

Sistemas penales comparados



Las medidas de seguridad

Alemania

Prof. Dr. Héctor Hernández Basualto
Santiago de Chile

I. Aspectos generales

El derecho penal alemán consagra explícitamente un sistema *dual* o de *doble vía* en materia de reacciones al delito: por una parte la pena y por la otra las medidas de corrección y seguridad. Mientras la pena ve limitados sus fines preventivos por el principio de culpabilidad (cfr. § 46 I StGB)¹, las medidas en cambio persiguen fundamentalmente la protección de la comunidad frente al peligro que representa el autor del delito, en base a un diagnóstico de peligrosidad que prescinde de las exigencias de culpabilidad.

Este modelo dual, que tiene antecedentes ya en el programa político-criminal de *von Lizst*, que de la mano de *Stoos* recibe formulación normativa en el proyecto helvético de 1893 y que fuera introducido por primera vez en el sistema de sanciones del Código penal mediante la llamada Ley de Criminales Habituales de 24 de noviembre de 1933 (*Gewohnheitsverbrechergesetz*), ha sido objeto de múltiples modificaciones y se ha mantenido como objeto preferente del debate político-criminal en Alemania². En la actualidad las dudas fundamentales que plantea el modelo se refieren a su compatibilidad con el ordenamiento constitucional, a las posibilidades reales del tratamiento de autores con marcada inclinación criminal y a la credibilidad de los métodos de diagnóstico³. Respecto de lo primero el aspecto problemático es la legitimación de intromisiones muy relevantes en la esfera de derechos de las personas, altamente coincidentes con las penas y que, no obstante, no se encuentran sometidas a los límites que impone el principio de culpabilidad, de reconocido rango constitucional. Asumido mayoritariamente, sin embargo, que la pena por sí sola no está en condiciones de satisfacer las nece-

sidades preventivas a que debe atender el sistema penal, se tiende a admitir que las medidas están justificadas constitucionalmente en virtud de una ponderación que tiene en cuenta la existencia de intereses preponderantes y los deberes de protección que pesan sobre el Estado⁴.

Esta justificación explica también los presupuestos materiales fundamentales comunes a todas las medidas, a saber la *peligrosidad del autor*, establecida a partir de un diagnóstico que considera como requisito mínimo la existencia de un *hecho previo* que reúna las características de delito o al menos de un hecho típico y antijurídico y que arroje como conclusión no la simple posibilidad de comisión de un nuevo hecho de esas características, sino la *probabilidad* de dicha comisión, en el sentido de un alto grado de posibilidad⁵. Por último se requiere que la medida sea *proporcional*, exigencia esta última que, sin perjuicio de su rango directamente constitucional, se encuentra explícitamente recogida en materia de medidas, en términos de prohibirse medidas que no guarden proporción con los hechos cometidos por el autor, con los hechos que se pueden esperar de él y con el grado de peligro que emana de él (§ 62)⁶.

II. Las medidas en particular

1. Medidas con privación de libertad y fines terapéuticos

Las medidas con privación de libertad que conoce el derecho vigente son la internación en hospital psiquiátrico, la internación en establecimiento de desintoxicación y la internación en custodia de seguridad. Si bien todas las medidas tienen en común que persiguen la protección y seguridad de la comunidad, las dos primeras pretenden hacerlo a través de la intervención terapéutica sobre el individuo, en tanto que la última se limita lisa y llanamente a su aislamiento.

La *internación en hospital psiquiátrico* (§ 63) está prevista para sujetos que han cometido un hecho típico y antijurídico en estado de inimputabilidad o de imputabilidad disminuida, cuando de la valoración conjunta del sujeto y de su hecho se desprende que a consecuencia de

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

su estado puede esperarse de él la comisión de hechos ilícitos de consideración, y que por eso es peligroso para la comunidad. La internación en hospital psiquiátrico dura lo que sus fines requieran, de modo que, sin perjuicio de su revisión periódica, puede incluso llegar a ser de por vida⁷. No cambia mucho este panorama el agregado debido a la Ley para la introducción de la reserva de custodia de seguridad, de 21 de agosto de 2002, en cuanto a que el Tribunal debe ponerle término a la medida (quedando el individuo en principio sujeto a vigilancia de conducta) si luego del inicio de su ejecución constata que ya no se dan sus presupuestos o que su continuación resulta desproporcionada (§ 67 d VI). La revisión de la medida debe hacerse obligatoriamente al menos una vez al año (§ 67 e II).

La *internación en establecimiento de desintoxicación* (§ 64) está prevista para quienes exhiben una inclinación al consumo inmoderado de bebidas alcohólicas u otros medios embriagantes y que han sido condenados por un hecho típico y antijurídico cometido en estado de ebriedad o al menos imputable a dicha inclinación, o que solo no han sido condenados por haberse establecido o no haberse podido descartar su inimputabilidad, cuando existe el peligro de que a consecuencia de su inclinación cometan hechos ilícitos de consideración. La medida no se impone si la cura de desintoxicación aparece de antemano como inconducente (§ 64 II). En principio la medida no puede extenderse por más de dos años, sin perjuicio de la ampliación de ese plazo máximo por el mayor tiempo de duración de una pena privativa de libertad impuesta conjuntamente, en cuanto la ejecución de la medida se impute a la de aquélla (§ 67 d I). El Tribunal puede determinar posteriormente que no se siga ejecutando la medida, cuando sus fines no se puedan alcanzar por razones que se dan en la persona del interno, caso en el cual el individuo queda libre pero sujeto a vigilancia de conducta (§ 67 d V). Para estos efectos la ley prevé que la medida debe haberse ejecutado al menos por un año, limitación que, sin embargo, no surte efecto desde que el Tribunal Constitucional Federal declarara que una interpretación del precepto conforme a la Constitución debía permitir un término anticipado de la medida⁸. La revisión de la medida debe hacerse obligatoriamente al menos cada seis meses (§ 67 e II).

Luego de haberse ordenado la internación en hospital psiquiátrico el Tribunal puede resolver que el sujeto sea transferido a un establecimiento de desintoxicación, o viceversa, cuando de este modo se pueda promover mejor su resocialización (§ 67 a I), sin que esto afecte los plazos de internación, que siguen sometidos a lo que corresponde para la medida inicialmente impuesta (§ 67 a IV).

Para el caso en que junto con alguna de estas medidas se imponga también una pena privativa de libertad (por haberse descartado la inimputabilidad del sujeto), la ley consagra, tanto para la internación en hospital psiquiátrico como para la internación en establecimiento de desintoxicación, el llamado *sistema vicarial*, conforme al cual

debe ejecutarse primero la medida y luego la pena (§ 67 I), debiendo imputarse la duración de aquélla al tiempo de ésta hasta en dos tercios (§ 67 IV). Cumplida la medida el Tribunal puede suspender a prueba la ejecución del resto de pena (siempre que ya se pueda tener por cumplida la mitad de ésta); si no se suspende la ejecución del resto de pena se debe continuar con la ejecución de la medida, a menos que el Tribunal ordene la ejecución de la pena por parecer esto indicado en virtud de circunstancias presentes en la persona del condenado (§ 67 V). Con todo, el Tribunal puede determinar que la pena o una parte de ella se ejecute antes que la medida, cuando de este modo los fines de esta última se puedan alcanzar más fácilmente (§ 67 II). Cuando pena y medida no se imponen en la misma sentencia reciben aplicación las reglas similares (¡pero no idénticas!) del § 44 b de la Ley de ejecución penal (StVollstrO), de competencia de la autoridad penitenciaria. De esta diversa regulación derivan serios inconvenientes prácticos que muchas veces solo se pueden resolver por la vía del indulto⁹.

2. La internación en custodia de seguridad

La tercera medida con privación de libertad es la *internación en custodia de seguridad* (§ 66 y ss.), la que, como se ha dicho, persigue fines exclusivamente asegurativos. Esta característica, que se ha agudizado a través de sucesivas modificaciones legales, la convierte en la más polémica de las medidas del derecho vigente¹⁰.

La custodia de seguridad está prevista en términos *obligatorios* para sujetos condenados por un delito doloso a una pena privativa de libertad¹¹ de al menos dos años, cuando se dan los siguientes *requisitos copulativos*: a) que el autor previamente haya sido *condenado* dos veces a penas privativas de libertad de al menos un año por delitos dolosos cometidos antes del hecho nuevo; b) que haya *cumplido* por al menos dos años una pena privativa de libertad o una medida de corrección o seguridad con privación de libertad por uno o varios delitos dolosos cometidos antes del hecho nuevo; y c) que de la *valoración integral* del sujeto y de sus hechos se desprenda que a consecuencia de una inclinación a la comisión de delitos de consideración, particularmente de aquéllos que afectan espiritual o físicamente de un modo grave a las víctimas o producen grave perjuicio económico, es peligroso para la comunidad (§ 66 I).

Con el propósito de extender la medida a *autores en serie* que, sin embargo, por diversas razones no hubiesen podido ser condenados con anterioridad¹², se prevé también la custodia de seguridad en términos *facultativos* para el que ha cometido tres delitos dolosos en virtud de los cuales *merecería* pena privativa de libertad por al menos un año y es condenado por uno o más de esos hechos a pena privativa de libertad de al menos tres años, bajo las mismas exigencias de pronóstico desfavorable, aunque no haya sido condenado ni privado de libertad en forma previa (§ 66 II).

Revista Penal

Alemania

Mediante la Ley para el combate de delitos sexuales y otros delitos peligrosos, de 26 de enero de 1998 (SexBG), se ampliaron las posibilidades de aplicación de la medida respecto de crímenes en general y de ciertos delitos sexuales y contra la integridad corporal no constitutivos de crimen¹³, mediante la flexibilización de sus requisitos. De acuerdo con esto la medida es también aplicable cuando alguien es condenado por alguno de los delitos en cuestión a una pena privativa de libertad de al menos dos años y se dan los siguientes presupuestos: a) el sujeto previamente ha sido condenado *una vez* a pena privativa de libertad de al menos *tres años*; b) ha cumplido por al menos dos años una pena privativa de libertad o una medida de corrección o seguridad con privación de libertad por uno o varios delitos dolosos cometidos antes del hecho nuevo; y c) puede ser considerado peligroso para la comunidad en razón de un pronóstico desfavorable. Adicionalmente, la medida procede también cuando alguien ha cometido *dos* de los delitos en cuestión, por lo que merecería pena privativa de libertad de al menos *dos años*, y es condenado por uno o más de esos hechos a pena privativa de libertad de al menos tres años, bajo la misma exigencia de pronóstico desfavorable, aunque no haya sido condenado ni privado de libertad en forma previa (§ 66 III).

Poco tiempo después, mediante la Ley de 21 de agosto de 2002 se introduce la posibilidad de la llamada «reserva de custodia de seguridad» (§ 66 a) y la posibilidad de imposición posterior de la custodia de seguridad (§ 66 b)¹⁴.

De acuerdo con la primera, al momento de dictar condena por algún crimen o por alguno de los delitos mencionados en el § 66 III primera frase, el Tribunal puede hacer reserva de la medida cuando, dándose los demás requisitos, no se pueda establecer con suficiente seguridad que el condenado es peligroso para la comunidad en los términos exigidos por la medida (§ 66 a I). En tal caso, el Tribunal competente debe resolver sobre la imposición de la medida a más tardar seis meses antes del momento en que sea posible resolver sobre la suspensión a prueba de la ejecución del resto de la pena (§ 66 a II), decisión esta última que queda supeditada a una decisión definitiva sobre la custodia de seguridad (§ 66 a III).

Pero sin duda la más discutida de todas las innovaciones es la posibilidad de *imposición posterior de la custodia de seguridad*. Tratándose de personas condenadas por crímenes contra la vida, la integridad corporal, la libertad personal o la autodeterminación sexual, o bien por robo calificado (§ 250) o robo con resultado de muerte (§ 251) o por alguno de los delitos no constitutivos de crimen especialmente previstos en el § 66 III primera frase, el Tribunal puede imponer con posterioridad la medida cuando antes del término de la ejecución de la pena se aprecien circunstancias que indican la considerable peligrosidad del condenado para la comunidad y de la valoración conjunta del condenado, de sus hechos y, complementariamente, de su evolución durante la ejecu-

ción de la pena se desprende que, con una alta probabilidad, cometerá delitos de consideración que afecten espiritual o físicamente de un modo grave a las víctimas, siempre que al tiempo de la decisión se reúnan los demás requisitos de la medida (§ 66 b I).

Lo mismo rige, bajo la misma exigencia de pronóstico desfavorable pero sin necesidad de cumplimiento de las demás exigencias de la medida, cuando se detectan tales circunstancias después de una condena a pena privativa de libertad de al menos cinco años por uno o varios crímenes contra la vida, la integridad corporal, la libertad personal o la autodeterminación sexual, o bien por robo calificado (§ 250) o robo con resultado de muerte (§ 251), no así por delitos no constitutivos de crimen (§ 66 b II).

Por sus propias características de medida exclusivamente asegurativa, la internación en custodia de seguridad no está sometida al régimen vicarial (§ 67 e contrario). Originalmente la medida tenía una duración máxima de diez años, límite que fue suprimido mediante la mencionada Ley para el combate de delitos sexuales y otros delitos peligrosos (SexBG), con el declarado propósito de impedir que delincuentes especialmente peligrosos pudieran recuperar su libertad¹⁵. Como contrapartida se estableció un *régimen especial de revisión*, sin perjuicio de la revisión obligatoria de la medida al menos cada dos años de acuerdo con las reglas generales (§ 67 e II). Conforme a este régimen especial el Tribunal debe declarar cumplida la medida al cumplirse *diez años* desde el inicio de su ejecución (quedando el interno libre pero sujeto a vigilancia de conducta), a menos que exista el peligro de que a consecuencia de su inclinación cometa delitos de consideración, que afecten espiritual o físicamente de un modo grave a las víctimas (§ 67 d III).

3. Medidas sin privación de libertad

Las medidas sin privación de libertad previstas en el derecho vigente son la vigilancia de conducta, la privación del permiso de conducir y la prohibición de ejercer una profesión.

La *vigilancia de conducta* (§§ 68 y ss.) presupone que el sujeto haya sido condenado a una pena privativa de libertad de al menos seis meses por delito para el cual la ley prevé especialmente la medida, cuando exista el peligro de que cometa nuevos delitos. Adicionalmente está prevista como alternativa para medidas con privación de libertad (§ 68 II, con expresa referencia a los §§ 67 b, 67 c, 67 d II, III y V y 68 f). La medida consiste en la sujeción a la vigilancia de una agencia estatal, complementada con la designación de un oficial de vigilancia («ayudante de libertad a prueba», *Bewährungshelfer*) que debe servir de apoyo para el condenado (§ 68 a), pudiendo impartirse además instrucciones obligatorias de conducta, tales como la de residir en un determinado lugar, abstenerse de acercarse a ciertos lu-

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

gares o personas, etc. (§ 68 b). La medida tiene una duración mínima de dos años y una duración máxima de cinco años, la que, sin embargo, puede extenderse por tiempo indeterminado cuando el condenado rehúsa someterse a un tratamiento curativo o de desintoxicación y puede temerse la puesta en peligro de la comunidad por la comisión de nuevos delitos de consideración (§ 68 c I y II). La vigilancia comienza cuando su imposición queda firme, sin que se pueda imputar a su cumplimiento el tiempo en que el condenado estuvo prófugo, oculto o internado en un establecimiento por decisión de la autoridad (§ 68 c III).

La *privación del permiso de conducir* (§§ 69 y ss.) está prevista para quienes han sido condenados por un hecho típico y antijurídico cometido mediante la conducción de un vehículo motorizado o en relación con dicha conducción o con infracción de los deberes propios de un conductor de vehículos motorizados, o que solo no han sido condenados por haberse establecido o no haberse podido descartar su inimputabilidad, cuando del hecho se desprende que no son aptos para la conducción de tales vehículos. Esto último se presume al menos como regla general tratándose de los delitos de puesta en peligro del tráfico viario (§ 315 c), conducción en estado de ebriedad (§ 316), huida del lugar del accidente (§ 142) no obstante saber o poder saber que con el accidente se provocó la muerte o lesiones relevantes de una persona o que se han producido daños significativos a la propiedad ajena, y de ebriedad plena (§ 323 a) cuando se refiere a los delitos recién mencionados (§ 69 II). Junto con la privación del permiso, que va unida a la pérdida material de la licencia de conducir si ésta ha sido expedida por autoridades alemanas (§ 69 III), el condenado queda imposibilitado de obtener un nuevo permiso por un período de entre seis meses a cinco años, aunque puede imponerse también de por vida, cuando se pueda esperar que el plazo máximo no es suficiente para contrarrestar el peligro que proviene del condenado. La imposibilidad de obtener permiso se impone también en forma aislada y autónoma cuando el autor carece de permiso de conducir (§ 69 a I tercera frase). Con ciertos límites, se imputa al plazo de prohibición la prohibición provisoria que se hubiese impuesto durante el proceso de acuerdo con el § 111 a de la Ley procesal penal (StPO) (§ 69 a IV a VI).

La *prohibición de ejercer una profesión* (§ 70 y ss.) está prevista para quienes han sido condenados por un hecho típico y antijurídico cometido con abuso de su profesión u oficio o con infracción grave de los deberes referidos a los mismos, o que solo no han sido condenados por haberse establecido o no haberse podido descartar su inimputabilidad, cuando la valoración conjunta del autor y del hecho permite reconocer el peligro de que si continúan ejerciendo la profesión u oficio cometerán he-

chos ilícitos de consideración del tipo mencionado. La prohibición puede referirse a una profesión, a una rama de una profesión, a un oficio o a una rama de un oficio, con una duración mínima de un año y una duración máxima de cinco años, si bien puede imponerse de por vida cuando se pueda esperar que el plazo máximo legal no es suficiente para contrarrestar el peligro que proviene del condenado. La prohibición implica que el condenado no puede tampoco ejercer la profesión u oficio para otro ni ejercerla a través de otra persona sujeta a sus instrucciones (§ 70 III). Con ciertos límites, se imputa al plazo de prohibición la prohibición provisoria que se hubiese impuesto durante el proceso de acuerdo con el § 132 a StPO (§ 70 II y IV).

Notas

1. En lo sucesivo parágrafos sin otra mención corresponden a los del Código penal alemán (StGB).
2. *Frisch*, *Ma?regeln der Besserung und Sicherung*, en *Ulsamer* (editor), *Lexikon des Rechts. Strafrecht. Strafverfahrensrecht*, 2. Aufl., Luchterhand, Neuwied etc. 1996, p. 604 y s.
3. *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 25. Aufl., Beck, München 2004, § 61 marg. 2.
4. *Frisch*, *Ma?regeln*, p. 606; *Schönke/Schröder/Stree*, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 27. Aufl., Beck, München 2006, Antes de § 61 marg. 2.
5. *Frisch*, *Ma?regeln*, pp. 607 y s., 609; *Schönke/Schröder/Stree*, Antes de § 61 marg. 9.
6. *Frisch*, *Ma?regeln*, p. 611; *Schönke/Schröder/Stree*, Antes de § 61 marg. 12, § 62 marg. 1; *Lackner/Kühl*, § 62 marg. 1.
7. *Schönke/Schröder/Stree*, § 63 marg. 27.
8. BVerfGE 91, 1 (34).
9. *Lackner/Kühl*, § 67 marg. 1.
10. Al respecto *Lackner/Kühl*, § 66 marg. 1; *Schönke/Schröder/Stree*, § 66 marg. 1 y 3.
11. Mediante la Ley de introducción de la reserva de custodia de seguridad, de 21 de agosto de 2002, se suprimió en general la exigencia de tratarse de penas privativas de libertad «temporales», de suerte que en la actualidad la imposición de cadena perpetua no es más obstáculo para que se imponga la medida.
12. *Schönke/Schröder/Stree*, § 66 marg. 47.
13. Se trata de los delitos previstos en los §§ 174 a 174 c, 176, 179 I a III, 180, 182 (delitos sexuales no constitutivos de crimen), en los §§ 224, 225 I o II (lesiones calificadas no constitutivas de crimen) y en el § 323 a (embriaguez plena), siempre que el delito cometido en estado de ebriedad sea un crimen o alguno de los otros delitos del listado.
14. Al respecto los puntos de vista contrapuestos de *Lackner/Kühl*, § 66 a marg. 1, § 66 b marg. 1; y *Tröndle/Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 53. Aufl., Beck, München 2006, § 66 a marg. 2 y ss., § 66 b marg. 2 y ss.
15. *Lackner/Kühl*, § 67 d, marg. 7 a.

Revista Penal

Argentina

Argentina

Dr. Luis Fernando Niño*
Universidad de Buenos Aires

I. A diferencia de otros países de la región, que consagran en sus ordenamientos de fondo en materia penal un variado elenco de medidas de seguridad detalladamente clasificadas¹, en el caso de Argentina el codificador de 1921 se limitó a consignar tres en la Parte General del cuerpo de leyes que, con incontables reformas, continúa rigiendo hasta el presente: dos de ellas de corte curativo y preventivo, incluidas al referirse a las causas de exculpación por ausencia de capacidad psíquica de culpabilidad: la reclusión en manicomio, en caso de enajenación², e igual medida pero en otro establecimiento adecuado, en los restantes casos en que se absuelve a un individuo por otra causal de inimputabilidad³; la restante, de tipo eliminatorio, consistente en la reclusión por tiempo indeterminado, prevista al abordar el objetable instituto de la reincidencia⁴. En la Parte Especial, tras fijar la pena para el homicidio agravado —prisión o reclusión perpetua— apeló a esta última como disposición complementaria, al añadir la frase «pudiendo aplicarse lo dispuesto en el art. 52».⁵

Leyes especiales posteriores ampliaron ese reducido número original de medidas, y hoy es posible contabilizar las que se mencionan a continuación.

1) En el primer artículo de la Ley 22278, vigente desde 1980 y modificada por Ley 22803, consagrada al régimen penal de la minoridad, se prevé la disposición provisional del menor de dieciséis años⁶ imputado de delito, de carácter preventivo⁷; y la disposición definitiva, de carácter preventivo y educativo, aplicable si «de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral o presenta problemas de conducta».

Esta última medida implica la «obligada custodia del menor por parte del juez», «la consiguiente restricción al ejercicio de la patria potestad o tutela» y «el discernimiento de la guarda cuando así correspondiere»⁸; y, si bien «podrá cesar en cualquier momento por resolución judicial fundada», solo concluye de pleno derecho, en ausencia de tal resolución, «cuando el menor alcance la mayoría de edad»⁹.

Huelga señalar los justificados ataques lanzados contra esa disposición, en particular a partir de la recepción para el derecho argentino de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, mediante Ley 23849 del año 1984, y con mayor razón desde el reconocimiento de jerarquía constitucional otorgado a dicho instrumento por la reforma constitucional del año 1994¹⁰.

2) La ley 23737, del año 1989, referida a la represión de la tenencia y tráfico de estupefacientes y psicotrópicos,

contempla medidas de seguridad curativas (arts. 16 al 18) y educativas (art. 21) para personas adictas o experimentadoras, respectivamente¹¹.

3) Vale consignar que la Ley 23184, que contiene el régimen penal y contravencional para la prevención y represión de la violencia en espectáculos deportivos, sancionada y promulgada en 1985 y reformada por Ley 24192, del año 1993, además de establecer penas principales privativas de libertad de diferente duración, prevé la accesoria de inhabilitación de seis meses a cinco años «para concurrir al tipo de espectáculos deportivos que haya motivado la condena». Dicha norma contenía, en sendas redacciones parlamentarias, una medida de seguridad preventiva en su art. 10, inciso a, consistente en el aseguramiento de aquella pena accesoria mediante la presentación del condenado en la sede policial de su domicilio, en ocasión de espectáculos similares al que motivó la condena, reservando al Tribunal la fijación de día y hora de presentación. El Poder Ejecutivo Nacional observó oportunamente tal medida de seguridad, mediante el decreto 473/1993, por entender que no era conveniente a la defensa de los derechos del condenado ni a la legitimidad del proceso, añadiendo que la presentación de condenados en comisarías «hace que la Institución Policial ejerza un rol que no le es propio, como ser la función de vigilar el cumplimiento de sanciones».

II) Expresiones jurisprudenciales relativamente recientes han asestado rudos golpes al reducido catálogo de disposiciones legales reseñadas en el parágrafo anterior; y es halagüeño que así haya ocurrido, pues a nadie escapa que la propia noción de «medida de seguridad» resultó suficientemente vaga como para habilitar excesos y —aun— auténticas privaciones ilegítimas de libertad en el pasado. No es exagerado argumentar que, con deplorable frecuencia, la adopción de alguna de tales medidas ha colocado a su virtual beneficiario en situación más desventajosa que la que padecía antes de la intervención estatal. Por lógicas razones de espacio mencionaremos solo dos, entre las de mayor relevancia.

1) El caso «R., M. J. s/ insania», zanjado por sentencia del 19 de febrero de 2008 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Competencia N° 1195 Libro XLII), muestra en todo su rigor y dramatismo la idea bosquejada en el párrafo anterior. En el año 1982, un juez penal dispuso el sobreseimiento definitivo por inimputabilidad de la persona identificada mediante tales iniciales y, paralelamente, echando mano de la aludida disposición del art. 34, inc. 1.º del Código Penal, dio intervención a la justicia civil para su internación en un instituto neuropsiquiátrico. Desde esa lejana fecha tuvo lugar una trágica saga de cuestiones positivas y negativas de competencia entre las jurisdicciones civil y criminal —de una parte— y nacional y provincial —de otra—, jalonada por inconcebibles lapsos de inacción, al punto de haberse completado un cuarto de siglo sin arribar a una resolución definitiva.

El máximo Tribunal de la República lanzó una severa admonición a los Tribunales inferiores, advirtiendo en punto a la gravedad de la cuestión suscitada y, más allá de

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

resolver expeditivamente la nueva cuestión de competencia y disponer el urgente examen médico del afectado, expuso algunas ideas básicas que, aun cuando puedan parecer obvias, lucen apropiadas ante semejantes muestras de burocracia estatal¹².

2) En otra decisión memorable, fechada el 5 de septiembre de 2006, la Corte Suprema nacional formuló, tras un extenso desarrollo histórico, filosófico, político-criminal y jurídico, estas claras conclusiones: «a) La reclusión accesoria para multireincidentes del art. 52 del Código Penal es una pena; b) Las llamadas medidas de seguridad, pre o posdelictuales, que no tengan carácter curativo y que importen privación de libertad con sistema carcelario, son penas; c) Una privación de libertad que tiene todas las características de una pena, es una pena; d) La reclusión —como cualquiera de las otras penas del art. 5 del Código Penal— no cambia su naturaleza de pena por ser impuesta por tiempo indeterminado; e) Tampoco la cambia por el hecho de que se la prevea como pena accesoria o como pena conjunta; f) La palabra *penado* del art. 18 constitucional, abarca a todos los que sufren una pena como a los que sufren los mismos efectos con cualquier otro nombre; g) Históricamente, la pena del art. 52 es la de relegación proveniente de la ley de deportación francesa de 1885 en la Guayana, que reemplazó a la ley de 1854 y ésta a la pena de galeras; h) Llegó a nuestra legislación en 1903 como complemento de la deportación a Ushuaia y de la llamada ley de residencia; i) Conserva carácter relegatorio porque federaliza a los condenados sustrayéndolos a la ejecución en la provincia respectiva; j) Es una clara manifestación de derecho penal de autor, pues pretende penar por lo que la persona es y no por lo que ha hecho; k) Si se la considera pena por el último hecho es desproporcionada y, por ende, cruel; l) Si se considera que se la impone por los hechos anteriores, está penando dos veces delitos que han sido juzgados y por los que la pena está agotada; m) Tampoco es posible fundarla en la peligrosidad, porque ésta responde a una probabilidad en grandes números, que en el caso concreto es siempre incierta; n) Como no existen investigaciones al respecto, la peligrosidad no responde en la práctica penal a criterios de grandes números, sino a juicios subjetivos arbitrarios; o) Se afirma que el legislador la presume, con lo cual se quiere decir que el legislador se vale de una peligrosidad inexistente o meramente inventada por él, para declarar una enemistad que priva a la persona de todos los derechos constitucionales; p) La pena prevista en el art. 80 del Código Penal no está en cuestión en esta causa; lo que se cuestiona es la pena para multireincidencia por delitos menores del art. 52; q) En el caso concreto se pretende penar un robo que merece la pena de dos años de prisión con una pena mínima de doce años; r) En estas condiciones la pena, en el caso concreto, viola el principio de proporcionalidad, constituye una clara muestra de derecho penal de autor, infringe el

principio de humanidad y declara a Gramajo extraño al derecho»¹³.

En apoyo de tales postulados, y con referencia a la idea de ‘peligrosidad’, omnipresente en la confección y en la adopción de toda medida de seguridad, la máxima autoridad jurisdiccional argentina cita, al finalizar su documentado despliegue argumental, un elocuente párrafo de la sentencia de fecha 20 de junio de 2005 suscrita por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁴: la suprema instancia continental señaló en tal oportunidad que la invocación a dicho concepto «constituye claramente una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía... En consecuencia, la introducción en el texto legal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención».

Notas

* Como en numerosas ocasiones anteriores, la abogada Mariana Grasso ha colaborado puntual y eficientemente en la búsqueda de valiosa jurisprudencia alusiva al tema en cuestión.

1. Es el caso de la República Oriental del Uruguay, cuyo Código Penal, que data de 1933, trata el tema en sus artículos 92 a 103. Conforme a la primera de tales disposiciones, las medidas de seguridad son de cuatro clases: curativas, educativas, eliminativas (*sic*) y preventivas. Vale acotar que las de la tercera clase —aplicables «a los delincuentes habituales... y a los violadores u homicidas que por la excepcional gravedad del hecho, derivada de la naturaleza de los móviles, de la forma de ejecución, de los antecedentes y demás circunstancias afines, denuncian una gran peligrosidad» (art. 92.4º párrafo)—, no se aplican en sustitución de la pena, sino después de cumplida la condena (art. 103).

2. Artículo 34 inciso 1º, 2º párrafo del Código Penal argentino (en adelante, CP arg.): «... *En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.*»

3. *Idem*, 3º párrafo: «*En los demás casos en que se absolviere a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso.*»

4. Art. 52 CP arg.: «*Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado, como accesoria de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las*

Revista Penal

Argentina

siguientes penas anteriores: 1° Cuatro penas privativas de libertad, siendo una de ellas mayor de tres años. 2° Cinco penas privativas de libertad, de tres años o menores. Los Tribunales podrán, por única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoria, fundando expresamente su decisión en la forma prevista en el artículo 26».

5. Art. 80 CP arg., primer párrafo.

6. O de dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación (ley y art. cit.)

7. Reza el texto en la parte pertinente: *«la autoridad judicial... procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre...»*.

8. Así lo estatuye el artículo 3 de dicha ley. La referida custodia tiene por fin declarado *«la adecuada formación»* del menor *«mediante su protección integral»*, difusa meta para cuyo logro *«el magistrado podrá ordenar las medidas que crea convenientes»* respecto del tutelado, *«siempre modificables en su beneficio»* (lex cit., art. 3, inciso 1, in fine).

9. Lex y art. cit., último párrafo.

10. CN, art. 75, inciso 22. Innumerables proyectos legislativos tendieron a la sustitución de la Ley 22278, pero hasta nuestros días han ido perdiendo estado parlamentario uno tras otro, debido a la resistencia de los sectores más conservadores de la clase política y de gran parte de los propios operadores del sistema tutelar, imbuidos del lastre ideológico del patronato del Estado sobre los «menores en situación irregular». Paralelamente, en una decisión de enorme trascendencia, con fecha 11 de diciembre de 2007, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal declaró inconstitucional el mentado art. 1° de la ley en cuestión, por entender que es *«ilegítima cualquier medida de encierro»* adoptada respecto de sujetos no punibles en razón de su menor edad, ordenando, en consecuencia, su progresiva liberación. La Fiscalía General recurrió en queja ante la Corte Suprema de Justicia, órgano que, desde el 18 de marzo de 2008 hasta el momento de redactarse este informe, se encuentra abocada al estudio del tópico y, entretanto, mantiene suspendida la decisión liberatoria. En el considerando II de esta última, se expresaba enfáticamente que *«el tratamiento especial que importan las medidas tutelares es impuesto, con independencia de la declaración de responsabilidad penal, en base a las características personales del menor, su eventual “peligrosidad” y su situación familiar, como resultado de diversos estudios que se realizan previamente sobre él. De este modo, la culpabilidad por el acto, de raigambre constitucional, es desplazada en la práctica por un “derecho penal de autor”»*.

