LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y EL DELITO EN EL MARCO DEL DERECHO PENAL

MATERIA: Adaptación Profesional de Procedimientos Penales.

PROFESOR: AGUIRRE, Eduardo.

ALUMNOS: GONZALEZ, Juan Antonio
MARTINEZ, Antonio Emanuel.
ORTIZ, Benjamin Eugenio.

AÑO: 2010.

INDICE:

INTRODUCCION……4

CAPITULO 1: Consideraciones Previas……8

CAPITULO 2: Medidas de Seguridad……37

2 A: Fines de las Medidas de Seguridad……40

2B: Tipos de medidas de Seguridad……45

2C: Fundamento de las Medidas de Seguridad……48

2D: Carácter aplicativo de las Medidas de Seguridad……51

2E: Argumentos de las Medidas de Seguridad:……65

I Preventivo……65

II Terapéutico……..70

2F: Principios a tener en cuenta en las Medidas de Seguridad:……..74

I Legalidad……..74

II Proporcionalidad……..77

III Igualdad ante la Ley……78

CAPITULO 3: DELITO……82

3 A: Peligrosidad social……87

3B: Objeto del delito……..93

3C Bien jurídico ……..96

3D: Sujeto del delito……..99

3E: Imputabilidad……..101

CONCLUSION……105

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA……..107

INTRODUCCION.

En el campo del derecho penal, culminando un proceso, hay dos alternativas: La primera imponer una pena y, la segunda es la aplicación de una medida de seguridad.

El tema de las medidas de seguridad se relaciona de manera directa con la imputabilidad. Nuestro Codigo Penal parte de la presunción de que todas las personas son imputables, pero ha establecido ciertos casos de inimputabilidad, los cuales se encuentran en el Art. 20º núm 1: la anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia y alteraciones en la percepción; y Art 20º núm.

2: el sujeto menor de 18 años es inimputable.

Las medidas de seguridad son tratamientos que se brindan a los sujetos cuando están dentro de alguno de los supuestos del Art.20º núm.1 –inimputabilidad total o relativa-, y tiene como fundamento evitar que estas personas consideradas como peligrosas, cometan nuevos delitos.

La preeminencia que alcanzó la tesis de la prevención especial y la ineficacia de la pena retributiva, en la manera como había sido concebida en los viejos códigos, hicieron que irrumpieran en la legislación y en la doctrina una serie de recursos tendientes a facilitar el tratamiento de delincuentes de acuerdo a su

personalidad. Estos recursos son designados MEDIDAS DE SEGURIDAD, las cuales complementando o suplantando a la pena deben cumplir con la prevencion especial, es decir, disminuir o hacer desaparecer las causas que hace del agente un ser peligroso.

Los diversos movimientos propugnadores de un derecho penal de prevención especial, exigen el abandono de la pena y su sustitución por medidas de seguridad (Escuela Positiva Italiana)

Nuestro codificador, siguiendo a los proyectos suizos incorporó al sistema de sanciones del código diversas medidas de seguridad: la internación en un hospital u hospicio de inimputables y/o imputables

relativos. La aplicacion de esta medida requiere, que la personalidad del agente se adecúe a una de tales categorías y que se haya cometido una acción prevista en la ley como DELITO. En todos los casos, es indispensable que el agente haya actuado culpablemente y se haga merecedor de una pena. Con esto se restringe ya de manera sensible el poder del Estado a recurrir a este tipo de medios de prevención de la delincuencia, los cuales representan en la práctica, como en el caso de la pena, la privación o restricción de derechos inalienables de la persona humana.

CAPITULO 1

CONSIDERACIONES PREVIAS

El Derecho Penal es la herramienta de control social más importante con que cuenta el Estado. Desde la perspectiva primitiva, es una técnica de control de los individuos. Sin embargo, desde el punto de vista objetivo tiene una función de garantía del individuo y señala un límite al poder del Estado. En este ámbito, el Estado hace uso del Derecho Penal de manera monopólica, y, por lo tanto, resulta el único legitimado para seleccionar conductas humanas a las cuales les incumbe una sanción en forma coactiva, que se interpreta a través de una actividad legislativa ajustada a la regulación

constitucional. Asimismo, la selección de conductas a las cuales imponer una sanción se realiza por medio de una valoración negativa para la convivencia social que tiene por finalidad proteger de los ataques más graves los bienes más importantes del sistema de valores de la comunidad[1].

No olvidemos que el Derecho Penal tiene por función la protección de la sociedad, de las personas, del orden social, economía y política, así como el régimen estatal, y salvaguardar la propiedad reconocida, la constitución y las leyes (función de protección).

---

[1] QUIRÓS PIREZ, Renen. Manual de Derecho Penal I, La Habana, 1999.

Además promueve la observancia de derechos y deberes de los ciudadanos, así como la de contribuir a la formación en todos los ciudadanos de la conciencia de respeto a la legalidad socialista y el cumplimiento de los deberes y de la correcta observancia de las normas de convivencia socialista (función de motivación). El Derecho Penal recoge un consenso social que busca proteger bienes mediante la asignación de sanciones al autor que los ataca.

Las mismas consisten en la limitación de derechos individuales impuestas coactivamente por el Estado al individuo.

Estrictamente, estas sanciones son las consecuencias jurídicas del delito: la pena y

la medida de seguridad. De allí la importancia de plantear constitucionalmente un programa para precisar el sentido, finalidad y condiciones que deban ser modeladas por ley, dándole contenido y limitaciones.

