁰.

Por cierto, la comparación de ambos perjuicios no es sencilla, pues se trata de poner en equilibrio un menoscabo *efectivo* a la libertad en relación con hechos *presuntos*, respecto de los cuales no es posible es-

²⁰ Bae, *op. cit.*, p. 189.

tablecer sus características concretas, ni siquiera saber con certeza si se llegarán a producir efectivamente. En este sentido, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, uno de los problemas más complejos que se plantean para asegurar su vigencia efectiva se relaciona con la inseguridad acerca de la necesidad del sacrificio que se le exige al afectado. Desde cierto punto de vista, cuando un sujeto presenta una estructura de personalidad como consecuencia de la cual en ciertas situaciones ha quedado demostrado que comete hechos antijurídicos relevantes, que es posible que tales situaciones vuelvan a repetirse y que para la evitación de los hechos no entra en discusión seriamente ningún otro instrumento que no sea la privación de la libertad, la renuncia a dicho instrumento constituiría una decisión muy difícil de sostener frente a los amenazados por los hechos eventuales²¹. Frente a casos de esa configuración, una decisión jurídica irreversible en contra de la pretensión de protección de las víctimas potenciales no podría ser sostenida a largo plazo. Sin embargo, aun cuando a la comunidad no podría estarle vedada constitucionalmente la posibilidad de protegerse frente a situaciones de tales características, lo cierto es que *en todos los casos* el juicio de peligrosidad—esto es, sea que recaiga sobre imputables o inimputables, sobre sanos o dementes— habrá de ser un juicio incierto, y el factor “posibilidad de error” no podría dejar de ser ponderado al momento de establecer la proporcionalidad de la injerencia.

Al parecer, se podría sostener el criterio contrario y, a partir de la inseguridad inmanente a todo juicio de peligrosidad, afirmar que las dudas acerca de la efectiva necesidad de la injerencia deben ser resueltas siempre en favor de la protección de los derechos individuales. Una solución que equivaldría a la derogación de cualquier medida que representara una injerencia en la libertad basada en criterios de peligrosidad, y que, llevada adelante en todas sus consecuencias, resultaría socialmente inaceptable. La contracara de esta opción sería considerar suficiente cualquier riesgo como para justificar la protección de la comunidad, o bien, admitir cualquier herramienta que prometa efectiva protección. Ambas decisiones significarían tanto como derogar el principio de proporcionalidad.

²¹ Frisch, *Prognoseentscheidungen ...*, op. cit., p. 158.

Puesto el problema en términos de una alternativa inconciliable, entre “rechazo de la peligrosidad vs. protección ‘eficiente’ de la sociedad” difícilmente se podría llegar a una solución jurídica aceptable. En un caso, el derecho aparecería como impotente, y en el otro, como totalitario. Si se admite como premisa que se trata de una materia que no puede quedar sujeta al azar de las reacciones sociales informales, sino que debe ser reglada por el derecho, la cuestión será encontrar una vía de ponderación equilibrada de los intereses en juego o, formulado en otros términos, establecer una distribución aceptable de los riesgos. Pues el problema que se plantea desde el punto de vista constitucional es el de quién ha de cargar con los costos de los posibles errores en el pronóstico de peligrosidad, si la sociedad o aquel que en realidad es *posible* que no represente ningún peligro, a pesar de lo cual es privado de su libertad²².

Como se puede ver, buena parte de la efectividad del principio de proporcionalidad para actuar como un límite real a las injerencias sobre los derechos individuales se relaciona con la posibilidad de determinar en forma convincente la carga del individuo de tolerar la injerencia, esto es, con la posibilidad de formular un *pronóstico de peligrosidad* convincente.

b—La intensidad de la injerencia en los derechos del afectado

Para poder establecer si el interés público en evitar posibles delitos tiene peso suficiente como para justificar una medida privativa de libertad es decisivo determinar, además, el grado de afectación que dicha privación habrá de provocar. Desde este punto de vista, no sólo interesa la duración y la forma concreta de ejecución de la medida, sino también hasta qué punto ella estará en condiciones de producir efectos positivos, que puedan ser invocados en interés del propio afectado²³. La efectiva intensidad de la medida sólo puede ser evaluada según la situación del caso específico, es decir, según las características de personalidad del afectado, los distintos métodos de tratamiento,

²² Kinzig, *Sicherungsverwahrung ...*, op. cit., p. 97.

²³ Stratenwerth, *AT II*, op. cit., p. 268.

los diferentes establecimientos posibles, pero también teniendo en cuenta los efectos concretos que son de esperar sobre su persona²⁴.

A fin de determinar el grado de afectación de los intereses individuales, en primer lugar, será decisiva la duración de la privación de libertad. En el caso de los diversos supuestos de internación psiquiátrica coactiva, el derecho vigente no prevé ninguna limitación temporal para la duración de la privación de libertad, posiblemente, sobre la base de la idea de que la peligrosidad de la enfermedad puede llegar a prolongarse, bajo ciertas circunstancias, de por vida. La ausencia de un límite temporal de derecho positivo, por cierto, no impide tomar en cuenta la circunstancia de que, con el transcurso del tiempo, la injerencia se vuelve más intensa, lo cual ha de reflejarse en las exigencias relativas a la fundamentación de la subsistencia de la necesidad de la medida. En este sentido, por aplicación del principio de proporcionalidad, al prolongarse en el tiempo la duración de la internación, aumentan los requisitos del pronóstico de peligrosidad, hasta llegar a un punto en que la libertad debería ser concedida "a ojos cerrados"²⁵.

Con relación a la duración indeterminada de la injerencia, las posibilidades de establecer límites máximos plantean diferentes dificultades. Pero, en todo caso, más que intentar poner un límite que la realidad puede demostrar como inadecuado, lo que sí corresponde es que se tome en consideración que una privación de libertad cuya duración no se puede establecer de antemano produce una afectación adicional a los derechos del internado, mayor que la que implica una de duración prefijada. En efecto, a la privación de libertad se le agrega el peso que significa la falta de certeza acerca de cómo habrá de desarrollarse el futuro, cuándo se recuperará la libertad y si esto ocurrirá alguna vez. En principio, y aun cuando se fijara legislativamente un tope de duración máxima, es muy difícil que frente a una medida orientada a contrarrestar la peligrosidad el tribunal pueda estar en condiciones de prefijar de antemano su duración; en el mejor de los casos, sólo será posible contar con estimaciones basadas en la experiencia con supuestos similares. Desde otro punto de vista, en princi-

²⁴ Bae, *op. cit.*, p. 145.