11. Ley 23737: art. 16: *«Cuando el condenado por cualquier delito dependiere física o psíquicamente de estupefacientes, el juez impondrá, además de la pena, una medida de seguridad curativa que consistirá en un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación por el tiempo necesario a estos fines y cesará por resolución judicial, previo dictamen de peritos que así lo aconsejen»*; art. 17: *«En el caso del artículo 14 segundo párrafo [tenencia inequívocamente destinada al uso personal], si en el juicio se acreditase que la tenencia es pa-*

ra uso personal, declarada la culpabilidad del autor y que el mismo depende física o psíquicamente de estupefacientes, el juez podrá dejar en suspenso la aplicación de la pena y someterlo a una medida de seguridad curativa por el tiempo necesario para su desintoxicación y rehabilitación. Acreditado su resultado satisfactorio, se lo eximirá de la aplicación de la pena. Si transcurridos dos años de tratamiento no se ha obtenido un grado aceptable de rehabilitación por su falta de colaboración, deberá aplicársele la pena y continuar con la medida de seguridad por el tiempo necesario o solamente esta última»; art. 18: «En el caso del artículo 14 segundo párrafo, si durante el sumario se acreditase por semiplena prueba que la tenencia es para uso personal y existen indicios suficientes a criterio del juez de la responsabilidad del procesado y éste dependiere física o psíquicamente de estupefacientes, con su consentimiento, se le aplicará un tratamiento curativo por el tiempo necesario para su desintoxicación y rehabilitación y se suspenderá el trámite del sumario. Acreditado su resultado satisfactorio, se dictará sobreseimiento definitivo. Si transcurridos dos años, por falta de colaboración del procesado no se obtuvo un grado aceptable de recuperación, se reanudará el trámite de la causa y, en su caso, podrá aplicársele la pena y continuar el tratamiento por el tiempo necesario, o mantener solamente la medida de seguridad»; art. 21: «En el caso del artículo 14, segundo párrafo, si el procesado no dependiere física o psíquicamente de estupefacientes, por tratarse de un principiante o experimentador, el juez de la causa podrá, por única vez, sustituir la pena por una medida de seguridad educativa en la forma y modo que judicialmente se determine. Tal medida debe comprender el cumplimiento obligatorio de un programa especializado relativo al comportamiento responsable frente al uso y tenencia indebida de estupefacientes, que con una duración mínima de tres meses, la autoridad educativa nacional o provincial implementará, a los efectos del mejor cumplimiento de esta ley. La sustitución será comunicada al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelaria, organismo que lo comunicará solamente a los tribunales del país con competencia para la aplicación de la presente ley, cuando éstos lo requirieren. Si concluido el tiempo de tratamiento, éste no hubiese dado resultado satisfactorio por la falta de colaboración del condenado, el tribunal hará cumplir la pena en la forma fijada en la sentencia».

12. Señaló la Corte que *«la debilidad jurídica estructural que sufren las personas con padecimientos mentales —de por sí vulnerable a los abusos—, crea verdaderos “grupos de riesgo” en cuanto al pleno y libre goce de los derechos fundamentales, situación que genera la necesidad de establecer una protección normativa eficaz, tendiente a la rehabilitación y reinserción del paciente en el medio familiar y social, en tanto hoy nadie niega que las internaciones psiquiátricas que se prolongan innecesariamente son dañosas y conllevan, en muchos casos, marginación, exclusión y maltrato y no es infrecuente que conduzcan a un “hospitalismo” evitable. En esta realidad, el derecho debe ejercer una función preventiva y tutiva de los derechos fundamentales de la persona con sufrimiento mental, cumpliendo para ello un rol preponderante la actividad jurisdiccional. Los pacientes institucionalizados, especialmente cuando son reclusos coactivamente —sin distinción por la razón que motivó su inter-*

nación—, son titulares de un conjunto de derechos fundamentales, como el derecho a la vida y a la salud, a la defensa y al respeto de la dignidad, a la libertad, al debido proceso, entre tantos otros. Sin embargo, deviene innegable que tales personas poseen un estatus particular, a partir de que son sujetos titulares de derechos fundamentales con ciertas limitaciones derivadas de su situación de reclusión. Frente a tal circunstancia desigual, la regla debe ser el reconocimiento, ejercicio y salvaguardia especial de esos derechos de los que se derivan los deberes legales del sujeto pasivo, sea el Estado o los particulares...» (considerando 6°). Al enumerar los diversos instrumentos de máxima jerarquía normativa nacionales e internacionales existentes sobre el tópico, la instancia judicial suprema resaltó, entre estos últimos, la Resolución 46/119 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, del 17 de noviembre de 1991, conocida bajo el nombre de «Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental», «aplicables también a las personas que cumplen penas de prisión por delitos penales o que han sido detenidas en el transcurso de procedimientos o investigaciones penales efectuados en su contra y que, según se ha determinado o se sospecha, padecen una enfermedad mental, conforme reza el Principio 20.1.» (considerando 8°). En función de ello, aseveró el alto tribunal, «la medida de privación de la libertad del paciente debe ser revisada judicialmente mediante procedimientos simples, expeditivos, dotados de la mayor celeridad y, si correspondiera prolongarla por razones terapéuticas, ello debe ser objeto de un minucioso control periódico jurisdiccional obligatorio de los motivos de la internación, a los efectos de estudiar si las condiciones que determinaron su reclusión se mantienen o se modificaron en el tiempo...», añadiendo admonitoriamente: «De no ser así, la internación se convierte en los hechos en una pena privativa de la libertad sin límite de duración» (considerando 10°).

13. Fallo recaído en el recurso de hecho promovido en la causa 1573, caratulada «GRAMAJO, M.E.». El párrafo corresponde al considerando 30; en el siguiente y último, recapitulando, se concluyó que «la pena de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 del Código Penal resulta inconstitucional por cuanto viola el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad de la pena, el principio de reserva, el principio de legalidad, el principio de derecho penal de acto, el principio de prohibición de persecución penal múltiple (*ne bis in idem*) y el principio de prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes, todos los cuales aparecen reconocidos en las garantías constitucionales consagradas —de manera expresa o por derivación— en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad, conforme la incorporación efectuada por el art. 75, inc. 22 de nuestra ley fundamental, entre los que cabe mencionar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 9), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 7) y la Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes».

14. CIDH, Serie C. n. 126, caso «Fermín Ramírez contra Guatemala».

Brasil

Alexis Couto de Brito

Prof. Doctor en Derecho penal —Universidad de São Paulo (USP)—. Prof. Dr. de Derecho penal, Derecho Procesal penal y Derecho Penitenciario —Universidad Mackenzie (São Paulo)—
alexis@mackenzie.br

Introducción

La Medida de Seguridad es una medida de carácter jurisdiccional penal que restringe la libertad del individuo-enfermo, aplicada solamente en razón de la práctica de un delito.

En Brasil, el enfoque sobre la Medida de Seguridad se refiere apenas a la peligrosidad del autor del hecho. La culpabilidad da lugar a la peligrosidad, y la defensa social y la personalidad del autor adquieren relevancia.

Las Medidas de Seguridad aparecen, por la primera vez, con el anteproyecto de Código Penal suizo, elaborado por Stoos en 1893 y, curiosamente, al revés del sistema del duplo binario, pugnaba por el sistema vicariante utilizado actualmente en la legislación brasileña (hace 24 años, desde 1984). Las Medidas de Seguridad empezaron a aparecer en el código portugués de 1896, noruego de 1902 y argentino de 1921.

Pero fue en el código italiano de 1930 que se ha producido un sistema completo, propagándose para todos los códigos promulgados de ahí entonces. Después los estudios de la Escuela Positiva, los Códigos Penales pasaron a adoptar las Medidas de Seguridad, dando preferencia al sistema llamado de duplo binario, que aplicaba conjuntamente, pena y Medida de Seguridad. El sistema vicariante, en el cual se aplica apenas una de las especies de respuesta al delito cometido (Pena para el culpable y Medida de Seguridad para el peligroso) empezó a ser debatido en el 1.º Congreso Internacional de Derecho Penal, ocurrido en Bruselas en 1926, pero solamente fue incluido en una legislación a través del Código Suizo de 1951. Se fundamenta en la división entre pena, aplicada a los imputables, y Medida de Seguridad, a los inimputables.

Actualmente, en Brasil, apenas algunos pocos autores afirman que el duplo binario debía continuar a ser aplicado, al menos a los criminosos considerados habituales, peligrosos, o autores de crímenes considerados graves.

Aplicación

Conforme el Sistema penal y procesal penal brasileño, la Medida de Seguridad se aplica por:

Revista Penal

Brasil

- I) Sentencia absolutoria impropia;
- II) Sentencia condenatoria del semi-imputable;
- III) Insanidad mental durante el cumplimiento de la pena.

I) Para apurar si el autor del hecho es inimputable, podrá ser instaurado un **Incidente de Insanidad Mental** (Código de Proceso Penal Brasileño, 149 a 154), siempre que haya duda en cuanto a la salud mental del reo. Este incidente podrá ser instaurado aún durante el expediente policial (fase pre-procesal de investigación), mediante representación del Comisario de Policía Judicial, o en lo transcurrir de la acción penal por requerimiento del Ministerio Público, del defensor del reo, de su curador, o del ascendiente, descendente, hermano o cónyuge del acusado, o hasta mismo *ex officio* por el juez. El autor del hecho será sometido a un examen técnico, realizado por peritos capacitados, y observado por el plazo de 45 días. Al final, los peritos deberán emitir parecer conclusivo, indicando el momento de la incapacidad mental. Si la ocurrencia de la inimputabilidad se dio después de la práctica del crimen, el juez suspenderá el proceso y aguardará su recuperación, ordenando, si necesario, su internación en hospital psiquiátrico. Si se pone comprobado que el reo era incapaz en el momento de la práctica del crimen, el juez nombrará curador y, al final, constatando la existencia de una conducta típica e antijurídica, lo absolverá imponiéndole Medida de Seguridad. Esta sentencia, aunque absolutoria, impone una privación o restricción de la libertad al reo, y por eso recibe el nombre absolutoria impropia.

II) A rigor, las Medidas de Seguridad están previstas para aplicación a los inimputables. Sin embargo, en ciertos casos, se aconseja la aplicación a los semi-imputables, que aunque tengan la capacidad de comprender el carácter preventivo de la pena, no la tiene en su plenitud. A éstos, el juez impondrá una sentencia condenatoria, pero podrá optar por reducir su pena o sustituirla por una Medida de Seguridad.

III) No solo por las condiciones físicas y psicológicas limítrofes impuestas por cualquier régimen de prisión, pero hasta mismo por circunstancias intrínsecas al condenado, eventualmente podrá sobrevenirle una enfermedad mental durante el cumplimiento de la pena, lo que demandará su transferencia al establecimiento adecuado como el Hospital de Guardia y Tratamiento Psiquiátrico (art. 108) u otro instituto similar. Ésta es la exacta orientación del art. 183 de la Ley de Ejecuciones Penales (L. 7.210/1984): «cuando, en el curso de la ejecución de la pena privativa de libertad, sobrevenga enfermedad mental o perturbación de la salud mental, el juez, de oficio, la petición del Ministerio Público o de la autoridad administrativa, podrá determinar la sustitución de la pena por Medida de Seguridad».

Por no haber previsión legal, hay duda sobre por cuanto tiempo el condenado deberá permanecer internado, en estos casos en los que la enfermedad mental surge durante la ejecución de la pena. La mayor parte

de los especialistas entiende qué el condenado solamente podrá permanecer internado por el plazo restante de su condena, pues la determinación de la sanción se dio en función de la culpabilidad, y por ésta debe ser mantenida. No hay posibilidad, porque perjudicial al condenado, de someterlo a un período no determinado de Medida de Seguridad cuando ocurra la perturbación mental en el transcurso del cumplimiento de la pena. Ejemplarizando, si el condenado a una pena de 3 años cumplió 2 de ellos y sufrió con la perturbación mental, solamente quedará internado por más un año, al final siendo libertado o transferido al hospital adecuado si ausentes sus responsables.

Especies

Son dos las especies de Medidas de Seguridad (Código Penal brasileño, art. 96):

I) internación (o hospitalización) en nosocomio de custodia y tratamiento psiquiátrico o, a la falta, en otro establecimiento adecuado (Medida de Seguridad detentiva);

II) sujeción a tratamiento ambulatorio (Medida de Seguridad no detentiva).

En regla, la internación en hospital de custodia es destinada a las condenas por crímenes con pena de reclusión, y el tratamiento ambulatorio reservase a los delitos con pena de detención¹. Sin embargo, esta regla no puede ser aplicada con esta objetividad, pues a cada caso concreto el juez deberá determinar la medida más adecuada al inimputable. También podrá, a cualquier momento del tratamiento ambulatorio, determinar la internación del agente, si esa providencia es necesaria para fines curativos, o aún si el agente revelar incompatibilidad con la medida (art. 184 de la Ley de Ejecución Penal).

El establecimiento, en principio, debe ser público, o sea, integrar el sistema de salud o el penitenciario. Pero no hay motivo para negar el tratamiento en ambulatorio particular, siendo suficiente su credenciamento juntamente al órgano público. Además, la propia Ley de Ejecución Penal permite que el enfermo o sometido a tratamiento contrate médico particular de su confianza (LEP, art. 43).

La jurisprudencia ha decidido que si el crimen sea penado con reclusión, será obligatoria la internación. Pero existen decisiones en otro sentido, con las cuales concordamos, de que la a determinación de la especie de Medida de Seguridad deberá ser pautada por el laudo pericial. El fundamento de la medida es la peligrosidad del reo que no está prevista en abstracto en cada crimen simplemente por la elección del régimen (reclusión o detención), pero depende de análisis criteriosa sobre las características personales del agente. Por eso, unimos voces a los que delegan al juez, amparado por el laudo pericial, la decisión por la internación o tratamiento ambulatorio, independientemente del régimen de reclusión o detención previsto para la infracción cometida.

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

En lo más, no posee ningún amparo la idea de que la peligrosidad del inimputable sea presumida. Mismo porque se así lo fuese, la Medida de Seguridad debía ser perpetua, pues siendo presumida *ex legis*, jamás admitiría cuestionamiento por la vía médico-pericial.

Plazo

La Medida de Seguridad se fundamenta en la peligrosidad del inimputable o semi-imputable autor de la infracción penal. Por consiguiente, la Ley, no computa plazo determinado, debiendo durar mientras no cesar la peligrosidad del agente. Se estipula apenas un plazo mínimo inicial, de 1 a 3 años, que deberá ser justificado en la sentencia, valiéndose el juez del auxilio de una pericia médica. Esta pericia será renovada al final del plazo de internación, y periódicamente, de año en año o a cualquier tiempo, por determinación del juez de la ejecución (CP, art. 97 § 2.º). Su liberación definitiva estará sujeta a la ausencia de peligrosidad, que deberá ser comprobada en el período de un año después de su liberación por el médico.

Ejecución

La ejecución será iniciada en los modelos de la pena privativa de libertad. El juez, después el tránsito en juzgado de la sentencia, ordenará la expedición de guía (de internamiento o tratamiento ambulatorio para la ejecución), indispensable para la internación o entrada en ambulatorio, y dará ciencia al Ministerio Público. Se admite también la progresión de la Medida de Seguridad. Así como el sometido a tratamiento podrá ser internado por conversión (LEP, art. 184), lo inverso debe ser permitido.

Cesación de la Peligrosidad

La Medida de Seguridad tiene como fundamento la peligrosidad del agente. Ésta vendrá a ser, al menos, verificada de oficio en el fin del plazo mínimo de duración de la Medida de Seguridad, por el examen de las condiciones personales del agente, observándose el siguiente (art. 175 de la Ley de Ejecución Penal):

I) la autoridad administrativa, hasta 1 (un) mes antes de expirar el plazo de duración mínima de la medida, remeterá al juez minucioso informe que lo habilite a resolver sobre la revocación o permanencia de la medida;

II) el informe será instruido con el laudo psiquiátrico;

III) juntado a los autos el informe o realizadas las diligencias, serán oídos, sucesivamente, el Ministerio Público y el curador o defensor, en el plazo de 3 (tres) días para cada un;

IV) el juez nombrará curador o defensor para el agente que no lo tenga;

V) el juez, de oficio o con requerimiento de cualquiera de las partes, podrá determinar nuevas diligencias, todavía que expirado el plazo de duración mínima de la Medida de Seguridad;

VI) oídas las partes o realizadas las diligencias a que se refiere el inciso anterior, el juez proferirá su decisión, en el plazo de 5 (cinco) días.

En verdad, los exámenes podrán ser hechos a cualquier tiempo, durante o después del plazo mínimo de duración de la Medida de Seguridad bastando, para tanto, petición fundamentada del Ministerio Público, del interesado o su procurador o defensor. El procedimiento será el mismo descrito arriba.

A través de órgano pericial oficial o de perito especialmente nombrado para el caso, será elaborado un laudo de evaluación del sometido a la Medida de Seguridad que relate de forma conclusiva su estado actual. Si la conclusión es por la ausencia de peligrosidad, el juez deberá decretar extinta la medida y colocar el agente en libertad. Caso contrario, el juez determinará la fecha para el próximo examen, que no podrá exceder a 1 año.

Liberación condicional

De posesión del laudo pericial que apunte el término de la peligrosidad, el juez decidirá por la liberación condicional. De esa decisión cabrá el recurso de Agravo y, transitada en juzgado, será expedida por el juez el orden de liberación (art. 179 de la Ley de Ejecución Penal). Resaltase que por la redacción del art. 179, la interposición de lo Agravo poseerá efecto suspensivo, pues el juez solamente podrá ordenar la liberación con el tránsito en juzgado de la sentencia: «Transitada en juzgado la sentencia, el juez expedirá orden para la soltura o la liberación».

Existe la previsión de un acompañamiento de aquél que fue sometido a la Medida de Seguridad, después de la liberación del tratamiento. Por el plazo de 1 (un) año el sometido a la medida no podrá practicar acto indicativo de persistencia de su peligrosidad, bajo pena de regresar a la situación anterior. Este período de prueba se impone por la «institucionalización» del internado, que se acomoda al nosocomio donde permaneció, hecho que puede camuflar la recuperación de las causas patológicas de su peligrosidad. Al regresar a la libertad, la conducta del condenado va a revelar si era solo aparente, dicha cura, o efectiva.

Después un año de libertad sin la práctica de acto que indique lo contrario, el juez decretará la extinción de la medida.

Notas

1. El Código Penal Brasileño aún mantiene la distinción legal entre penas de reclusión, detención y prisión simple que, todavía, no poseen distinción en la práctica.

Revista Penal

Chile

Chile

Felipe Caballero Brun¹

No existe en la legislación chilena una regulación general y sistemática sobre las medidas de seguridad post delictuales. Sin perjuicio de ello —a partir de la estimación comparada de normas del Código Penal (CP) y el Código Procesal Penal (CPP)— es posible advertir con claridad cuáles son presupuestos, clases y formas de ejecución.

La regla básica sobre aplicación y procedencia de medidas de seguridad en el proceso penal se haya contenida en el art. 455 del CPP, el cual establece que sólo podrá aplicarse una medida de seguridad al enajenado mental que hubiere realizado un hecho *típico* y *antijurídico* (límite de *injusto*) y siempre que existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que atentará contra sí mismo o contra otras personas (límite de *peligrosidad*). Por razones de texto y de coherencia sistemática (dada la ausencia de peligrosidad) resulta impropio establecer medidas de seguridad en el proceso penal chileno respecto de supuestos de *inimputabilidad* derivados de un trastorno mental transitorio (que conforme al art. 10 N° 1 CP también eximen de responsabilidad penal²).

Hay dos clases de medidas de seguridad contempladas en el CPP (art. 457) susceptibles de ser impuestas al enajenado mental, según la gravedad del caso. Por una parte está la medida de internación en un establecimiento psiquiátrico y por otra la medida de custodia y tratamiento del enajenado mental. Ninguna de ellas puede llevarse a cabo en establecimientos carcelarios.

Estas medidas de seguridad deben ser requeridas por el Ministerio Público cuando se estimare concurrente la inimputabilidad por *enajenación mental* del imputado (art. 461 CPP) y la decisión de las mismas está entregada al Juez de Garantía en un procedimiento oral y contradictorio, donde el imputado debe ser representado por un curador *ad litem* (art. 459 CPP).

En el art. 481 CPP se establecen los límites para la duración de las medidas de seguridad impuestas al enajenado mental. Se señala un primer límite de carácter absoluto —fundado en el *principio de proporcionalidad*— y que consiste en la prohibición de exceder la extensión temporal de la sanción restrictiva o privativa de libertad que hubiere podido imponerse o, bien, de la pena mínima probable³. Además, de modo copulativo, existe un segundo límite —fundado en el *principio de necesidad*— que establece que dichas medidas duraran mientras subsistan las condiciones (*peligrosidad*) que hubieren hecho necesarias su imposición. Además en la misma norma antes

indicada se establecen diversos mecanismos de control a la ejecución de estas medidas. Por un lado se señalan los informes semestrales al ministerio público por parte de quien tiene a su cargo al enajenado mental, por otro las inspecciones semestrales del ministerio público a los establecimientos de cumplimiento de medidas de seguridad y por último se estatuye la posibilidad de recurrir (por parte del curador, ministerio público o familiar respectivo) ante el Juez de Garantía a fin de solicitar la suspensión o modificación de las condiciones de la medida de seguridad.

La ejecución y control de estas medidas, así como la decisión sobre solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución corresponde —según normas procesales orgánicas (art. 14.f del Código Orgánico Tribunales)— también al Juez de Garantía. Ante estos jueces —durante la fase de ejecución de la medida de seguridad— sólo pueden intervenir el ministerio público, el imputado y su defensor (art. 466 CPP).

Las medidas antes indicadas también pueden ser decididas (con el límite del criterio de *peligrosidad*) a los casos en que el imputado presentare una enajenación mental sobreviniente al hecho delictivo (art. 465 CPP), incluso después de haber sido condenado y mientras estuviere cumpliendo la condena impuesta (art. 482 CPP).

Es importante advertir que subsisten aún en nuestro ordenamiento jurídico algunas medidas de seguridad de carácter predelictuales de dudosa Constitucionalidad. Así el Código Sanitario, en los arts. 130 y ss., establece la posibilidad de internación voluntaria, administrativa, judicial o de urgencia de enfermos mentales y de aquellas personas que presenten dependencia a las drogas o al alcohol. El problema con esta clase de internaciones (sobre todo la internación administrativa) radica fundamentalmente en la inexistencia de límites legales ciertos para su procedencia y legitimidad. La variable de *peligrosidad* es el único presupuesto de las mismas y además se originan en decisiones de autoridad contenidas en procedimientos desvinculados del principio de legalidad, ya que los mismos están definidos en el nivel reglamentario.

Notas

1. Abogado, Doctor en Derecho. E-mail: fcab@usa.es.
2. Art. 10. «Están exentos de responsabilidad criminal»:
 - 1° «El loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que, por cualquier causa inopordiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón».
 3. Según el inciso segundo del art. 481 CPP se entiende por pena mínima probable «el tiempo mínimo de privación o restricción de libertad que la ley prescribiere para el delito o delitos por los cuales se hubiere dirigido el procedimiento en contra del sujeto enajenado mental, formalizado la investigación o acusado, según correspondiere».

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

Colombia

Álvaro Orlando Pérez Pinzón
 Profesor de la Universidad
 Externado de Colombia (Bogotá)

La ley penal colombiana fundamentalmente prevé como consecuencias penales de la conducta punible la *pena* y la *medida de seguridad*. Por tradición, la primera se impone exclusivamente a sus destinatarios *imputables*, y la segunda solamente a sus destinatarios *inimputables*. No existen, pues, *medidas de seguridad para imputables* ni *penas para inimputables*, como tampoco *medidas de seguridad postpena*, ni *penas postmedida*. Se trata de extremos disyuntivos: a quien vulnera la ley se somete a pena o a medida de seguridad. Se sigue, entonces, el sistema de una vía o de vía única, en vez del sistema de doble vía o vicarial.

Las *medidas de seguridad* en Colombia pueden ser definidas como el conjunto de instrumentos que se utilizan para proteger, curar, tutelar y rehabilitar a quienes por carecer de capacidad de conocimiento, de comprensión o de autodeterminación, han realizado conducta típica y antijurídica, sin que exista, en el momento de hecho, ningún motivo que los pueda exonerar de responsabilidad.

La normativa básica sobre el tema se encuentra en el Código Penal. Es la siguiente:

CÓDIGO PENAL COLOMBIANO
 —Ley 599 del 2000—

LIBRO PRIMERO

PARTE GENERAL

TÍTULO III

CAPÍTULO ÚNICO
DE LA CONDUCTA PUNIBLE

ARTÍCULO 33: *Inimputabilidad*. Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, *diversidad socio-cultural* o estados similares.

No será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental.

Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al sistema de responsabilidad juvenil.

...

TÍTULO IV

DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS
DE LA CONDUCTA PUNIBLECAPÍTULO IV
DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

ARTÍCULO 69. MEDIDAS DE SEGURIDAD. Son medidas de seguridad:

1. La internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada.
2. La internación en casa de estudio o trabajo.
3. La libertad vigilada.
4. *La reintegración al medio cultural propio* (numeral declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-370, del 14 de mayo del 2002).

ARTÍCULO 70. INTERNACIÓN PARA INIMPUTABLE POR TRASTORNO MENTAL PERMANENTE. Al inimputable por trastorno mental permanente, se le impondrá medida de internación en establecimiento psiquiátrico, clínica o institución adecuada de carácter oficial o privado, en donde se le prestará la atención especializada que requiera.

Esta medida tendrá un máximo de duración de veinte (20) años y el mínimo aplicable dependerá de las necesidades de tratamiento en cada caso concreto. Cuando se establezca que la persona se encuentra mentalmente rehabilitada cesará la medida.

Habrà lugar a la suspensión condicional de la medida cuando se establezca que la persona se encuentra en condiciones de adaptarse al medio social en donde se desenvolverá su vida.

Igualmente procederá la suspensión cuando la persona sea susceptible de ser tratada ambulatoriamente.

En ningún caso el término señalado para el cumplimiento de la medida podrá exceder el máximo fijado para la pena privativa de la libertad del respectivo delito.

ARTÍCULO 71. INTERNACIÓN PARA INIMPUTABLE POR TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO CON BASE PATOLÓGICA. Al inimputable por trastorno mental transitorio con base patológica, se le impondrá la medida de internación en establecimiento psiquiátrico, clínica o institución adecuada de carácter oficial o privado, en donde se le prestará la atención especializada que requiera.

Esta medida tendrá una duración máxima de diez (10) años y un mínimo que dependerá de las necesidades de tratamiento en cada caso concreto. La medida cesará cuando se establezca la rehabilitación mental del sentenciado.

Habrà lugar a la suspensión condicional de la medida cuando se establezca que la persona se encuentra en con-

Revista Penal

Colombia

diciones de adaptarse al medio social en donde se desenvolverá su vida.

Igualmente procederá la suspensión cuando la persona sea susceptible de ser tratada ambulatoriamente.

En ningún caso el término señalado para el cumplimiento de la medida podrá exceder el máximo fijado para la pena privativa de la libertad del respectivo delito.

ARTÍCULO 72. LA INTERNACIÓN EN CASA DE ESTUDIO O DE TRABAJO. A los inimputables que no padezcan trastorno mental, se les impondrá medida de internación en establecimiento público o particular, aprobado oficialmente, que pueda suministrar educación, adiestramiento industrial, artesanal, agrícola o similar.

Esta medida tendrá un máximo de diez (10) años y un mínimo que dependerá de las necesidades de asistencia en cada caso concreto.

Habrà lugar a la suspensión condicional de la medida cuando se establezca que la persona se encuentra en condiciones de adaptarse al medio social en donde se desenvolverá su vida.

Igualmente procederá la suspensión cuando la persona sea susceptible de ser tratada ambulatoriamente.

En ningún caso el término señalado para el cumplimiento de la medida podrá exceder el máximo fijado para la pena privativa de la libertad del respectivo delito.

ARTÍCULO 73. LA REINTEGRACIÓN AL MEDIO CULTURAL PROPIO. Cuando el sujeto activo de la conducta típica y antijurídica sea inimputable por diversidad sociocultural, la medida consistirá en la reintegración a su medio cultural, previa coordinación con la respectiva autoridad de la cultura a la que pertenezca.

Esta medida tendrá un máximo de diez (10) años y un mínimo que dependerá de las necesidades de protección tanto del agente como de la comunidad. La cesación de la medida dependerá de tales factores.

Se suspenderá condicionalmente cuando se establezca razonablemente que no persisten las necesidades de protección.

En ningún caso el término señalado para el cumplimiento de la medida podrá exceder el máximo fijado para la pena privativa de la libertad del respectivo delito (*artículo declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-370, del 14 de mayo del 2002*).

ARTÍCULO 74. LIBERTAD VIGILADA. La libertad vigilada podrá imponerse como accesoria de la medida de internación, una vez que ésta se haya cumplido y consiste en:

1. La obligación de residir en determinado lugar por un término no mayor de tres (3) años.
2. La prohibición de concurrir a determinados lugares hasta por un término de tres (3) años.
3. La obligación de presentarse periódicamente ante las autoridades encargadas de su control hasta por tres (3) años.

Las anteriores obligaciones, sin sujeción a los términos allí señalados, podrán exigirse cuando se suspenda condicionalmente la ejecución de las medidas de seguridad.

ARTÍCULO 75. TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO SIN BASE PATOLÓGICA. Si la inimputabilidad proviene exclusivamente de trastorno mental transitorio sin base patológica no habrá lugar a la imposición de medidas de seguridad.

Igual medida procederá en el evento del trastorno mental transitorio con base patológica cuando esta desaparezca antes de proferirse la sentencia.

En los casos anteriores, antes de pronunciarse la sentencia, el funcionario judicial podrá terminar el procedimiento si las víctimas del delito son indemnizadas.

ARTÍCULO 76. MEDIDA DE SEGURIDAD EN CASOS ESPECIALES. Cuando la conducta punible tenga señalada pena diferente a la privativa de la libertad, la medida de seguridad no podrá superar el término de dos (2) años.

ARTÍCULO 77. CONTROL JUDICIAL DE LAS MEDIDAS. El juez está en la obligación de solicitar trimestralmente informaciones tendientes a establecer si la medida debe continuar, suspenderse o modificarse.

ARTÍCULO 78. REVOCACIÓN DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL. Podrá revocarse la suspensión condicional de la medida de seguridad cuando oído el concepto del perito, se haga necesaria su continuación.

Transcurrido el tiempo máximo de duración de la medida, el Juez declarará su extinción.

ARTÍCULO 79. SUSPENSIÓN O CESACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. La suspensión o cesación de las medidas de seguridad se hará por decisión del juez, previo dictamen de experto oficial.

Si se tratare de la medida prevista en el art. 72, el dictamen se sustituirá por concepto escrito y motivado de la Junta o Consejo Directivo del establecimiento en donde hubiere cumplido la internación, o de su Director a falta de tales organismos.

ARTÍCULO 80. CÓMPUTO DE LA INTERNACIÓN PREVENTIVA. El tiempo que el sentenciado hubiese permanecido bajo detención preventiva se computará como parte cumplida de la medida de seguridad impuesta.

ARTÍCULO 81. RESTRICCIÓN DE OTROS DERECHOS A LOS INIMPUTABLES. La restricción de otros derechos consagrados en este código se aplicará a los inimputables en cuanto no se opongan a la ejecución de la medida de seguridad impuesta y sean compatibles con sus funciones.