El problema de la delincuencia se aborda desde dos posturas encontradas: el sistema monista, y el sistema dualista. Haciendo un análisis restrictivo, sin perjuicio de un desarrollo con posterioridad, cabe señalar que la concepción monista fue la propia del Positivismo Italiano, en la cual el valor de la defensa social justificaba una única forma de intervención estatal (pena o medida de seguridad) frente al individuo que atacara un

bien protegido penalmente, a quien se le cercenaba un derecho en proporción a la peligrosidad que representara para la comunidad, buscando su readaptación.

Por el contrario, el sistema binario o dualista, implica una concepción diferenciada de pena y medida de seguridad en función de constituir la pena como respuesta al sujeto culpable por su delito, imponiéndole una aflicción en la medida del bien jurídico atacado con su hecho y su culpabilidad (peligrosidad del autor y necesidad de defensa social). El sistema adoptado por el ordenamiento jurídico penal argentino, que se asienta en la diferenciación de las

categorías para la aplicación de pena y medida de seguridad.

Sin embargo, durante mucho tiempo se combatió la criminalidad con aparatos represivos preventivos que más de una vez superaban la esfera estrictamente penal (período de inquisición).[2]

Se vigilaba al "distinto", "anormal", al "otro", en protección de "los nuestros". Como consecuencia, se instauraron regímenes policíacos, internación de enajenados irresponsables, aislamiento de vagos, mendigos, personas dedicadas a la prostitución, instituciones para la educación de los menores.

[2] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Derecho Penal. Parte General, con colaboración de Alejandro Plagia y Alejandro Slokar, Buenos Aires, Edit. Ediar, 2000,p.884.

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

irregulares, etc. Aquello es el estado peligroso de los delincuentes; esto es el estado peligroso sin delito. En ambos casos la legislación debe establecer penas o sanciones especiales o medidas de seguridad”[3].

Nos interesa remarcar la diferencia en cuanto a mayor seguridad jurídica que presenta la pena en relación a la culpabilidad del autor, atendiendo al hecho pasado cometido. Existe una medida de seguridad penal a nuestro criterio, altamente criticable por aparecer como un intento de neutralizar la posible peligrosidad criminal del autor, puesto de relieve presuntamente en el hecho típico

[3] ROJAS Nerio, Medicina Legal, Buenos Aires, ED Ateneo 1936

realizado, entendiendo esta como probabilidad de comisión de futuros delitos[4].

Teniendo en cuenta la evolución de la criminología se pueden mencionar diferentes corrientes. La Escuela Clásica, considera al delito como una elección racional de los infractores.

El interés se centra exclusivamente en el hecho delictivo y no en el autor.

Al no establecer una diferencia entre el "hombre delincuente" y el "no delincuente", al considerar a todos los hombres libres e iguales, la infracción es en esa clave el resultado de un "abuso" o mal uso de las libertades que obedecerá en todos los casos

[4] QUIROS PIREZ Renen, Manual de Derecho Penal 1, La Habana 1999

a razones ocasionales o circunstanciales. Por ende, cualquier hombre, en tanto individuo libre, puede llegar a delinquir en determinadas circunstancias.

La obra eminente de Beccaria, "De los delitos y de las penas" (1764), y el Panóptico de Bentham (1791), constituyen los dos hitos fundamentales de dicha corriente. Este recorrido acotado de los grandes narradores clásicos obedece en buena medida a que el pensamiento de la escuela debió enfrentarse a formas brutales, arbitrarias, caóticas, predominantes, en los periodos de las monarquías absolutas, a las que debían añadirse las rémoras todavía vigentes de los procesos inquisitoriales.

Esta escuela no se ocupa, en general, de las causas y la génesis del delito ni aborda tampoco estrategias de prevención del mismo, lo que ha puesto en crisis históricamente su condición de escuela criminológica.

Desde el punto de vista político criminal, el respeto de los clásicos a las tesis contractualistas tranquilizaban a las nuevas clases en ascenso y a la opinión publica en general, que necesitaba reafirmar las nuevas formas institucionales de dominio y control de los “delitos” que quedaban al margen de las nuevas relaciones de producción mediante estrategias punitivas compatibles

con perspectivas humanistas del derecho penal.

La pretensión de Beccaria no fue construir un sistema de derecho penal, sino trazar los lineamientos para una política criminal. Parte de los supuestos filosóficos imperantes de la época (el Contrato Social de Rousseau) como origen de la constitución de la sociedad y la cesión de mínimos de libertad a manos del Estado y su poder punitivo para la conservación de las restantes libertades.

La critica surgida del libro de Beccaria conduce a la formulación de una serie de reformas penales que son la base de lo que conocemos como Derecho Penal Liberal, resumido en términos de humanización

general de las penas, abolición de la tortura, igualdad ante la ley, Principio de Legalidad, proporcionalidad entre delito y pena, etc.

La Escuela Clásica o Liberal, tuvo como primer representante a Francisco Carmignani. Su obra "Elementos de Derecho Criminal" propone un sistema de derecho penal derivado de la razón, siendo uno de los primeros en trazar un sistema científico del derecho penal en lengua no germana.

Siguiendo a Carmignani, pero superándolo, aparece Francisco Carrara, conocido como el "Maestro de Pisa". En su "Programma del Corso di Diritto Criminale" (1859) la construcción del sistema de derecho penal alcanza picos de depuración técnica, tanto

que cuando muere Carrara se empieza a visualizar el proceso de demolición del derecho penal liberal.

Ante los avances de la ciencia y el afán por superar el Estado Liberal no intervencionista, buscando afrontar su ineficiencia respecto al nuevo crecimiento de la criminalidad, nace el positivismo.

Su idea es que la lucha contra la criminalidad debe hacerse de una forma integral permitiendo la intervención directa del estado.

Las mayores críticas contra los autores positivistas radican en el olvido de las garantías individuales, ya que su foco es la peligrosidad social del delincuente.