²⁵ La expresión, sumamente gráfica, es utilizada por Kaiser, *Befinden sich die kriminalrechtlichen ...*, *op. cit.*, p. 20.

pio, no puede sostenerse que una privación de libertad indeterminada sea, necesariamente, por su carácter de tal, cruel, inhumana o degradante. En todo caso, lo que sí corresponde es que la circunstancia de la indeterminación de la duración de la privación de libertad sea puesta en la balanza al ponderar la intensidad de la injerencia. Del mismo modo, se debe exigir que la falta de certeza se mantenga dentro de ciertos límites, y que esto se manifieste en la disposición del ordenamiento jurídico a poner fin a la internación en cuanto el grado de peligrosidad del autor lo permita²⁶.

Asimismo, no se discute que para la determinación de la intensidad de la injerencia resultan decisivas las condiciones en las que se ejecuta la medida. Aun cuando la privación de libertad como tal sea idéntica es evidente que existen diferencias entre una internación en una celda de aislamiento y una en un establecimiento abierto.

Desde otro punto de vista, las medidas orientadas a la pura resocialización o a la "curación" del afectado tienen el efecto de agregar a la privación de libertad una intervención sobre la personalidad y la intimidad del sujeto que no está presente en la pena de prisión, al menos no con el carácter coactivo, o de "sustitución de la voluntad", con que estas intervenciones se producen en el ámbito de las medidas, en particular, respecto de las aplicadas a inimputables. Por otro lado, la imposición de una medida viene acompañada de un efecto de estigmatización social muy intenso, en ocasiones mayor que el que produce una pena. De allí que se haya hablado de "doble estigmatización"²⁷. En este sentido, una medida puede ser considerada tanto más grave cuanto menos ella pueda ser utilizada para un tratamiento efectivo y, de este modo, útil para la vida futura del afectado. Del mismo modo, la posibilidad de que, en definitiva, la medida fracase y termine perjudicando al interesado también es un factor que no puede quedar fuera de consideración²⁸. A la inversa, una medida que puede ser invocada en favor de los intereses del propio afectado, por regla general, será más sencilla de justificar. En el caso de una enfermedad mental aguda, que impide al afectado su propia subsistencia, esto no ne-

²⁶ Grünwald, *Sicherungsverwahrung ...*, *op. cit.*, p. 639.

²⁷ Bae, *op. cit.*, p. 112.

²⁸ Kinzig, *Sicherungsverwahrung ...*, *op. cit.*, p. 38.

cesita mayores aclaraciones, y la finalidad tuitiva que acompaña a la medida asegurativa permite una justificación, en principio, más sencilla. Sin embargo, la determinación del "interés presunto del propio afectado" puede no ser de fácil determinación. En una sociedad pluralista difícilmente se pueda llegar a un consenso sobre este punto²⁹. Los supuestos en los que existe el consentimiento del afectado son relativamente fáciles de resolver, pues el "interés presunto" coincide con el interés fáctico, como puede suceder en algunos casos de intervenciones con fines de desintoxicación. Sin embargo, el criterio del consentimiento como atenuante de la gravedad de la injerencia no puede ser aplicado sin distinciones. En efecto, en la gran mayoría de los supuestos que entran en consideración se trata de aquellos en los que el afectado no está en condiciones de ponderar su propia situación, o bien, se trata de casos en los que la propia ley establece la imposición de una pena como alternativa (así, las medidas previstas por la ley 23.737), con lo cual, ya no es posible hablar de "consentimiento".

Cuál es el valor que puede asignarse a una medida terapéutica para el interés del afectado, en la gran mayoría de los casos, ha de establecerse siguiendo criterios *objetivos*. Una posibilidad en esta dirección sería tomar una pauta de "razonabilidad", esto es, examinar la situación del afectado y resolverla como lo haría una persona razonable si se encontrara en una posición semejante, siguiendo un razonamiento similar al del "consentimiento hipotético" construido por la jurisprudencia alemana para casos de consentimiento médico³⁰. Tal criterio, por cierto, necesariamente habrá de estar orientado a un determinado modelo de ciudadano, fijado por los patrones valorativos del juzgador. Otra alternativa es poner el acento en la consideración de la autonomía individual del afectado, y orientar la interpretación de su interés no tanto hacia el logro de un cierto modelo de conducta a ser alcanzado, sino, antes bien, a la superación de un estado de fal-

²⁹ Stratenwerth, *AT II*, *op. cit.*, p. 270.

³⁰ Cf. "NJW", 2000, pp. 885 y ss.; "StV", 2004, p. 371. El "consentimiento hipotético", a diferencia del "presunto" —destinado a la justificación de intervenciones urgentes en las que el afectado no está en condiciones de manifestarse—, hace referencia al grupo de casos en los que se torna dudosa la imputación de una infracción al deber médico de información, debido a que es razonable pensar que el paciente, si hubiera sido correctamente informado, habría consentido la intervención.

ta de libertad de decisión. Desde este segundo punto de vista, preferible en un Estado democrático, la concepción general de las medidas ha de tener carácter *emancipatorio*, y dirigirse, básicamente, a posibilitar al afectado un mayor grado de autodeterminación³¹.

*c — La necesidad de la medida y su vinculación
con la finalidad perseguida*

La injerencia en los derechos individuales que representa una medida de seguridad sólo puede estar justificada en tanto y en cuanto ella resulte adecuada para la consecución del fin perseguido con su imposición, y sólo mientras esta situación no se modifique.