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

De las *medidas de seguridad* en Colombia, como se desprende de su reglamentación legal, se puede resaltar lo siguiente:

1. El punto de partida es el art. 33 del Código Penal, que define al inimputable como aquella persona que al momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tiene capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, *diversidad sociocultural* o estados similares.

2. De ellas se predicán, en general, todos los principios penales, sobre todo los siguientes:

2.1. De necesidad, en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan, junto a los de proporcionalidad y de razonabilidad (art. 3.º C.P.).

2.2. De legalidad, pues la medida, como se infiere contextualmente, es una forma de *sanción*. Así resulta especialmente de estos artículos del mismo estatuto: 3.º, denominado¹ *principios de la sanciones penales*, que alude a dos formas de *sanciones penales*: pena y medida de seguridad; 5.º, que se refiere a la *ejecución* de las medidas de seguridad; 6.º, que establece la preexistencia tanto del supuesto de hecho como de la consecuencia; 9.º, que somete a «punibilidad» el comportamiento del inimputable; y 80, según el cual el tiempo de detención preventiva se computa como parte cumplida de la medida de seguridad.

2.3. Por supuesto, todos los demás fijados en la Constitución Política y en los códigos penal y procesal penal, pues el debido proceso no hace excepciones: dignidad; igualdad; prohibición de doble incriminación, incluido el veto a la doble o múltiple valoración; presunción de inocencia; duda; rehabilitación o resocialización; favorabilidad², etc.

3. Son consecuencia de responsabilidad objetiva. Si bien el inciso 1.º del art. 9.º del C. P. afirma que «Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable», es claro que apunta al *imputable*, pues su inciso 2.º dice que la conducta del *inimputable* es punible solo por tipicidad, antijuridicidad y ausencia de causales de exoneración de responsabilidad.

4. En virtud del art. 5.º del C. P., en el momento de su ejecución tienen funciones de protección, curación, tutela y rehabilitación. La Corte Constitucional ha hecho su interpretación: *Curar* equivale a sanar a la persona y restablecerle su juicio, a pesar del problema que se vive frente a los enfermos mentales cuya curación es imposible por prescripción médica, quienes se encuentran abocados a la pérdida de su razón hasta la muerte; *tutelar* significa proteger a la sociedad del individuo que la daña. Por eso, si se establece que la persona ha recuperado su normalidad psíquica se debe entender que ya no ofrece peligro alguno y, por tanto, que no puede seguir sometido a la medida; *rehabilitar* quiere decir que es necesario buscar que el individuo se adapte al medio social, que se capacite para la vida social productiva y estable y se acomode a las reglas ordinarias del juego social en el medio en que desenvolverá su vida. Agrega el Organismo citado que las medidas

de seguridad no tienen finalidades retributiva, curativa o rehabilitadora por el hecho antijurídico, sino preventiva de futuras y eventuales violaciones de las reglas del grupo, y que la prevención que se persigue es la especial. Y culmina: «Otra cosa es que, por su carácter fuertemente afflictivo, también tenga efectos intimidatorios»³.

5. Las clases de medidas de seguridad son:

5.1. Internación en establecimiento psiquiátrico, oficial o privado, para quien padece trastorno mental permanente, hasta por el término máximo punitivo establecido para el delito, y sin que jamás pueda exceder de 20 años⁴. De todas formas se prevé que si la persona se rehabilita, cesa la medida; y que ésta se suspende condicionalmente⁵ si se observa que se encuentra en condiciones de adaptarse al medio social y si es viable el tratamiento ambulatorio.

5.2. Internación en el mismo sitio, por trastorno mental transitorio con base patológica, hasta por 10 años. La medida cesa, se suspende y se halla limitada en los mismos eventos señalados en 5.1.

5.3. Internación en casa de estudio o de trabajo, para los inimputables que no padezcan trastorno mental⁶, hasta por 10 años. La medida cesa, se suspende y se limita temporalmente en los mismos supuestos de las medidas anteriores.

5.4. Libertad vigilada, medida accesoria de la internación, luego de cumplida ésta.

6. Si la inimputabilidad tiene como fuente exclusiva el trastorno mental transitorio sin base patológica, o el trastorno mental transitorio de base patológica que desaparece antes de que sea dictada la sentencia, no se impone medida de seguridad. En estas dos hipótesis, además, puede cesar el procedimiento si las víctimas son indemnizadas.

7. El art. 69 del C.P. registraba en su numeral 4.º otra medida de seguridad: «La reintegración al medio cultural propio», pensada especialmente para los miembros de nuestros grupos subculturales, más exactamente, indígenas. Simultáneamente, el art. 73 del mismo Texto regulaba la medida de seguridad denominada «Reintegración al medio cultural propio». Sin embargo, la Corte Constitucional los declaró inexecutable con fundamento en que implicaban punición de la diversidad sociocultural, del pluralismo, fenómenos éstos bastante protegidos por la Carta Política.

La Corte partió de la declaración de inexecutable condicionada del art. 33 del C.P., que introducía como motivo de inimputabilidad la *diversidad sociocultural*. Dijo la Corte que en este evento surgían dos hipótesis: si por diversidad sociocultural que conducía a error de prohibición invencible el indígena violaba la ley, no podía ser responsable; mientras tanto, como estaba la norma, resultaba «sancionado» con medida de seguridad; y que si ese error era vencible, habría que «sancionarlo» con «pena reducida», lo cual entrañaba castigar el pluralismo cultural. La medida examinada, entonces, contrariaba la Constitución Política. Por esa vía se imponía retirar del ordenamiento jurídico la medida de seguridad analizada. Por la misma causa —se dijo antes— declaró inexecutable

Revista Penal

España

el art. 73 del C.P. y, además por la unidad de materia, declaró igualmente inconstitucional el art. 378 de la ley 600 del 2000 (Código de Procedimiento Penal), que disponía: «*De los indígenas*. Cuando se tratare de indígenas inimputables por diversidad sociocultural se dispondrá como medida de protección, si el perito oficial lo aconsejare, la reintegración provisional a su medio social»⁷.

8. En Colombia se parte del supuesto que el inimputable no puede obrar con dolo, culpa o preterintención. Por ello, entre otras cosas, se afirma en el inciso 2.º del art. 33 del C.P. que «No será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental».

9. Como afirma el último inciso del art. 33 del C.P., «Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al sistema de responsabilidad penal juvenil».

Entre otras razones, para cumplir con este mandato legal, fue expedida la ley 1098 del 8 de noviembre del 2006, conocida como Código de la infancia y la adolescencia, que define al niño como aquel cuya edad oscila entre cero (0) años y doce (12) años, y al adolescente, como aquel cuya edad se mueve entre 12 y 18 años.

Tal estatuto reglamenta el denominado Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, que, valiéndose de medidas de carácter pedagógico-educativo orientadas a la búsqueda de protección integral del joven, tiene como metas la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño.

El Código añade que la responsabilidad penal de los adolescentes cuya edad pendula entre más de 14 años y menos de 18 años, implica *sanciones* de amonestación, imposición de reglas de conducta, prestación de servicios a la comunidad, libertad asistida, internación en medio semi-cerrado o privación de la libertad en centro de atención especializados.

La vigencia del tema penal será escalonada, es decir, por distritos. Comenzó el 1.º de enero del 2007 y se espera que ya rija en todo el país el 31 de diciembre del 2009.

Notas

1. El rótulo, rúbrica, nombre o marca del artículo, sirve, al menos, de guía hermenéutica.

2. Por supuesto, cuando se trata de determinar mayor o menor sometimiento a «privación de la libertad». Proceden la ultraactividad, la retroactividad, el fenómeno de la ley intermedia y, desde luego, la combinación, conjunción o conjugación de normas (*lex tertia*).

3. Sentencia C-176, del 6 de mayo de 1993 (de constitucionalidad).

4. En general, por tradición, en Colombia las medidas de seguridad eran determinadas en su mínimo e indeterminadas en su máximo. La Corte Constitucional, en la sentencia acabada de mencionar, concluyó que ese tratamiento legislativo era inconstitucional por varias razones, sobre todo porque la Constitución prohibía las penas perpetuas; la recuperación de la libertad de los inimputables no se podía supeditar a términos sino al restablecimiento de la capacidad psíquica; y porque los

inimputables tienen derecho a un trato especial, digno e inmediato.

5. Y la suspensión, a su turno, también puede ser revocada si después de la suspensión se hace necesaria su continuación.

6. Es decir, a quienes por inmadurez psicológica o por motivos similares al trastorno o a la inmadurez al momento del hecho, no puedan comprender su ilicitud o autodirigirse, como surge del artículo 33 del C.P.

7. Sentencia C-370 del 14 de mayo del 2002 (de constitucionalidad).

España

Adán Nieto Martín

Universidad de Castilla-La Mancha

I.

El CP de 1995 contiene un sistema de medidas de seguridad mucho más restrictivo que el que impera en la mayoría de los ordenamientos europeos. Este sistema tiene como características esenciales las siguientes:

1. Las medidas de seguridad se aplican conforme al principio de legalidad, por ello deben estar previamente establecidas por la ley, que además normalmente debe tener el carácter de orgánica (art. 25 CE y art. 1 CP). El CP español señala expresamente además que las medidas de seguridad no pueden tener efecto retroactivo (art. 2 CP), salvo en aquellos casos en que sean favorables al reo. Tampoco es posible su aplicación analógica, salvo que ésta se realice *in bonam partem*.

La ley debe además regular taxativamente no sólo los presupuestos de aplicación (art. 3), sino también el contenido de las medidas y lo concerniente a la ejecución de las medidas. No obstante en lo concerniente a la ejecución, muchos aspectos relevantes se regulan por reglamento. Igualmente, y aunque se admite cierta relajación del principio de determinación, se coincide en señalar que la descripción de peligrosidad criminal que realiza el CP resulta criticable por este motivo: «Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la posibilidad de comisión de nuevos delitos» (art. 95.1.2.º).

2. Las medidas de seguridad únicamente se imponen a aquellos que son declarados inimputables o semiimputables considerados peligrosos criminalmente. El TS (STS de 9 de noviembre de 2000), analógicamente, permite que las medidas sean también de aplicación en casos de toxicomanías que no llegaban a considerarse de semiimputabilidad (21.1 CP), pero sí que alcanzaban una atenuación semejante (art. 21.2 o art. 21.6 CP). No existen pues en el

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

ordenamiento español medidas de seguridad postdelictivas aplicables a personas declaradas culpables pero peligrosas (habituales, psicópatas), tras cumplir la pena, ni tampoco medidas de seguridad predelictuales. El sistema español es, de este modo, un sistema dualista altamente restrictivo (dualismo flexible) en lo relativa a los sujetos a los que puede serles de aplicación una medida de seguridad.

3. Conforme a los postulados del sistema vicarial, en el caso de concurrencia de penas y medidas privativas de libertad en semiimputables, el CP ordena (a) cumplir en primer término la medida de seguridad, (b) la necesidad posterior de computar el tiempo cumplido por la medida de seguridad en la pena, (c) la posibilidad de suspender la ejecución de la pena o aplicar una medida de seguridad no privativa de libertad, cuando atendiendo a razones de resocialización, pudieran ponerse en peligro los logros alcanzados por la medida de seguridad (art. 99 CP)

4. Dentro de este estricto margen de aplicación, el principio de proporcionalidad ha sido configurado también por el CP de una forma especialmente restrictiva. Su plasmación positiva implica, de un lado, y tal como exige la teoría general de las medidas de seguridad, que deba comprobarse la peligrosidad criminal, que la medida impuesta sea idónea, que suponga la alternativa menos lesiva y se aplique únicamente por el tiempo indispensable, esto es, mientras subsiste la situación de peligrosidad. El cese de la peligrosidad implica el cese de la medida. Mas, de otro lado, y esto es lo original del sistema español, entiende que la imposición de una medida de seguridad nunca puede ser más perjudicial que la imposición de una pena, por ello sólo es posible utilizar medidas de seguridad privativas de libertad cuando el delito cometido por el imputable o semiimputable peligroso tenía prevista una pena privativa de libertad, sin que además en estos casos la medida de seguridad impuesta pueda ser superior a la que abstractamente se hubiera impuesto por la comisión del comportamiento antijurídico (art. 6.2 CP). La proporcionalidad tiene por tanto una doble dimensión en el ordenamiento español: proporcionalidad con la peligrosidad, pero también con el injusto cometido.

II.

El CP en su art. 96 divide las medidas de seguridad en privativas de libertad: internamiento en centro psiquiátrico, de deshabitación o educativo especial; y no privativas: inhabilitación profesional; expulsión de territorio nacional de extranjeros; obligaciones o prohibiciones de residencia, de aproximación o comunicación con la víctima; custodia familiar; privación del derecho a conducir; del derecho a la tenencia o porte de armas; tratamiento externo en centros médicos o establecimientos socio sanitarios o sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual o otros similares. Como puede apreciarse muchas de las medidas no privativas de libertad además de coincidir material-

mente con penas, atienden en gran medida a la innocuización, mientras que las privativas de libertad tienen siempre un contenido fundamentalmente resocializador.

La regulación procesal de la imposición de una medida de seguridad es extremadamente parca. El CP exige que su imposición se realice por sentencia firme, por lo que no es posible sobreseer el procedimiento como consecuencia de la inimputabilidad, cuando se considere necesaria la imposición de una medida de seguridad (art. 3 CP). La determinación de la medida se realiza normalmente en la fase de ejecución a través de un procedimiento contradictorio, en el que intervienen el Fiscal y el abogado defensor. A tenor de cuanto acaba de señalarse, el inimputable tiene capacidad procesal y derecho a un proceso con todas las garantías, lo cual lejos de perjudicarlo, fortalece su posición jurídica. Antes de la sentencia firme no es posible imponer medidas de seguridad de forma provisional, si bien y como después se verá (IV) determinadas medidas cautelares pueden actuar de facto como medidas de seguridad predelictuales. Lo que no cabe en ningún caso es la aplicación de la prisión provisional. La peligrosidad criminal debe ser probada específicamente en el proceso penal. Por esta razón no se considera suficiente la acreditación de la situación de la situación de inimputabilidad o semiimputabilidad.

Las ejecución de las medidas privativas de libertad en centro psiquiátrico corresponde a las instituciones penitenciarias, por lo que está regulada, aunque de un modo demasiado vago, en el Reglamento Penitenciario (RD 190/1996, de 9 de febrero, arts. 182 ss.). Éste no impide que la medida de seguridad pueda cumplirse en establecimientos privados, salvo en el caso en que consista en el ingreso en un establecimiento psiquiátrico. Las decisiones más importantes acerca de la ejecución de la medida, su sustitución y mantenimiento no son adoptadas por la Administración penitenciaria sino por el juez sentenciador. A éste le corresponde, a propuesta del Juez de Vigilancia, mantener la ejecución, decretar el cese de la medida, su sustitución o suspensión, decisión que se adopta en el marco de un procedimiento contradictorio (Art. 97 CP). El juez de vigilancia penitenciaria debe realizar su propuesta valorando «los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad» (art. 98). El principio de proporcionalidad es nuevamente el criterio rector al adoptar estas decisiones que modifican la medida originariamente impuesta. Es también el juez sentenciador y no el de Vigilancia penitenciaria quien resulta competente para autorizar al condenado a medida de seguridad que pueda abandonar el centro donde la cumple (art. 101.2, 102.2 y 103.2 CP). La regulación de la ejecución de las medidas de seguridad no privativas de libertad es todavía más parca y deficiente.

El quebrantamiento de una medida de seguridad regulada en el art. 100 CP puede dar lugar, si está es privativa de libertad, a un delito de quebrantamiento de condena, del que puede derivarse en caso de que el sujeto sea considerado in o semiimputable peligroso una nueva medida de

Revista Penal

España

seguridad. En caso de medidas no privativas de libertad el juez podría sustituir la medida quebrantada por la de internamiento.

III.

Las peculiaridades del sistema español de medidas de seguridad, que sucintamente acaba de describirse, no pueden entenderse sin una breve referencia histórica. Aunque las medidas de seguridad se introducen por primera vez en el CP de 1928, los dos textos históricos más decisivos han sido la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 obra de Asúa y Ruiz Funes y la Ley de peligrosidad social de 1970. Estos textos inspirados en el positivismo criminológico, pero que perseguían fines de orden público, en manos de la dictadura franquista, dieron lugar a importantes abusos, que se centraron en colectivos como los homosexuales. Ambos textos, puramente dualistas, y que permitían la aplicación conjunta de penas y medidas de seguridad, contemplaban además medidas de seguridad predelictuales basada en la idea de peligrosidad social. Vagos, mendigos, toxicómanos, ebrios, prostitutas, proxenetas y homosexuales, pervertidos, gamberros etc., conjuntamente con aquellos que hubieran cometido delitos (delincuentes habituales), eran los destinatarios de un conjunto de medidas que se imponían además dentro de un régimen de garantías muy precario. La medida de internamiento, sin plazo determinado, podía prolongarse hasta la curación o el cese de la peligrosidad social.

Ante esta situación no es de extrañar que durante la transición política existiera todo un movimiento social contrario a la Ley de peligrosidad social y que la doctrina dominante se inclinara hacia las propuestas más limitadoras, que se plasmaron en la reforma del Código penal de 25 de junio de 1983 y en los distintos proyectos y anteproyectos que desembocaron en el CP de 1995. Sólo los primeros proyectos de reforma, el de 1980 y 1983, preveían una institución similar a la custodia de seguridad, a imponer a sujetos peligrosos culpables, tras el cumplimiento de la pena. Por su parte el TC en dos importantes decisiones (SSTC 159/185 y 23/1986) aunque no llegó a declarar la inconstitucionalidad, dejó prácticamente sin efecto la Ley de peligrosidad social de 1970. En el legislador de 1995 pudo pesar igualmente esta jurisprudencia que había considerado de un lado la incompatibilidad con la Constitución de las medidas de seguridad predelictuales y, de otro, que violentaba el principio de *ne bis in idem* la imposición conjunta de penas y medidas de seguridad, con lo cual el TC parecía también cerrar el paso a medidas de seguridad postdelictuales impuestas tras el cumplimiento de la pena a personas declaradas culpables.

Existe un sector doctrinal crítico con la regulación actual que aboga, en consonancia con lo que ocurre en la mayor parte de los ordenamientos europeos, por introducir medidas de seguridad postpenitenciarias para individuos peligrosos penalmente responsables. Este mismo

sector critica también que las medidas de seguridad privativas de libertad no puedan superar, según se ha visto, el límite que tendría en abstracto la pena impuesta al delito. Las críticas hasta el momento no han tenido eco alguno en el legislador.

IV.

Pese a que formalmente las medidas de seguridad tienen un ámbito muy restringido de actuación, en las últimas reformas legislativas no son pocas las medidas que, de forma directa o ocultamente, se sustentan en la noción de peligrosidad. En la reforma operada por la Ley 15/2003 la habitualidad en la comisión de faltas (realizar cuatro faltas a lo largo de un año) implica que la última de ellas se sancione como delito en el marco de las lesiones, el hurto y robo de vehículos (arts. 147.2, 234 y 244). Esta misma reforma volvió a introducir en el CP la agravante de multirreincidencia, que permite un aumento de la pena por encima de la culpabilidad (art. 66.5.º). La peligrosidad también se toma en cuenta en la regulación de la libertad condicional (art. 78 CP), la suspensión de la pena privativa de libertad (art. 80 CP) o la sustitución (art. 88 CP). Pero la brecha por donde más claramente se ha filtrado la idea de peligrosidad ha sido el derecho procesal penal, a través de medidas que han nacido todas ellas en el ámbito de la violencia y de género. En este sector la realidad muestra claramente la impotencia del ordenamiento jurídico español ante maltratadores que «todavía» no habían cometido delitos graves contra la vida o integridad física de sus parejas, pero su peligrosidad constaba ya a la vista de las amenazas o agresiones realmente efectuadas. Ante esta situación la respuesta del legislador fue la utilización de medidas cautelares de carácter procesal, que actúan como auténticas medidas de seguridad predelictuales encubiertas.

De este modo, el TC primero y el legislador después (LO 13/2003 de reforma de la LECr. en materia de prisión provisional) han considerado que la prisión preventiva puede utilizarse para evitar la comisión de nuevos delitos. Con el fin de acomodarla aún más eficazmente a este objetivo el legislador ha seguido una doble estrategia: primero, ha convertido en el marco de la violencia de género determinadas faltas, cuya comisión solía expresar un alto grado de peligrosidad criminal, en delitos (amenazas, coacciones, lesiones); segundo, en contra de la regulación tradicional y general de la prisión provisional, que exige una pena mínima de dos años de prisión, en los casos de violencia de género permite la aplicación de la prisión provisional a hechos castigados con penas privativas de libertad de menos de un año (540.1.3.º c LECr.). A conjurar la peligrosidad criminal sirven también una serie de medidas cautelares que puede adoptar el juez de instrucción que sirven para prohibir todo contacto entre el agresor peligroso y la víctima (art. 544 bis LECr.). Tras la sentencia, estas medidas cautelares se transforman en penas (principales —

48— o accesorias —57—) cuyo cumplimiento sigue vigente tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad, por lo que funcionalmente actúan como medidas postpenitenciarias. Igualmente este tipo de medidas aparecen como condiciones de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (art. 83) o de la libertad condicional (art. 93). El que materialmente estas penas, principales o accesorias, o —antes de la sentencia— medidas cautelares son medidas de seguridad lo demuestra el hecho de que el art. 57 señala expresamente que se impondrán atendiendo «al peligro que el delincuente presente» y que, como antes señalábamos, estas penas son sustancialmente idénticas a las medidas de seguridad previstas en el 96.3.9.º y 10.º. Todo ello demuestra que en cierta medida la opción altamente restringida del CP en la conformación de las medidas de seguridad, pervive en buena medida gracias a la existencia de un «fraude de etiquetas al revés» que conforma como medidas cautelares de carácter procesal o como penas consecuencias jurídicas que materialmente son medidas de seguridad, en cuanto se imponen fundamentalmente teniendo en cuenta la peligrosidad.

En las próximas semanas según ha anunciado el Ministro de Justicia va a presentarse un nuevo proyecto de reforma del CP que procederá a una modificación del CP, con el fin de incluir la libertad vigilada, con una duración que puede llegar a 20 años, para los casos de pederastia. Esta nueva medida, independientemente del nombre que se le dé (el proyecto aún no se ha hecho público), parece que se conforma como una medida de peligrosidad postpenitenciaria, impuesta en un auténtico sistema de doble vía, sin restricciones procedentes del sistema vicarial, y aplicable a sujetos culpables.

Bibliografía: Cerezo Mir, Medidas de seguridad aplicables a las personas exentas de responsabilidad penal por padecer una anomalía o alteración psíquica, LH-Barbero Santos, Vol. I, p. 927 ss.; Jorge Barreiro, El sistema de sanciones: las medidas de seguridad, ADPCP, 1996, p. 327 ss.; Sanz Morán, Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal, 2003; Terradillos Basoco, Peligrosidad Social y Estado de Derecho, 1981.

Honduras

Angie Andrea Arce Acuña

Universidad Escuela Libre de Derecho (Costa Rica)

Generalmente se ha considerado que las medidas de seguridad son complementarias o sustitutivas de las penas, que el Juez puede imponer con efectos preventivos a aquellos sujetos que cometen un hecho punible, pero que no pueden ser responsabilizados penalmente, por existir

defectos en su capacidad o culpabilidad. Situación que hace necesario que se les imponga alguna medida de seguridad, para evitar que cometan nuevos delitos, como medida de prevención especial, dada la peligrosidad demostrada por el sujeto y para defender a la sociedad de futuros ataques. Por su función, las medidas de seguridad se pueden agrupar en medidas terapéuticas, educativas y asegurativas, según busquen la curación, la reeducación o la resocialización de la persona.

Las disposiciones que rigen todo lo referente a las medidas de seguridad en Honduras, se encuentran específicamente contenidas en el Código Penal (C.P.)¹ y en el Código Procesal Penal (C.P.P.)². Allí se establecen una serie de principios y garantías que le dan fundamento a las mismas y que deben cumplirse, para que puedan aplicarse las medidas de seguridad conforme a las normas previstas en la Constitución Política³, dichas disposiciones son las siguientes:

En el Código Penal

A. Sólo se impondrán las medidas de seguridad que se encuentren «establecidas previamente por la Ley» (art. 2 del C.P.)⁴

B. Están absolutamente prohibidas y no pueden imponerse, medidas de seguridad «que impliquen tratos inhumanos o degradantes», ya que toda persona a quien se le atribuya un delito tiene que ser tratada «con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano» (art. 2-B del C.P.).

C. Sólo podrá imponerse alguna medida de seguridad cuando la acción u omisión lesione o haya puesto en peligro efectivo «un bien jurídico protegido por la ley penal», (art. 2-C del C.P.). Acogiendo así la teoría y el principio del bien jurídico.

D. Sólo se impondrán medidas de seguridad cuando estas «sean necesarias y en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado» (art. 2-D del C.P.)

E. Sólo podrá imponerse una medida de seguridad «como consecuencia de una acción u omisión descrita como delito por la ley penal» (art. 2-D del C.P.), en estricto acatamiento del principio de legalidad.

F. A quien sea sometido a medidas de seguridad no se le podrá otorgar el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena (art. 71 del C.P.)⁵

G. El Juez que conceda el beneficio de la libertad condicional está facultado para, en la misma resolución, «imponer cualquiera de las medidas de seguridad indicadas en los incisos d), e) y f) del Art. 83» durante un período de prueba (art. 77 del CP)⁶. El período de prueba de la libertad condicional será igual «al que le falte para cumplir la pena impuesta» (art. 78 del CP), y, si durante el período de prueba el sometido a medida de seguridad «incurriere en un nuevo delito o violare las medidas de seguridad impuestas, se revocará la libertad condicional y se hará efectiva la parte de la pena que haya dejado de cumplir,

Revista Penal

Honduras

sin computar en la misma, el tiempo que haya permanecido en libertad» (art. 78 del CP).

H. De conformidad con el art. 81 del Código Penal, en concordancia con el numeral 2 del art. 23 *eiusdem*, el Juez está facultado para decretar con carácter provisional, la medida de seguridad de internación del inimputable en el establecimiento correspondiente, «*en cualquier momento del proceso, antes del fallo*».⁷

I. El Juez podrá decretar medidas de seguridad en la sentencia, «*ya sea condenatoria o absolutoria*» (ver art. 81 del CP).

J. Las medidas de seguridad que puedan aplicarse en la legislación hondureña son las siguientes⁸:

- 1) Internación en establecimiento psiquiátrico.
- 2) Internamiento en institución de trabajo o granja penal.
- 3) Internación en establecimiento reeducativo o de tratamiento especial.
- 4) Libertad vigilada⁹.
- 5) Prohibición de residir en lugar determinado.
- 6) Prohibición de concurrir a determinados lugares.
- 7) Caucción de buena conducta¹⁰, y
- 8) Expulsión de extranjeros.

K. A menos que exista una disposición legal que limite expresamente el lapso de duración, la norma general es que «*las medidas de seguridad se aplicarán por tiempo indeterminado*» (art. 82 del CP). Ahora bien, también se establece que «*En cualquier tiempo podrán los jueces reformar o revocar sus resoluciones al respecto, si se modificara o cesare el estado de peligrosidad del encausado*». En este mismo sentido, el art. 89 del CP dispone que «*La medida de internación no cesará, sino en virtud de resolución judicial dictada con audiencia del Ministerio Público, y previo dictamen médico, que demuestre que el procesado puede ser sometido a libertad vigilada sin peligro de que cause daños*».

La posibilidad de que una medida de seguridad se haga prácticamente eterna, la vemos más claramente en el art. 90 del CP que expresamente dispone que «*La libertad vigilada mientras duren las causas que la motivaron, consistirá para los enfermos mentales, toxicómanos o ebrios habituales, en confiarlos al cuidado de su familia o de un guardador, bajo la inspección inmediata de la autoridad competente, con la obligación de someterlos a tratamiento médico y de informar periódicamente al juez respectivo. En los demás casos la vigilancia corresponderá a la policía judicial en la forma que disponga el juez. Al aplicar esta medida, el juez prescribirá las reglas de comportamiento destinadas a evitar nuevas infracciones de la ley penal. La policía judicial será organizada y estará bajo la dependencia de la Corte Suprema de Justicia*».

L. Los procesados que por causa de la inimputabilidad prevista en el art. 23 del CP, sean declarados exentos de pena, serán internados «*en un establecimiento psiquiátrico, durante un año por lo menos*» (art. 84 del CP).

M. Los jueces «*Podrán también ordenar, después de cumplida la pena si todavía estimaren peligroso al infractor, que el sordomudo o el que padezca anormalidad men-*

tal de la que no resulte inimputabilidad absoluta, sean internados en un establecimiento educativo o de tratamiento especial» (art. 85 del CP).

N. La legislación hondureña considera particularmente peligroso al delincuente habitual, esto es, al reincidente que tiene tendencia o inclinación a delinquir¹¹, por ello, el art. 86 del CP establece que éstos «*serán sometidos, según el grado de peligrosidad que demuestren, al régimen de trabajo que corresponda a las instituciones mencionadas en el numeral 2 del Art. 83; internación que se decretará cuando, cumplida la sentencia, el Juez estime que la pena ha sido ineficaz en lo relativo a la readaptación del delincuente*».

O. El grado de peligrosidad también es tomado en cuenta en los casos de tentativa inadecuada o inidónea, ya que el Juez resolverá si atenúa la pena o incluso si declara no punible el hecho, pero, de todas maneras, «*someterá a los encausados, según su grado de peligrosidad, a régimen especial de trabajo en alguna de las instituciones mencionadas en el numeral 3 del Art. 83*»¹² (ver el art. 87 del CP en concordancia con el art. 16 *eiusdem*)¹³.

P. Las facultades otorgadas a los jueces en relación con la posibilidad de imponer medidas de seguridad son amplísimas, aun después de haber cumplido el penado la condena, así vemos que el art. 91 del C.P. permite que «*Cuando las circunstancias lo exijan, el juez podrá, a su prudente arbitrio, imponer al penado que hubiere cumplido una pena o una medida de seguridad, la prohibición de residir en determinado lugar; durante un año como mínimo*».

Q. Lo mismo sucede con respecto a la medida de seguridad de la prohibición de concurrir a determinados lugares, la cual, de conformidad con el art. 92 del C.P. «*se impondrá al condenado por delito bajo la influencia del alcohol o de drogas tóxicas, enervantes, o estupefacientes. Estas prohibiciones durarán un año por lo menos y su contravención obligará a que se sustituya por la libertad vigilada*».

En el Código Procesal Penal

Varias son las disposiciones establecidas en el Código Procesal Penal Hondureño en relación con la posibilidad de imponer medidas de seguridad. En el propio Art. 1.º, que consagra el principio fundamental del juicio previo, se establece que: «*Ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de sentencia firme dictada por el órgano jurisdiccional competente, después de haberse probado los hechos en un juicio oral y público llevado a cabo conforme a los principios establecidos en la constitución de la república, los Tratados Internacionales de los cuales Honduras forma parte y el presente Código y con respeto estricto de los derechos del imputado*».

Igualmente, el Art. 399, relativo a las prohibiciones que puede imponer el Juez de Ejecución, se le autoriza para, «*excepcionalmente de oficio o a petición del Ministerio*

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

Público o de la víctima, previa comprobación de las razones y cuando las circunstancias sobrevenidas así lo exijan, podrán imponer al condenado que haya cumplido una pena o una medida de seguridad, la prohibición de residir en determinada localidad de la república o de concurrir a determinados lugares, hasta por cinco (5) años. El Juez de ejecución comprobará la veracidad de los informes que le proporcionen personas sometidas a medidas de seguridad, en relación a lo prescrito en el párrafo anterior».