El fundador de la Escuela Positivista Italiana, fue Cesar Lombroso quien cambió el enfoque del delito como ente jurídico para dirigirlo hacia el delincuente como hecho observable.

El mismo escribió “Luomo Delinquente” en 1876, colocando al delincuente como fenómeno patológico respecto del cual sostiene la existencia de una predisposición anatómica para delinquir, por lo que afirma la existencia de un delincuente nato para una mal formación en el occipital izquierdo.

Para Lombroso, quien delinque es un ser que no ha terminado su desarrollo embriofetal.

El fundador de la Escuela Positivista, no era un jurista, por lo que Enrico Ferri fue quien le

dio trascendencia jurídica a las teorías de Lombroso.

El punto central de Ferri es que para su positivismo, el delito no es la conducta de un hombre, sino el síntoma de un mecanismo descompuesto. El delito es síntoma de peligrosidad, por ello la medida de la pena está dada por la medida de la peligrosidad y no del acto ilícito.

Con el "estado peligroso sin delito" se quiso limpiar la sociedad de vagos, alcohólicos y todo aquel que demostrara peligrosidad predelictual.

Con Rafael Garofalo se completa el trío positivista italiano. Con él, surge la idea de un "Delito Natural", ya que las culturas que

no compartían las pautas valorativas europeas eran tribus degeneradas que se apartaban de la recta razón de los pueblos superiores, y que eran a la humanidad lo que el delincuente a la sociedad. El delito natural sería el que lesione los sentimientos de piedad y justicia, que eran los pilares de la civilización occidental.

Dentro del positivismo se pueden mencionar otras posiciones, como las escuelas alemanas (Von Liszt y su Positivismo Criminológico, y Binding y su Positivismo Jurídico).

Para Von Liszt el derecho penal es “la carta magna del delincuente”. Es decir no protege al orden jurídico ni a la comunidad, sino al sujeto que ha obrado contra ella. Dispone

para él, el derecho de ser castigado sólo si concurren los requisitos legales y dentro de los límites establecidos por la ley. Adjunta a la pena un fin preventivo especial, rechazando el retribucionismo. Tal prevención tiene, a su juicio, un triple contenido: corrección de los delincuentes corregibles y necesitados de mejora, no intervención en caso de delincuentes no necesitados de mejora y la inocuizaciòn de los delincuentes no susceptibles de mejora o incorregibles. De este modo, admite la doble vía penal: Penas más Medidas de seguridad.

Karl Binding con su Positivismo Jurídico desarrolló la Teoría de las Normas, donde afirma que el delincuente no viola la ley

penal sino que la cumple, lo que viola es la norma prohibitiva u ordenatoria que subyace dentro de la norma penal.

El positivismo entra en crisis desde finales del XIX, surgiendo nuevos movimientos doctrinales, entre ellos el Neokantismo y el Finalismo.

La critica básica del Neokantismo al Positivismo, es la insuficiencia de su concepto de ciencia.

Es necesario añadir las ciencias del espíritu y otras clases de métodos distintos a los científicos naturales. Es necesario referir los datos de la realidad a los valores de una comunidad, lo que se hace a través de la

ciencia de la cultura, entre ellas el Derecho de la cultura.

El renacimiento del derecho natural en los primeros años posteriores de la Segunda Guerra Mundial, hizo que fuese necesario volver a fundar el derecho penal con límites precisos y garantistas, de esta manera surge el Finalismo como una nueva corriente.

La Doctrina del derecho natural más modesta fue la de Hans Welzel, con su teoría de las estructuras lógico-objetivas. Se trataba de un derecho natural en sentido negativo: no pretendía decir como debería ser el derecho, sino sólo lo que no era derecho.

A diferencia del Neokantismo, para el cual el valor era lo que ponía orden en el caos del

mundo y lo hacia disponible, para el ontologismo welzeliano el mundo tiene varios órdenes a los que el legislador se vincula por las estructuras lógicas de la realidad. Según Welzel, cuando se las ignora o quiebra, el derecho pierde eficacia, salvo que quiebre la que lo vincula a la estructura del ser humano como persona, en cuyo caso deja de ser derecho.

En la primera mitad del siglo XIX surge en Alemania una nueva corriente llamada Correccionalismo, como una de las tendencias que se formulan sobre la pena. Su formulador en el campo penal fue Karl Roeder, quien afirma que la pena no es un mal, sino un bien y que, por lo tanto, no

existe el deber de cumplirla, sino, el derecho de exigirla. La doctrina se desarrolla en obras sucesivas, pudiendo señalarse como postulados fundamentales: El Derecho no se basa en el poder, sino en la necesidad. El Estado por el supremo interés del Derecho, debe proporcionar a todos sus miembros lo necesario para ayudarles al cumplimiento en su fin racional humano. Debe ayudar a quien es incapaz de gobernarse a sí mismo. El delincuente es, por esto, un miembro de la sociedad que está necesitado de ayuda. El Estado debe proporcionársela, pudiendo hacerlo de dos formas: de modo negativo, restringiendo su libertad exterior con él; y de

modo positivo, protegiendo el desarrollo de su libertad hasta corregir su voluntad viciosa.

En la concepción correccionalista, el delincuente tiene derecho a la pena. Lo más característico de esta tendencia es que la corrección o enmienda del delincuente se propugna como fin único y exclusivo de la pena.

En la mayor parte de Europa, el correccionalismo no consigue gran arraigo, lo encuentra, sin embargo, en España.

Sus representantes mas destacados en la ciencia penal son Concepción Arenal y Pedro Dorado Montero.