En consecuencia, una medida dirigida a fines de prevención especial sólo puede ser impuesta cuando aún subsiste la necesidad que ella tiende a satisfacer³². Desde este punto de vista, la imposición automática de una medida dirigida a contrarrestar la peligrosidad, a ser ejecutada, por ejemplo, luego del cumplimiento de una pena, resultará inaceptable, en tanto no permita examinar si luego de ejecutada la pena aún persisten las necesidades que dieron fundamento al ordenamiento de la medida³³. Del mismo modo, si durante la ejecución de la privación de libertad el logro de la finalidad perseguida se torna imposible, la medida pierde sus presupuestos de legitimidad y debe ser dejada sin efecto³⁴. Idéntica solución se impone frente a cualquier situación en la que, por diferentes circunstancias, la medida haya dejado de ser necesaria al haberse alcanzado el objetivo perseguido con independencia de la ejecución efectiva de la medida, como, por ejemplo, en el caso de un drogadependiente que se hubiera sometido por sí mismo a un tratamiento exitoso, o el de un multirreincidente que hubiera quedado inválido.

³¹ Tal la propuesta de Stratenwerth, en *Strafrecht und Sozialtherapie*, en *FS Bockelmann*, Beck, München, 1979, pp. 901 y ss. Por cierto, más allá de la admisibilidad teórica de este objetivo, es indudable que su concreción efectiva, en la práctica, puede no ser sencilla.

³² Stratenwerth, *AT II*, *op. cit.*, p. 273.

³³ Esta es una de las principales razones que tornan inadmisibles una regla como la establecida por el art. 52 del Código Penal.

³⁴ En el mismo sentido, Stratenwerth, *AT II*, *op. cit.*, p. 275.

Desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, y en particular, teniendo en cuenta el requisito de la necesidad de la injerencia, una medida que no promete resultados, esto es, que se prevé *ex ante* como carente de perspectivas de éxito, carece de justificación. De allí que sea correcto que un tribunal renuncie a una medida determinada, si ella no es realizable³⁵, sea que ello se deba al carácter insuperable del déficit del afectado o, incluso, a la imposibilidad de implementación práctica de la medida.

Con relación a la necesidad es posible aplicar reglas análogas a las que rigen respecto de la legítima defensa: la posibilidad de alcanzar el resultado por medio de un instrumento menos lesivo no siempre excluye la necesidad del medio empleado si éste aparece como más seguro para el logro del fin³⁶. Pero, a la inversa, la imposibilidad de alcanzar el objetivo la convierte en excesiva, y su justificación quedará sujeta a la posibilidad de invocar *otro* objetivo legítimo y a la revisión de sus presupuestos desde ese diferente punto de partida.

d — La adecuación de la medida

Resulta evidente que una medida sólo puede alcanzar su objetivo cuando la injerencia que ella conlleva es, además de necesaria, *adecuada* para el logro de la finalidad perseguida. Visto de este modo, el requisito de la “adecuación” parece casi trivial. Sin embargo, en la práctica, la cuestión relativa a la efectividad de la medida, esto es, si ella es adecuada al fin propuesto puede ser dudosa, lo cual exigirá, frente al caso concreto, el examen de las perspectivas de éxito de una cierta injerencia, y a menudo, la respuesta no será conclusiva.

De acuerdo con este principio, una medida es adecuada cuando ella constituye un instrumento idóneo para el logro del resultado que se persigue. Esto presupone que el objetivo de la medida ya haya quedado establecido. Una concreción razonable de este criterio exige que el juicio de adecuación al fin sea realizado *ex ante* y desde la perspectiva del juzgador. Las dudas acerca de la efectividad de la medida aún no fundamentan una lesión al principio de adecuación.

³⁵ Dreher, Eduard, *Die Vereinheitlichung von Strafen und sichernden Maßregeln*, “ZStW”, 65 (1953), pp. 481 y ss., esp. p. 487.

³⁶ Frisch, *Prognoseentscheidungen ...*, op. cit., p. 105.

En el examen de la adecuación de la medida no puede dejar de entrar en consideración, además de la gravedad de los hechos delictivos a ser evitados, las “chances” de lograr ese resultado a través de la aplicación de la medida. Cuanto mayores sean estas posibilidades, tanto más estará justificado el menoscabo del interés del afectado. Una medida resultará *adecuada* para la producción de un resultado normativamente relevante cuando, según experiencias fundadas, su implementación suele colaborar a la producción de ese resultado o, por lo menos, cuando, también según criterios empíricos, existe una chance realista de alcanzar ese resultado en el caso concreto³⁷.

La capacidad de rendimiento de la fórmula de la adecuación suele ser definida en la doctrina constitucional alemana como una “red de malla gruesa”, cuya principal función es la de excluir una selección de medios extremadamente equivocada en la implementación de las medidas³⁸. Desde este punto de vista, la noción sólo adquiere su significación específica cuando se la combina con el principio de subsidiariedad, que presupone la existencia de varios instrumentos posibles.

e — El principio de subsidiariedad y la prohibición de exceso

Con arreglo al principio de subsidiariedad, cuando varias medidas aparecen *prima facie* como adecuadas para alcanzar la finalidad perseguida, ha de aplicarse aquella que produzca la menor injerencia sobre los derechos del afectado. Desde este punto de vista, suele expresarse también que sólo es *necesaria* la medida menos lesiva o, dicho en otras palabras, que una medida es *necesaria* sólo en tanto no existe otro medio, menos lesivo para los derechos del individuo, que permita alcanzar el fin perseguido con la misma eficiencia. En este punto, las expresiones “necesidad” y “subsidiariedad” suelen ser utilizadas indistintamente, y un instrumento es presentado como no necesario cuando el resultado pretendido también puede ser logrado mediante la aplicación de un medio menos lesivo. A idéntica adecuación al logro del resultado, la injerencia más grave es *subsidiaria*

³⁷ Frisch, *Prognoseentscheidungen ...*, op. cit., p. 104.

³⁸ Cf. citas en Bae, op. cit., p. 135.

frente a la injerencia menos grave. De acuerdo con esta formulación, el requisito de *necesidad* de la injerencia es equivalente al principio de subsidiariedad o de mínima intervención³⁹. La utilización de una u otra expresión, sin embargo, no responde a una cuestión de fondo. Lo decisivo es la consecuencia: frente a la existencia de varios instrumentos igualmente idóneos, la elección debe recaer sobre aquel que produzca una injerencia menor en la esfera de derechos del afectado.