Por otra parte, el Art. 400, faculta al Juez de Ejecución a decretar, en los casos que lo estime necesario y conveniente, «*como medida de seguridad la libertad vigilada de enfermos mentales, toxicómanos o ebrios habituales indicará si su cuidado estará a cargo de algún miembro de su familia o de otra persona o institución adecuada. En la correspondiente resolución, establecerá las normas de comportamiento que deberá observar la persona objeto de la medida, así como, los cuidados que deberán tener para con la misma, los familiares, la persona o institución, en su caso. La respectiva resolución la notificará a las partes, a los correspondientes miembros de la familia, persona o institución».*

Con respecto a la caución como medida de seguridad, el Art. 401 señala que «*Al Juez de ejecución corresponde fijar la cuantía de la caución impuesta en sentencia, como medida de seguridad, con arreglo a lo establecido en el Código Penal. Para fijar la cuantía de la caución, el Juez de ejecución tendrá en cuenta la capacidad económica del penado y el grado de riesgo de comisión de nuevo delito. La caución será rendida por cualquier interesado mediante escritura apud-acta, autorizada por el mismo Juez de ejecución en su condición de notario por ministerio de ley. El Juez de ejecución, en su caso, adoptará las medidas necesarias para hacer efectiva la caución».*

Finalmente, con respecto a la expulsión de extranjeros, el Art. 402 prevé la posibilidad de que «*Una vez cumplida la condena principal, el Juez de ejecución podrá decretar la expulsión del territorio nacional, del extranjero que fuese condenado a más de tres (3) años de reclusión, fuese reincidente o se le hubiese aplicado medida de seguridad, en virtud de la ley sobre uso indebido tráfico ilícito de drogas y sustancias psicotrópicas. Para el cumplimiento de la medida, librará comunicación a la secretaria de Estado en los despachos de gobernación y justicia, a fin de que la haga cumplir por medio de la dirección general de población y política migratoria, en el plazo prudencial que determine».*

CONCLUSIONES Y OBSERVACIONES

Como se ha podido evidenciar en el presente trabajo, la legislación hondureña establece la posibilidad de imponer medidas de seguridad tanto durante el proceso como luego de dictado el fallo, sea la sentencia condenatoria o hasta absoluta (ver art. 81 del C.P.), lo cual considero que es antijurídico, ya que, ¿cómo se va a castigar con una me-

didada de seguridad a quien ha sido absuelto del supuesto hecho punible? Muy distinto es que a quien se encuentre en una situación de trastorno psicológico, se le garantice y brinde el tratamiento médico y la atención especializada que requiera el caso.

Estoy igualmente en desacuerdo con el hecho de que, en algunos casos, no se establece ni se limita el período de tiempo que pueden durar las medidas de seguridad que se impongan, en consecuencia, éstas podrían ser, al menos en teoría, a perpetuidad o de por vida, lo cual, a mi juicio es abusivo, arbitrario, inaceptable e injusto (ver los art. 82 del C.P.), quedando así la vida de esa persona prácticamente sujeta a la discreción del Juez.

A pesar de que en diversas normas se menciona el término «*inimputable*», lo cual racionalmente debería significar que se trata de una persona que no puede ser imputado de un delito o falta, precisamente por su inimputabilidad, sin embargo, según la legislación hondureña, legalmente se le puede procesar e incluso condenar, y algo aún más grotesco, se le puede absolver e igualmente someter para siempre a medidas de seguridad, lo que evidentemente es un exabrupto jurídico.

Por otra parte, es necesario acotar, que en la redacción de algunas disposiciones relativas a las medidas de seguridad, se detectaron varios «errores», los cuales deben ser corregidos. Ejemplo de ello, es el caso en que se indica que los jueces pueden declarar exentos de pena a los procesados, en las causas de los numerales 2 y 3 del art. 23, cuando dicho artículo solo tiene dos numerales, que, lógicamente, son el 1 y el 2, no existiendo por lo tanto el supuesto numeral 3 (ver arts. 84 y 23 del C.P.). También existe otro error en el art. 77 del C.P., que menciona expresamente los incisos d), e) y f) del art. 83, cuando dicho artículo establece son 8 numerales (del 1 al 8, por supuesto).

Considero también objetable la norma que obliga a que el internamiento de los procesados en un establecimiento psiquiátrico sea «*durante un año por lo menos*», sin prever que debe hacerse en el caso que el procesado se cure antes de ese lapso mínimo de un año, además del hecho también cuestionable que la disposición establece un lapso mínimo, pero no uno máximo. La necesidad de mantener la medida de internamiento en un establecimiento psiquiátrico debería ser revisable cada cierto tiempo. ¿O es que acaso se pretende que el procesado continúe internado en un psiquiátrico aun después de haber sanado, porque es imprescindible cumplir con el tiempo establecido en la norma? ¿Es acaso eso justo?

Por otro lado, algunas de las denominadas «*medidas de seguridad*» establecidas en el art. 83 del Código Penal no son propiamente tales, y más parecen medidas cautelares, preventivas o penas accesorias de las principales, especialmente con respecto al tratamiento a los ciudadanos extranjeros.

Finalmente, considero que al establecer el art. 88 del CP, la posibilidad de que algunas medidas de seguridad se puedan cumplir en algún «*anexo o sección especial de un establecimiento penal*», eso constituye una abe-

Revista Penal

Italia

rración legal que desnaturaliza totalmente los fines y objetivos que se persiguen con la imposición de medidas de seguridad.

Es evidente que algunas de estas disposiciones contenidas en el Código Penal hondureño contradicen y violan normas constitucionales y legales, así como tratados y convenios internacionales suscritos por la República, especialmente los relativos a los derechos humanos, civiles y políticos de los ciudadanos. Esto se observa claramente en el art. 85, que prevé la posibilidad de obligar al «*sordomudo o el que padezca anormalidad mental*», a pesar de haber cumplido ya la pena, a ser internado en un establecimiento educativo o de tratamiento especial, si se estima que todavía es «*perigroso*». Esto es un ataque directo e injustificado a la libertad, que además contradice totalmente el art. 1 del C.P.P., que consagra el debido proceso y el juicio previo, y que prohíbe expresamente que se impongan penas o medidas de seguridad, «*sino en virtud de sentencia firme... después de haberse probado los hechos en un juicio oral y público... y con respeto estricto de los derechos del imputado*».

Notas

1. Según Decreto N° 144-83 de fecha 23-8-83. El Código Penal entró en vigencia un año después de su publicación. La última reforma es del 17-9-99. Ver especialmente el Título VII (del artículo 80 al 95).

2. El Código Procesal Penal está contenido en la Norma 9-99-E de fecha 19-12-99 y entró en vigencia plena el 20-2-2002. Ver especialmente el artículo 1 y los artículos del 399 al 402.

3. Constitución Política de 1982 (Decreto N° 131 del 11-1-82). Ha sido objeto de 22 reformas, la última de las cuales se realizó mediante Decreto N° 36 del 4-5-2005.

4. En este mismo sentido el artículo 80 señala que «*No se decretarán medidas de seguridad sin disposición legal que las autorice, o fuera de los casos que la ley determine*».

5. El artículo 70 establece que el período de prueba en la suspensión condicional de la ejecución de la pena, será de 5 años tratándose de delitos y de 2 años en caso de faltas.

6. En realidad el artículo 83 del Código Penal no indica letras sino números (del 1 al 8). En todo caso, los supuestos incisos d), e) y f) equivalen a los numerales 4, 5 y 6, que se refieren a la «*Libertad vigilada*», a la «*Prohibición de residir en lugar determinado*» y a la «*Prohibición de concurrir a determinados lugares*».

7. El artículo 23 del Código Penal, que trata de las causas de inimputabilidad, establece que «*No es imputable: 1) ... y, 2) Quien en el momento de la acción u omisión padezca de psicosis, de retardo mental severo o de psicosis transitoria y carezca, por ello, de la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio haya sido provocado por el agente dolosa o culposamente*».

8. Según el artículo 83 del Código Penal.

9. El citado artículo 83 expresamente dispone que «*Cuando se aplicaren las medidas comprendidas en los numerales 4), 5) y 7), el sancionado estará obligado a declarar ante el Juez que*

conociere del asunto, su domicilio actual e informar los cambios que tuviere dicho domicilio».

10. Según el artículo 93 del C.P. «*La caución de buena conducta consiste en la garantía personal, hipotecaria, pignoratícia o depositaria, prestada a satisfacción del juez y por el término señalado la (sic) sentencia, de que el sujeto peligroso no perpetrará nuevos hechos punibles y de que cumplirá las normas de conducta que le sean impuestas durante un período de prueba, el cual no será menor de un año ni mayor de cinco. Se aplicará esta medida en todos los casos en que el juez la estime oportuna, especialmente a los autores de delito de peligro, sin perjuicio de la pena cuando hubiere lugar. La caución se hará efectiva a favor del Fisco cuando el sometido a esta medida violare las normas de conducta impuestas; en caso contrario, al finalizar el plazo, se ordenará la restitución de la suma depositada, la extinción de la fianza o la cancelación de la obligación pignoratícia o hipotecaria a que se haya constituido*».

11. El artículo 29 del Código Penal toma en cuenta las siguientes circunstancias para catalogar a un delincuente como habitual: «*Se considera delincuente habitual a quien habiendo sido condenado por dos o más delitos anteriores, cometidos en el país o en el extranjero, ya sea que haya cumplido las penas o no, manifestare tendencia definida al delito, en concepto del tribunal, por el género de vida que lleva, su inclinación a la ociosidad, inferioridad del medio en que actúa, relaciones que cultiva, móviles del delito, y demás antecedentes de análogo carácter*».

12. El numeral 3 del artículo 83 prevé la medida de seguridad de «*Internación en establecimiento reeducativo o de tratamiento especial*». En caso de que no haya establecimiento adecuado, el artículo 88 establece que «*la medida de internación según su naturaleza, se cumplirá en anexo o sección especial de un establecimiento penal*».

13. Dicho artículo 16 establece que «*Si la tentativa se efectuaré con medios inadecuados o sobre objetos impropios, podrá atenuarse la pena o declararse no punible el hecho, según la peligrosidad revelada por su autor*».

Italia

Giuseppe Pighi

Università degli studi di Modena e Reggio Emilia¹

Evolución histórica de la doble vía:

Las medidas de seguridad fueron aprobadas en el Código Penal de 1930 (comúnmente denominado «Código Rocco», por el nombre del entonces Ministro de Justicia, y todavía vigente) tras un intenso debate producido en el seno de las escuelas penales de los primeros años del siglo XX.

De un lado los herederos de Francesco Carrara (el más grande penalista italiano de todos los tiempos), agrupados

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

en la Escuela Clásica, propugnaban un modelo de derecho punitivo basado en el libre arbitrio humano; de otro, los seguidores de Enrico Ferri, que constituían la Escuela Positiva, afirmaban que el criminal es principalmente un fruto de la sociedad y de una cierta conformación psicofísica (al igual que sostenía Cesare Lombroso, padre de la fisiognómica), sin particulares espacios para la libre autodeterminación volitiva del sujeto². La síntesis de estos dos extremos se produce gracias a la Escuela Ecléctica o Tercera Escuela, la cual, junto a un modelo retributivo-disuasorio de sanción penal, vinculada al hecho dañoso o peligroso para el bien jurídico, sugirió la implantación de una segunda vía, es decir, la de las medidas de seguridad, enteramente orientada a la neutralización de la peligrosidad social del reo³.

Nacida como medida de carácter eminentemente preventivo, con el advenimiento de la Constitución Republicana y la afirmación de la finalidad tendencialmente reeducativa de la pena, cada vez resulta más claro que las medidas de seguridad son auténticas sanciones penales, aplicables conjuntamente (en el caso de los delincuentes considerados peligrosos) o en vía exclusiva (para los no imputables como peligrosos) a aquellos que podrían delinquir nuevamente. La penalidad de las medidas queda además subrayada por un régimen de aplicación y de cumplimiento absolutamente idéntico, desde el punto de vista jurisdiccional, al de las penas⁴.

Los presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad: la comisión de un hecho típico y la peligrosidad social:

Los presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad son la comisión de un hecho constitutivo de delito, de un lado, y la valoración de la peligrosidad social, de otro.

El primero de los dos, de carácter objetivo, está previsto en el art. 202 CP, el cual señala, precisamente, que «las medidas de seguridad pueden ser aplicadas solo a las personas socialmente peligrosas que hayan cometido un hecho previsto en la ley como delito». Aparte de estos casos, la ley prevé la aplicabilidad de tales medidas también a dos casos de los así llamados *quasi delitos*, a saber, al delito imposible (cuando la acción es absolutamente inidónea para lesionar el bien jurídico tutelado por la norma o cuando éste está ausente en ese caso concreto) y el acuerdo criminal o la inducción a la comisión de un delito que no ha sido llevado a cabo. Obsérvese que no se requiere la punibilidad del agente sino solo la correspondencia del hecho concreto con el hecho típico y su adscribibilidad al autor, por lo que incluso podría tratarse de un inimputable. El dato de la comisión del hecho delictivo es lo que diferencia las medidas de seguridad (que son todas *post delictum*) de las llamadas medidas de *prevención* para las que basta la calificación de persona peligrosa (y vienen aplicadas *praeter delictum*).

El segundo requisito de aplicabilidad de las medidas de seguridad es la peligrosidad social⁵: tal concepto resulta notablemente genérico y ha sido integrado con muy diversos significados en función de la época histórica en la que era aplicado. De hecho, si el mínimo común denominador es la noción de peligrosidad del *quisque de populo*, que indica la amenaza para la incolumidad física o la integridad de los bienes individuales imbricados, resulta de todo superada la acepción de tal requisito que había proporcionado la Escuela Positiva, según la cual el delincuente es peligroso si, considerado su contexto vital y su conformación física, es probable que cometa delitos en el futuro.

El art. 203 CP vincula el concepto de peligrosidad al doble requisito del hecho delictivo cometido previamente y a un juicio de probabilidad de comisión de nuevos delitos, realizado a través de un análisis de la personalidad del sujeto, y a un sucesivo juicio relativo a su capacidad criminal.

Tal criterio, sin embargo, deja una amplísima discrecionalidad al juez a la hora de valorar los elementos arriba mencionados. El criterio más utilizado en la praxis judicial es el denominado *intuitivo*, en el que juega un papel muy relevante la experiencia del juez para reconstruir la situación general de la personalidad del reo, a menudo en ausencia de adecuados conocimientos criminológicos. A ello debe añadirse también el hecho de que, paradójicamente, a aquél le está prohibido utilizar un peritaje criminológico (salvo en la fase de ejecución de la medida), viéndose privado, en el sentido del art. 220 CP, de un importantísimo instrumento.

La situación ha adquirido, en suma, contornos de una seria problemática en el momento en que el legislador, después de que el hacha del Tribunal Constitucional se hubiese abatido sin piedad sobre diversas hipótesis de peligrosidad presunta, ha eliminado *tout court* el instituto de la presunción de peligrosidad, subordinando la aplicabilidad de todas las medidas de seguridad a su verificación en concreto.

Sobre la base de tales modificaciones, han ido progresivamente perdiendo importancia práctica las categorías que implicaban tales presunciones, es decir, las del delincuente habitual, profesional o por tendencia.

Delincuente habitual es aquél que, a la vista de al menos 3 condenas por delitos dolosos o al menos 5 años completos de reclusión, manifiesta una notable tendencia al delito; profesional es el delincuente habitual que es ulteriormente condenado y se entiende que vive de las ganancias de la actividad criminal; por tendencia es el delincuente que, a tenor de un delito doloso contra la vida o la incolumidad personal, muestre tener una índole particularmente pernicioso. Para todos ellos, además de una nutrida serie de penas accesorias y otros efectos penales, estaba previsto automáticamente un juicio de peligrosidad relevante a los fines de la aplicación de la medida de seguridad.

Revista Penal

Italia

Medidas de seguridad y compatibilidad con los principios constitucionales:

La entrada en vigor de la Constitución Republicana ha impuesto para las medidas de seguridad una operación de adecuación de su disciplina (nacida bajo el régimen fascista) a los principios del nuevo ordenamiento jurídico⁶.

En primer lugar, el art. 25 de la Constitución establece para las medidas de seguridad (al igual que para los tipos penales) el principio de legalidad, en su forma de reserva de ley, taxatividad e irretroactividad. Tales principios, sin embargo, se aplican de un modo más elástico que los institutos *de quibus* respecto a las penas, dada su duración tendencialmente indeterminada (hasta la cesación de la peligrosidad). La divergencia más notable se produce en materia de irretroactividad: la ley, de hecho, prevé que «las medidas de seguridad se regulan por la ley en vigor al tiempo de su ejecución (...) Si la ley del tiempo en el que debe ejecutarse la medida de seguridad es diversa, se aplica la ley en vigor en el momento de su ejecución». Manteniéndose, por tanto, la prohibición de aplicabilidad de las medidas de seguridad a hechos que no estaban previstos como delito en el momento de su comisión, se contempla la hipótesis de la aplicabilidad de una medida a un delito que, en el momento de su comisión, no preveía ninguna o preveía una diversa.

Tal interpretación, absolutamente mayoritaria en la jurisprudencia penal, se justifica por el hecho de que, mientras la pena castiga un delito cometido, en este ámbito se pretende limitar la peligrosidad del individuo concreto. Tal opción es criticada, obviamente, por quien propugna un principio de legalidad válido para todo el ordenamiento penal.

Las medidas de seguridad personal, detentivas y no detentivas. Las medidas de seguridad patrimoniales.

Las medidas de seguridad en el ordenamiento italiano se dividen en *detentivas* y *no detentivas*. Son medidas de seguridad detentivas el envío a una colonia agrícola o a una casa de trabajo (art. 216 CP), cuya duración es de al menos un; el envío a una casa de curación o custodia (art. 219 CP), dirigida a los enfermos psíquicos, a los que sufren una adicción crónica al alcohol o a sustancias estupefacientes y a los sordomudos; la recuperación en un hospital psiquiátrico judicial (que ha sustituido en el art. 222 CP a la recuperación en manicomio criminal) aplicable a todos los sujetos no imputables a causa de enfermedad psíquica, adicción crónica al alcohol o a sustancias estupefacientes y a los sordomudos que sean socialmente peligrosos, a excepción de los menores; la duración mínima, proporcional a la pena impuesta, es de un mínimo de dos años; la recuperación en reformatorio judicial para los menores (a desarrollarse por al menos un año, art. 223 CP): en este caso, cabe decir que la disciplina de los reformatorios ha sido modificada hace un par de dé-

cadadas y ha sustituido a las secciones especiales de las cárceles de menores, con el buscado y laudable intento de favorecer al máximo la reeducación y la resocialización del menor delincuente.

Son, en cambio, medidas de seguridad no detentivas: la libertad vigilada (art. 228 CP), la prohibición de residencia (art. 233 CP), la prohibición de acudir a establecimientos o despachos públicos de bebidas alcohólicas (art. 234 CP) y la expulsión del extranjero del territorio del Estado (art. 235 CP). La primera de ellas (la libertad vigilada) se aplica mediante un conjunto de prescripciones positivas y negativas ampliamente discrecionales, dirigidas a impedir la comisión de nuevos delitos y a favorecer la reinserción del reo; a ello se ha agregado, con la ley de reforma del ordenamiento penitenciario, la custodia por parte de los servicios sociales, lo que refuerza la dimensión educativo-resocializadora de tal medida de seguridad. Entre las prescripciones más usuales están la prohibición de tenencia de armas o municiones, de salir o volver a casa antes de una determinada hora, de encontrar un trabajo o de presentarse periódicamente ante la *Autorità di Pubblica Sicurezza* (comúnmente conocida como «obligación de firma»).

La prohibición de residencia (art. 233 CP) aplicada a delincuentes políticos o contra la personalidad del Estado o el orden público es una medida con la que el juez impone al reo la obligación de no habitar en uno o más ayuntamientos o provincias, tenidos por el juez como ambientes socialmente peligrosos para el sujeto; medida prohibitiva similar es la prevista para los condenados por intoxicación alcohólica habitual, a los que les puede ser prohibido acudir a establecimientos o despachos públicos de bebidas alcohólicas.

Merece particular atención, finalmente, una medida de seguridad exclusivamente destinada a los extranjeros que delinquen, esto es, la expulsión del territorio del Estado. La ley italiana prevé varias hipótesis de expulsión del extranjero, en algunos casos como pena, en otros como medida alternativas a la pena. En este caso, en cambio, la expulsión se revela como una medida de seguridad *post poenam* que no puede prescindir (a diferencia de otros supuestos) de la acreditación en concreto de la peligrosidad del sujeto y se aplica mediante acompañamiento coactivo del sujeto a la frontera.

Por último, el código prevé dos medidas de seguridad de carácter patrimonial. La primera es la caución de buena conducta (art. 237 CP) que consiste en el depósito de una suma en favor del Estado por parte de los sometidos a libertad vigilada o a la prohibición de acudir a establecimientos de bebidas alcohólicas que infrinjan las imposiciones o de los que son liberados de la medida de seguridad de la casa de trabajo. Si la obligación de buena conducta se cumple, la suma se restituye, en caso contrario, termina en las arcas del Estado. De sesgo mucho más general, en cambio, es la confiscación, que consiste en la expropiación de las cosas que hayan sido utilizadas para cometer el delito o que constituyan su producto, su precio o su ganancia (art. 240 CP). Esta medida tiene por objeto solamente *cosas* (muebles o inmuebles) conexas con la

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

comisión del delito. Parte de la doctrina⁷, teniendo en cuenta su amplia aplicación y la ausencia de relevancia del requisito de la peligrosidad, ha dudado de su adscripción al *genus* de las medidas de seguridad, en favor de su calificación como pena accesoria. Por el contrario, la doctrina mayoritaria⁸ y la jurisprudencia han afirmado reiteradamente su naturaleza como medida de seguridad, dirigida a prevenir la comisión de nuevos delitos mediante la interrupción de la relación entre las cosas y las personas participantes en el ilícito y la anulación de la ganancia causada por el delito.

Regulación de su aplicación:

Las medidas de seguridad son establecidas por el juez que dicta la condena, salvo en determinados casos, en los que recae la competencia en el juez de vigilancia penitenciaria. También determina el juez su duración, de nuevo a excepción de la posibilidad de que el juez de vigilancia penitenciaria la modifique en caso de circunstancias sobreenvenidas. Al final del periodo previsto para la medida de seguridad personal, el juez de vigilancia penitenciaria debe acreditar la ausencia de peligrosidad del condenado (mediante la llamada *Prognosi di rilascao*), pudiendo aplicar de nuevo, en su caso, una medida de seguridad.

Notas

1. Traducción de José Antonio Ramos Vázquez, contratado postdoctoral de la FECYT (Universidade da Coruña/Università degli studi di Modena e Reggio Emilia).

2. Cfr. Grisogni, *La pericolosità criminale e il valore sintomatico del reato*, en *Scuola Pos.*, 1920, I, p. 197; De Marsico, *La pericolosità criminale nelle ultime elaborazioni scientifiche e legislative*, en *Studi Dir. Pen.*, Napoli, 1930, p. 31; Petrocelli, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940.

3. Cfr. Rocco, *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, en *Riv. Dir. Penit.*, 1930, p. 1245; Antolisei, *Pene e misure di sicurezza*, en *Riv. It. Dir. Pen.*, 1933, p. 129; Bettiol, *Aspetti etico-politici delle misure di sicurezza*, en *Jus*, 1941, p. 577; Padovani, *Profili di incostituzionalità nell'applicazione e nell'esecuzione delle misure di sicurezza*, en *Ind. Pen.*, 1976, p. 231; Manna, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione*, Torino, 1997, p. 79. En la manualística, cfr. Mantovani, *Diritto penale*. PG, Padova, 2007, p. 822; Fiandaca-Musco, *Diritto penale*. PG, Bologna, 2006, p. 789.

4. Mantovani, *Diritto penale*. PG, cit., p. 822; Fiandaca-Musco, *Diritto penale*. PG, cit., p. 791; Pagliaro, *Principi di diritto penale*, Milano, 2003, p. 713 ss.

5. Manacorda, *Pericolosità sociale e infermità psichica: dalle presunzioni legali alle prospettive di superamento*, en *Quest. Giust.*, 1987, p. 696; Manna, *Il trattamento sanzionatorio del malato di mente autore di reato e le prospettive di riforma*, en *Rass. It. Crim.*, 1994, p. 269; Bortone, *Semimputabilità e sistema del doppio binario*, en *Ind. Pen.*, 1998, p. 423.

6. Cfr. Nuvolone, *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie sostanziali e processuali della libertà del cittadino*, en *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Padova, 1969, p. 367; Id., *Il principio di legalità e il principio della difesa sociale*, *ibidem*, p. 259; Mantovani, *Diritto Penale*, cit., p. 824.

7. Iaccarino, *La confisca*, Bari, 1935; Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1981, p. 383.

8. Por todos, Mantovani, *Diritto Penale*, PG, cit., p. 836; Fiandaca-Musco, *Diritto Penale*, PG, cit., p. 815.

México

Prof. Dr. Manuel Vidaurri Arechiga

División de Derecho, Política y Gobierno

Universidad de Guanajuato, México

Con alguna que otra variable, los Códigos penales de todos y cada uno de los Estados que integran la República Mexicana, incluyendo el Código Penal Federal y el del Distrito Federal, cuentan con un catálogo de penas y de medidas de seguridad (MS). Se impone decir que es el sistema de doble vía el adoptado por el sistema jurídico-penal mexicano. La evidente inclusión en los diversos ordenamientos penales del país indica claramente la naturaleza penal de las MS. Por lo demás, compete exclusivamente a los órganos jurisdiccionales la imposición de las MS contempladas en las leyes penales.

De otro lado, el criterio doctrinal predominante asume que la función genérica de las MS consiste en cumplir una función de prevención especial de delitos frente a sujetos que actúan peligrosamente. Sin embargo, desde otra perspectiva, puede decirse que la función específica se corresponde con lo que en cada medida se establece puntualmente, de tal forma que puede hablarse de medidas asegurativas, terapéuticas y educativas. Para algunos delitos se contempla la simultánea aplicación de una pena y una medida, produciéndose una suerte de doble punición, lo que plantea la necesidad de evaluar la legalidad y legitimidad de tal proceder.

La multiplicidad de legislaciones penales mexicanas aconseja que, en atención a la naturaleza de un reporte como este, dediquemos nuestra atención a la descripción de la forma en que se consignan las MS en algún Código penal, y lo haremos ahora refiriéndonos al llamado Nuevo Código Penal para el Distrito Federal (NCPDF) (publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del 16 de julio de 2002).

Este NCPDF (art. 31) establece que las MS que se pueden imponer son las siguientes: a) Supervisión de la autoidad; b) Prohibición de ir a un lugar determinado u obligación de residir en él; c) Tratamiento de inimputables o

Revista Penal

México

imputables disminuidos, y; d) Tratamiento de deshabitua-
ción o desintoxicación.

La Supervisión de la autoridad, consiste (art.60 NCPDF) en la observación y orientación de la conducta del sentenciado, ejercidas por personal especializado dependiente de la autoridad competente, con la finalidad exclusiva de coadyuvar a la readaptación social del sentenciado y a la protección de la comunidad. Esta MS será impuesta por los jueces cuando en la sentencia impongan una sanción que restrinja la libertad o derechos, sustituya la privación de libertad por otra sanción o concedan la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia, así como en los demás casos en los que la ley disponga. En cuanto a su duración, la supervisión no podrá excederse de la correspondiente a la pena o medida de seguridad impuesta.

El art. 61 del NCPDF, por otra parte, señala: «En atención a las circunstancias del delito, del delincuente y del ofendido, el juez impondrá las medidas siguientes: prohibir al sentenciado que vaya a un lugar determinado o que resida en él, conciliando las exigencias de tranquilidad pública y la seguridad del ofendido». Se aclara en el mismo artículo citado que estas medidas no podrán ser mayores al término de la pena impuesta.

Respecto de las medidas para inimputables (art. 62 NCPDF), en el caso de que la inimputabilidad sea permanente podrá el juzgador elegir aquella medida que resulte aconsejable, pudiendo ser éstas en internamiento o en libertad, mediando un procedimiento penal concreto. Si se opta por la medida de internamiento, el inimputable será ingresado en una institución determinada para su tratamiento durante el tiempo que sea necesario (no menos de tres meses, pero no más de cincuenta años, según se desprende el art. 33 NCPDF, que establece el concepto y duración de la pena de prisión). Ahora bien, si se trata de trastorno mental transitorio se aplicará la medida de tratamiento si es necesaria, pero en caso contrario debe ponerse en absoluta libertad. Una muy importante aclaración se establece en el citado art. 62 NCPDF en el sentido de que la imposición de esta medida requiere que la conducta del sujeto no se encuentre justificada. Si la persona presenta un desarrollo intelectual retardado o un trastorno mental, la MS tendrá un carácter terapéutico mismo que habrá de verificarse en un lugar adecuado para ello. Expresamente prohibido queda que la aplicación de tal MS de tratamiento de Inimputables o de inimputables disminuidos se aplique en instituciones de reclusión preventiva o de ejecución de sanciones penales o sus anexos.

La persona inimputable podrá ser entregada a sus familiares o a las personas que tengan la obligación legal de hacerse cargo de él, siempre y cuando la reparación del daño sea cubierta y se obliguen a tomar medidas adecuadas para vigilarle y relacionadas con el tratamiento. En caso contrario, la medida puede ser revocada por la autoridad jurisdiccional (art. 63 NCPDF), la que podrá resolver sobre la modificación o conclusión de la medida, considerando las necesidades del tratamiento, mismas que se

acreditarán mediante revisiones periódicas (art. 64 NCPDF).

Si la capacidad del autor del hecho penalmente tipificado solo se encuentra considerablemente disminuida, por desarrollo intelectual retardado o por trastorno mental, podrá el juzgador imponer de una cuarta parte de la mínima hasta la mitad de la máxima de las penas aplicables para el delito cometido o las medidas de seguridad correspondientes, o ambas, para lo cual deberá tomar en cuenta el grado de inimputabilidad, que se desprenderá de certificación médica apoyada en por lo menos dos peritos en la materia (art. 65 NCPDF).

El art. 66 determina que la duración del tratamiento para el inimputable, en ningún caso excederá del máximo de la pena privativa de libertad que se aplicaría por ese mismo delito a sujetos imputables. «Concluido el tiempo de tratamiento, la autoridad competente entregará al inimputable a sus familiares para que se hagan cargo de él, y si no tiene familiares, lo pondrá a disposición de las autoridades de salud o institución asistencial, para que éstas procedan conforme a las leyes aplicables» (art. 66 NCPDF).

Finalmente, por lo que hace al tratamiento de deshabitua-
ción o desintoxicación, el NCPDF en su art. 67 NCPDF determina que cuando el sujeto haya sido condenado por un delito cuya comisión obedezca a la inclinación o abuso de bebidas alcohólicas, estupefacientes, psicotrópicos o sustancias que produzcan efectos similares, independientemente de la pena que corresponda, se le aplicará tratamiento de deshabitua-
ción o desintoxicación, el cual no podrá exceder del término de la pena impuesta por el delito cometido. Pero, cuando se trate de penas no privativas o restrictivas de libertad, el tratamiento no excederá de seis meses.

Los siguientes son criterios legales para la individualización de las penas y medidas de seguridad contenidos en el NCPDF, a saber: a) la naturaleza de la acción u omisión y los medios empleados para ejecutarlos; b) la magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro en que éste fue colocado; c) las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado; d) la forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito; los vínculos del parentesco, amistad o relación entre el activo y el pasivo, así como su calidad y la de la víctima u ofendido; e) la edad, el nivel de educación, las costumbres, condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena, se tomarán en cuenta, además sus usos y costumbres; f) las condiciones fisiológicas y psíquicas específicas en que se encontraba el activo en el momento de la comisión del delito; g) las circunstancias del activo y pasivo antes y durante la comisión del delito, que sean relevantes para individualizar la sanción, así como el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; h) las demás circunstancias especiales del agente, que sean relevantes para determinar la posibilidad

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

que tuvo de haber ajustado su conducta a las exigencias de la misma.