Para Concepción Arenal, el delincuente es un incapaz que cedió a la tentación porque fue

débil. Esta debilidad constituye una anomalía de su voluntad, de la cual el delito constituye manifestación externa. La pena es, en esencia, un bien de orden moral para el delincuente.

En Dorado Montero culmina la tendencia correccionalista española.

Sobre postulados correcciolistas y positivistas crea una nueva concepción: el Derecho Penal Tradicional ha de ser sustituido por un Derecho Correccional, protector de los criminales. Mediante él, la justicia penal abandonaría su función retributiva para cumplir una función de patronato, encaminada a la modificación de la voluntad criminal con base en el estudio psicológico de

las causas dela delincuencia en cada caso concreto. Se convertirá, por lo tanto, en una Pedagogía correccional orientada por Psicología.

En la década del `'70, se desarrolla un nuevo movimiento denominado "welfarismo penal", uno de los principales exponentes fue James Q. Wilson, creador de la llamada "Teoria de las ventanas rotas"- antecesora de la conocida popularmente política de la tolerancia cero- la cual tuvo como premisa la justificación de la detención de los llamados "sospechosos de siempre" antes de que éstos realicen "hechos graves". Según esta posición,"los pequeños desórdenes desatendidos serian el inicio de problemas

mucho mas serios de convivencia. El control social sobre estas pequeñas cosas sería la mejor forma de prevenir delitos graves, y por ello, la gran importancia de la dedicación policial y represiva a lo que en otras latitudes se llamaría incivilidades. El papel de la policía, en estos casos, seria entonces fundamental, pero no tanto para prevenir y perseguir delitos, sino a efectos de "combatir conductas desordenadas o antisociales como el vagabundeo, la mendicidad, la prostitución, etc.; pues ellas serían la "ventana rota" que luego daría lugar a conductas mas graves". Por ello, los partidarios de esta posición sustentan la necesidad de castigar más duramente un

acto que no sea necesariamente más grave, o inclusive criminalizar lo que no sea legalmente delito. La política criminal que recomiendan consiste simplemente en no dejar "ni una muestra de descontrol sin castigo".

En igual sentido, David Garland, explica este creciente fenómeno en las sociedades británicas y norteamericanas, puntualizando que "hoy ya no existen delitos sin victimas. Si nadie en particular es dañado por la conducta en cuestión, esto no impide que se invoque a la victima colectiva –la comunidad y su calidad de vida- que sufre los efectos nocivos que siempre han de emanar de la conducta prohibida, aun cuando se trate de

algo trivial. La ingesta de bebidas alcohólicas en lugares públicos, el consumo de drogas blandas, el merodeo, la vagancia, la mendicidad, dormir en lugares públicos, ser 'incivil': estas conductas dejan de ser molestias tolerables o signos de remordimiento para la conciencia de la clase media para convertirse en la materia desordenada de la que se alimenta el delito grave… actualmente se cree que cada delito menor, cada acto de conducta desordenada- en especial los cometidos por gente pobre en los espacios públicos deteriora la calidad de vida".

El citado autor, continua con su reflexión, se interroga acerca del por qué de la llegada a

esta situación en la sociedad donde él vive, respondiéndose, que quizá se deba a que "nos hemos convencido de que ciertos delincuentes, una vez que han delinquido, ya no son mas "miembros del publico" y dejan de ser dignos de los tipos de consideración que solemos proporcionarnos los unos a los otros. Quizás se debe a que ya hemos asumido una división social y cultural entre "nosotros", las victimas inocentes y sufridas de clase media, y "ellos", los pobres peligrosos e indignos. Al ejercer la violencia, abusar de las drogas y reincidir, se muestran como lo que son: "los otros peligroso"… "nuestra" seguridad depende de "su" control".

CAPITULO 2.

MEDIDAS DE SEGURIDAD.

La primera aparición de las medidas de seguridad, estructuradas sistemáticamente en un cuerpo legal, se encuentra en el Anteproyecto de Código Penal suizo de 1893, elaborado por Stoos.

Varios autores dieron su concepto sobre medidas de seguridad:

*Antón Onica, las define como privaciones de bienes jurídicos, que tienen por finalidad evitar la comisión de delitos que se aplican en función del sujeto peligroso y se ordenan a la prevención especial.

*Antolisei, considera que son ciertos medios orientados a readaptar al delincuente a la

vida social libre, es decir, a promover su educación o curación, según tenga necesidad de una o de otra, poniéndolo en todo caso en la imposibilidad de perjudicarlo.

*Beristain Ipiña, se refiere a que son medios asistenciales consecuentes a un hecho típicamente antijurídico, aplicados por los órganos jurisdiccionales a tenor de la ley, a las personas peligrosas para lograr la prevención especial.

*Barbero Santos, la entiende como la privación de bienes jurídicos, impuesta jurisdiccionalmente por el Estado con un fin reeducador o curativo a una persona socialmente peligrosa con ocasión de la

comisión de un delito, y mientras aquel fin no se cumpla.

*Welzel, considera que tanto la pena como la medida de seguridad implican una privación de libertad, que sólo puede acusar diferenciaciones insignificantes.

La medida de seguridad conlleva, de alguna manera, una privación de bienes jurídicos al ser impuesta por el estado al individuo. El aceptar la medida de seguridad como privación de bienes jurídicos no conlleva en absoluto a algún menosprecio a las finalidades preventivas de tratamiento y de readaptación que persigue esta institución jurídica.

2.A) FINES DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.

Existe cierta unanimidad en admitir que su finalidad esencial es la de la prevención especial. De este fin preventivo-especial derivan dos problemas de gran trascendencia. Por un lado, el señalamiento del cierto equilibrio entre las medidas político-criminales de prevención de los delitos y las libertades indivuduales; por otro lado, la exacta comprensión del término resocializar.