Del mismo modo, se afirma que una medida penal sólo es admisible cuando no existe otro medio adecuado⁴⁰ disponible que tenga efectos menos injerentes, lo cual constituye una consecuencia inmediata del reconocimiento de los derechos de libertad del individuo. En este sentido, el principio de subsidiariedad expresa un lineamiento general de reticencia en la disposición de medidas privativas de libertad⁴¹, que han de constituir la *ultima ratio*. Se trata de una restricción básica en materia de derecho de las medidas, que ya aparecía en los primeros trabajos teóricos sobre el tema. Así, ya Exner señalaba que entre varios instrumentos de aseguramiento posibles, por medio de los cuales se pudiera contrarrestar el peligro, se debía elegir aquel que menos limite la libertad del sujeto contra quien debe ser utilizado, siguiendo la regla: "A igualdad de resultados se debe dar preferencia al menor sufrimiento"⁴².

Formulado en términos algo más modernos, es posible afirmar que, según el principio de subsidiariedad, entre varias medidas que prometen resultados se debe dar preferencia a aquella que produzca una injerencia menor en la esfera jurídica del afectado. Ello supone que deben entrar en consideración también aquellos instrumentos que no son propios del derecho penal —como disposiciones tutelares, la puesta al cuidado de un familiar, tratamientos ambulatorios, etcétera—, en tanto aparezcan como menos lesivos que la internación o la privación de libertad en general. En este punto, se debe tener en

³⁹ Müller, *op. cit.*, pp. 97 y ss.

⁴⁰ En este punto, cabe aclarar que la referencia a la adecuación también recoge la prohibición de exceso: no entran en consideración como *adecuadas* aquellas medidas que fueran desproporcionadas o contrarias a la dignidad del hombre.

⁴¹ Albrecht, *op. cit.*, p. 35.

⁴² Exner, *op. cit.*, pp. 142 y s.

cuenta que la imposición de la injerencia menos lesiva deriva de un imperativo constitucional, por lo cual, más allá de que por razones de conveniencia el legislador establezca que sea uno u otro juez quien tenga a su cargo cierta clase de herramientas jurídicas con exclusividad, tales reglas de competencia no podrían ser invocadas a fin de perjudicar el derecho del afectado a la mínima injerencia posible. Este aspecto no siempre aparece con suficiente claridad en la jurisprudencia y la doctrina argentinas, cuando se afirma que el "régimen civil es menos lesivo" que el penal⁴³, como un argumento vital en contra de las medidas de seguridad penales. Frente a situaciones en las que el régimen civil puede ser presentado como "menos lesivo", en realidad, lo que se estaría discutiendo es la jurisdicción del juez penal para aplicar por sí dicho régimen en el marco de una medida dictada dentro de un proceso penal, o bien, para interpretar que el régimen penal de medidas no es taxativo y autorizar, por ejemplo, un tratamiento ambulatorio no previsto explícitamente en la ley. Pero, en todo caso, se trata de un argumento con alcance exclusivamente restringido al caso concreto y no de una objeción general en contra de *cualquier* injerencia significativa que se apoye en la peligrosidad.

Por otro lado, aun cuando resulte aconsejable que el juez cuente con cierta flexibilidad para la determinación de las medidas alternativas posibles, se debe tener en cuenta que pueden existir medios menos lesivos, o incluso *más* efectivos que la privación de libertad, que, de todos modos, no resulten jurídicamente admisibles, por quedar fuera del ámbito de recursos económicos o jurídicos de que el Estado dispone para la resolución de conflictos de esa naturaleza. Tal el caso de medidas menos lesivas, pero cuyo costo económico no pudiera ser asumido con recursos públicos, sea por razones financieras o de igualdad, como, por ejemplo, el pago de servicios psiquiátricos privados de un alto costo o la concesión de pensiones más altas o por fuera del régimen previsional general en los casos en los que el déficit se relacione directamente con dificultades socioeconómicas⁴⁴.

⁴³ Cf. casos *supra* citados. Asimismo, véase Hegglin, Florencia, *Los enfermos mentales en el derecho penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 346 y ss.

⁴⁴ Albrecht, *op. cit.*, p. 71, cita un interesante caso ocurrido en Suiza, en el que un psiquiatra planteó como alternativa a la custodia de un autor que había matado a su jefe, el pago de una jubilación anticipada y una renta por invalidez, con fundamento en

El ordenamiento de una medida sólo puede ser considerado como una afectación excesiva de los derechos del autor cuando existe un medio menos lesivo que protege a la generalidad con idéntica efectividad. Desde este punto de vista, el principio de la necesidad de la injerencia prohíbe la implementación de la medida más intensa sólo en tanto el medio menos lesivo también asegure el logro del fin perseguido.

La prohibición de exceso no se deriva explícitamente de ninguna regla constitucional específica, pero ella es considerada inmanente a la noción misma de Estado de derecho, como uno de sus componentes específicos. En el ámbito del derecho de las medidas, ella cumple la función de limitar las injerencias a lo necesario y adecuado para la prevención dentro de lo que resulta admisible en un ordenamiento jurídico que, por principio, no admite la instrumentalización de la persona⁴⁵, esto es, su sacrificio en beneficio de la comunidad.

La decisión acerca de cuál es el instrumento menos lesivo, en muchos supuestos, no ofrece dificultad alguna. Así, en el caso de un enfermo mental, cuando la alternativa se plantea entre un tratamiento ambulatorio o una internación, y ambas opciones resultan igualmente efectivas, es evidente que la privación de libertad no podría ser justificada.

Sin embargo, la situación no siempre se presenta con tanta sencillez. No sólo debido a las dificultades para establecer pronósticos de efectividad medianamente ciertos respecto de las diversas medidas que pueden entrar en consideración en el caso, sino, además, porque la gravedad de la injerencia sobre los derechos del afectado no es el único criterio a ser considerado. En efecto, dicho criterio no puede ser valorado aisladamente, sino que también entrará en el análisis la mayor o menor eficiencia de la medida desde el punto de vista preventivo. Como principio general, es posible afirmar que la finalidad curativa ha de tener preponderancia sobre la finalidad de puro aseguramiento, pues, a largo plazo, una medida curativa brinda una solución de fondo, a diferencia de lo que sucede con las alternativas de

que esto lo haría superar sus momentos de emoción violenta en el medio ambiente. Todos los tribunales rechazaron la propuesta del perito con el argumento de que regular las condiciones financieras del condenado quedaba fuera de las tareas del tribunal.