En otro orden de ideas, la pretensión punitiva y la potestad para ejecutar las penas y medidas de seguridad se extinguen por: a) cumplimiento de la pena y medida de seguridad; b) muerte del inculcado o sentenciado; c) reconocimiento de inocencia del sentenciado; d) perdón del ofendido en los delitos de querrela o por cualquier otro acto equivalente; e) rehabilitación; f) conclusión del tratamiento de inimputables; g) indulto; h) amnistía; i) prescripción; j) supresión del tipo penal; k) existencia de una sentencia anterior dictada en proceso seguido por los mismos hechos.

La potestad para la ejecución de las medidas de seguridad de tratamiento a inimputables, de acuerdo con el art. 102 NCPDF se considerará extinguida si se acredita que el sujeto ya no requiere tratamiento. Si el inimputable sujeto a una MS se encontrare prófugo y posteriormente fuere detenido, la potestad para la ejecución de dicha medida se considerará extinguida, si se acredita que las condiciones personales del sujeto que dieron origen a su imposición ya han cesado.

De todo lo apuntado queda claro que las MS son definitivamente medidas coactivas, en tanto la conformidad del destinatario no es presupuesto de su imposición. Además, su efecto es la privación o restricción de derechos y tienen un propósito o finalidad exclusivamente preventiva o tutelar.

Finalmente, se admite por la doctrina penal mexicana, en términos generales, los siguientes principios político-criminales aplicables a las MS: adopción del sistema dualista, que, en principio, obliga a estimar como inadmisibles la aplicación de una pena y una MS simultáneamente, aunque en ocasiones este postulado no se cumple plenamente. También se establece como criterio que en la aplicación de las MS deben observarse inexcusablemente todas las garantías constitucionales que condicionan el ejercicio de la potestad penal estatal. Las MS, por último, solo podrán ser impuestas por autoridades jurisdiccionales, previa la realización de un proceso garantista.

Nicaragua

Sergio J. Cuarezma Terán¹

Profesor de Derecho Penal

Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ)

www.inej.edu.ni

Código Penal de 1974 (Derogado)

El legislador incorpora por primera vez en el Código Penal de 1974 (denominado en adelante CP) (derogado en

pasado 9 de julio del 2008 —como consecuencia de la influencia positivista y de la política de sustantivos penales—, las medidas de seguridad (arts. 96 al 102 CP). El legislador del setenta y cuatro las determina en tres: internamiento en casa de salud o colonia agrícola, libertad vigilada o en reformatorio. De igual forma se considera medida de seguridad la contemplada en el art. 2 CP adicionado y reformado por la Ley 230/1996, para los casos de violencia entre los miembros de la familia en aquellos hechos que no constituyen delitos.

A estas medidas se adicionan otras que establecen la reforma de la Ley N.º 230/1996, para los casos de violencia entre los miembros de la familia en aquellos hechos que no constituyan delito.

Las personas sujetas o susceptibles a dichas medidas son los delincuentes que padezcan enfermedades mentales o por intoxicación, ya sea de alcohol o drogas.

La duración o vigencia de las medidas de seguridad subsistirá hasta que los delincuentes dejen de ser peligrosos para la sociedad o bien hasta el completo alivio o readaptación social del asegurado, en ambos casos, previo dictamen de peritos médicos y audiencia del Ministerio Público (hoy Procuraduría General de Justicia de la República).

Cuando la acción u omisión fuere cometida por un miembro de la familia hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad dentro de la familia conviviente, o en unión de hecho estable; la autoridad judicial que conozca de oficio o a petición de parte podrá aplicar según el caso las siguientes medidas de seguridad:

- 1) Prohibir o restringir la presencia de la persona denunciada en el domicilio de la ofendida u ofendido y dentro de un radio mínimo de cien metros.
- 2) Ordenar la reintegración de la persona ofendida al hogar del que hubiere sido sacada con violencia o intimidación.
- 3) Prohibir o limitar la presencia de la persona denunciada al lugar de trabajo de la persona ofendida dentro de un radio mínimo de 100 metros.
- 4) Ofrecer a la persona ofendida la atención médica psicológica o psiquiátrica en caso que fuere necesaria. A igual atención se someterá en caso necesario a la persona denunciada para su rehabilitación y evitar las reincidencias.
- 5) Ordenar el examen bio-sico-social de los menores involucrados en hechos de violencia intrafamiliar y brindarles su debida atención. En el caso de denuncias de maltrato infantil se solicitará a la autoridad correspondiente la intervención de organismos especializados que realicen investigación y brinden apoyo, asesoría, consejería y seguimiento a la familia involucrada.
- 6) La persona denunciada deberá prestar las garantías suficientes que determine el juez para compensar los posibles daños ocasionados a la persona ofendida.
- 7) El decomiso de armas en posesión del presunto agresor.
- 8) En casos que la víctima fuere menor de edad o persona con discapacidad, la autoridad judicial competente podrá confiar provisionalmente la guarda protectora a quien considere idóneo para tal función, si estuviere confiada al agresor.

Revista Penal

Nicaragua

9) Prohibir toda forma de hostigamiento que perturben la tranquilidad de la ofendida u ofendido incluyendo los medios electromagnéticos o de otra índole.

10) En el caso de las comunidades de la Costa Atlántica las medidas de seguridad serán aplicadas por el Juez comunal de acuerdo a los medios y procedimientos tradicionales de las leyes vigentes.

11) Estas medidas de seguridad la autoridad judicial habrá de tomarlas al momento de tener conocimiento de los hechos, siempre que los mismos no constituyan delito. Para el cumplimiento de las mismas, podrá ordenar la ayuda de la fuerza pública.

Luzón Peña señala que la pena es la consecuencia jurídica, la sanción tradicional del delito y, hoy sigue siendo la principal forma de reacción jurídica frente al mismo. La medida de seguridad es otro instrumento distinto de reacción frente al delito, que surge del siglo pasado con el Proyecto de CP, suizo de 1803, y se introduce en las diversas legislaciones desde comienzos de este siglo. En su concepto formal su finalidad alude a la prevención de futuros delitos por parte del sujeto concreto, o sea, la prevención especial. Ello se puede lograr, o intentarlo, mediante procedimientos asegurativos, de control, neutralizadores, pero también mediante métodos de corrección del sujeto: educativos, curativos, asistenciales, etc. Dada la exclusiva finalidad preventiva especial, las medidas presuponen peligrosidad criminal del sujeto. Como garantía de seguridad jurídica se requiere además que la situación del sujeto encaje en lo que se denomina un «estado peligroso» definido como tal por la ley.

Para Luzón Peña, el estado peligroso puede venir constituido por la comisión de uno o varios delitos junto con determinadas circunstancias del sujeto antes, en o después del delito o delitos; en este caso estamos ante una medida de seguridad postdelictiva.

Al igual que la pena, las medidas de seguridad previstas por la norma penal solo se pueden imponer en un proceso por el juez penal (sea un juez especializado, sea el juez ordinario).

Pero también se habla de las medidas predictivas, en las que el estado peligroso no requiere la previa comisión de un delito; estas medidas no solo son rechazadas por la doctrina dominante, sino que incluso se discute su naturaleza jurídicopenal (Reglamento de Policía de 1880).

El Código Penal nicaragüense de 1974 cuenta con penas y medidas de seguridad como consecuencias jurídicas diferenciadas, caracterización del denominado sistema dualista. Así, el profesor Muñoz Conde expresa que, mientras la pena constituye la respuesta frente a la culpabilidad del autor, y presentan un contenido retributivo y una orientación preventivo general; las medidas de seguridad lo es frente a su peligrosidad, entendida ésta como probabilidad de comisión de futuros delitos, y son esencialmente instrumentos para la prevención especial.

Las medidas de seguridad solo deben aplicarse como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo que revele la peligrosidad de su autor y ser, por tanto, post delictuales.

Jescheck señala que los presupuestos de los que depende la imposición de las medidas deben configurarse en la ley de modo que sean conformes tanto con el fin, como con la razón de justificación de las medidas. Hay que distinguir respectivamente entre la naturaleza, número y gravedad de los delitos cometidos anteriormente por el delincuente, la naturaleza y gravedad de los hechos antijurídicos que puedan esperarse de él en el futuro y las características de su personalidad.

Código Penal de 2008

Bajo el Título IV, del Libro I del Código Penal vigente (2008), se establece las Medidas de Seguridad desarrolladas en tres capítulos: las medidas de seguridad en general, la aplicación de las mismas y las medidas de protección de urgencia, respectivamente.

En el primer Capítulo se expresa que las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito. En este sentido, las medidas de seguridad se aplicarán exclusivamente por el Juez o Tribunal en sentencia, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en los capítulos del Título IV, siempre que concurran el hecho de que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito, según sentencia firme y que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos (art. 98)

En el ámbito de la proporcionalidad y la necesidad, las medidas de seguridad no pueden resultar más gravosas que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del sujeto. En todo caso deberán ser proporcionadas a la peligrosidad criminal del sujeto y a la gravedad del hecho cometido y de los que sea probable que aquél pueda cometer (art. 99). Así, el Juez o Tribunal establecerá en la sentencia razonadamente, el límite máximo de duración. En todo caso, cuando la pena que hubiera podido imponerse por el delito cometido no fuera privativa de libertad, el Juez o Tribunal únicamente podrá imponer una o varias de las medidas no privativas de libertad.

Por otra parte, las medidas de seguridad privativas de libertad no podrán tener mayor duración que el límite máximo de la pena señalada por la ley por el delito cometido. Por esta razón, el Juez o Tribunal decretará el cese de las medidas en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto conforme a los correspondientes informes periciales (art. 99).

Clasificación de las Medidas de Seguridad

Las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo al nuevo Código Penal vigente son privativas de libertad y privativas de otros derechos.

Son medidas privativas de libertad:

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

- a) El internamiento en centro psiquiátrico;
- b) El internamiento en centro de deshabitación;
- c) El internamiento en centro educativo especial; y,
- d) El internamiento en centro de terapia social.

Son medidas no privativas de otros derechos:

- a) Sujeción a la vigilancia de la autoridad o libertad vigilada, que obligará al penado a presentarse personalmente de manera periódica;
- b) La prohibición de estancia y residencia en determinados lugares;
- c) La privación del derecho a conducir vehículos automotores;
- d) La privación de licencia o del permiso de portar armas;
- e) La inhabilitación profesional; y,
- f) La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en Nicaragua.

Concurrencia de penas y medidas de seguridad

En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el Juez o Tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará a la pena. Una vezalzada la medida de seguridad, el Juez o Tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a su duración o aplicar alguna de las medidas previstas en este Código (art. 101).

Quebrantamiento

Respecto al quebrantamiento de una medida de seguridad de internamiento dará lugar al reingreso del sujeto en el mismo centro del que se haya evadido o en otro que corresponda a su estado. Si se trata de otras medidas, el Juez o Tribunal podrá acordar la sustitución de la medida quebrantada por la de internamiento, si ésta está prevista para el supuesto de que se trate y si el quebrantamiento demuestra su necesidad. (art. 102)

En el capítulo II referido a la aplicación de las medidas de seguridad, de las medidas privativas de libertad, al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad penal conforme al numeral 1 del art. 34, se le podrá aplicar, si es necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie. Alternativamente el Juez o Tribunal podrá aplicar cualquier otra de las medidas de seguridad señaladas en el art. 100 de este Código.

El sometido a estas medidas no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador. Esto es aplicable a las medidas de seguridad previstas en el internamiento por deshabitación y en centro de educación (art. 103).

Internamiento por deshabitación

A los exentos de responsabilidad penal conforme al numeral 2 del art. 34² se les aplicará, si fuere necesaria, la medida de internamiento en centro de deshabitación público o privado debidamente acreditado u homologado (art. 104).

Internamiento en centro de educación

Las personas que fueran declarados exentos de responsabilidad penal conforme al numeral 3 del art. 34³ de este Código, se les podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento en un centro educativo especial (art. 105)

Eximente incompleta

En los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 14, 2 y 3 del art. 34, el Juez o Tribunal podrá imponer conforme a lo establecido en el art. 99, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los arts. 103, 104 y 105. No obstante, la medida de internamiento solo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad (art. 106)

De las medidas privativas de otros derechos

En los casos previstos en los artículos del 103 al 105 de este Código, el Juez o Tribunal podrá acordar razonadamente, desde el principio o durante la ejecución de la sentencia, la imposición de la observancia de una o varias de las siguientes medidas, por un tiempo no superior a cinco años:

- a) Sumisión a tratamiento externo en centros médicos;
- b) Obligación de residir en un lugar determinado;
- c) Prohibición de residir en el lugar o territorio que se le designe. En este caso, el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan;
- d) Prohibición de acudir a determinados lugares o visitar establecimientos de bebidas alcohólicas;
- e) Custodia familiar; la persona sometida a custodia familiar quedará sujeta al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de vigilancia y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado;
- f) Sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares.

Por un tiempo de hasta diez años:

La privación de la licencia o del permiso de portar armas;

La privación del derecho a la conducción de vehículos automotores (art. 107)

Revista Penal

Nicaragua

Extranjero con entrada o permanencia ilegal

Si el sujeto es extranjero con entrada o permanencia ilegal en Nicaragua, el Juez o Tribunal podrá acordar, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad que le sean aplicables. La persona sujeta a esta medida no podrá volver a entrar en Nicaragua por un plazo no menor al doble de la duración de la medida de seguridad que le sería aplicable, sin que pueda exceder de diez años (art. 108).

Delincuencia habitual

Respecto a los delincuentes habituales responsables de delitos sancionados con pena de prisión cuyo límite mínimo sea superior a seis años, el Juez o Tribunal les impondrá, además de la pena correspondiente, un tratamiento de terapia social para su reinserción por el período de su condena. Se considera habitual al delincuente que hubiere sido condenado por tres o más delitos que, no habiendo sido cancelados registralmente, hagan presumible su inclinación a delinquir, según declaración expresa del Juez o Tribunal, previos los informes periciales que sean precisos (art. 109).

Internamiento de mujeres

Cuando el delito hubiere sido cometido por mujeres deberán ser internadas, en cárceles destinadas exclusivamente para ellas, o en pabellones de los establecimientos penales debidamente separados de las celdas de los varones. Estas cárceles y pabellones, deberán ser manejados por funcionarias mujeres penitenciarias, conforme a la ley y reglamento de la materia (art. 110 y 39 Constitución Política)

Medidas de protección de urgencia

Bajo el capítulo III se regulan las medidas de protección de urgencia para la víctima de violencia intrafamiliar o doméstica.

Cuando la acción u omisión, expresa el texto, hubiere sido cometida por un miembro de la familia hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad dentro de la familia conviviente o en unión de hecho estable, la autoridad judicial del lugar donde ocurrió el hecho, a petición de parte, podrá aplicar, según el caso, las siguientes medidas de protección:

Ordenar el abandono inmediato del hogar del imputado o acusado y, tomando en cuenta la voluntad de la víctima, reintegrarla al hogar del que fue sacada con violencia o intimidación;

Prohibir o restringir la presencia de la persona denunciada en la casa de habitación de la ofendida u ofendido dentro de un radio mínimo de ciento cincuenta metros;

Ordenar la reintegración de la persona ofendida al hogar del que fue sacada con violencia o intimidación;

Prohibir o limitar la presencia de la persona denunciada al lugar del trabajo de la persona ofendida u ofendido dentro de un radio mínimo de ciento cincuenta metros;

Garantizar a la persona ofendida la atención médica, psicológica o psiquiátrica en caso de que sea necesaria. A igual atención se someterá en caso necesario a la persona denunciada para su rehabilitación y evitar las reincidencias;

Ordenar el examen bio-psico-social a los menores de edad involucrados en hechos de violencia doméstica o intrafamiliar y brindarles su debida atención;

En caso de denuncias de maltrato infantil se solicitará a la autoridad correspondiente la intervención de organismos especializados que realicen la investigación y brinden apoyo, protección, asesoría, consejería y seguimiento respectivo;

La persona denunciada deberá prestar las garantías suficientes que determine el Juez para compensar los posibles daños ocasionados a la persona ofendida;

En caso de que la víctima sea un menor de edad o persona con problemas de discapacidad, la autoridad judicial competente podrá confiar provisionalmente la guarda protectora a quien considere idóneo para tal función, si estaba confiada al agresor;

Prohibir toda forma de hostigamiento que perturbe la tranquilidad de la ofendida u ofendido incluyendo los medios electromagnéticos o de otra índole;

Ordenar el decomiso de armas de la persona denunciada.

En el caso de los pueblos indígenas de la Costa Atlántica las medidas serán aplicadas por la autoridad comunal de acuerdo con el derecho consuetudinario y las leyes vigentes.

El Juez o Tribunal podrá ordenar las medidas de protección referidas en los incisos anteriores al momento de tener conocimiento de los delitos. Para su cumplimiento, podrá solicitar el auxilio de la Policía Nacional.

La Policía Nacional y el Ministerio Público en la etapa investigativa solicitarán a la autoridad judicial la aplicación de las medidas de protección referidas en este artículo de forma preventiva, por un plazo que no exceda de diez días.

Cuando el Ministerio Público resuelva no ejercer la acción penal, la víctima o su representante podrán solicitar al juez penal que se apliquen o se mantengan las medidas de protección por el período que tarde en resolver los recursos respectivos.

En caso de incumplimiento por parte del imputado a las medidas de protección ordenadas por el juez, éste procederá a aplicar una medida más grave, a instancia de parte.

Notas

- cuarezma@hotmail.com
- Está exenta de responsabilidad penal la persona que al tiempo de cometer la infracción penal se haya en estado de perturbación que le impide apreciar y comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, siempre que el estado

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

de perturbación no haya sido buscado con el propósito de cometer un delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

3. Está exenta de responsabilidad penal la persona que por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

4. Está exenta de responsabilidad penal la persona que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier alteración psíquica permanente o transitoria, no puedan comprender la licitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

Panamá

Carlos Enrique Muñoz Pope
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Panamá
carlos.munozpope@cablonda.net

I. Introducción

El nuevo Código Penal panameño vigente, aprobado por medio de la Ley 14, de 18 de mayo de 2007¹, en vigencia desde el 22 de mayo de 2008, se ocupa de las medidas de seguridad en el Título VI del Libro Primero, en una breve regulación que va del artículo 122 al 126.

La nueva normativa es muy breve y deja fuera de regulación algunos aspectos puntuales de las medidas de seguridad que ya aparecía en el Código anterior, de 1982.

A diferencia del Código de 1982, el Código vigente sólo se ocupa de establecer cuáles son las medidas de seguridad que él mismo consagra pero omite toda regulación respecto de la aplicación de dichas medidas de seguridad.

II. La regulación vigente

El nuevo Código Penal panameño dispone que las medidas de seguridad son de carácter educativo o curativo y pueden cumplirse de forma ambulatoria o en un centro de internamiento.

Ambas medidas tienen por objeto el tratamiento de los sujetos, a fin de evitar la repetición de hechos punibles y deben aplicarse en establecimientos especiales.

Según dispone el propio Código, las medidas de seguridad que conlleven internamiento se aplicarán: 1. en un centro de tratamiento psiquiátrico (*sic*); 2. en un centro de readaptación; 3. en un centro de desintoxicación y deshabitación; y, 4. en un centro educativo especial o socioterapéutico (*sic*).

Respecto de los inimputables, el nuevo Código dispone que los mismos serán internados en un centro de trata-

miento psiquiátrico durante el término que establezca el médico tratante.

Así mismo se dispone respecto de los inimputables, que cualquier modificación del tratamiento debe ser comunicado por el responsable del mismo al juez o magistrado, lo que también se extiende a la terminación del tratamiento respectivo.

Finalmente, se dispone que son medidas de seguridad que conlleven tratamiento ambulatorio, las siguientes: 1. el tratamiento psiquiátrico o psicológico (*sic*) externo; 2. el tratamiento en centros de desintoxicación y deshabitación; y, 3. la asistencia a un centro educativo especial socio-terapéutico.

Fuera de lo antes expuesto, nada adicional dispone el Código Penal panameño de 2007.

III. Observaciones críticas

Es lamentable que el nuevo Código nada disponga respecto de la aplicación de las antes citadas medidas de seguridad. En esta materia, el Código anterior disponía de una amplia regulación de la forma de aplicación de las medidas de seguridad y ello, sin duda alguna, representaba mayores grados de certeza y seguridad jurídica.

El Código anterior establecía en qué casos y a quiénes se aplicaban las medidas de seguridad, lo que brindaba certeza y seguridad jurídica a los individuos.

Por otra parte, es contraproducente establecer la misma medida de seguridad como susceptible de ser ejecutada en un centro de internamiento o de forma ambulatoria, pues ello es peligroso desde todo punto de vista, en especial respecto de la seguridad jurídica que las decisiones judiciales deben promover.

Finalmente, aunque hemos mejorado en parte el texto anterior, pues ahora han desaparecido las medidas de seguridad de carácter preventivo, sobre todo porque el sujeto no podía evitar las conductas que las justificaban en la mayoría de los casos o porque no podían ser controladas por la autoridad, se han mantenido las medidas de seguridad que consisten en el tratamiento de «readaptación».

Desde hace mucho que tiempo que se ha reconocido que tales pretensiones de readaptación, resocialización y reinserción social han fracasado en la mayoría de los países de nuestro entorno cultural y en Panamá, durante la vigencia del Código de 1982, que introdujo tal medida, las mismas nunca se aplicaron puesto que nunca se llegaron a construir los lugares para el cumplimiento de tales medidas.

La idea de readaptación nunca cristalizó en nuestro medio, nadie creyó en ella y nunca se han construido lugares para el cumplimiento de penas o medidas que tiendan hacia la readaptación o resocialización de los internos que cumplen una sanción penal, pues al Estado ese tema no le interesa, no representa votos que captar y todos consideran al condenado un ser insignificante que ni siquiera tiene derecho a emitir su voto cada cinco años en las elecciones generales.

Revista Penal

Perú

IV. Consideraciones finales

En materia de medidas de seguridad el nuevo Código desmejoró el texto del Código de 1982, aunque éste contenía una regulación en parte equivocada e ilusoria.

Por otra parte, es repetitivo que se incluyan medidas que se ejecutan en un «centro de readaptación» y medidas que se cumplen en un «centro educativo especial o socioterapéutico», pues ambos lugares terminarán siendo uno mismo.

Es lamentable, por otra parte, que en el Código no se disponga nada respecto del término máximo de las medidas de seguridad, sobre todo cuando se trate de medidas que impliquen internamiento del sujeto en un centro, lo que es inconveniente y puede permitir una aplicación indeterminada de alguna medida de seguridad.

Nota

1. Gaceta Oficial 26057, de 9 de junio de 2007.

Perú

Dr. Víctor Prado Saldarriaga
Catedrático de Derecho Penal
Vocal Titular de la Corte Suprema

CLASES DE MEDIDAS

El Código Penal de 1991 siguiendo su fuente brasileña contempla únicamente dos tipos de medidas de seguridad: **la internación y el tratamiento ambulatorio.**

La **medida de internación** se encuentra prevista en el art. 74.º del Código Penal. Ella se aplica por regla general a los inimputables que ejecutaron un hecho que la Ley considera delito. Sin embargo, esta medida de seguridad puede también aplicarse excepcionalmente a imputables relativos o a imputables que delinquieron como consecuencia de su dependencia hacia el consumo de alcohol o drogas.

La internación es una medida de seguridad **privativa de libertad** y conforme a lo dispuesto en el artículo IX del Título Preliminar le correspondería una **función eminentemente curativa y asegurativa**. Ella afecta la libertad ambulatoria del sentenciado e implica su ingreso y permanencia en un centro **«hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado, con fines terapéuticos o de custodia»**.

Por su naturaleza y sus efectos sobre el interno se trata de una medida de seguridad grave, debido a lo cual nuestra legislación precisa que solo podrá imponerse dicha medida, cuando concurra el peligro de que el sentenciado pueda seguir realizando otros **delitos considerablemente graves** (homicidio, lesiones, violación).

La duración de la medida de internación **no debe ser indeterminada**. La sentencia que la impone tiene que precisar expresamente cuál es su extensión temporal. Al respecto, como ya se ha mencionado, el párrafo *ab initio* del art. 75.º del Código Penal señala que en ningún caso la medida de seguridad de internación **«podrá exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicarse por el delito cometido»**.

La duda que surge con relación a esta disposición es si el legislador nacional alude a la pena legal o conminada o a la pena judicial o concreta. La doctrina nacional no se ha pronunciado al respecto.

Para nosotros, la norma citada alude necesariamente a una **pena aplicable**, es decir, individualizada y concreta. En consecuencia el art. 75.º no se refiere a la pena tipo o abstracta. Se regula, por tanto, un supuesto similar al contemplado en el inciso 2, del art. 135.º del Código Procesal Penal de 1991, y donde se exige de la autoridad jurisdiccional una prognosis de la **«sanción a imponerse»** o **«determinación de la pena probable»** para, en base a ello, decidir la aplicación de la medida coercitiva personal de detención (Cfr. Pablo Sánchez Velarde, *Manual de Derecho Procesal Penal*, IDEMSA, Lima, 2004, p. 759).

El juez, entonces, primero hará una prognosis o determinación de la pena probable que se aplicaría al inimputable, si hubiera cometido el mismo delito pero como imputable. Luego, consignará en su sentencia ese dato punitivo cuantificado como el límite máximo de duración de la medida de seguridad de internación que se impone al inimputable. La doctrina penal española al comentar el párrafo segundo, del inciso 1, del art. 103.º del Código Penal de 1995 (**«El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiera sido declarado responsable, y a tal efecto, el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo»**), cuya redacción es parecida a la contenida en el texto legal peruano, ha admitido una interpretación similar (Cfr. Jacobo López Barja de Quiroga, *Derecho Penal*, Parte General, Tomo III, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p.86).

Sin embargo, también un sector de la doctrina ibérica ha criticado la decisión legal de limitar la duración de la medida de internación a los indicadores cuantitativos de la pena privativa de libertad que corresponda al delito cometido. Para sus seguidores ello es incompatible, pues la medida de internación surge de un pronóstico sobre la peligrosidad latente del inimputable infractor. En cambio, la probable duración de una pena privativa de libertad aplicable al mismo caso solo podría razonarse a partir de una culpabilidad que no es posible medir, dada la condición inimputable del agente del delito (Cfr. Agustín Jorge Barreiro, «Las Medidas de Seguridad Aplicables a los Enfermos Mentales en el CP Español de 1995», en *Revista Peruana de Ciencias Penales* n.º 9, 2000, p. 89 y ss.).

Cabe señalar, sin embargo, que la duración de la medida de internación que se fijó en la sentencia puede ser modificada durante su etapa de ejecución. En efecto, la ley

dispone que cada seis meses y, sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional lo requiera, «la autoridad del centro de internación deberá remitir al Juez una pericia médica a fin de darle a conocer si las causas que hicieron necesaria la aplicación de la medida han desaparecido». De constatare dicho resultado exitoso «el Juez hará cesar la medida de internación impuesta». Ahora bien, el éxito de la medida radica en el control que se logre obtener sobre la peligrosidad subjetiva del imputable. No equivale, pues, a *curación* de la patología mental que desencadena el estado peligroso, ya que por lo general los cuadros de enfermedad mental son irreversibles y crónicos.

El **tratamiento ambulatorio** es la segunda clase de medida de seguridad que contempla nuestra legislación. Se encuentra regulada en el art. 76.º del Código Penal. **Se trata de una medida de seguridad no privativa de libertad y que tiene una función predominantemente de rehabilitación.**

Esta medida se aplica exclusivamente a los imputables relativos. Sin embargo, en el **artículo 178.º** del Código Penal se consideran también formas especiales de tratamiento ambulatorio para los imputables que han cometido delitos contra la libertad sexual.

La medida de seguridad que estamos analizando consiste en el sometimiento obligatorio del sentenciado a un régimen ambulatorio de atenciones de carácter médico, psicológico, o de otra especialidad que su estado personal requiera.

La ley no estipula un límite temporal para la realización del tratamiento ambulatorio. En todo caso él no puede exceder el plazo del cumplimiento de la condena impuesta al agente del delito. Su ejecución, pues, tendrá lugar de manera paralela al cumplimiento de la pena. PÉREZ ARROYO asume una posición diferente considerando que «la aplicación conjunta de la medida de seguridad terapéutica y rehabilitadora se realiza de modo accesorio a una pena, la cual será de aplicación principal» (Miguel PÉREZ ARROYO, *Las Medidas de Seguridad y Rehabilitación Social*, II Congreso Internacional de Derecho Penal, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, p. 142).

REGLAS DE APLICACIÓN

En el Código Penal de 1991 se incorporó un conjunto detallado de presupuestos y garantías para la aplicación judicial de las medidas de seguridad. Conforme a la legislación vigente su aplicación debe observar lo siguiente:

- **Legalidad.** Solamente se pueden imponer las medidas de seguridad que se encuentran definidas en la ley con anterioridad al hecho punible. El Código Penal precisa al respecto en el artículo II de su Título Preliminar «Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella».
- **Jurisdiccionalidad.** El Juez penal competente es la única autoridad del Estado que puede imponer medi-

das de seguridad. Además solo podrá hacerlo a través de una sentencia.

- **Necesidad.** La medida de seguridad se impone cuando resulta indispensable e insustituible para controlar y prevenir un futuro accionar delictivo del sentenciado. Es más, la aplicación de una medida de internación, demanda que el pronóstico de peligrosidad indique la probabilidad de la comisión de «delitos considerablemente graves». El artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal parece convalidar esta exigencia de relevancia en dicho pronóstico: «La medida de seguridad solo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes».
- **Proporcionalidad.** La peligrosidad del agente del delito es también un factor determinante para medir la proporcionalidad de la medida a imponer.
- **Postdelictualidad.** Toda medida de seguridad se impone por la comisión, acreditada procesalmente, de un delito. Únicamente, pues, a partir de la realización de un injusto, aun cuando su autor sea inimputable, cabe activar la intervención represiva o preventiva del Estado y de sus sanciones penales. **En consecuencia, quedan absolutamente proscritas de nuestra legislación las medidas de seguridad predelictuales** (Cfr. Felipe VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2006, p.78)
- **Control Judicial.** El Juez competente está obligado a controlar la ejecución de las medidas de seguridad que imponga. El Código Procesal Penal de 2004 precisa, al respecto, en los incisos 2 y 3 de su art. 492.º, lo siguiente:

«2. El Juez Penal examinará, periódicamente, la situación de quien sufre una medida de internación. Fijará un plazo no mayor de seis meses entre cada examen, y decidirá previa audiencia teniendo a la vista el informe médico del establecimiento y del perito. La decisión versará sobre la cesación o continuación de la medida y, en este último caso, podrá ordenar la modificación del tratamiento.

3. Cuando el Juez tenga conocimiento, por informe fundado, de que desaparecieron las causas que motivaron la internación, procederá a su sustitución o cancelación.»

APLICACIÓN CONJUNTA DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

El Código Penal vigente optó por un *modelo de estilo vicarial que posibilitaba una aplicación conjunta, pero incluida, de ambas sanciones*. Según su artículo el 77.º del Código Penal Peruano cuando el Juez estime que se hace necesario aplicar una medida de seguridad de internación a imputables relativos o imputables dependientes del alcohol o drogas, podrá disponerlo pero aplicando el criterio vicarial. **Esto es, primero aplicará en la sentencia condenatoria la pena privativa de libertad en la extensión correspondiente a la culpabilidad del autor del deli-**

Revista Penal

Perú

to. Luego, dispondrá también en el mismo fallo que el condenado sea sometido además a una medida de seguridad de internación. Sin embargo, deberá precisar que la ejecución de dicha medida de seguridad tendrá lugar antes de la pena privativa de libertad impuesta, pero afectando su duración total. Es decir, que se descuenta del tiempo de penalidad impuesto, el utilizado en la realización de la medida de internación.

Ahora bien, como se ha mencionado anteriormente, el éxito del tratamiento aplicado durante la medida de internación puede determinar que el Juez considere y decida una reducción del tiempo de pena privativa de libertad que resta por cumplir o declarar su extinción total.

PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Una evaluación de las tendencias relativas a la aplicación judicial de las medidas de seguridad permite un balance no muy alentador ya que se detectan omisiones y distorsiones como las siguientes:

- **Aplicación de las medidas de internación con base en disposiciones derogadas del Código de Procedimientos Penales de 1940 que está derogado.**
- **Las medidas de seguridad de internación se han venido aplicado únicamente en atención a la verificación de un estado de enfermedad mental.**
- **La imposición de una medida de seguridad de internación no establecía el límite cuantitativo de su duración o se consideraba como tal al máximo de la pena conminada para el delito atribuido al inimputable.**
- **Por lo general se interpreta a la sentencia que impone una medida de seguridad de internación como un fallo absolutorio**
- **El Ministerio Público no solicitaba en sus requisitorias escritas la medida de internación ni objetaba las distorsiones legales de su aplicación.**
- **La internación no se cumplía en centros especializados sino en la cárcel.**
- **Ausencia de control judicial real y efectivo sobre los sentenciados sometido a medidas de seguridad de internación.**
- **Imposibilidad de aplicar sustitutivamente medidas de tratamiento ambulatorio a los sometidos a medidas de internación.**
- **Imposibilidad de aplicación de la medida de seguridad de internación con carácter de medida de coerción procesal.**

PROCESO DE SEGURIDAD EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004

El **Proceso de Seguridad** reúne normas de procedimiento especiales para el juzgamiento de procesados

inimputables susceptibles de ser sancionadas con medidas de seguridad de internación.

Sin embargo, es de precisar que este procedimiento especial no comprende a los imputables relativos ni a los imputables dependientes del alcohol o drogas que también pueden ser afectados por medidas de seguridad de internación. Para esta clase de procesados se aplicarán siempre las reglas y ritos procedimentales del Proceso Común.

El Proceso de Seguridad está integrado en el Libro Quinto, dentro de las disposiciones que el nuevo Código Procesal Penal dedica a los Procesos Especiales.

Su sistema normativo es bastante breve y comprende tres artículos entre el 456.º y el 458.º. La morfología interna de estas normas nos permite visualizar sus alcances en los siguientes términos:

- El **art. 456.º** está dedicado a la identificación de las vías de acceso procesal al procedimiento especial. Esto es, en dicha norma se precisa cuando debe aplicarse el proceso de seguridad.
- En el **art. 457.º** el legislador ha definido las reglas especiales del procedimiento. Es decir, que ritos especiales y excepciones a los que regulan el modelo procesal común tienen que observarse en el juzgamiento de procesados sometidos al proceso de seguridad.
- La disposición normativa del **art. 458.º** plantea una situación sobreviviente a la instauración del proceso de seguridad y que determina su transformación en un proceso común. Se trata, pues, de una incidencia especial que dará lugar a un trámite propio.

Ahora bien, el proceso de seguridad no constituye el único punto de reunión del Código Procesal Penal de 2004 con las medidas de seguridad de internación. Efectivamente, al interior de sus libros el nuevo código procesal también ha incorporado normas adjetivas que guardan estrecha relación con la internación de inimputables. En concreto encontramos hasta cuatro clases de normas que se relacionan con medidas de seguridad privativas de libertad. Estas disposiciones abarcan actos procesales propios de la investigación preliminar, de la investigación preparatoria, de la etapa de ejecución e incluso de los procedimientos de cooperación judicial internacional en materia penal. La morfología y el ámbito de regulación específico que comprenden estas normas es el siguiente:

- El **art. 294.º** regula la medida del internamiento previo como una necesidad operativa complementaria de la realización de exámenes periciales.
- En el **art. 293.º** se legisla sobre la medida coercitiva personal de la internación preventiva.
- Las disposiciones sobre el régimen de ejecución de medidas de seguridad de internación están definidas en el **art. 492.º**.
- La ejecución de medidas de seguridad como actos de cooperación judicial internacional en materia penal se encuentra contemplada en los **arts. 545.º y 546.º**.

Polonia

Prof. Dra. Bárbara Kunicka-Michalska

*Instituto de Ciencias Jurídicas
de la Academia Polaca de Ciencias, Varsovia*

Las normas sobre las medidas de seguridad en el Código Penal polaco de 6 de junio del 1997 (con cambios posteriores) están comprendidas en el Capítulo X de la Parte General del Código Penal, los arts. 93 a 100 del CP

I. Medidas relacionadas con el internamiento en el centro cerrado

Como indica el art. 93 del CP polaco, el Tribunal puede dictar la medida de seguridad relacionada con el internamiento en el centro cerrado (prevista en el Capítulo X del CP) solamente en el caso si esto es indispensable para evitar el cometimiento por el mismo sujeto del nuevo hecho prohibido relacionado con su enajenación mental, deficiencia mental o dependencia del alcohol o de otro estupefaciente. Antes de dictar tal medida el Tribunal tiene la obligación de escuchar a los médicos psiquiatras y al psicólogo.

El Código Penal prevé las siguientes medidas relacionadas con el internamiento del centro cerrado:

1) Internamiento en el centro psiquiátrico adecuado, aplicado por el Tribunal, previsto en el art. 94 del CP polaco. Esta medida tiene su aplicación cuando se cumplen conjuntamente las siguientes condiciones:

a) el sujeto ha cometido el hecho prohibido actuando en el estado de enajenación mental, indicado en el art. 31 párrafo 1 del CP. Se trata del sujeto inimputado en el estado de la total irresponsabilidad penal. Esto indica, que el sujeto en el tiempo de cometer el hecho no ha podido comprender la importancia del hecho o manejar su comportamiento (conducta) a causa de la enajenación mental, deficiencia mental u otra alteración de las funciones psíquicas.

b) el hecho cometido se caracteriza por la considerable nocividad social.

c) existe elevado grado de probabilidad de que el mismo sujeto va a cometer de nuevo tal hecho.

Como establece el párrafo 2 del art.94 del Código Penal polaco, el tiempo de la estancia del sujeto en el centro no se define con anticipación. El Tribunal dicta la liberación del sujeto, si la continuación de su estancia en el centro no es indispensable. El Tribunal puede ordenar el reinternamiento de tal sujeto en el centro psiquiátrico adecuado, cuando hablan en favor de esto las circunstancias ya mencionadas en el art. 94 o 93 del CP. Tal disposición no se puede ordenar después del período de 5 años desde el tiempo de la liberación del sujeto del centro (párrafo 3 del art. 94 del CP).

2) Internamiento en el centro penitenciario, donde se aplican especiales medidas de tratamiento médico o de rehabilitación (el art. 95 párrafo 1 del CP). Esto se refiere al sujeto condenado a la pena privativa de libertad sin la suspensión condicional de su ejecución, por el delito cometido en el estado de responsabilidad limitada, de que se habla en el art. 31 párrafo 2 del CP polaco. Se trata de la situación cuando en el tiempo de cometer del delito la capacidad del sujeto de comprender el significado del hecho o de manejar su comportamiento ha estado limitada en el grado considerable. La aplicación de esta medida es facultativa (el Tribunal puede dictar).

Si los efectos del tratamiento médico o de rehabilitación hablan en favor de esto, el Tribunal puede liberar condicionalmente a tal sujeto en el caso si fue condenado a la pena que no excede 3 años de la privación de la libertad. En este caso la vigilancia es obligatoria.

3) Internamiento en el cerrado centro de tratamiento de deshabitación. Como establece el art. 96 párrafo 1 del Código Penal polaco es una medida facultativa. El Tribunal puede ordenarla, condenando al autor a la pena privativa de la libertad, sin la suspensión condicional de su ejecución, por el delito cometido en relación con la dependencia del alcohol u otro estupefaciente, bajo la condición, que existe la elevada probabilidad de que el mismo sujeto va a cometer de nuevo el delito relacionado con esta dependencia. Según el párrafo 2 del art.96 del CP, esta medida no puede ser aplicada en el caso cuando el sujeto fue condenado a la pena privativa de la libertad que excede 2 años.

El período de estancia en este centro cerrado el Tribunal abona en cuenta de la pena (el art.96 párrafo 4 del CP).

4) Internamiento en el centro cerrado al sujeto, que cometió el delito contra la libertad sexual (el art. 95 del CP). Es una medida facultativa. El Tribunal puede ordenarla, condenando al sujeto a la pena privativa de la libertad sin la suspensión condicional de su ejecución, por el delito contra la libertad sexual, cometido en relación con la alteración de las funciones psíquicas del sujeto, cuyo fondo es sexual, otra que la enajenación mental.

Internamiento se aplica después de ejecución de la pena.

II. Medidas consistentes en el dirigir al tratamiento ambulatorio o de rehabilitación

1) Como se ha dicho, el internamiento en el centro cerrado del sujeto condenado por el delito contra la libertad sexual es una medida facultativa. Al mismo sujeto, el Tribunal puede ordenar, como otra posibilidad, la hoja de ingreso al tratamiento ambulatorio (el art. 95a del CP).

2) La medida consistente en el dirigir al tratamiento ambulatorio o a la rehabilitación en la institución de tratamiento médico-rehabilitación el Tribunal puede aplicar, por el período de prueba (de 6 meses hasta 2 años), al sujeto que cometió el delito relacionado con la dependencia de alcohol u otro estupefaciente. Esta medida depende de los efectos del tratamiento en el centro cerrado de que se ha hablado en el

Revista Penal

Portugal

punto I.3. de este informe. Al dirigir a tal tratamiento ambulatorio o a la rehabilitación acompañada, como indica el art. 97 párrafo 1 del CP el someter a la vigilancia de parte del curador o de la persona digna de confianza, de la asociación, institución u organización social cuya actividad consiste en la preocupación por la educación, la prevención de la desmoralización o ayuda a los condenados.

III. Medidas consistentes en las obligaciones, prohibiciones o en el decomiso

Sobre estas medidas se habla en los arts. 99 y 100 del Código Penal polaco.

Como indica el art. 99 del CP, si se trata del sujeto inimputado, que cometió el hecho prohibido en el estado de la total irresponsabilidad, de que ya se ha hablado en relación con el art.31 párrafo 1 y el art. 94 del CP, el Tribunal puede dictar a título de la medida de seguridad la obligación o las prohibiciones indicadas en el art. 39 puntos 2, 2a, 2b y 3 del CP, si esto es necesario por la razón de la protección del orden jurídico.

Se trata de:

La prohibición de ocupar determinado cargo, de la ejecución de la profesión determinada o de llevar a cabo la actividad económica determinada.

La prohibición de llevar a cabo la actividad relacionada con la educación, tratamiento médico, la instrucción de menores o la asistencia sobre ellos.

La obligación de abstenerse de permanecer en los determinados ambientes o lugares, la prohibición de contactarse con determinadas personas o la prohibición de abandonar el determinado lugar de permanencia, sin el consentimiento del Tribunal.

La prohibición de conducir del vehículo.

La obligación o las prohibiciones indicadas se dicta sin la determinación del período de su aplicación. El Tribunal anula la obligación o prohibiciones si se acabaron los motivos de su ordenación.

El Tribunal puede también dictar a título de la medida de seguridad, en la misma situación, el decomiso de que se habla en el art. 39 punto 4 del CP

El decomiso a título de la medida de seguridad se puede dictar también en otras situaciones, no solo en el caso indicado cuando se trataba del sujeto inimputable.

Sobre estas situaciones distintas se habla en el art. 100 del CP. Entonces, según el art. 100, el decomiso se puede dictar:

— En el caso cuando la nocividad social del hecho cometido es insignificante. Hay que aclarar que en este caso no hay delito, aunque hay un hecho prohibido bajo la amenaza de la pena, es decir, un hecho previsto como delito.

— También en el caso cuando se aplica el sobreseimiento condicional de la causa (el sobreseimiento condicional del procedimiento penal).

— O en el caso de constatación que tiene lugar la circunstancia que excluye el castigo al sujeto.

Sobre el decomiso se habla más detalladamente en los arts. 44 y 45 del Código Penal polaco.

El decomiso puede tener varias formas, como el decomiso de objetos provenientes directamente del delito; de objetos, que sirvieron o fueron destinados para cometer delito; el decomiso de objetos en el caso del delito consistente en la violación de la prohibición de su producción, posesión, tráfico, envío, traslado o transporte; el decomiso del provecho patrimonial logrado de la comisión del delito, aunque fuera de manera directa.

En el Derecho Penal polaco todas las medidas de seguridad son medidas postdelictuales; no hay medidas de seguridad predelictuales. Entonces las medidas de seguridad se pueden aplicar solamente cuando el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito. Aunque no hay norma expresa separada, que claramente establezca esta regla, la regla es evidente, ya que resulta del sentido de los artículos del Código Penal sobre las medidas de seguridad.

Últimamente el Gobierno polaco ha preparado el proyecto preliminar de la ley, que, entre otros, prevé el cambio en las normas sobre las medidas de seguridad, introduciendo el tratamiento (en el centro cerrado o tratamiento ambulatorio) con el fin de terapia farmacológica y psicoterapia para disminuir el instinto sexual de las personas condenadas por el delito contra la libertad sexual, cometido en relación con «perturbaciones de preferencia sexual». La terapia farmacológica no podrá ser aplicada en el caso cuando ésta causaría el peligro considerable para la vida o la salud del condenado.

Se trata sobre todo de violación del menor que tiene menos de 15 años y de violación incestuosa.

Portugal

Frederico de Lacerda da Costa Pinto

*Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
(FCostaPinto@fd.unl.pt e www.fd.unl.pt)*

As medidas de segurança estão previstas no Código Penal português (*cf.* arts 91.º a 108.º) a par das penas criminais (art. 41.º a 90.º-M). Não surgem, contudo, como uma simples alternativa às penas, em função da inexistência de culpa do agente, mas sim como uma reacção criminal possível a par das penas aplicáveis, com pressupostos e finalidades específicas, em parte antecipadas pelo art. 40.º do Código: as penas e as medidas de segurança têm em comum a finalidade de *proteger bem jurídicos* e visam a *reintegração social do agente*

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

(art. 40.º, n.º 1), mas enquanto a pena tem como fundamento e limite a culpa do agente (art. 40.º, n.º 2), a medida de segurança prescinde desse referente sendo aplicável em função da *perigosidade do agente*, mas limitada pela exigência de *proporcionalidade* em relação à gravidade do facto cometido (art. 40.º, n.º 3)¹.

Por outro lado, as medidas de segurança, mesmo aquelas privativas da liberdade, aplicam-se não só a inimputáveis (art. 91.º e ss do Código Penal), como, em casos muito específicos, também a imputáveis (art. 104.º e ss do Código Penal).

Finalmente, a pena de prisão sendo em regra determinada na decisão judicial condenatória, pode ser «relativamente indeterminada» no caso dos delinquentes por tendência (imputáveis perigosos) que sejam condenados em prisão efectiva superior a dois anos de prisão por crime doloso, tendo anteriormente sofrido duas ou mais condenações desta natureza e gravidade. Em tais casos, se o agente, numa avaliação conjunta de todos os factos, revelar a persistência de «uma acentuada inclinação para o crime» a pena será relativamente indeterminada, o que significa um agravamento de dois terços na pena mínima e um acréscimo de seis anos à pena máxima, sem que se ultrapasse, de qualquer modo, o limite máximo da pena de prisão (art. 83.º do Código Penal), que é em Portugal de vinte e cinco anos. A pena relativamente indeterminada é, portanto, como sublinha *Jorge de Figueiredo Dias*, «um misto de pena e de medida de segurança»².

Com estes contornos, o sistema penal português adopta não apenas uma solução dualista (prevê, como reacções criminais, penas para imputáveis e medidas de segurança para inimputáveis), como permite a aplicação pelo mesmo facto ao mesmo agente, imputável mas especialmente perigoso, de uma pena e de uma medida de segurança, não em regime de mera adição mas integradas numa figura específica.

Questão distinta é a de saber se com isto o sistema português se deve apresentar como um *sistema tendencialmente monista*³ ou, antes, como um verdadeiro sistema de *dupla via ou de duplo binário*⁴. Seja qual for a caracterização exacta, trata-se de um sistema ainda temperado por um regime de *vicariato na execução*, que privilegia a finalidade da socialização do agente dando primazia à execução da medida de segurança, ao ponto de tornar desnecessária outra reacção criminal ou induzir alterações significativas na execução da pena subsequente (nomeadamente, pela ponderação das medidas de substituição) (art. 99.º do Código Penal)⁵.

As diversas medidas de segurança contempladas no Código Penal são as seguintes: o internamento de inimputáveis (art. 91.º a 98.º), a interdição de actividades (art. 100.º), a cassação do título de condução de veículo com motor e a interdição da sua obtenção (art. 101.º) e a sujeição a regras de conduta de finalidades preventivas (art. 102.º). O Código prevê ainda medidas de internamento aplicáveis a imputáveis em que, por virtude de

anomalia psíquica anterior ou posterior ao facto, se identifique que o regime dos estabelecimentos comuns pode ser prejudicial ao agente (art. 104.º e ss).

As medidas são por tempo determinado e o internamento de inimputáveis tem como limite máximo a duração da pena abstracta de prisão cominada para o facto. Mas em casos particularmente graves e especialmente perigosos o internamento pode ser prorrogado por períodos sucessivos de dois anos, até cessar o estado de perigosidade (cfr. art. 92.º do Código Penal).

O regime das medidas de segurança está sujeito ao núcleo essencial de garantias fundamentais do Estado de Direito. Por um lado, vigoram neste domínio as exigências próprias da *legalidade criminal* (lei formal expressa e prévia, embora a doutrina não tenha sido sempre unânime quanto a este último ponto) e da sua sujeição a decisão judicial (cfr. arts. 29.º, 30.º e 165.º, n.º 1, al. c), da Constituição). Por outro, a lei delimita os pressupostos de aplicação das medidas de segurança, fazendo depender a sua aplicação não apenas do diagnóstico de *perigosidade do agente*, mas antes de uma *perigosidade concretamente associada à prática de um facto que deve ser tipicamente ilícito* (a lei exige a prática de um facto ilícito-típico como pressuposto essencial da aplicação das medidas de segurança). Finalmente, as medidas de segurança comungam igualmente da função de protecção de bens jurídicos e são, tal como as penas, racionalizadas pelo princípio da proporcionalidade, nomeadamente pela exigência de uma correspondência entre a gravidade do facto pressuposto e a gravidade da medida que lhe é aplicável (cfr. arts 40.º, n.º 1 e 3 do Código Penal e, depois, no mesmo diploma, as diversas exigências traçadas para cada figura em especial, v. g. arts 83.º e 91.º e ss.)⁶.

Se quisermos traçar uma síntese sobre esta matéria, diremos que no sistema penal português as medidas de segurança se orientam por uma finalidade primária de prevenção especial, funcionalmente vinculada à co-protecção de bens jurídicos, fundada no facto ilícito típico cometido e na perigosidade do agente revelada nesse facto, acompanhadas por uma finalidade secundária de prevenção geral, em qualquer caso e sempre enformadas por uma exigência de proporcionalidade.

O riquíssimo património da doutrina portuguesa neste domínio, acessível e documentado nas páginas da literatura que tem citado, não pode ser integralmente apresentado nestas páginas. Mas não se pode terminar a apresentação deste tema sem referir algumas questões fundamentais que, ainda hoje, apesar de um regime legal claro, equilibrado e garantista, geram clivagens na doutrina que sobre o assunto se tem pronunciado.

Uma questão recorrente neste domínio consiste em saber se as medidas de segurança, em especial as que supõem um estado clínico de perturbação psicológica e uma reacção institucional de natureza equivalente, devem ser matéria a tratar nos quadros do sistema penal ou, diversamente, fora dele, nomeadamente por via ad-

Revista Penal

Portugal

ministrativa. A questão tem em Portugal um lastro histórico-político que não se deve olvidar nem sobrevalorizar, pois a solução da via administrativa constituiu uma das formas de reacção jurídica às medidas de segurança aplicadas no âmbito penal aos opositores políticos do Estado Novo, como forma de os manter em isolamento por tempo indeterminado (com prorrogações baseadas em pareceres da polícia política)⁷. Hoje, diversamente, o problema coloca-se essencialmente ao nível da adequação do sistema penal para tratar estas matérias, em particular a da perigosidade dos inimputáveis por anomalias psíquicas. E neste sentido a solução oscila entre uma via administrativa, de eventual cariz garantista, e uma via penal em que essa componente de garantia corresponde a um património histórico-dogmático já adquirido. Estou em crer (embora não de forma isenta de dúvidas) que o caminho certo passa por aperfeiçoar o sistema vigente e não pela criação de um novo sistema que, pela sua indefinição e necessária sobreposição de regimes, se pode vir a revelar um complexo gueto ajurídico no Estado de Direito.

A partir do momento em que, tal como acontece hoje, a matéria está integrada no sistema penal, coloca-se a questão de saber se os instrumentos dogmáticos e metodológicos a utilizar são ou não os mesmos. Em particular, se o facto do inimputável constitui uma variante «imperfeita» do facto punível ou, diversamente, se deve ser visto como uma realidade distinta e, portanto, como «um outro tipo de facto» (no sentido metodológico da teoria do crime)⁸.

Na primeira perspectiva, para a qual parece apontar a própria lei portuguesa, o facto pressuposto da medida de segurança apenas tem de constituir um *ilícito típico*, sujeito às mesmas exigências básicas de imputação (objectiva e subjectiva), de subsunção ao tipo e de formulação do juízo de ilicitude formal e material. Mas, porque de intervenção penal se trata, apenas se prescindiria da comprovação da culpabilidade, sendo de exigir a realização do tipo de ilícito e dos pressupostos autónomos de punibilidade⁹.

Na segunda perspectiva, aqui necessariamente simplificada, o «facto concreto praticado» pelo inimputável deveria ter apenas correspondência num tipo legal de crime (algo equivalente, se bem descrevo, a uma elementar subsunção ao tipo objectivo), sem qualquer outra exigência categorial, própria da análise do facto punível cometido pelo agente imputável¹⁰.

Uma e outra perspectiva são, afinal, expressão de diferentes concepções das medidas de segurança e, em especial, do confronto entre a solução penal e a solução administrativa. Uma dicotomia que, sem querer fazer futurologia, vai continuar a marcar o debate e as opções sobre este tema nas próximas décadas, pois, entre outras razões, as exigências sócio-jurídicas com que se tem sobrecarregado o Direito Penal nos últimos trinta anos dificilmente permitem que o sistema penal mantenha a sua configuração actual.

Notas

1. Para uma leitura rica e profunda sobre o tema, nomeadamente à luz da tradição dogmática e político-criminal portuguesa, Jorge DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte geral*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pags 86 a 105, e, do mesmo Autor, *Direito Penal Português, As consequências jurídicas do crime*, Aequitas, Editorial Notícias, Lisboa, 1993, pag. 409 e ss, onde se encontram as referências fundamentais da literatura nacional sobre a matéria que, por razões de espaço, não podemos citar aqui. A evolução histórica desta matéria entre nós, encontra-se ainda em Maria JOÃO ANTUNES, *Medida de segurança de internamento e facto de inimputável em razão de anomalia psíquica*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pags 49 e ss, *maxime* 139 a 219.

2. Jorge DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte geral*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pag. 105.

3. Jorge DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte geral*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pag. 105, em ligação com o que escreve a pag. 100 e ss.

4. AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, UCP, Porto, 2003, pags.97-98, em ligação com o que escreve a pag. 92 e ss.

5. Em pormenor, Jorge DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte geral*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pags 103-105.

6. Sobre o tema, sigam-se as riquíssimas exposições, nem sempre totalmente coincidentes, de Jorge DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte geral*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pag. 90 e ss, e de MARIA JOÃO ANTUNES, *Medida de segurança de internamento e facto de inimputável em razão de anomalia psíquica*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pag. 147 e ss.

7. Com muita informação interessante, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, «A consagração de um novo direito securitário na reforma prisional de 1936», in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pag. 433 e ss. E também, Jorge DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte geral*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pag. 95 e ss. Para a compreensão de alguns problemas associados ao crime político em Portugal, TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, vol. I, 2.ª edição, AAFDL, Lisboa, 1998, pp. 148 e ss.

8. Para uma rigorosa apresentação do problema, veja-se Jorge DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte geral*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pag. 90 (§§ 9 a 11). Desenvolvimentos e muita informação em MARIA JOÃO ANTUNES, *Medida de segurança de internamento e facto de inimputável em razão de anomalia psíquica*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pag. 297 e ss.

9. Jorge DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte geral*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pag. 90, e, do mesmo Autor, *Direito Penal Português, As consequências jurídicas do crime*, Aequitas, Editorial Notícias, Lisboa, 1993, pag. 440 e 467, em ligação com o que escreve a pag. 458 e ss.

10. MARIA JOÃO ANTUNES, *Medida de segurança de internamento e facto de inimputável em razão de anomalia psíquica*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pag. 374 e ss e 433 e ss.

República Dominicana

Prof. Ana Cecilia Morun Solano

Para definir de forma resumida y concreta, el concepto de MEDIDAS DE SEGURIDAD, debemos afirmar que las mismas, son las que sustituyen las penas que le serían aplicadas a imputados, que sufren situaciones o circunstancias personales especiales, por lo que son considerados INIMPUTABLES, por lo que deviene improcedente aplicarles las penas previstas en nuestra legislación vigente.

Es decir, LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD, son decisiones especiales, que un Tribunal o un Juez adoptan, a los fines de ejecutarlas en una persona que se reputa un incapaz, con el objetivo de que éste pueda alcanzar la reeducación o la reinserción social.

Este concepto, en el que se fundamentan las MEDIDAS DE SEGURIDAD, descansa en un impedimento o restricción a los derechos de la persona, con la finalidad de que esa persona pueda adaptarse y respetar el orden jurídico establecido, y de esta forma evitar la infracción o la reincidencia a ésta.

En nuestro Código Penal vigente no se encuentra establecido de manera sistemática las MEDIDAS DE SEGURIDAD, aunque se considera como tal, las siguientes figuras:

1. La interdicción legal;
2. La privación de los derechos cívicos;
3. La privación de los derechos civiles;
4. La privación de los derechos de familia;
5. La supervigilancia de la alta policía.

Mientras que nuestro Código Procesal Penal vigente, NO EXPLICA, NI DEFINE, NI DETERMINA concretamente cuáles son de manera directa LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD, sino que mediante el artículo 447 se limita a especificar la reglamentación legal para que éstas sean aplicadas.

Textualmente el artículo 447 del Código Procesal Penal vigente:

...se observan las siguientes disposiciones:

1. En caso de incapacidad interviene el representante legal, quien tiene la obligación de vigilar la ejecución de la medida;

2. El juez determina el establecimiento adecuado para la ejecución de la medida que en todos los casos será distinto a aquellos en que se cumplen las penas de prisión y puede modificar su decisión, incluso a petición del representante legal o de la dirección del establecimiento, pudiendo asesorarse a tales fines con peritos; y,

3. El juez examina periódicamente la situación de quien sufre una medida, fijando un plazo no mayor de seis meses, entre cada examen; y decide sobre la cesación o continuación de aquélla. Esta resolución es apelable.

En el Senado de la República tenemos en espera de ser revisado, aprobado y promulgado, un anteproyecto del nuevo Código Penal Dominicano, y en este nuevo ordenamiento se explican una serie de reglas para lograr la implementación y aplicación de éstas, tratando de definir las y clasificándolas para su mejor entendimiento y aplicación.

En cuanto a la definición y el concepto de INIMPUTABLE, en la actualidad ni el Código Penal Dominicano, ni el Código Procesal Penal vigente, lo definen de forma concreta.

Es la doctrina quien se encarga de manifestar su definición de éste, alegando que se trata de una persona que en circunstancias o situaciones especiales, sean estas situaciones de orden físico, o de orden mental, NO deben ser consideradas autor o ejecutor de una infracción determinada, incluso ni desde el terreno de la moral, ni del terreno de lo material.

Albergamos la esperanza de que con la aprobación del nuevo Código Penal Dominicano nuestra legislación pueda suplir esa falta que tenemos en relación a personas incapaces o inimputables. Y que este nuevo ordenamiento pueda tener mas claridad en relación a LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD, sin que tengamos la limitante que presenta nuestro actual Código Procesal Penal, que solo se limita a estipular su aplicación.

Turquía

Dr. Baris Erman

Profesor adjunto

Universidad de Estambul, Facultad de Derecho

I. Introducción

El derecho penal turco conoce dos tipos de la sanción penal: la pena y la medida de seguridad. Como el derecho penal español antes de la aceptación del CP 1995¹, el antiguo CP turco había sido influenciado por el CP italiano y preveía las medidas de seguridad sólo para los inimputables, como una excepción que sustituye la pena cuando ésta es inaplicable.

En sus decisiones antiguas el Tribunal constitucional turca también seguía esta concepción, rechazando el carácter penal de las medidas de seguridad, y clasificándolas como especiales medidas relativas al derecho de la vigilancia. Sin embargo, hay que añadir que, dentro de la misma decisión, el final de las medidas de seguridad ha sido especificado como «evitar la peligrosidad que el culpable lleva contra la sociedad, educándolo y tras-

Revista Penal

Turquía

formándolo en un individuo que tenga una función en la sociedad»².

Tras la promulgación del CP 2005 entró en vigor un nuevo sistema de medidas de seguridad, extendiendo la aplicabilidad de este tipo de sanción penal y regulándolo como una institución independiente.

Actualmente, la doctrina turca define la natura jurídica de las medidas de seguridad como un sistema separado, dirigido al final de la protección y el restablecimiento del orden social³. Las garantías sí se aplican a las medidas de seguridad; sin embargo, ellos no tienen una duración especificada por la ley, precisamente porque el principio de *nulla poena sine lege* no se aplica a estas sanciones, que, por definición, no son «penas». Aparte de eso, cuatro son los presupuestos de la imposición de las medidas: 1) Las medidas de seguridad pueden ser aplicadas solo a las personas en un estado de peligrosidad criminal, 2) Un delito previo debe ser cometido por el sujeto, 3) La medida de seguridad debe ser previsto por la ley, y 4) La medida debe ser aplicado por el juez penal⁴.

Las medidas de seguridad previstas por el CP son las siguientes: las inhabilitaciones especiales, la comiso, las medidas aplicables a los menores, a los disminuidos psíquicos y a las personas jurídicas, la expulsión del territorio nacional. Además, el régimen de reincidencia refiere a la peligrosidad del culpable y por eso, ha sido regulado bajo el mismo título como las medidas de seguridad.

II. Las Medidas de Seguridad en el CP Turco

1. La inhabilitación (art. 53 CP)

La aplicabilidad de una medida de seguridad depende de que el autor hubiera cometido un delito previo, pero la graduación y la extensión de esta misma medida se determina según la peligrosidad del autor. Por eso, la inhabilitación temporal como consecuencia accesoria de la castigación penal, aún ser definido como «medida de seguridad» bajo el art. 53 del CP turco, debería ser investigado como una institución separada. En efecto, estas sanciones suplementarias se apliquen cada vez que una persona sea castigada con una pena privativa de la libertad, y solamente por una duración limitada, es decir, sin considerar la peligrosidad del culpable. Por eso, estas consecuencias accesorias no son aceptadas como medidas de seguridad en sentido recto⁵.

El CP turco conoce tres formas de inhabilitación: la inhabilitación general, especial y la inhabilitación en caso del delito negligente. La inhabilitación general no es igual a una inhabilitación absoluta y se extiende solamente a la privación del empleo o cargo público y la suspensión de la ejecución de una profesión sujeta a un permiso legal, la privación de los derechos políticos y los derechos de actuar como representante legal de personas reales y jurídicas. Esta forma de inhabilitación abarca todos los derechos apuntados, pero está limitada con la duración de la

ejecución de la pena privativa de la libertad sentenciada por el Tribunal en caso de un delito doloso. Esta medida se extiende a la ejecución entera y, en consecuencia, no cesa hasta que la ejecución sea terminada completamente, incluyendo los casos de la suspensión condicional de la ejecución y la libertad condicional; el culpable será privado de sus derechos y libertades hasta la terminación del período de espera, aún ser fuera de la prisión⁶.