La mala utilización de las medidas de seguridad que puede transformarlas en un medio de ataque contra las garantías individuales provoca cierta tensión con las

reglas esenciales del Estado democrático de Derecho. Una política criminal de medidas de seguridad que aspire a ser compatible con los postulados de este modelo de Estado deberá, rodear al sistema penal preventivo de una serie de garantías dirigidas a evitar los peligros que las medidas de seguridad pueden comportar para la certeza del Derecho. Estas son:

a. Vigencia del principio de legalidad por el cual no estalebece declaración de peligrosidad sin estar descripta en la ley y medida de seguridad sin regulación legal.

b. Exigencia de una previa comisión delictiva;

c. Medidas de seguridad al servicio del individuo;

d. Eliminación de todo carácter aflictivo;

Se trata de poner las prevenciones necesarias para frenar aquellos que aniquilan al individuo bajo el pretexto de una supuesta defensa social que en definitiva, no es más que la defensa de los que mandan.

La segunda cuestión a la que se ha aludido es la relativa al contenido resocializador de las medidas de seguridad, que coincide en el art. IX del Título Preeliminar del Código Penal actual.

Según el Código Civil vigente los fines de las medidas de seguridad son:

- La Curación: Mediante la internación o tratamiento ambulatorio del individuo, con fines terapéuticos o de rehabilitación.
- Tutela: La representación del individuo que ha sido considerado inimputable o inimputable relativo.
- Rehabilitación: En caso de ser inimputable relativo se buscará su rehabilitación para reinsertarlo en la sociedad o que cumpla una pena privativa de libertad en una cárcel o centro penitenciario habitual.

1. Requisitos para aplicar una medida de seguridad:

a) Que, el agente haya realizado un hecho previsto como delito, es decir, la conducta

realizada debe estar recogida dentro de un tipo penal.

b) Que del hecho y de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos.

Esto es lo que se conoce como un pronóstico de peligrosidad post-delictual, es decir, esta medida se aplica para que el sujeto no cometa delitos posteriores /futuros.

Luego de cumplirse estos requisitos, debe examinarse la duración, la cual debe ser proporcional a la peligrosidad delictual del agente, la gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometería si no fuera

tratado. La graduación de la peligrosidad del sujeto depende de la opinión de peritos en la materia.

Las medidas de seguridad no son penas y, por tanto, no se basan en el principio de culpabilidad -reproche de la conducta-, sino en el principio de proporcionalidad -grado de peligro.

2.B) TIPOS DE MEDIDAS DE SEGURIDAD:

a) Internación: Se aplica a los inimputables, dentro de instituciones especializadas en el tratamiento de estos sujetos, con fines terapéuticos o de custodia. La duración de esta medida no puede exceder el máximo legal de la pena privativa de libertad que

hubiera correspondido aplicarle por el delito cometido. La autoridad del centro de internación debe rendir un informe cada seis meses al Juez. Por ejemplo: en los manicomios.

Los establecimientos especiales de internación, según el Código de Ejecución Penal de 1991 D.Leg. 654, son:

a. Centros Hospitalarios

b. Centros Psiquiátricos

c. Centros Geriátricos

d. Centro para madres con hijos, los que cuentan con local con guardería infantil.

e. Centros para la ejecución de medidas de seguridad determinadas por el Código Penal.

b) Tratamiento ambulatorio: Esta medida se aplica a los inimputables relativos conjuntamente con su pena. En este caso, a diferencia del anterior, el sujeto no está recluido en una institución, sino que es examinado periódicamente

La Imputabilidad.

Para poder analizar si una persona puede ser o no juzgada penalmente se deberá tener en cuenta lo siguiente:

a. Ser mayor de 18 años (art. 20º inc. 2)

b. Tener capacidad psicológica (art. 20º inc.1)

- Anomalía Psíquica
- Grave alteración de la conciencia

- Sufrir alteraciones en la percepción que afecte su concepto de la realidad
- No tener la capacidad de comprender el carácter delictuoso de su acto

2.C) FUNDAMENTO DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD.

La base de la medida de seguridad de internación es la peligrosidad del agente y "no son dictadas con el fin de compensación retribuidora por un hecho injusto, sino para la seguridad futura de la comunidad frente a las violaciones ulteriores del derecho a esperarse de parte de ese autor". La extensión de las medidas de seguridad no se determinan según la gravedad del hecho,

sino de acuerdo con la clase y peligrosidad del involucrado, extremo que obliga a responder, cuándo estas son necesarias, es decir, en qué momento su aplicación deviene indispensable para la protección de la comunidad y del afectado. Es la propia ley la que "indica con fundamentos, la internación en un establecimiento adecuado, cuando el autor revele condiciones que lo hagan peligroso. La medida de seguridad debe ser proporcional a la peligrosidad del sujeto pasivo. Atendiendo al carácter coactivo que importa la internación, esta sólo puede justificarse cuando no resulte procedente una medida menos lesiva de la libertad, a través de la cual pueda neutralizarse la peligrosidad

del enfermo. La circunstancia de que la peligrosidad potencial del imputado se encuentre supeditada a la continuidad del tratamiento psiquiátrico ambulatorio que no debe abandonar, no autoriza al juzgador a que se disponga su inmediata internación bajo la esfera de lo establecido en el art. 34 inc. 1° del código sustantivo, ya que esa norma debe ser interpretada como imperativa únicamente en aquellos supuestos que no exista la vía alternativa del tratamiento móvil .

2.D) CARACTER AFLICTIVO DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD.

Entre nuestros autores, Núñez dice de la pena que es la "pérdida impuesta a una persona como retribución del delito cometido"[5] .