⁴⁵ Müller, *op. cit.*, pp. 100 y s.

puro aseguramiento. El problema se plantea frente a aquellos supuestos, de decisión más compleja, en los que la medida curativa conlleva la asunción de ciertos riesgos desde el punto de vista del aseguramiento a corto plazo. En estos supuestos, la ponderación se vuelve más difícil; así, en el ejemplo precedente, cuando la alternativa se plantea entre un tratamiento ambulatorio que promete ser exitoso, pero que supone el riesgo de alguna recaída, frente a una internación menos efectiva desde el punto de vista de la curación, pero que asegura que no se producirán incidentes extramuros. Ahora bien, si la comunidad debe asumir el riesgo de una medida menos segura, pero menos injerente, o si se debe recurrir a la más intensa, que promete mejores resultados, es una cuestión que no se puede decidir (sólo) a partir del principio de proporcionalidad, sino que halla su respuesta en la problemática previa relativa a cuándo son los intereses de la comunidad los que adquieren predominio sobre los derechos individuales del afectado. Se trata de casos en los que ya no es posible establecer un criterio esquemático, sino que será necesario introducir otros elementos que permitan la ponderación de intereses. Como primera aproximación hacia una solución, es posible afirmar que la evitación de delitos contra el patrimonio sin consecuencias demasiado graves, o los que tengan una gravedad relativa equiparable, no podrían justificar la imposición de medidas de seguridad o curación privativas de libertad cuando las posibilidades de éxito no son claras⁴⁶. Más compleja es la situación en que los delitos esperables carecen de gravedad sólo si se los toma aisladamente (por ejemplo, pequeños hurtos o daños), pero la cantidad de hechos esperados es tal que, considerados globalmente, podrían llegar a alcanzar una gravedad intermedia. Aun en esos supuestos, la privación de libertad sin perspectiva de curación alguna se convertiría en un recurso excesivo y en el sucedáneo de la búsqueda de una solución más razonable para situaciones de sujetos no peligrosos sino "molestos". Del mismo modo, la duración de la internación y las posibilidades reales de tratamiento durante su transcurso también marcan una pauta orientadora para la decisión acerca de cuál es el interés preponderante.

⁴⁶ Esto es, en la gran mayoría de los casos! Cf. Frisch, *Prognoseentscheidungen* ..., *op. cit.*, p. 149.

— § 21 —

**LA GRAVEDAD DEL HECHO COMO CRITERIO
DE PROPORCIONALIDAD Y LA DESIGUALDAD
DE TRATAMIENTO ENTRE CULPABLES Y «PELIGROSOS»**

Si bien el derecho de las medidas se orienta fundamentalmente a alcanzar una finalidad preventiva, su aplicación también debe orientarse a ciertos criterios de justicia. En este sentido, la vigencia del principio de proporcionalidad como principal límite en la imposición de las medidas tiende a asegurar una aplicación igualitaria y razonable de las injerencias estatales, y con frecuencia suele ser considerado como la expresión de ideas suprapositivas de justicia⁴⁷. Sin embargo, cuando se compara objetivamente la intensidad de las reacciones estatales frente a quien comete un delito culpablemente y frente a quien lo hace "sin culpabilidad", en muchos casos, se presentan diferencias de tratamiento jurídico tan marcadas que, a primera vista, resultan difíciles de explicar desde una perspectiva de justicia.

Uno de los problemas particulares que se plantea con relación a la vigencia del principio de proporcionalidad en el ámbito de las medidas es si es "justo" que, a igualdad de hechos, el autor imputable cuente con el límite estricto del principio de culpabilidad, mientras que el inimputable puede llegar a sufrir una injerencia de duración mucho más *prolongada*⁴⁸ y, además, mucho más *invasiva* sobre su fuero interno.

Teniendo en cuenta su finalidad preventiva, la necesidad y la adecuación de las medidas de internación son fundamentadas sin tener en cuenta la pena que se habría impuesto por ilícitos comparables, pues la medida no constituye una respuesta a la gravedad del hecho previo, sino la vía para evitar hechos *futuros*. Ya la diferencia de perspectiva, predominantemente retrospectiva en la pena y puramente prospectiva en las medidas, indica que la valoración del hecho que da

⁴⁷ Gribbohm, *op. cit.*, p. 353.

⁴⁸ Acerca de este problema véase Bernsmann, Klaus, *Maßregelvollzug und Grundgesetz - Einige Anmerkungen zum Verhältnis von Verfassung und strafrechtlicher Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus*, en Blau - Kammeier (comps.), *Straftäter in der Psychiatrie*, Ferdinand Enke Verlag, Stuttgart, 1984, pp. 142 y ss., esp. p. 142.

origen a la injerencia habrá de desempeñar un papel fundamentalmente diferente en la argumentación.

Sin embargo, aun cuando esta distinción permita explicar que se llegue a soluciones diversas en uno y otro caso, la pregunta acerca de la justificación de un tratamiento (en algunos supuestos) notablemente diferente entre imputables e inimputables no parece quedar respondida en forma totalmente satisfactoria.

Por otro lado, no se puede perder de vista que, en la práctica, se suele presentar una dificultad adicional, originada en las particularidades que puede presentar una declaración de inimputabilidad. Así, especialmente cuando se trata de hechos muy graves o de delitos sexuales, sujetos de características muy similares pueden ser declarados imputables o inimputables, según cuál sea el criterio del perito interviniente, y muchas veces, sin que el criterio de la peligrosidad sea realmente el decisivo. En esos casos, sin embargo, la declaración de inimputabilidad puede llegar a tener la consecuencia de producir un encierro mucho mayor que el que acarrea una pena, y además, prolongarse indefinidamente⁴⁹.

Teniendo en cuenta estas diferencias, se discute si para la imposición de injerencias basadas en la peligrosidad el hecho cometido sólo ha de tener valor como "síntoma", o si su gravedad también ha de jugar algún papel en la determinación de la entidad de la medida. El examen del problema gira en torno de la pregunta relativa a si el principio de proporcionalidad no debería cumplir una función realmente equivalente a la que tiende a cumplir el principio de culpabilidad respecto a las penas, asignándole a la gravedad del hecho motivante una función análoga a la que cumple respecto de las penas⁵⁰. En esta dirección, se ha dicho que cuando el legislador incluyó las medidas en el derecho penal, lo hizo dentro de sus límites⁵¹, de lo cual se deduciría que toda medida de seguridad, por estar prevista dentro del de-

⁴⁹ Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, *op. cit.*, p. 283.