La inhabilitación especial se aplica cuando el culpable hubiera cometido un delito doloso como abusando uno o varios derechos apuntados bajo la regulación de la inhabilitación general. En este caso, el culpable será privado del derecho abusado por una duración determinado por el Tribunal en su sentencia final. Esta duración también está limitada a la del delito cometido, pero en este caso empieza *tras la terminación de la ejecución* de la dicha pena. En consecuencia, cuando se trata de un abuso de los derechos apuntados, la privación del dicho derecho se extiende hasta una fecha posterior a la terminación de la inhabilitación general.

Otra forma de inhabilitación es aplicable cuando se trata de un delito negligente, por contravención a los deberes profesionales o a las reglas de circulación. En estos casos el permiso de la dicha profesión será suspendido o el permiso de conducir será retirado temporalmente (de tres meses a tres años).

2. El comiso⁷ (art. 54, 55 CP)

El CP 2005 reformó el régimen de comiso drásticamente, introduciendo el comiso de los beneficios además del comiso patrimonial o real, y regulando las dos formas como medidas de seguridad aplicables como sanciones independientes de una castigación penal. Después de la reforma, estas medidas están también aplicadas cuando el autor de un hecho injusto no pueda tener la responsabilidad penal, por ejemplo, cuando se trate de un inimputable⁸.

3. Las medidas de seguridad aplicables a menores (art. 56 CP; art. 5,11 LPM)

En caso de las medidas de seguridad aplicables a menores el CP turco se contenta con una simple referencia a la Ley 5395 sobre la protección de menores (LPM). La dicha ley define los delincuentes menores como «menores inducidos al delito» y prevé las siguientes medidas (art. 5, 11 LPM): la consulta profesional, el sometimiento en centro educativo o en un oficio público o privado, sometimiento a la custodia de una institución especial o una persona determinada por el Tribunal de menores⁹ y el tratamiento medical o psiquiátrico.

Estas medidas pueden ser aplicadas a todas menores bajo la edad de 12, inimputables según el CP turco. La misma regla se aplica a menores de 12 a 15 años bajo la condición de que ellos, al tiempo de cometer la infracción penal, no puedan comprender la ilicitud del hecho o actuar

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

conforme a esa comprensión. Por lo demás, la pena prevista para la infracción penal se aplicará atenuada en lugar de la medida de seguridad (art. 31 CP).

4. Las medidas de seguridad aplicables a los disminuidos psíquicos (art. 57 CP)

El sistema penal turco diferencia entre dos tipos de disminuidos psíquicos: los inimputables y los semiimputables (art. 32 CP). Los inimputables serán sujetos a las medidas de seguridad previstas bajo el art. 57 sin duración fija, mientras que los semiimputables podrán ser castigados con penas atenuadas. Sin embargo, el Tribunal puede convertir estas penas en medida de seguridad, pero, en su caso, con la misma duración que la de la pena privativa de libertad prevista en la sentencia.

La principal medida de seguridad aplicable a los disminuidos psíquicos es el internamiento en centro psiquiátrico de alta seguridad. El juez podrá revocar el internamiento si, por informe del médico, se demostrara que la peligrosidad del sujeto hubiera acabado o considerablemente disminuido. El médico también podrá recomendar, si es necesario, el superviso continuado del sujeto tras la revocación, o, si se mostrara que la peligrosidad hubiera agravado de nuevo, el recommienzo del internamiento (art. 57/1-5 CP).

Otra medida de seguridad reservada a los adictos de drogas y de alcohol es el internamiento en centro especial de deshabitación. Esta medida durará hasta que la adicción cesara (art. 57/7 CP).

5. Las medidas de seguridad aplicables a las personas jurídicas (art. 60 CP)

Las personas jurídicas que son expresamente excluidos de la responsabilidad penal en el sistema penal turco. Por eso, el legislador previó unas medidas de seguridad reservadas a las personas jurídicas, para cumplir con las exigencias económicas y político-criminales de la sociedad y con las recomendaciones de las instituciones europeas¹⁰.

Las medidas de seguridad que se aplicarán a las personas jurídicas han sido previstas en el art. 60 del Código Penal turco:

Art. 60

Cuando un órgano o un representante legal de una persona jurídica del derecho privado que realiza sus funciones basado sobre un permiso dado por una institución del derecho público sea castigado por un delito doloso que fuera cometido a favor de la misma persona jurídica con abuso del permiso, dicho permiso será anulado.

Los preceptos sobre la confiscación se aplicarán a las personas jurídicas en caso de delitos cometidos a su favor.

Cuando la aplicación de las reglas anteriores hubiera causado resultados más graves con respecto al hecho cometido, el juez podrá prescindir de esas medidas de seguridad.

Las reglas de este artículo se aplicarán solo en casos expresamente previstos por la ley.

6. La expulsión del territorio nacional (art. 59 CP)

Esta medida de seguridad es solo aplicable a extranjeros que sean castigados en Turquía por haber cometido infracciones penales. Tras la terminación de la ejecución de la pena (o después de la libertad condicional) privativa de libertad, estas personas podrán ser sujetas a la expulsión bajo la competencia del ministerio del Interior.

7. La reincidencia (art. 58 CP)

La reincidencia o las antecedentes penales resultan en provisiones especiales en el derecho de ejecución penal. Por eso, la reincidencia no constituye una medida de seguridad por sí sola, pero puede influenciar el régimen de ejecución. Sin embargo, el art. 58/6 CP prevé que el régimen de la libertad condicional será aplicada en caso de reincidencia y cuando se trate de «culpables peligrosos». El concepto de «culpable peligroso» está definido bajo el mismo artículo como: «culpables de habitualidad, culpables profesionales y miembros de una organización criminal». Estos grupos de culpables serán sujetos al régimen de la libertad condicional después de haber completado la ejecución de la pena. Por eso, este régimen de ejecución de penas gana, en este caso, el carácter de una medida de seguridad *sui generis*.

Notas

1. Véase Mir Puig, Santiago; *Derecho Penal Parte General*, 6^º ed., Barcelona 2002, L.34/1.

2. TCT, decisión no 1970/42 E, 1971/30 K. del 9 marzo 1971; véase también Demirbas, Timur; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5^º ed., Ankara 2007, pág. 566.

3. Demirbas, pág. 566.

4. Koca, Mehmet/Üzülmez, İlhan; *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008, pág. 471; Artuk, Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner; *Yaptırım Hukuku*, Ankara 2003, pág. 246.

5. Véase Hakeri, Hakan; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7^º ed., Ankara 2008, pág. 394.

6. Este efecto es inaplicable cuando se trata de los derechos paternales. El culpable no será privado de estos derechos si la ejecución hubiera sido suspendido, o los recuperara con el empuje de la libertad condicional (art. 53/3 CP).

7. Puesto que los detalles del comiso superaran los límites de este informe, hemos de contentarnos con la explicación del carácter legal de esta institución en el sistema legal turco.

8. Koca/Üzülmez, pág. 483.

9. Esta medida solamente puede ser aplicada cuando las personas responsables del menor no están en la capacidad de cumplir con sus deberes de custodia familiar.

10. Véase Erman, Baris; en *Sistemas penales comparados*, RevP 17, enero 2006, pág. 244.

Revista Penal

Uruguay

Uruguay¹

Pablo Galain Palermo

Dr. Europeo en Derecho.

Investigador del Instituto Max Planck

*Derecho Penal Extranjero e Internacional,
Freiburg-Alemania.*

1. Introducción

1. El régimen de las medidas de seguridad se encuentra regulado en el *Libro I, Título VI, Capítulo I* del Código Penal y en el *Libro III, Título III, Capítulos I, II, III, IV* del Código Procesal Penal².

2. El sistema penal uruguayo combina la exigencia constitucional de resocialización de los delincuentes como el fin principal de la pena (*cf.* art. 26 CU), con un «Código Penal de Política Criminal», de defensa social. El codificador de 1934 adoptó el sistema de la «doble vía» o «doppio binario» (combinación de penas y medidas de seguridad), cuyo modelo paradigmático fue el anteproyecto suizo de 1893 de Carlos Stoss³.

2. Legislación y doctrina

3. El sistema de la doble vía ofrece una reacción mixta para responder al delito; por un lado, la pena como respuesta a los autores culpables (o responsables), cuya medición responde a la medida de la culpabilidad y por otro, las medidas de seguridad como respuesta a la peligrosidad, pronóstico de difícil delimitación y que depende de diversas circunstancias derivadas del delito (pero, también de otras variables) que llevan a considerar a una persona como «socialmente peligrosa» y «merecedora de tratamiento o de un mayor tiempo de inoctrinamiento».

4. Las medidas de seguridad son clasificadas en el art. 92 del Código Penal en cuatro categorías: las medidas curativas, educativas, eliminativas y preventivas⁴.

5. Las medidas de seguridad *curativas* son aplicables a los enfermos, alcoholistas, a los intoxicados por el uso de estupefacientes, declarados irresponsables y a los ebrios habituales; las medidas de seguridad *educativas* que se adoptan respecto de menores infractores; las *preventivas* se adoptan respecto de sujetos que han pretendido cometer un «delito» pero que en definitiva, por diversas razones no han contradicho el ordenamiento jurídico penal

6. Las medidas de seguridad *eliminativas*, merecen un análisis más detallado, porque en los hechos representan la internación del sujeto en un establecimiento penitenciario que se aplica en forma aditiva a la pena. Es decir, ellas operan como un suplemento de la pena o un aumento de pena privativa de libertad que resulta difícil de legitimar en un sistema penal liberal y de garantías.

7. El sistema de duración de las medidas de seguridad tiene una doble característica: de *indeterminación absoluta e indeterminación relativa*. Las medidas de seguridad *curativas* tienen una indeterminación absoluta; sin un mínimo ni máximo. Las restantes medidas son de indeterminación relativa. Las medidas de seguridad *educativas* no contienen un mínimo pero sí un máximo fijado en 10 años; las medidas de seguridad *eliminativas* y las *preventivas* tienen fijado un mínimo de 1 año y un máximo de 15 años⁵.

8. Los lugares destinados para el cumplimiento de tales medidas son seleccionados de acuerdo al fin que es buscado por el tipo de medida a imponer⁶.

9. Las garantías para la imposición de las medidas de seguridad son las mismas que para la imposición de las penas, sustentadas en el principio de legalidad y el debido proceso legal. A este respecto solo una sentencia judicial puede adoptar o dar por finalizada una medida de seguridad⁷.

10. Respecto de las medidas de seguridad preventivas, la doctrina es contente en afirmar en que en definitiva éstas son adoptadas sobre sujetos que no han cometido un delito en sentido material o formal (delito imposible, putativo y provocado)⁸.

11. En lo que corresponde a las medidas de seguridad eliminativas, ellas contradicen principios esenciales que informan al sistema penal, pues no caben dudas de que en realidad se trata de una doble sanción por un mismo hecho⁹. Su cumplimiento se produce luego de finalizada la pena en el mismo recinto carcelario y ello no solo violenta el principio del *non bis in idem*¹⁰ sino que además se opone a determinados principios constitucionales¹¹.

12. Los vientos de la democracia alejaron del Estado de Derecho a las medidas de seguridad eliminativas que fueron derogadas por la Ley 15.737¹² y otros vientos, más preocupados por pautas neo-liberales las reimplentaron a comienzos de la década del noventa del siglo pasado (*cf.* Ley 16.349)¹³.

13. Los tiempos actuales de gobierno, con una mayor inclinación hacia los problemas sociales y una exigencia de reforma del sistema penal en Uruguay de parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA)¹⁴ han coadyuvado para que desde el año 2005 el Parlamento Nacional cuente con un nuevo proyecto de Código Penal con sustanciales reformas respecto al régimen actual, entre ellas, la erradicación de las medidas de seguridad eliminativas, preventivas y educativas¹⁵.

3. Jurisprudencia

14. La tendencia jurisprudencial es la aplicación de las medidas de seguridad educativas, las curativas y preventivas¹⁶. Respecto de las medidas de seguridad eliminativas¹⁷, si bien desde la década del 80 podemos encontrar procesos en que solicitan su aplicación o sentencias donde las han impuesto, los Tribunales superiores han sido

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

contestes en no aplicarlas o revocarlas¹⁸. Como generalmente sucede con la política criminal uruguaya, que reacciona con más derecho penal a los más diversos fenómenos sociales, las medidas de seguridad eliminativas que habían sido derogadas con el regreso del Estado de Derecho (1985), fueron reincorporadas al Código Penal por razones circunstanciales producto de una época en la que los medios de comunicación más conservadores se encargaron de crear una sensación colectiva de inseguridad con una marcada intención electoral en favor de las opciones políticas más conservadoras.

15. A pesar de la existencia de normas como el Art. 48 del Código Penal¹⁹, que parecen salir de un código de normas autoritario, los Tribunales (que generalmente en Uruguay gozan de un espíritu más democrático y cercano a los problemas sociales que el legislador)²⁰ han sido reacios a calificar a los individuos de «habituales» en relación a una vida ligada al delito, y ante la falta de tal declaración no han aplicado las consiguientes medidas eliminativas (como exige la norma).

4. Conclusión

16. La orientación político criminal del Código Penal vigente fue sustentada ideológicamente por ideas del positivismo italiano, y basada en la Defensa Social contra los autores más peligrosos²¹ y, por tanto, es pasible de serios reparos desde el punto de vista de un derecho penal de acto.

17. Como en Uruguay no existen estadísticas provenientes de la Criminología o de instituciones ajenas a los Poderes del Estado, no puede afirmarse que en la práctica ellas cumplen con la función para la cual fueron creadas.

18. Las medidas de seguridad pueden ser criticadas por la forma en que ellas son establecidas y por los volátiles criterios a los que se obliga al juez a recurrir para determinar la condición de «peligroso» de un individuo.

19. Los mayores reparos político-criminales corresponden a las medidas de seguridad eliminativas, que constituyen una clara duplicación de las penas. Si bien en sistemas penales que sirven de modelo a la doctrina de Uruguay, como el de la República Federal de Alemania, existen las medidas de internamiento en un establecimiento de seguridad (*die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung*, § 61.3 StGB), en el sistema penal uruguayo que cuenta con una dosimetría penal elevada en el mínimo (en particular, en todos los delitos contra la propiedad, que son los delitos más perseguidos en Uruguay), las medidas de seguridad eliminativas son lesivas del principio de proporcionalidad.

20. Estas medidas pueden llegar a lesionar el principio de legalidad que exige que de forma previa y taxativa el tipo determine la duración de las medidas de seguridad aplicables en cada caso²². El principio de taxatividad queda negado en todos los casos por el hecho de que la elección del tipo de medida y la propia decisión sobre la oportu-

nidad de aplicarla, quedan confiados al *juicio de peligrosidad*, que no se vincula exclusivamente a determinados hechos sino a una valoración discrecional del juez, alejada y distinta de la relación entre el autor y su delito.

21. Por último, se puede decir que las medidas de seguridad podrían llegar a violar el principio del debido proceso, que implica la verificación empírica en régimen de contradicción con el acusado, de un hecho enunciado como hipótesis de la acusación, que se presume falsa hasta su prueba en contrario. En el proceso para la imposición de medidas no existe ningún hecho a probar, sino una cualidad a declarar: la cualidad de persona socialmente peligrosa.

Notas

1. Este trabajo ha sido realizado conjuntamente con Tomás Ruiz Díaz Amorim, Aspirante a Profesor Adscrito en Derecho Penal en la Universidad Católica de Uruguay.

2. Toda la normativa penal sobre las medidas de seguridad se encuentra regulada en los arts. 92-103 del Código Penal y arts. 340-346 del Código del Proceso Penal.

3. Ver nota explicativa del codificador de la época a los arts. 92, 97, 98, 99, 100, 101 y 102.

4. Art. 92: *Las medidas de seguridad son de cuatro clases: curativas, educativas, eliminativas y preventivas. Las primeras se aplican a los enfermos, a los alcoholistas, a los intoxicados por el uso de estupefacientes, declarados irresponsables (artículo 33), y a los ebrios habituales. Las segundas, a los menores de 18 años (artículo 34), y a los sordomudos (artículo 35). Las terceras, a los delincuentes habituales (inciso 2.º y 3.º del artículo 48), y a los violadores u homicidas que por la excepcional gravedad del hecho, derivada de la naturaleza de los móviles, de la forma de la ejecución, de los antecedentes y demás circunstancias afines, denuncien una gran peligrosidad. Las últimas, a los autores de delito imposible, (artículo 5.º, inciso 3.º), y de delitos putativos y provocados por la autoridad (artículo 8.º).*

5. Art. 94 del Código Penal: *Del punto de vista de la duración de las medidas, las sentencias son de tres clases: sin mínimo ni máximo; sin mínimo y con determinación de máximo; con fijación de mínimo y de máximo. Pertenecen a la primera categoría las que se dictan tratándose de enfermos, de alcoholistas y de intoxicados declarados irresponsables; de sordomudos mayores de 18 años, declarados irresponsables (artículo 35) y de los ebrios habituales. Pertenecen a la segunda, las que se dictan respecto de los menores de 18 años. Pertenecen a la tercera, las que se dictan respecto de los delincuentes habituales, los autores de delito putativo, delito imposible y demás hechos previstos por la ley.*

6. Art. 97 del Código Penal: *Las medidas curativas se cumplirán en un Asilo correspondiente a los médicos determinar el tratamiento adecuado. Mientras no fuere posible organizar un Manicomio Criminal, los enfermos, los alcoholistas, los intoxicados, y los ebrios habituales, serán tratados en una dependencia especial del Manicomio ordinario.*

Art. 341 del Código del Proceso Penal: *Las medidas de seguridad curativas se cumplirán en un establecimiento especial o centro de asistencia para enfermos mentales o se encargará*

Revista Penal

Uruguay

su cuidado a una persona fuera de dicho centro y bajo condiciones determinadas. Los médicos deberán, en cada caso, el tratamiento adecuado. Los encargados de la ejecución administrativa deberán informar al Juez cada seis meses, con opinión médica, de la evolución del internado.

Art. 342: El cese de las medidas curativas será dispuesto por el Juez cuando haya desaparecido la peligrosidad que sirviera de fundamento a dichas medidas, previo informe de la dirección del centro asistencial o persona encargada de la internación, con dictamen pericial.

Art. 98 del Código Penal: Las medidas educativas se observarán en los Reformatorios, de acuerdo con las disposiciones vigentes.

Art. 99 del Código Penal: Las medidas eliminativas se cumplirán en las cárceles e implican el régimen que establece el artículo 70 en cuanto fuere aplicable.

Art. 343 del Código del Proceso Penal: La sentencia que imponga una medida de seguridad eliminativa deberá determinar el mínimo y el máximo de su duración. La medida comenzará a ejecutarse, en los establecimientos adecuados, luego de cumplida la pena impuesta en la sentencia.

Art. 344: Vencido el plazo mínimo de duración, el Juez de la ejecución solicitará informes al establecimiento donde se cumple la medida, pudiendo decretar el cese, cuando dichos informes hagan prever la readaptación del penado.

Art. 100 del Código Penal: Las medidas preventivas consisten en la caución de no ofender y la vigilancia de la autoridad.

Art. 101: La caución de no ofender produce en el penado la obligación de presentar un fiador abonado que responda de que no ejecutará el mal que se trata de precaver y se obliga a satisfacer, si lo causare, la cantidad que haya fijado el Juez en la sentencia. El Juez determinará, según su prudente arbitrio, la duración de la fianza. Si no la tiene el penado, se le impondrá la sujeción a la vigilancia de la autoridad, por término prudencial.

Art. 346 del Código del Proceso Penal: Si la sentencia impone la caución de no ofender, el imputado deberá presentar fiador abonado. Si el imputado incurriere en la conducta que se le prohíbe, el fiador se obligará a satisfacer la fianza, por la cantidad y tiempo que el Juez de la ejecución determine. Regirán respecto de la caución, en lo pertinente, las disposiciones del Libro II, Título II, Capítulo II del presente Código.

Art. 102: La vigilancia de la autoridad es una consecuencia de la liberación condicional y de la condena condicional, y aparea en el reo las siguientes obligaciones: 1. La de declarar el lugar en que se propone fijar su residencia. 2. No variar de domicilio sin consentimiento de la autoridad encargada de su vigilancia. 3. Observar las reglas de inspección que aquella le prefije. 4. Adoptar oficio, arte, industria o profesión, si no tuviese medios propios y conocidos de subsistencia.

Art. 345 del Código del Proceso Penal: La sentencia que sujeta una persona al régimen de vigilancia de la autoridad, determinará a qué persona u órgano se encarga la vigilancia y las condiciones a que debe sujetarse el vigilado, conforme al Código Penal.

La vigilancia será ejercida de manera que no perjudique al vigilado y le permita atender normalmente sus actividades habituales. Si el vigilado considera que la vigilancia no se cumple en debida forma, podrá recurrir verbalmente ante el Juez de la

ejecución, quien dispondrá sin más trámite, las medidas que estime necesarias.

7. Art. 93 del Código Penal: Las medidas de seguridad —como las penas— sólo pueden ser establecidas por los Jueces, en virtud de sentencia ejecutoriada. Art. 96 del Código Penal: Corresponde al Juez determinar el cese de las medidas de seguridad, tanto en los casos en que la sentencia fije el máximo como en aquellos otros en que no lo establece.

No dictará resolución en tal sentido en el último caso, sin previo asesoramiento, por escrito, de los Directores de los respectivos establecimientos.

8. Vid. LANGÓN, *Código Penal*, 2008 3.ª edición, Tomo I, Universidad de Montevideo, pp. 378 y ss. y *Curso de Derecho Penal y Procesal Penal*, Tomo III, 2001, Del Foro, pp. 166; CAIROLI, *Curso de Derecho Penal Uruguayo*, 2.ª edición 1995, Tomo II, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, pp. 200 y ss.; BAYARDO, *Derecho Penal Uruguayo*, 1974, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, pp. 235 y ss.

9. Vid. CHÁVEZ HONTOU/GALAIN PALERMO, *Strafbare Mitwirkung von Führungspersonen in Straftätergruppen und Netzwerken in Uruguay*, SIEBER/SIMON/GALAIN PALERMO (Hrsgs) *Strafbare Mitwirkung von Führungspersonen in Straftätergruppen und Netzwerken in Lateinamerika*, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i. B., en vías de publicación, pp. 50 y sig.; CAIRLOLI, *Curso*, cit., pp. 207 y sig.

10. Vid. CHÁVEZ HONTOU/GALAIN PALERMO, *Strafbare Mitwirkung*, cit. pp. 3 y sig.; LANGÓN, *Código Penal*, cit., pp. 378.

11. Vid. CHÁVEZ HONTOU, *El derecho constitucional y el derecho penal*, en PREZA, *Estudios de la Parte Especial del Derecho Penal Uruguayo*, Tomo II, 2000, Ingranussi, Montevideo, pp. 127 y ss.

12. Ley 15.737 de 08/03/85, conocida también como «ley de amnistía»; que en su art. 19 establecía: «Suprímase el instituto de las medidas de seguridad eliminativas previsto en el art. 92 inciso 3.º del Código Penal. y artículo 115 del Código Penal Militar y deróguese en lo pertinente, todas las disposiciones legales que lo regulan. Esta norma se aplicará retroactivamente, aun cuando medie sentencia ejecutoriada. El juez de la ejecución revocará de oficio la parte dispositiva del fallo que impone la medida y si el condenado estuviera cumpliéndola, ordenara de inmediato su libertad definitiva.»

13. Ley 16.349 de 10/04/93: Art. 1º: «Deróguese el artículo 19 de la L. 15.737, de 8 de marzo de 1985, declarándose en vigor las normas que fueron derogadas expresa o tácitamente por la disposición citada, con la modificación dispuesta por el artículo 2º de la presente ley».

Art. 2º: «Modifícase el inciso cuarto del artículo 92 del Código Penal, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Las terceras, a los delincuentes habituales (incisos segundo y tercero del artículo 48) y a los violadores u homicidas que por la excepcional gravedad del hecho, derivada de la naturaleza de los móviles, de la forma de ejecución de los antecedentes y demás circunstancias afines, denuncien una gran peligrosidad».

14. La exigencia se refiere al proceso penal uruguayo, toda una aberración normativa para un sistema penal democrático, que contradice los valores y principios contenidos en la Constitución de un país de profunda raigambre democrática, considerado como uno de los pocos países de la región calificado como

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

una «democracia plena». Vide The Economist Democracy Index http://www.economist.com/media/pdf/Democracy_Index_2007_v3.pdf; Institute of Science Communication and Higher Education Research (WIHO). A-1070 Vienna, Austria http://www.democracyranking.org/downloads/method_ranking_0utcome_2008_A4.pdf.

15. El Proyecto de la Comisión de Reforma del año 2005 establece en el Art. 76 Código Penal: «Las medidas de seguridad son curativas y se aplican a los enfermos, alcoholistas, intoxicados por estupefacientes y ebrios habituales. Sólo pueden ser establecidas en virtud de sentencia ejecutoriada y se aplicarán sin mínimo y sin superar el máximo de la pena estipulada para el delito cometido.

Cesarán en virtud de resolución judicial. Se cumplirán en establecimientos adecuados según lo dispuesto en las normas procesales».

16. Sentencia N.º 11/96 de fecha 28/02/96 del Tribunal de Apelaciones de Familia, Publicado en *La Justicia Uruguaya*, Número 13.084, Tomo 114; Sentencia N.º 172/98 de fecha 28/09/98 del Tribunal de Apelaciones de Familia de 2º Turno, Publicado en *La Justicia Uruguaya*, Número 13.636, Tomo 119; Sentencia N.º 37/04 de fecha 10/03/04 del Tribunal de Apelaciones de Familia de 2.º Turno, publicado en *La Justicia Uruguaya*, Suma 131051, Tomo 131; Sentencia N.º 75/97 de fecha 25/07/97 del Tribunal de Apelaciones de Familia 1.º Turno, Tomo 116; Sentencia N.º 232/01 de fecha 23/11/01 del Tribunal de Apelaciones de Familia de 2.º Turno, Tomo 125; Sentencia del Juzgado Letrado de Menores de 1er Turno, Ficha 18/88 de fecha 14/11/88, publicado en *La Justicia Uruguaya*, Tomo 98, Caso N.º 11146.

Sentencia N.º 274/87 de fecha 12/12/88 de la Suprema Corte de justicia, publicada en *La Justicia Uruguaya*, Caso 11244, Tomo 99; Sentencia 176/83 de fecha 12/09/83 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3.º Turno, publicada en *La Justicia Uruguaya*, Caso 10656, Tomo 93.

17. Sentencia N.º 726/79 de fecha 05/12/79, del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal, publicado en *La Justicia Uruguaya*, Número 9079, Tomo 79; Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Penal publicado en *La Justicia Uruguaya*, Caso 6130, pp. 285-307, Tomo 48.

18. Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3.º Turno de fecha 27/08/82, publicado en *La Justicia Uruguaya*, Caso 9985, Tomo 87; Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3.º Turno de fecha 05/04/83, publicado en *La Justicia Uruguaya*, Caso 9957, Tomo 87; Sentencia N.º 27/96 de fecha 28/02/96 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2do Turno, publicado en *La Justicia Uruguaya*, Número 13.107, Tomo 114; Sentencia N.º 70/97 de fecha 02/04/97 de la Suprema Corte de Justicia, Suma 115025, publicado en *La Justicia Uruguaya*, Tomo 115; Sentencia N.º 137/00 de fecha 03/05/00 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2do Turno, publicado en *La Justicia Uruguaya*, Suma 122028, Tomo 122.

19. Art. 48 del Código Penal: *Agravan también la responsabilidad: 1. (La reincidencia).- Se entiende por tal, el acto de cometer un delito, antes de transcurridos cinco años de la condena por un delito anterior, haya o no sufrido el agente la pena, cometido en el país o fuera de él, debiendo descontarse, para la determinación del plazo, los días que el agente permaneciera privado de la libertad, o por la detención preventiva, o por la pena. 2. (Habitualidad facultativa).- Puede ser considerado ha-*

bitual el que habiendo sido condenado por dos delitos anteriores, cometidos en el país o fuera de él, haya o no sufrido la pena, cometiere un nuevo delito, antes de transcurridos diez años desde la condena por el primer delito.

3. *(Habitualidad preceptiva).- Debe ser considerado habitual el que, además de hallarse en las condiciones especificadas en el inciso precedente, acusare una tendencia definida al delito en concepto del Juez, por el género de vida que lleva, su inclinación a la ociosidad, la inferioridad moral del medio en que actúa, las relaciones que cultiva, los móviles que surgen del delito cometido y todos los demás antecedentes de análogo carácter. La habitualidad lo obliga al Juez a adoptar medidas de seguridad.*

20. Recuérdese que ante la inoperancia del legislador (y la complacencia de gran parte de la doctrina penal), los tribunales penales comenzaron a aplicar medidas alternativas a la privación de libertad, que en Uruguay tiene cara de prisión provisional, para sustituir la pérdida de la libertad por trabajos en beneficio de la comunidad u otras medidas, en un sistema enfermo de prisión preventiva como la regla de todo procesamiento. Este hecho surgido espontáneamente obligó a legislar sobre la materia para no seguir de espaldas al principio de legalidad, aun cuando esta vez era en *favor rei*.

21. *Vid. GALAIN PALERMO/RUIZ DÍAZ en Informe Uruguay, Revista Penal N.º 22 julio 2008, pp. 205 y ss. Véase que el art. 86 obliga al juez a determinar la pena «teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable...», exigencia normativa propia de un derecho penal de autor que no interesa modificar al legislador, pero que por salud democrática la judicatura se encarga de corregir en la práctica. Vid. críticamente GALAIN PALERMO, «La relación existente entre las teorías de la pena y el principio de culpabilidad en el derecho penal actual», PREZA, Estudios de la Parte Especial, cit., pp. 246 y ss.*

22. Tampoco la duración de la medida de seguridad está predeterminada legalmente. El caso más grave lo representan las aplicables a enfermos mentales, alcoholistas, toxicómanos, y ebrios habituales donde la duración indeterminada, se traduce en una segregación de por vida para los internados.

Venezuela

Jesús Enrique Rincón Rincón

*Doctor en Derecho Penal, Juez Penal,
Profesor de Derecho Penal General y Especial
Profesor de Postgrado en Procesal Penal*

Introducción

Las medidas de seguridad tienen un carácter, unos fines y un sentido muy distinto al de las penas, y comenzaron a aparecer en algunos textos legales, como el Anteproyecto de Código Penal Suizo, a finales del siglo XIX¹, y esto como consecuencia de los postulados de la Escuela Positi-

Revista Penal

Venezuela

vista y de las insuficiencias de la Escuela Clásica para resolver los problemas que se suscitan cuando quien comete un hecho punible es un imputable, o es alguien que realiza el acto ilícito afectado por algún trastorno mental severo, o alguien que lo comete bajo la influencia de alguna sustancia que haya perturbado sus facultades cognitivas o volitivas, o que se encuentre en situación de peligro por la dependencia hacia dichas sustancias. Las medidas de seguridad constituyeron un gran avance y una novedad para la época, y tuvieron su fundamentación, originalmente al menos, en la supuesta peligrosidad criminal del sujeto activo, pero actualmente su objetivo es proteger tanto al agente del hecho como a la sociedad en general.

Por lo tanto, en relación con este tema, es necesario en primer término determinar la imputabilidad o no del agente. María Alejandra Finol afirma que *«la imputabilidad es un concepto jurídico de base psicológica y es uno de los temas que plantea mayor dificultad en la relación que se establece entre la psicopatología y el derecho penal»*². La imputabilidad, según ella explica, *«intenta saber, entender y explicar las razones de por qué una persona infringe los más sagrados principios que rigen su convivencia con otras personas»*³. Y, *«puesto que la imputabilidad tiene una base psicológica, tiene que ver con el conjunto de facultades psíquicas mínimas que debe poseer una persona autora de un delito para ser declarado culpable del mismo»*⁴.

Según esta autora, desde el punto de vista criminológico, se puede asegurar que *«cuando se habla de imputabilidad, debe entenderse como una propiedad que posee el hombre en virtud de la cual los actos que realice y la conciencia de dicha acción le sean atribuidos como libre albedrío. En consecuencia, cuando una persona realiza una acción que constituye una violación a la Ley del Estado, está cometiendo un delito —base jurídica— y cuando ésta es realizada con absoluta conciencia, voluntariedad y lucidez mental —base psicológica— es imputable»*. De tal manera que la imputabilidad es la capacidad de culpabilidad.