Lo cierto es que la medida de seguridad posee naturaleza jurídica de pena por compartir su carácter aflictivo, en cuanto resulta una reacción penal estatal de carácter coactivo frente a la comisión de un hecho típico antijurídico. De esta forma, reconocer que materialmente equivale a una sanción por su contenido aflictivo, sienta las bases

[5] NUÑEZ, Ricardo C., Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina Omeba,1960, tomo III, p. 346

para evitar el mencionado "fraude de etiquetas" que encubre la absoluta separación teórica de los contenidos de la pena y la medida de seguridad.

Quintero Olivares y Morales Prats sostienen que las medidas de seguridad en cuanto reacciones punitivas del Estado, sustitutivas o alternativas de la pena, según el régimen legal, constituyen castigos penales por tratarse de consecuencias jurídico–penales del hecho ilícito. Lo que conlleva el consiguiente carácter aflictivo y efecto restrictivo de derechos. Con esta afirmación, contestan a posturas doctrinarias que mantienen que tras las medidas de seguridad

no acontece un castigo, en términos penales[6].

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

---

[6] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín, "De las garantías penales y de la aplicación de la ley penal", en AAVV, Comentarios al Nuevo Código Penal.

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

Por caso, sostiene Roxin que esta afirmación es tan real que en el círculo de los delincuentes frecuentemente se teme más a la internación o custodia de seguridad que a la pena, atento el carácter y entidad de los cercenamientos sufridos. En casos

jurisprudenciales que más adelante se citan, también queda evidenciada esta desigual realidad.

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

No queda más que admitir que la medida de seguridad es la reacción del Estado en

cuanto sanción, por la comisión de un hecho penalmente dañoso[7].

El carácter sancionatorio de la medida de seguridad se confirma una vez más, a través del cumplimiento de las garantías individuales por parte del Estado para hacer posible su imposición.

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

a) Se trata de un acto coercitivo, en tanto acto de fuerza efectiva o latente. Caracteriza a la sanción la posibilidad concreta de aplicación por la fuerza, de ser preciso,

[7] SOLER Sebastián, Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, Edit. Tipográfica Editor Argentina, 1940.

resultando irrelevante la voluntad del sujeto pasivo en cuanto a su rechazo.

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

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

d) La sanción resulta consecuencia de un acto humano. Ello implica que la sanción es reacción estatal en respuesta a una actividad

voluntaria del agente, lo cual significa en el caso concreto la posibilidad de haber podido omitir.

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

La enumeración de estas notas características determina el carácter sancio-natorio de una consecuencia jurídica.

Entonces, habiendo afirmado el carácter sancionatorio de la medida de seguridad, comparte con la pena los requisitos mínimos para su aplicación. Ellos son:

I) Principio de conducta o acto (cuyo alcance puede discutirse a través del positivismo jurídico, del normativismo o el finalismo)

II) Principio de legalidad (con sus garantías de reserva, tipicidad, irretroactividad y prohibición de analogía)

III) Principio del lesividad al bien jurídico (en cuanto limitación del ius puniendi)

IV) Principio de inocencia: (como límite a las medidas de coerción, exclusión de la carga probatoria e in dubio pro reo)

V) Tutela judicial efectiva. En el caso exclusivo de la pena, se agrega el ineludible requisito de culpabilidad.

Sabemos que la medida de seguridad no comparte el elemento de culpabilidad.

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

Sin embargo, gran parte de la doctrina no lo percibe como un conflicto. Más bien por estar legitimada esta situación, se plantea duda acerca del rango constitucional de la culpabilidad como limitador de la pena, justamente por la existencia de las medidas de seguridad sin culpabilidad. Entonces, se salva la cuestión sustituyendo la culpabilidad por la racionabilidad. Lo cual ofrece mucho menos para la limitación de la intervención del Estado. Se admite que frente al inimputable el Derecho Penal actúa con

mayor peso, precisamente por tener menos (o más diluidos) límites de actuación debido a la ausencia de culpabilidad[8]. Sin perjuicio de lo expuesto, puede argumentarse que otro criterio limitador está dado por el concepto de peligrosidad criminal. El mismo será abordado en el capítulo siguiente.

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

[8] ROXIN Claus, Op. Cit. , pp. 100,103 y SS.

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

Esta eliminación tan francamente propuesta en tiempos de Von Liszt, entendemos que hoy subyace en cada fundamentación de las medidas de seguridad que se propone.

En definitiva, la sociedad no está dispuesta a afrontar el riesgo que percibe le ofrece quien, sin comprenderlo ni poder dirigir sus acciones, comete un delito. Sin embargo, la

idea de exclusión social, es hoy difícilmente sostenible dentro del programa constitucional de Estado de Derecho. Por ello se sigue buscando enmascarar la medida de seguridad en beneficio y curación del sujeto pasivo. Aunque, en realidad, tal como se halla legislada en el art. 34 inc. 1º, párrafo segundo, del Código Penal Argentino, esconde una segregación de por vida para el incapaz psíquico. Concretamente, para hacer cesar la medida de internamiento no pocas veces se exige judicialmente la curación del enfermo, que en muchos casos nunca ocurrirá.

Otra arista conflictiva desde el punto de vista constitucional está dada por la dificultad para

determinar la peligrosidad criminal. Sin embargo, se piensa que acotándola a su faz criminal se da un innegable paso a favor del inimputable. De todas formas, el Derecho Penal no tendría legitimidad de actuación sin la previa comisión de un delito. En el mismo sentido, de cara hacia el futuro, la conducta peligrosa a evitar debe ser también de comisión de delitos.