⁵⁰ Véase, por ejemplo, Gribbohm, *op. cit.*, *passim*.

⁵¹ Hegglin, Florencia, *Principios constitucionales para todos: un avance judicial en los derechos de los enfermos mentales declarados inimputables*, JA, 2003-II-630 y ss., esp. p. 634.

recho penal, nunca podría exceder la duración máxima prevista para la pena correspondiente al delito de que se trate.

La concepción que se encuentra en el trasfondo de esta propuesta es la de que no parece justo que el inimputable, por su calidad de tal, quede en una situación más desventajosa que la que le corresponde a un imputable, y que reciba un trato, en definitiva, mucho más severo que quien cometió un delito reprochablemente. La idea central podría ser resumida en la fórmula siguiente: "resulta injusto que aquel que es inimputable sea tratado peor que quien es imputable". Por consiguiente, "resulta irrazonable que un individuo al que el Estado no pretende castigar se vea afectado en sus derechos en una medida mayor que lo que hubiese correspondido en caso de ser condenado como autor responsable"⁵².

En el supuesto de las medidas de seguridad de derecho penal, vinculadas a la comprobación de un hecho delictivo previo, la gravedad del mismo puede no guardar una relación directa con la gravedad de los sucesos esperados, que podrían ser, en teoría, más o menos graves que el hecho que motiva la medida. No obstante, el hecho previo podría ser considerado una pauta orientativa concreta para examinar cuál sería una duración razonable de la internación, sobre la base de una comparación hipotética con la posible duración de una pena frente a casos de comisión por sujetos imputables. Siguiendo esta línea de razonamiento, en principio, una medida será tanto más sostenible, cuanto menor sea la diferencia entre la duración de la medida y la de la pena hipotética que le habría correspondido al autor⁵³.

La propuesta de impedir que se trate peor a quien infringió el derecho sin poder evitarlo, que a aquel a quien dicha infracción le puede ser reprochada, así presentada, parece inobjetable. Pues, ¿quién se atrevería a intentar justificar que es justo tratar peor a un enfermo mental que a un delincuente que actúa con "libertad de voluntad"?

Sin embargo, el planteo de la cuestión en estos términos presupone una petición de principio, pues la relación entre gravedad del he-

⁵² Así fue afirmado por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Capital Federal, en causa "C., M.G.", publicado en *LL*, 2002-E-492.

⁵³ Stratenwerth, *AT II*, op. cit., p. 268. El criterio es adoptado en forma categórica por el Código Penal español, art. 103.

cho y gravedad de la reacción es consecuencia de la existencia de culpabilidad, que en el caso de los inimputables, por definición, no está presente. Por lo demás, más allá de sus buenas intenciones, la argumentación parte de una visión de las medidas de seguridad excesivamente fijada a la perspectiva del derecho penal, en la que se pierden de vista las características particulares de esta clase de injerencias estatales. Por eso mismo, ella resulta de alcance muy corto si de consolidar límites se trata.

Así, si se parte de la base de que penas y medidas cumplen objetivos respectivamente *distintos*, pero ambos *legítimos*, una identificación completa de la reacción frente a uno y otro caso no puede ser razonable. Si se acepta como legítima, por ejemplo, la internación psiquiátrica de un enfermo mental del que son de esperar delitos graves, sujetar el límite máximo de la duración de la internación a la pena máxima, que le podría haber correspondido en caso de haber sido declarado culpable, puede tener el efecto de hacer fracasar completamente la finalidad perseguida por la medida preventiva. Se trata, en definitiva, de una manifestación de la conocida antinomia entre prevención especial y retribución. En el ámbito de las medidas, a la inversa de lo que sucede respecto de la pena, es la finalidad de prevención especial la que domina y justifica, y el límite no podría buscarse en una culpabilidad inexistente (o declarada irrelevante, en el caso de la custodia de seguridad).

Existe además otro aspecto a ser considerado. Cuando un jurista penal afirma que "es desproporcionado (o injusto) que un inimputable reciba un trato más severo que un imputable", y propone establecer como límite de duración de las medidas de seguridad privativas de libertad el máximo de la pena prevista para el delito motivante de la medida, no necesariamente está proponiendo la libertad del afectado ni un tratamiento efectivamente más beneficioso para el interesado. Por un lado, es posible que ya el hecho motivante sea muy grave, o más precisamente, que él tenga prevista una pena muy grave. En ese caso —más que frecuente en el derecho penal argentino—, establecer como garantía para el afectado el límite del máximo de la pena no constituye protección alguna de su derecho a la libertad; en ocasiones, todo lo contrario. Piénsese, por ejemplo, en los supuestos de transporte de estupefacientes, en los que el autor es drogadependiente: el límite máximo de la medida sería nada más que ¡de quince años!

En definitiva, la afirmación según la cual no se puede tratar “peor” al inimputable que al imputable es relativa, y no necesariamente significa una ventaja para el afectado por una medida. Todo depende de cuál sea el trato que el respectivo ordenamiento jurídico reserva para los imputables, y desde este punto de vista, al menos en el derecho argentino, establecer una relación de proporcionalidad directa entre “gravedad de la pena del hecho motivante” y “duración de la medida” no constituye ningún límite efectivo, ni sustituye eficientemente al principio de proporcionalidad en sentido constitucional genérico.

Por cierto, se podría afirmar que existen muchos otros casos en los que el límite máximo de la pena sí constituye una restricción razonable para las medidas de seguridad. Si se piensa en internaciones psiquiátricas ordenadas a raíz de declaraciones de inimputabilidad como consecuencia de pequeños hurtos, amenazas o daños, prolongar la privación de libertad durante tanto tiempo que ya no tenga ninguna relación con la causa de la internación tampoco parece aceptable, si es que la idea de la privación de libertad como *ultima ratio* ha de tener alguna capacidad de rendimiento. Sin embargo, aun en estos supuestos no se debe perder de vista la finalidad preventiva de la medida, ni su orientación a la peligrosidad del afectado. Cuando la internación es ordenada, por ejemplo, por un hecho de amenazas, en ocasión del cual un peritaje psiquiátrico estableciera un diagnóstico del que se deriva la posibilidad de que el afectado cometa hechos mucho más graves que los que motivaron la medida (como ser, la posibilidad cierta de que las amenazas pudieran ser concretadas), no parecería aceptable que la duración de la internación tuviera *ex ante* el límite temporal de la escala penal del delito originario —esto es, dos años (art. 149 *bis*, Cód. Penal)—.