Las causas de inimputabilidad⁵ que se encuentran expresamente previstas en el ordenamiento jurídico venezolano, son: 1. que la persona sea menor de 12 años⁶; 2. *«que ejecute la acción hallándose dormido»*⁷; y 3. *«que ejecute la acción hallándose en estado de enfermedad mental suficiente para privarlo de la conciencia o de la libertad de sus actos»*⁸. Sin embargo, adicionalmente, también se prevé la posibilidad de aplicar medidas de seguridad en lugar de una sanción, en algunos casos de enfermedad mental y de perturbación o trastorno mental proveniente de embriaguez o de intoxicación por sustancias estupefacientes o psicotrópicas⁹. Así tenemos que *«Si la embriaguez fuere habitual, la pena corporal que deba sufrirse podrá mandarse cumplir en un establecimiento especial de corrección»*¹⁰. De tal manera que en Venezuela, además de a las personas que padecen alguna enfermedad mental grave¹¹ y de aquellos que obren en estado de perturbación mental por causa de embriaguez habitual (alcohólicos)¹², también se prevé la posibilidad de aplicar o imponer medidas de seguridad a los consumidores de sus-

tancias estupefacientes y psicotrópicas, en vez de la pena o adicionalmente a ella, especialmente en los casos de aquellos consumidores que solo incurren en el delito de posesión¹³ de cantidades menores de dichas sustancias, que no exceden de la llamada dosis personal¹⁴.

La inimputabilidad por causa de realizar un acto ilícito dormido ha sido muy criticada, sin embargo, por muy extraño que parezca, la experiencia demuestra que si es posible, o, al menos, que no es imposible, la ejecución de un hecho punible en estado de sueño, aunque, por supuesto, esto no solo no es frecuente, sino sumamente raro, pero, como es lógico, basta que se presenten algunos casos para que la ley, en atención a ellos, resuelva según los principios generales del derecho. La situación es que, mientras la persona está dormida, las facultades intelectuales se encuentran en suspenso y la persona obra sin discernimiento. En estado de sueño la persona no tiene la libertad de sus actos. El sueño puede ser natural (sonambulismo), o provocado, o por sugestión hipnótica.

Las Medidas de Seguridad en el Código Penal

Como bien lo señala Arteaga Sánchez, *«no existe en nuestro Código Penal, junto a las penas, la consagración de un sistema de medidas de seguridad que las sustituya o las complemente con ocasión de la realización de hechos punibles»*¹⁵. Aunque igualmente advierte que *«ya en el plano de lege ferenda, considero que tampoco debe establecerse tal sistema paralelo a las penas y mucho menos basado en el peligroso concepto de peligrosidad»*¹⁶, ya que considera que las medidas deben tender *«no tanto a la protección de la sociedad sino, como es lo debido, a la protección del sujeto, a su curación y a su readaptación social»*¹⁷. En todo caso, y en forma indirecta, en el Código Penal se establece la posibilidad de estas medidas de seguridad:

a) En caso de enfermedad mental, el art. 62 establece lo siguiente:

«No es punible el que ejecuta la acción hallándose dormido o en estado de enfermedad mental suficiente para privarlo de la conciencia o de la libertad de sus actos.»

«Sin embargo, cuando el loco o demente hubiere ejecutado un hecho que equivalga en un cuerdo a delito grave, el Tribunal decretará la reclusión en uno de los hospitales o establecimientos destinados a esta clase de enfermos, del cual no podrán salir sin previa autorización del mismo Tribunal. Si el delito no fuere grave o si no es el establecimiento adecuado, será entregado a su familia, bajo fianza de custodia, a menos que ella no quiera recibirlo.»

Arteaga Sánchez comenta que es la enfermedad mental, la única causa que expresa la Ley como excluyente de las facultades cognitiva y volitiva, por cuanto priva al individuo de la capacidad para entender o querer.

Es importante por tanto analizar qué quiso decir el legislador con *«enfermedad mental»*. Es indudable que se

refiere a un concepto y a una realidad que corresponde más al campo de la psicología y la psiquiatría. En consecuencia, los especialistas de estas disciplinas serán los idóneos para determinar la existencia, los síntomas, los efectos de dicha enfermedad, y su influencia en el hecho cometido, a través de sus métodos y técnicas de evaluación, que, como se ha dicho, son diferentes en cada caso. De ésta forma, el profesional de la psicología forense podrá responder al juez todas sus preguntas, pudiendo éste valorar la conducta de la persona a la luz de los dispositivos legales.

Cabe además señalar que cuando se dice «*enfermedad mental*» no solo se hace referencia a las categorías ya definidas, incluyendo las psicosis, demencias, esquizofrenias, sino también aquellas características o rasgos de la persona que sin llegar a encuadrarse perfectamente en un cuadro clínico específico, llegan a afectar las facultades cognitivas y volitivas de la persona. Por ello, son y deben ser objeto de estudio e interés por parte de los profesionales de las disciplinas mencionadas arriba, pues sin duda pueden llegar a ejercer influencia en la imputabilidad. Éstas pueden ser, trastornos afectivos, inmadurez afectiva, entre otras.

Para Grisanti Aveledo, «*la enajenación o falta de salud mental suficiente como para privar a una persona de la conciencia o de la libertad de sus actos es una causa de inimputabilidad*», señalando que cuando la inteligencia y la voluntad estén «*abolidas o gravemente perturbadas la imputabilidad no existe*»¹⁸, considerando a la inteligencia como la capacidad de entender y comprender el acto y a la voluntad como la capacidad de querer ejecutar el mismo. Explica este autor, que la inteligencia puede resultar afectada por la llamada «*enajenación intelectual*» y la voluntad por la «*enajenación volitiva*», la cual afecta y disminuye la libertad de decidir de la persona, y que la personalidad psíquica es muy compleja, ya que existen otras perturbaciones de la mente, como las paranoias, las manías, las obsesiones, los impulsos violentos, los delirios de persecución, los furores y las iras desenfrenadas, etc., que pudieran incidir profundamente en la conducta humana¹⁹.

Según este distinguido penalista «*La peritación médica debe referirse al momento de la ejecución del hecho, porque solo puede declararse la irresponsabilidad cuando la enfermedad mental exista al tiempo de la ejecución. Una experticia referida a épocas anteriores o posteriores no puede influir en el ánimo del Tribunal para resolver sobre la irresponsabilidad*»²⁰. A pesar de esta afirmación tan extrema, Grisanti igualmente reconoce que esto es muy difícil de determinar, especialmente en casos de perturbaciones momentáneas y pasajeras, y más adelante, en la misma obra, aceptar que, para los casos en que se planteó la posibilidad de la existencia de algún trastorno mental, así sea este transitorio, no debe pensarse siempre que es un «*subterfugio Tribunalicio*» e ignorarse la *anamnesis*²¹, esto es, la investigación de los antecedentes de la persona²². Coincido con esta última apreciación.

Ahora bien, para que el Juez pueda considerar probada la existencia de una enfermedad mental que permita la aplicación del art. 62 del Código Penal, no basta que los médicos expresen en sus informes que el procesado sufre de un trastorno mental. Es necesario que los facultativos expresen concretamente, cuál es la afección que sufre el procesado y si tal enfermedad la padecía en el momento en que cometió el hecho y si la misma fue capaz de privar al paciente de la conciencia o de la libertad de sus actos en ese entonces²³.

Si el trastorno de la mente fue transitorio, generalmente no es motivo para decretar la inimputabilidad, ya que se considera entonces que la perturbación mental ocurrió en un momento de arrebato o de intenso dolor, que pudiera atenuar el grado de responsabilidad y la pena, pero no excluirla totalmente. La enfermedad mental que empiece a sufrir el reo con posterioridad al sometimiento del hecho punible tampoco da lugar a que se declare la inimputabilidad y a la exención de la pena, sino a que se apliquen las disposiciones que establece el Código Orgánico Procesal Penal (COPP) en esos casos.

b) En relación a la perturbación mental a causa de embriaguez, el art. 64 del Código Penal vigente establece cinco posibilidades o reglas a seguir, en caso que el «*estado de perturbación mental del encausado en el momento del delito, proviniera de embriaguez*», aumentando o disminuyendo la pena a imponerse, según cada caso. Sin embargo, en el numeral 4 de dicho artículo, prevé que «*Si la embriaguez fuere habitual, la pena corporal que deba sufrirse podrá mandarse cumplir en un establecimiento especial de corrección*», dando así cabida a la imposición de medidas de seguridad.

Debe quedar sin embargo bien claro, que la embriaguez habitual no exime de responsabilidad criminal, solo que la pena se cumple en un establecimiento especial de corrección, aplicando la medida de seguridad. Asimismo, es necesario también distinguir la embriaguez habitual de la intoxicación alcohólica, que es una enfermedad cerebral, pues el individuo que padece de ella tiene crisis especiales aún sin estar bajo la influencia alcohólica.

Por otro lado, luego de comprobada la embriaguez, el estado o perturbación mental debe ser apreciado y valorado por el Juez, conforme a las reglas del art. 64, para determinar en cuál de los 5 numerales se encuentra tipificada la conducta del agente, recordando que solo en relación con el numeral 4, es que se puede aplicar la medida de seguridad de internamiento en un establecimiento especial.

Las Medidas de Seguridad en la Ley Orgánica contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas²⁴

El solo consumo de drogas ilícitas no es delito en Venezuela, ya que se considera a los consumidores como enfermos de pie, no como delincuentes, y al consumo como una conducta que no es típica, que no es punible, aunado al hecho de la imposibilidad práctica de tratar de encarcelar o procesar a la enorme cantidad de consumidores que existen y al problema de política criminal que se cre-

Revista Penal

Venezuela

aría si se intentara criminalizar y penalizar el consumo, a pesar de no existir duda alguna de que el consumo de drogas ilícitas es una acción antisocial, dañina a la salud, que constituye un mal ejemplo para la colectividad, sobre todo para los niños y los jóvenes, ya que crea dependencia y adicción, y afectando también la personalidad y las relaciones sociales y laborales de quienes lamentablemente han caído en ese vicio, pudiendo hasta llegar a constituirse en un peligro para la colectividad²⁵.

¿En qué consiste la dosis personal?

En la anterior Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas se consideraba como dosis personal, hasta 2 gramos en los casos de cocaína y sus derivados, y hasta 20 gramos en los casos de *cannabis sativa*, mejor conocida como marihuana. Sin embargo, actualmente la nueva Ley no establece una cantidad específica o límite de lo que debe estimarse como dosis personal, dejando que eso lo determine el Juez en cada caso en particular²⁶. El art. 70 de la Ley vigente, establece que la dosis personal es *«aquella que, de acuerdo a la tolerancia, grado de dependencia, patrón individual de consumo, características psicofísicas del individuo y la naturaleza de las sustancias utilizadas en cada caso, no constituye una sobredosis. En este caso, el juez apreciará racional y científicamente la cantidad que constituye una dosis personal para el consumo, con vista del informe que presenten los expertos forenses a que se refiere el art. 105 de esta Ley»*²⁷.

En este mismo sentido, el art. 34, que tipifica el delito de posesión, también se refiere a la llamada *«dosis personal»* en los siguientes términos *«el juez determinará, utilizando la máxima experiencia de expertos como referencia, lo que pueda constituir una dosis personal de la sustancia detenida para una persona media»*. Estas normas son excesivamente ambiguas y no señalan límite razonable alguno, dejando así abierta la determinación de que es una *«dosis personal»*, al criterio casi exclusivo del juzgador en cada caso en particular, lo cual, con seguridad, llevará a decisiones arbitrarias e injustas, tanto en un sentido como en otro²⁸ y a que no se llegue a un criterio uniforme. Estoy en desacuerdo con esta disposición porque la misma, aunque lógicamente no haya sido esa la intención del legislador, tiende a facilitar, favorecer, estimular e incrementar aún más el consumo de drogas, lo cual, evidentemente, no le conviene a la sociedad²⁹.

En estos casos, el Juez, luego de determinar que la cantidad decomisada no supera la *«dosis personal»* y de verificar que la droga era exclusivamente para el consumo del sujeto activo, y visto el informe que presenten los expertos forenses, evidenciando que se trata de un fármaco-dependiente, impone las medidas de seguridad que sean necesarias para proteger la salud del adicto, de las establecidas en el art. 71 de la Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y

Psicotrópicas, para tratar de lograr su rehabilitación, reintegración y reinserción a la sociedad. Dicho artículo establece las siguientes medidas de seguridad social: *«1. Internamiento en un centro de rehabilitación o de terapia especializada. 2. Cura o desintoxicación. 3. Readaptación social del sujeto consumidor. 4. Libertad vigilada o seguimiento. 5. Expulsión del territorio de la República del consumidor extranjero no residente. 6. Trabajo comunitario. Dichas medidas podrán ser aplicadas separadas o conjuntamente por el juez competente, según el caso»*.

Adicionalmente, el art. 107 de la Ley especial, también establece algunas medidas accesorias que pueden ser impuestas por el Juez, conjuntamente con la medida de seguridad social aplicable al caso. Estas son: *«ordenará la suspensión de la licencia de conducir vehículos automotores terrestres, naves o aeronaves o de la licencia de porte de armas si fuere el caso. Si el consumidor fuese extranjero no residente, el juez ordenará la expulsión del territorio de la República, la cual será ejecutada sin pérdida de tiempo por los ministerios con competencia en materia del interior y justicia, y de relaciones exteriores»*.

El priorizar el tratamiento al consumidor de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, por sobre cualquier acción en su contra, es coherente con la doctrina mundialmente aceptada, de considerar al consumidor como un enfermo funcional, un sujeto en situación de peligro³⁰, el cual, aunque tiene capacidad para comprender, sin embargo, por el consumo de drogas y los trastornos que eso produce, puede llegar a cometer delitos o a ponerse violento y peligroso, por lo que se requiere que se le tenga bajo tratamiento médico, para intentar su reincorporación y reinserción a la sociedad. Por otra parte, muchos consumidores terminan también siendo utilizados por la delincuencia organizada (mafias, carteles, etc.) que controlan el narcotráfico, realizando conductas que sí son punibles y por las cuales deberán ser procesados, pero, igualmente, estos consumidores requieren que, adicionalmente a la sanción que se les imponga, es necesario prestarles toda la asistencia médica, psicológica y psiquiátrica posible, a través de las medidas de seguridad social establecidas en la Ley especial³¹.

Ahora bien, para que una persona sea considerada consumidora y tratada como tal, es menester que se le practiquen diversos exámenes, algunos de los cuales deben incluso repetirse, para poder observar así la evolución del paciente a los tratamientos a los que se someten. Generalmente se considera que, como mínimo, deben efectuársele a los consumidores los cuatro exámenes siguientes: 1) Toxicológico; 2) médico; 3) psiquiátrico; y 4) psicológico-forense. Para practicar los mismos, el Tribunal debe designar y juramentar a los expertos forenses que sean necesarios, siendo recomendable que su número no sea inferior a dos para cada prueba³². Tales exámenes y el nombramiento de los expertos, estaban expresamente señalados en el art. 114 de la derogada Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y se encuentran actualmente indicados en el art. 105 de la Ley vigente³³.

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

Estos 4 exámenes son indispensables para lograr la información fundamental que debe manejar el Juez con los mismos fines de tratamiento, ya que se requiere conocer el origen del consumo, los motivos subjetivos, el tipo de dependencia, el patrón de consumo, el estado de salud del consumidor; sus problemas efectivos, sociales y cualquier otro orden psicológico, la existencia o no de trastornos de personalidad; y en fin el *máximum* de información confiable que permita una respuesta positiva y ajustada a la Ley.

De tal manera que, saber a ciencia cierta si alguien es realmente un consumidor habitual y específicamente un fármaco-dependiente, resulta imprescindible a los efectos de poder aplicar las medidas de seguridad que correspondan, dentro de la normativa legal que clasifica a los consumidores en cinco categorías, las cuales son: a. Fármaco dependiente; b. Fármaco dependiente Compulsivo; c. Consumidor Ocasional; d. Consumidor Recreacional; y e. Consumidor Circunstancial.

En la propia Exposición de Motivos se señala que *«Es de capital importancia afirmar, que este procedimiento para los casos de consumo no es un procedimiento penal, en el sentido que el consumidor no es un delincuente, es considerado por la Ley Venezolana como enfermo de pie, que está en estado o situación de peligro... El Juez actúa en función de la facultad preventiva del Juez Penal a fin de aplicarle las medidas de seguridad social (no penal) que contempla la Ley,... El consumidor por el solo hecho del consumo no comete delito y mal puede ser considerado no imputable»*. Por lo que es evidente que el sujeto consumidor de sustancias estupefacientes y psicotrópicas es considerado un enfermo que necesita la protección del Estado a través de los órganos que lo representan, mal puede entonces resultar ese enfermo condenado como un delincuente común.

Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNA)

La Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente (LOPNA)³⁴, prevé la posibilidad de imponer medida de protección a los niños, niñas y adolescentes³⁵. Esta medida es excepcional y se aplica solo en caso de que sea imposible o contrario a su interés superior, continuar viviendo con su familia de origen. La medida consiste en separarlos de su familia de origen para que sean criados y se desarrollen en el seno de una familia sustituta, donde cuenten con el afecto, la seguridad, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua, y el respeto recíproco, que permita su desarrollo integral³⁶. Por otra parte, el art. 619 de la LOPNA contempla la posibilidad de que surja o aparezca alguna perturbación o trastorno mental antes o después del hecho que se le impute al adolescente, así como durante el proceso. Dicha norma dice así:

«Art. 619. Perturbación mental: Como consecuencia de la perturbación mental del imputado o imputada antes del hecho, procede el sobreseimiento y, de no haber sido advertida con anterioridad, la absolución. Si la perturbación mental es so-

brevemente se suspenderá el proceso y, si en un año no fuere posible su continuación, se dará por terminado. Si ya había recaído sanción se suspenderá su cumplimiento.

En todos los casos, el juez o jueza lo comunicará al Consejo de Protección para que acuerde la medida de protección que corresponda.»

El procedimiento para imponer medidas de seguridad en el Código Orgánico Procesal Penal

El Código Orgánico Procesal Penal venezolano (COPP), en el Título VIII, específicamente en sus artículos del 419 al 421, prevé el procedimiento especial que debe seguirse para la aplicación de medidas de seguridad a los inimputables³⁷. Sin embargo, el art. 128 establece que en caso de incapacidad *«El trastorno mental del imputado provocará la suspensión del proceso, hasta que desaparezca esa incapacidad. Sin embargo, no impedirá la investigación del hecho, ni la continuación del proceso respecto de otros imputados. La incapacidad será declarada por el Juez, previa experticia psiquiátrica»*. En este sentido, de conformidad con el art. 129, el Tribunal de Control puede ordenar el internamiento del imputado hasta por 8 días, para realizar la experticia correspondiente, y así poder determinar su capacidad.

Por otro lado, de acuerdo con el numeral 4 del art. 37 del COPP, el Ministerio Público puede solicitar la aplicación del principio de oportunidad, para prescindir, total o parcialmente, del ejercicio de la acción penal *«Cuando la pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho o la infracción, de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta, o a la que se debe esperar por los restantes hechos o infracciones, o a la que se le impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero»*.

Entre otras disposiciones en relación con las medidas de seguridad, encontramos que tanto en los juzgados unipersonales como en los mixtos, la imposición de las medidas de seguridad le corresponden al juez (art. 362), que según el art. 64, los Juzgados de Ejecución son los Tribunales competentes para velar por la ejecución de las medidas de seguridad que hayan sido impuestas, y que los inimputables pueden ser condenados en costas (art. 267), así como a pagar indemnización (art. 276).

CONCLUSIONES

La Ley penal castiga el acto humano consciente y voluntario, por lo tanto, faltando la capacidad de comprender o la de querer, no hay responsabilidad penal, ya que en esos casos están excluidos tanto el dolo como la culpa. Es importante tener en cuenta, al momento de evaluar y pronunciarse acerca de la imputabilidad de una persona, que, tal como lo establece el Código Penal, no es suficiente que la persona presente una enfermedad mental grave y

Revista Penal

Venezuela

suficiente, y que ésta le prive de la comprensión de su conducta y de la voluntad de llevarla a término o no, sino que debe constatar que dicha conducta esté en relación con el hecho punible cometido por aquélla.

Cabe destacar que no siempre es muy claro el límite entre la anormalidad y la enfermedad mental, pues una persona «sana» mentalmente puede en un momento determinado y frente a una situación determinada, tener manifestaciones claras de perturbación mental. Y con ello se hace referencia al problema discutido ya del llamado «trastorno mental transitorio», que según nuestra legislación solo podría llegar a atenuar la responsabilidad de la persona y por ende la pena que le corresponde, establecida en el Código Penal en el art. 67.

El consumidor abusivo, especialmente de sustancias como la cocaína y la heroína, así como los productos derivados de ambas drogas, puede representar un grave peligro tanto para sí mismo como para los demás. Entre otras cosas, debido a que los efectos de la cocaína duran solo alrededor de 30 minutos, por lo cual el consumidor toma dosis repetidas y para reducir parte del extremo nerviosismo causado por la cocaína, muchos adictos también consumen de manera abusiva heroína o alguna otra sustancia depresora del sistema nervioso, como el alcohol, lo cual constituyen unas mezclas explosivas y peligrosas³⁸.

Algunos de los efectos de la cocaína son: aumento de la presión arterial y la frecuencia cardíaca y puede provocar un ataque cardíaco mortal, incluso en atletas jóvenes y sanos. Adicionalmente, puede causar estreñimiento, daño intestinal, nerviosismo intenso, sensación de que algo se mueve por debajo de la piel (los bichos de la cocaína), lo que es un signo de posible daño nervioso, ataques epilépticos (convulsiones), alucinaciones, insomnio, delirios paranoides y conducta violenta. De tal manera que, frecuentemente ocurre y es muy lamentable, que personas sanas, alegres, llenas de vida y esperanza, útiles para la sociedad, terminan convertidas en verdaderas piltrafas humanas, dispuestas a hacer cualquier cosa, incluso matar, para conseguir su dosis personal, en buena parte, por lo permisiva que ha sido y es nuestra sociedad con este flagelo.

Es evidente que, en ocasiones, el Estado no debe ni puede abstenerse de intervenir, cuando un sujeto ya ha dado claras e inequívocas señales de actitud o comportamiento violento, cometiendo incluso hechos punibles, bien sea debido a padecer alguna enfermedad, trastorno o perturbación mental, en forma permanente o transitoria, o bien sea debido a la ingesta habitual y excesiva de licor o de sustancias ilícitas como estupefacientes y psicotrópicos. Es deber del Estado el proteger a quienes se encuentren en esa situación y el proveer su curación, pero también es obligación del Estado el resguardar al resto de la población de la conducta irregular y de los desmanes del inimputable, ya que la vida y los bienes de las demás personas podrían correr grave peligro, sino se toman las medidas preventivas que sean necesarias, según sea el caso.

En los últimos años, y muy especialmente a raíz de los atentados terroristas a las torres gemelas en Nueva York el

11 de septiembre de 2001, así como por los otros ataques ocurridos en Madrid y Londres, los legisladores de algunos de los países más desarrollados del mundo han estado siendo presionados para que se tomen medidas especiales de vigilancia, de internamiento o de restricción, en contra de aquellas personas que sean consideradas altamente peligrosas para la sociedad, por haber sido anteriormente condenadas o hasta procesadas, por la perpetración de delitos muy graves (no solo de terrorismo, sino también por delitos sexuales, homicidios, etc.), por sospecharse con fundadas razones que puedan volver a cometer esos u otros delitos.

En Venezuela, por el contrario, desde la Sentencia N.º 940 de fecha 21 de mayo del pasado año 2007, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en un cambio radical de criterio, ha estado confirmando todas las decisiones en las cuales los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del país, han desaplicado por control difuso de la constitucionalidad, la pena accesoria de la sujeción a la vigilancia de la autoridad, establecida en los arts. 13.3, 16.2 y 22 del Código Penal, que obligan al penado «a dar cuenta a los respectivos Jefes Civiles de los Municipios donde resida o por donde transite de su salida y llegada a éstos»³⁹, por considerar la Sala Constitucional que la sujeción a la vigilancia de la Autoridad Civil es una pena accesoria «excesiva e ineficaz», ya que le restringe la libertad plena a quien ya ha cumplido la pena principal corporal que se le había impuesto, lo cual, en opinión de la Sala, es contrario al espíritu del art. 44.3 *in fine* de la Constitución. De esta manera, esa pena accesoria se encuentra, de hecho, prácticamente derogada.

Finalmente, es conveniente destacar que la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas⁴⁰ contiene algunas normas no muy precisas, que pudieran ocasionar dudas sobre si se debe o no considerar imputables a los indígenas, o al menos, a algunos de ellos⁴¹, con relación a ciertos hechos que para el resto de la población son claramente punibles, supuestamente por reconocer y respetar sus costumbres y tradiciones, aun aquellas que evidentemente violan los derechos humanos de esas mismas comunidades, y que son consideradas como hechos punibles por las leyes penales ordinarias. Por razones de espacio, doy por reproducidas aquí las observaciones que ya hice sobre esta Ley y que están publicadas en la *Revista Penal* de julio de 2006.

Notas

1. Tulio Chiossone le atribuye la concepción de las mismas a Ferri, *Manual de Derecho Penal*, pág. 586.
2. En su trabajo titulado «Intervención del Psicólogo Forense en la Administración de Justicia», Publicado en el Capítulo Criminológico Vol. 34, N.º. 1, de la Universidad del Zulia (Maracaibo-Venezuela) 2006.
3. *Idem*.
4. *Ibidem*.
5. Algunos prefieren denominarlas causas de incapacidad de culpabilidad.

S i s t e m a s p e n a l e s c o m p a r a d o s

6. En el caso de los menores de 12 años (considerados niños), la inimputabilidad es absoluta y total, ya que sus acciones no son punibles, y sólo pueden quedar sujetos a medidas de protección, de conformidad con el artículo 69 del Código Penal y 532 de la reforma parcial de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA) de 2007 (ver también el art. 76 del COPP). Según el Código Penal, tampoco es punible «*el mayor de doce y menor de quince años, a menos que aparezca que obró con discernimiento*» (art. 69 C.P.). En relación con los jóvenes adolescentes, es decir, aquellos que se encuentren en edad comprendida «*entre doce y menos de dieciocho años al momento de cometer el hecho punible*», de acuerdo con la legislación especial, responderán penalmente pero de una forma disminuida (Arts. 531 y 628 LOPNA). En este sentido, el artículo 533 establece que «*A los efectos de la aplicación y ejecución de las sanciones se distingue los y las adolescentes en dos grupos: los y las que tengan de doce años hasta menos de catorce años y, los y las que tengan catorce años y menos de dieciocho años de edad*». A partir de que cumplan los 18 años, los adolescentes responden penalmente como adultos que son, obteniendo sin embargo la atenuación de la pena a imponérselos hasta el límite inferior de la misma, por disponerlo así expresamente el numeral 1 del artículo 74 del Código Penal.

7. Artículo 62 del Código Penal.

8. *Idem*.

9. Artículos 62 al 64 del Código Penal. La embriaguez y la farmacodependencia son trastornos relacionados con la ingesta de esas sustancias. Es necesario determinar la magnitud del trastorno o perturbación mental en cada caso concreto, para que el Juez tenga los elementos para poder decidir con propiedad sobre la inimputabilidad o imputabilidad del encausado.

10. Numeral 4 del artículo 64 del Código Penal.

11. Rodríguez Morales considera inadecuado el término enfermedad mental, prefiriendo hablar de «anomalía, trastorno o alteración psíquica», que, a su juicio, resultan más acertados.

12. Artículo 64 numeral 4 del Código Penal.

13. Además de «posesión», al acto se le ha denominado indistintamente también como «tenencia» y «detención», a pesar de que esos tres conceptos no significan exactamente lo mismo.

14. No es lo mismo «dosis personal» que «dosis inmediata», aunque en ocasiones se mencionen indistintamente.

15. ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto. *Derecho Penal Venezolano*, Novena edición actualizada, McGraw Hill, 2001, pág. 441.

16. *Idem*.

17. *Ibidem*.

18. Ob. cit., pág. 180.

19. *Idem*, pág. 181.

20. *Ibidem*, pág. 182.

21. Conjunto de datos clínicos de un paciente.

22. GRISANTI AVELEDO, Hernando. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Vadell Hermanos Editores, 10^o Edición revisada, Valencia (Venezuela) 1997, pág. 438.

23. *Código Penal Venezolano*, Obra publicada por el Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Vol. 1, artículos del 1 al 67. Caracas. 1997.

24. Publicada originalmente en la Gaceta Oficial N.º 38.337 del 16-12-2005, y reimpresa en la Gaceta Oficial N.º 38.363 del 23-01-2006.

25. Para ahondar en estas consideraciones, ver la opinión de BAYARDO RAMÍREZ MONAGAS, en su obra *El Consumidor*

Detentador de Droga, pág. 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984.

26. No permitiéndose cantidades mayores bajo el pretexto de la previsión o de la provisión de drogas.

27. El artículo 105 de dicha Ley, que se refiere precisamente a las medidas de seguridad que se pueden imponer, también hace mención a la dosis personal «*establecida en el artículo 70 para su consumo personal*», cuando lo cierto es que no se ha señalado cantidad alguna.

28. Se sigue así la tesis de algunos autores, como Sebastian Soler, que han planteado que se determine en cada caso concreto, cual es la dosis personal inmediata, tomando en cuenta la idiosincrasia del paciente, su tolerancia, historia clínica y contextura física.

29. Una cosa es que el consumo no sea considerado punible y otra cosa muy distinta es que sea aceptado y protegido.

30. No necesariamente peligroso.

31. Las pruebas especiales para determinar si existe consumo ilícito de drogas, deben también practicarse a los imputados por delitos de drogas, en los casos en que haya sospecha de que paralelamente con el delito coexiste el consumo.

32. Roberto Yépez Boscán alerta sobre el error que cometen con frecuencia algunos tribunales, al no ordenar que se le practiquen al imputado los 4 exámenes mencionados ya que, a su juicio, no deben conformarse con la realización de sólo algunos de ellos, ya que, a su juicio, son insuficientes. Comparto plenamente esa opinión.

33. Como bien lo señala Yépez Boscán en la antes mencionada sentencia, estas experticias constituyen el medio probatorio que evidencia si se trata o no de un consumidor de drogas, así como de la clase y grado de dependencia y adicción de dichas sustancias que tiene el encausado, lo cual es fundamental para, de acuerdo con el tipo de consumo que determinen los peritos, el Juez Penal pueda ordenar las medidas asistenciales adecuadas al caso en concreto.

34. Publicada la Reforma Parcial en la *Gaceta Oficial Extraordinaria* N.º 5859 del 10-12-2007

35. Ver especialmente los artículos 26, 132, 160, 185, 397, 493-H, 493-N, 483-Ñ y 691.

36. Artículo 26

37. No obstante ello, en algunos casos de personas con trastornos mentales, la Sala de Casación Penal lo que ha ordenado es la suspensión del proceso, aplicando así el art. 128 y no el procedimiento especial establecido en el COPP, lo que a traído cierta confusión.

38. La cocaína produce un efecto similar al de las anfetaminas, pero es un estimulante mucho más potente. Se puede tomar por vía oral, inhalar en forma de polvo por vía nasal o inyectarse, por lo general directamente en una vena. Cuando se hierve con bicarbonato sódico, la cocaína se convierte en una base llamada crack, que puede ser fumada. El crack actúa casi tan rápido como la cocaína intravenosa. La cocaína intravenosa o inhalada produce una sensación de alerta extrema, de euforia y de gran poder.

39. Por una cuarta o por una quinta parte del tiempo de la condena, después de terminada esta, según se haya tratado de una pena de presidio o de prisión (artículos 13.3 y 16.2 del C.P. respectivamente).

40. Gaceta Oficial N.º 38.344 del 27 de diciembre de 2005.

41. Los integrantes de comunidades que se han mantenido en zonas remotas y alejadas de los centros poblados.