Entonces, la peligrosidad criminal que se predica de un sujeto, es probabilidad de que cometa un hecho delictivo en el futuro. Ello acarrea gran incertidumbre a las garantías individuales, pues lo único que puede constatarse es una probabilidad, no certeza.

2.E) ARGUMENTOS DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD.

Existen dos clases de argumentos para establecer el accionar frente a la peligrosidad del sujeto inimputable: Argumento Preventivo y Terapéutico.

I) El Argumento Preventivo:

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

llamándolas Medidas de Seguridad y Medidas de Tratamiento, Corrección y Educación.[9]

Su propuesta estaba destinada a los delincuentes jóvenes, los delincuentes alcoholizados, los vagos, los criminales habituales y los anormales mentales. Escribió: "Existen particulares grupos de personas a fines del siglo XIX, inclinadas a cometer delitos a causa de un estado corporal o espiritual (...). La pena por regla general, no es adecuada para ello, pues se determina no con arreglo al estado del agente, sino con arreglo al acto por el ejecutado. Son necesarias otras medidas que consigan lo que la pena no consigue".

[9] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. Cit., pp. 66

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

En la misma época, Franz von Liszt con su Programa Político Criminal de 1892 se apartó del retribucionismo de la pena, buscando una orientación hacia los fines de prevención especial. Sostuvo: "Corrección, intimidación, neutralización: estos son, pues, los inmediatos efectos de la pena, los móviles que subyacen en ella y mediante los cuales protege los bienes jurídicos... La sociedad debe protegerse de los irrecuperables, y como no podemos decapitar ni ahorcar, y como no nos es dado deportar, no nos queda otra cosa que la privación de libertad de por vida (en su caso por tiempo indeterminado)". Finalmente, la Escuela Positiva Italiana de Cesare Lombroso (1835-1909), Enrico Ferri

(1856-1929) y Rafael Garófalo (1851-1934), propugnó la fusión de la pena y medida de seguridad con fundamento en la negación del libre albedrío del hombre, que resultaba un animal completamente sujeto a las leyes de la necesidad natural. Al decir de Ferri "El hombre, como otro ser que tenga vida, no es más que una máquina de transformación de fuerzas, sujeto a las leyes universales de la causalidad". Por ello, admitido el determinismo de la conducta humana, la pena no podía ser castigo en cuanto respuesta a una libre decisión contraria a la norma. Lo cual permitía la intervencion sobre ese sujeto al constatarse la mera peligrosidad predelictual o sine delicto. Pues

la peligrosidad era inherente al hombre, y eso habilitaba la intervenciión estatal para su tratamiento. De esta manera el positivismo fundamentó la pena en cuanto necesidad de defensa de la sociedad, que se veia legitimada a defenderse de las agresiones externas e internas mediante prácticas de saneamiento y profilaxis social. Sobre esta base se propuso una sociedad orgánica e integrada, sometida más al control científico que a la moral del Estado.

II) El Argumento Terapéutico

A los fines de superar las objeciones al modelo preventivo, se buscó una fundamentación ética. Entonces, más allá de la concreta utilidad social de las medidas de

seguridad, concepto insuficiente como única justificación, se las trató de presentar como medidas al servicio del individuo.

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

Sin embargo, creemos que esta circunstancia de encubrir la verdadera realidad del contenido de las medidas de seguridad es mucho más criticable. No debe admitirse la

presentación aséptica como medidas "benefactoras" dirigidas a "curar" al peligroso.

Ello encierra un discurso falaz, enmascarador de intervenciones estatales desmesuradas y carentes de límites, denominado "fraude de etiquetas". Puede observarse que lo mismo ocurriría con el argumento preventivo presentado; no obstante muestra sin disimulo su afan corrector, más alla de las diversas opiniones que el mismo despierte.

Con relación a los fundamentos terapéuticos curativos, en un estudio de campo local recientemente realizado se han señalado los reiterados fracasos cosechados en la implementación de las medidas de

seguridad. Se concluyó, como no es de sorprender, que la internación no genera mejorías de los pacientes. Sólo se limita a separarlos de la sociedad, aislarlos y tornarlos incapaces. La indicación de evitar las internaciones es compartida en el mundo entero. Su prolongación acarrea una lamentable secuela discapacitante.

En definitiva, las medidas de seguridad tal como están planteadas en el art. 34 inc. I del Código Penal Argentino, han visto reiteradamente frustrados sus pretendidos fines terapéuticos y preventivos, convirtiéndose en verdaderas penas por tiempo indeterminado, con contenido eliminatorio. No puede ocultarse en ello un

grave exceso en la intervención del Estado sobre los derechos de sus habitantes.

2.F) PRINCIPIOS A TENER EN CUENTA EN LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.

I) Principio de Legalidad:

La única ley penal es la ley formal emitida por los órganos políticos habilitados por la Constitucion Nacional. Puede decirse que el conjunto de disposiciones de máxima jerarquía normativa que establecen la exigencia de legalidad penal configuran el tipo de ley penal ilícita; basada en los art. 18 y 19 y el inciso 22 del art. 75 de la Constitución Nacional.

Se ha discutido si el art. 18 C.N. consagraba el principio de legalidad penal o si solo se

referría a la legalidad procesal (juicio previo fundado en ley anterior). En la situación actual, o bien el principio de legalidad penal estaba en el art. 18, de lo contrario este consagraba la legalidad procesal y la penal se derivaba del art. 1 de la Constitucion Nacional. Esta disposición nunca tuvo sentido práctico y desapareció por completo con la ratificación de los tratados de derechos humanos ya que consagran expresamente el pricipio de legalalidad penal con jerarquía de norma constitucional.