Por otro lado, en ocasiones se insiste en esta propuesta, pero sin llegar a una solución de fondo, partiendo de una cierta simplificación de los problemas en juego, o bien, de cierta parcialidad en la perspectiva con la que se analiza el “maltrato” al inimputable. En efecto, la fórmula suele ser utilizada con el objeto de limitar la aplicabilidad de las medidas de *derecho penal*, y no para limitar la *totalidad* de la injerencia estatal posible sobre el inimputable o el demente. Cuando el punto de vista se restringe a las medidas penales, se olvida que una regla de proporcionalidad apoyada en la pena hipotética carecería de aplicación en el ámbito del derecho civil vigen-

te, en el cual la internación —coactiva— puede ser decretada sin necesidad de *ningún* hecho previo con el que se pueda establecer una comparación. Con esto, una fórmula de proporcionalidad destinada a garantizar la igualdad de trato entre imputables e inimputables, en tanto su fuerza restrictiva no se extienda a la *totalidad de la injerencia* estatal sobre la libertad del individuo, tendrá, necesariamente, un alcance muy limitado. En efecto, tal como suele ser presentada la cuestión, la regla se convierte, en definitiva, en un mero problema de distribución de competencias, en tanto el límite sólo se predica respecto del “juez penal”⁵⁴. El transcurso del tiempo previsto para una pena hipotética, en este sentido, sólo tiene el efecto de hacer cesar la legitimidad de la detención en jurisdicción “penal”, con lo cual su aplicación sólo se refleja en un cambio del tribunal competente. Pues, en caso de que el pronóstico de peligrosidad se mantenga inalterado, el afectado continuará privado de su libertad en condiciones idénticas, bajo una internación “civil”. En otras palabras, la privación de libertad implicada por la internación “penal” es reemplazada por una privación de libertad “civil”⁵⁵. La invocación de una relación de proporcionalidad de la medida de seguridad penal y la pena prevista para el delito cometido se convierte, en esta interpretación, no en el límite de la injerencia sobre la libertad del enfermo, sino en el momento en que el juez penal puede traspasar su competencia sobre el caso al juez civil⁵⁶.

Cuando el legislador fija las escalas penales de los respectivos delitos, utiliza criterios político-criminales que no necesariamente se

⁵⁴ Es una solución frecuente en la jurisprudencia de los tribunales de ejecución.

⁵⁵ El fallo citado precedentemente es, en este sentido, paradigmático. En él se concluye que “no es posible imponer una medida de seguridad cuando existe solamente peligrosidad para el propio enfermo y no para terceros. La sola posibilidad de que el inimputable se dañe a sí mismo no es un caso de peligrosidad delictual y por ende, lo que corresponde es recurrir a los medios de protección menos lesivos previstos en el derecho civil”. La aseveración sería correcta si el tribunal aplicara el derecho alemán, pero en el régimen del art. 34, inc. 1° del Cód. Penal, que expresamente incluye la posibilidad de que el inimputable constituya un peligro para sí mismo, una interpretación semejante violenta el texto expreso de la ley.

⁵⁶ Véase, por ejemplo, la decisión de primera instancia en causa “R., V.N.”, revocada, con razón, por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal. Ambas decisiones se encuentran publicadas en LL, 1997-C-364.

relacionan con las necesidades de prevención especial, ni en particular, con la peligrosidad como valoración predominante. Las escalas penales están pensadas fundamentalmente para permitir una reacción proporcionada a la gravedad relativa del hecho y la culpabilidad, y señalar, al mismo tiempo, el límite para actuar sobre el condenado. Los casos en los que nada hay que decir sobre la gravedad del hecho, y en los que lo único que interesa es la prevención especial, han de regularse, necesariamente, con otros criterios.

Desde otro punto de vista, la invocación de la supuesta menor gravedad del régimen civil tampoco constituye un argumento material, sino únicamente de distribución de funciones jurisdiccionales. En dicha afirmación está implícita la idea de que el juez penal no está habilitado para aplicar un régimen menos lesivo, que quedaría reservado a los jueces civiles⁵⁷, cuya potestad jurisdiccional sería más amplia, flexible, y permitiría la concreción efectiva del principio de subsidiariedad. En esta dirección apunta la circunstancia de que la ley penal no establece un régimen diferenciado de medidas, sino que —dejando de lado los regímenes particulares de la ley de estupefacientes y del procedimiento de menores— sólo prevé como medidas de privación de libertad la internación del art. 34 del Cód. Penal. Desde este punto de vista, es posible interpretar que la medida de internación tiene carácter taxativo, y que el juez penal no estaría habilitado para “crear” medidas alternativas menos lesivas, las cuales caerían en la competencia del juez civil. Pero en todo caso una interpretación restrictiva de la aplicación de las medidas penales, en modo alguno, es constitucionalmente obligatoria. Desde el punto de vista constitucional sólo interesa mantener la injerencia sobre la libertad del individuo dentro de los límites de la proporcionalidad. Cuál sea el juez que esté autorizado para aplicar la medida menos lesiva es indiferente, en tanto y en cuanto ella sea efectivamente aplicada. De este modo, la utilización

⁵⁷ Véase, nuevamente, el caso “C., M. G.” *supra* citado, en que se rechazó la facultad de los jueces penales para autorizar un tratamiento ambulatorio, como alternativa a la internación psiquiátrica prevista por el art. 34, inc. 1° del Cód. Penal, lo cual sólo podría ser llevado adelante por jueces civiles: “De acuerdo a la letra de la ley, el juez no tiene distintas opciones de mayor o menor gravedad, sino que la única medida prevista es la internación del inimputable”.

de las escalas penales como regla de proporcionalidad no podría constituir el único parámetro para la aplicación del principio, a riesgo de establecer un límite vacío o puramente formal⁵⁸.

Ahora bien, lo dicho precedentemente no significa que el hecho que da motivo a la imposición de la medida carezca de toda significación, o que sólo cumpla una función procesal relativamente banal para este contexto, como la de excitar la competencia del juez penal o del civil. La gravedad de los hechos cometidos no puede ser totalmente irrelevante, aun cuando su papel no podría ser tan extremo como para constituir la base definitiva para la mensuración de la medida⁵⁹. Como se verá más adelante, la exigencia de un hecho previo, motivante de las medidas de derecho penal, cumple una función restrictiva importante, y en este sentido, cuando se ponen en el tapete las inseguridades propias de las decisiones basadas en pronósticos de peligrosidad, el hecho previo, así como también su gravedad, aparecen, prácticamente, como el único punto de apoyo concreto con que se cuenta al momento de establecer la necesidad de una medida⁶⁰.

— § 22 —

CONCLUSIÓN PRELIMINAR: LA VALORACIÓN DE LA PELIGROSIDAD COMO LÍMITE A LA EFECTIVIDAD DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

A pesar del amplio acuerdo que existe con relación al principio de proporcionalidad y su vinculación con normas constitucionales básicas —como el principio de culpabilidad, la dignidad del hombre y los límites a las injerencias estatales sobre derechos fundamentales del

⁵⁸ La relación existente entre esta regla y la mayor o menor gravedad de las penas previstas por los distintos ordenamientos jurídicos es evidente: si las escalas penales prevén penas muy altas, para la gran mayoría de los delitos, poco es lo que se gana fijándolas como límite, antes bien, la existencia de tales penas permitiría admitir como “proporcionales” medidas terapéuticas carentes de toda razonabilidad en cuanto a su duración. Más adelante se habrá de volver sobre este punto.

⁵⁹ En el mismo sentido, ya Exner, *op. cit.*, p. 141.

⁶⁰ Cf. *infra*, Cap. VII.

individuo—, su vigencia efectiva para la solución de casos concretos no debe ser sobreestimada, al menos, hasta tanto no hayan quedado establecidas ciertas decisiones valorativas previas, de las cuales depende, en gran medida, la capacidad de rendimiento del principio.

En general, en todos los supuestos en los que se encuentra en juego la cuestión de hasta qué punto ha de darse prioridad a los intereses de la comunidad en perjuicio de los derechos del individuo, el principio de proporcionalidad sólo puede constituir una pauta de orientación de la decisión.

Las limitaciones del principio de proporcionalidad se pueden ver con claridad en el ámbito de las medidas de seguridad. Aun cuando él es mencionado en este tema, prácticamente, como el único límite constitucional, sería un error creer que, por sí solo, puede asegurar una aplicación intachable de las medidas. La función básica que puede cumplir es la de evitar excesos, pero difícilmente pueda estar en condiciones de dar una solución completa a los problemas específicos de legitimación que pueden llegar a presentarse frente a la imposición de medidas de seguridad concretas.

A las dificultades propias para la aplicación del principio, se agrega en el ámbito de las medidas la circunstancia de que la necesidad de la afectación de derechos individuales depende de la ponderación de peligros que son de esperar *en el futuro*. De este modo, la efectividad real del principio se torna aún más dudosa, toda vez que la valoración de la gravedad de la injerencia se realiza con relación a un peligro incierto, que llena de imprecisión toda afirmación relativa a la proporcionalidad de la afectación de los derechos del individuo⁶¹.

El problema relativo a la inseguridad de los pronósticos de peligrosidad constituye el núcleo más problemático dentro de la temática de las medidas. No obstante, a pesar de lo inseguro de las predicciones en que se apoyan, las medidas preventivas son admitidas y aplicadas, y frente a ello, el principio de proporcionalidad continúa cumpliendo la función decisiva de colocar en el primer plano los derechos constitucionales en conflicto, y también contribuye a que que-

⁶¹ De allí la importancia que puede asignársele a la exigencia legal de un hecho previo, en el que se "revele" la peligrosidad del autor. Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, op. cit., p. 284.

den expresamente de manifiesto la inseguridad y la provisionalidad que acompaña a un juicio de peligrosidad, abierto a posibles exageraciones con relación a las necesidades de seguridad, y permeable a los temores de quien tiene a su cargo tomar la decisión⁶². Asimismo, ofrece un parámetro relativamente flexible que permite incluir en la ponderación qué riesgos son los que entran en consideración, y según esto, modificar parcialmente las exigencias de fundamentación. Así, por ejemplo, cuanto mayor sea la intensidad de la injerencia, tanto mayores han de ser las exigencias con relación al pronóstico, o bien, cuando el peligro se mantiene en el nivel de la criminalidad media, las exigencias van disminuyendo a medida que la internación se prolonga; del mismo modo, con el transcurso del tiempo, la pretensión de libertad puede ir haciéndose tan intensa, hasta llegar a un punto en que toda prolongación de la detención resulte imposible de justificar a la luz del principio de proporcionalidad⁶³.

Aun cuando una medida no podría convertirse en *pura* concesión a los sentimientos de seguridad de la población, sería ingenuo negar que los juicios de peligrosidad tienen buena parte de sus raíces en esos sentimientos. Pero, en todo caso, se debe establecer cuándo la sensación de temor tiene un fundamento razonable, y cuándo no, y actuar en la forma más cuidadosa y reticente posible al momento de la imposición preventiva de la privación de libertad⁶⁴. La misma regla de prudencia también ha de estar presente al momento de examinar la necesidad de su mantenimiento o la posibilidad de su reemplazo por una medida menos lesiva, quizá menos efectiva desde la perspectiva de la seguridad, pero más prometedora desde el punto de vista de la reinserción social o la curación, o bien, simplemente, mucho más fácil de legitimar frente al afectado.

⁶² Streng, *Legitimations-Dilemma* ..., op. cit., p. 624.

⁶³ Horstkotte, Hartmuth, *Strafrechtliche Fragen zur Entlassungspraxis nach § 67 d Abs. 2 StGB*, en Frisch - Vogt (comps.), *Prognoseentscheidungen in der strafrechtlichen Praxis*, Baden-Baden, 1994, pp. 253 y ss., esp. p. 263.

⁶⁴ Streng, *Legitimations-Dilemma* ..., op. cit., p. 623.