En nuestro sistema del llamado derecho escrito (por oposicion al de derecho común, formado por la costumbre y la jurispruden-cia), los usos, las costumbres, la doctrina y

la jurisprudencia no generan ley penal. Sin embargo, los usos y costumbres deben tenerse presentes porque completan la ley penal cuando remiten a ellos. Por otra parte, la costumbre tampoco deroga la ley penal y la doctrina no puede generar ley penal, pues sólo proyecta jurisprudencia.[10]

Este principio tiene, en la esfera jurídico _ penal y jurídico procesal, rango constitucional, por cuanto el art. 59, primer párrafo, de la Constitución, establece: "nadie puede ser encausado ni condenado por tribunal competente en virtud de leyes anteriores al delito y con las formalidades y garantías que en esta se establece".

[10] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op cit., 98.

Las leyes penales se particularizan dentro del conjunto general de las leyes, o sea, se convierten en una categoría especial la peculiaridad de su contenido: en ellas se definen actos socialmente peligrosos, antijurídicos y punibles o se establecen normas relacionadas con esos actos punibles.

II) Principio de proporcionalidad:

Se refiere a la calidad del proceso, ecuánime (respeto de los derechos de defensa y equilibrio de las partes) y eficaz (proporcionalidad y celeridad).

Proporcionalidad entre las garantías de defensa que se deben al imputado en cuanto ser humano, y las garantías de eficacia de la

investigación, en relación a la gravedad del delito, que se deben al resto de los individuos de la sociedad no imputados.

La proporcionalidad entre la defensa y la eficacia de la investigación constituye un principio que debe incorporarse a las legislaciones procesales junto al de legalidad y reserva, a fin de procurar una efectiva vigencia de los derechos humanos.

III) Igualdad ante la ley:

Intenta colocar a las personas situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello implica una Identidad por coincidencia de, circunstancias, cantidad o forma. Ello de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que

excluyan a un ser humano de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o concurrencia de razones.

El Principio de igualdad conlleva a la abstención de toda acción legislativa tendiente a la diferenciación arbitraria, injustificada y no razonable, existencia de un derecho subjetivo, destinado a obtener un trato igual, en función de hechos, situaciones y relaciones homólogas. El derecho a la igualdad funciona en la medida en que se encuentra conectado con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales.

La igualdad busca regular de manera uniforme, las situaciones similares; ergo,

consistente en la ausencia de privilegio, favor o preferencia de unos seres humanos sobre otros seres humanos.

Se constituye como un límite para la actuación de los poderes públicos, Como mecanismo de reacción frente al hipotético uso arbitrario, como una expresión de falta de actuación del Estado para remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho la igualdad de los hombres.

Existe infracción del principio de igualdad cuando en la formulación de la ley se contemplan en forma distinta situaciones, hechos o acontecimientos que son idénticos. Ello a efectos de discriminar económica,

social o culturalmente a algún o algunos seres humanos.

El principio de igualdad veda consecuentemente una interpretación voluntarista o arbitraria de la norma; así como una decisión rupturista irreflexiva e irrazonable del precedente judicial.

CAPITULO 3.

DELITO.

El autor cubano, Renen Quiroz, en su obra "Derecho Penal I" (sobre el cual desarrollaremos la temática de delito) hace referencia al Codigo Penal cubano mas remoto, el español de 1870. Un código penal clasico con penas fijas y una aritmética penal establecida, fundamentalmente en su capitulo IV De la Aplicación de las Penas, donde sus artículos 81 y 82 eran una genuina muestra de esta forma de terminar la pena, sobre él comentó Zaffaroni: "Se trataba de un sistema de tabulación de atenuantes y agravantes con penas relativamente rígidas. Este sistema perduró

en los codigos españoles posteriores (art. 102 del Código de 1822, y art. 82 de 1870).

Su sucesor el Código de Defensa Social, como su propio nombre revela, tuvo una afiliación típicamente defensista, donde el arbitrio judicial se abrió para dar cabida a una determinación de la pena, en razón al peligro social del trangresor artículo 67, es justamente, la clave de esta fórmula positivista en la determinación de la pena.

Nuestro Código Penal actual guarda distancia, tanto de los códigos clásicos al postular a la determinacion legal yuna amplia determinacion judicial de la pena, como de los códigos defensistas, al desterrar la oscura peligrosidad criminal del sujeto o instaurar

en su lugar la peligrosidad social del hecho, esencia del delito, condiciones estructurales que lo acercan o lo colocan en la tendencia actual para la determinación de la pena, esto es, la pena es proporcional en su medida al hecho, a menos que las condiciones personales del sujeto aconsejen una medida menor para evitar la desocialización del sancionado.

El Código Penal Argentino fija la medida de la pena en el grado de peligro del hecho, pero, al establecer un plus en la peligrosidad criminal que el sujeto revela en su hecho, autoriza a imponer una pena superior a la que corresponde a ese peligro del hecho cuando tal peligrosidad criminal concurra:

algo que no ocurre en el Código Español donde las condiciones del sujeto, al apreciarse como medida de la pena únicamente el grado de peligro del hecho, sólo intervienen cuando la pena, de imponerse en la medida del hecho puede resultar desocializadora, en razón a que, dadas las condiciones personales (condi-ciones personales por demás puramente objetivas en nada relacionadas con la personalidad del sujeto) revelan la necesidad de una pena menor.

El Código originario y el sucesor: defensa social cubano, se trataba de un mismo código, pero con dos objetos absolutamente distintos y contrarios, de valoración en la

medida de la pena, en razón a ello, era necesaria la separacion en las reglas de adecuación; escición que supera nuestro codigo actual al suprimir como objeto de valoración en los delitos internacionales, la peligrosidad criminal del sujeto y, en su lugar, colocar el hecho objetivo. Se trata ahora de un mismo y único objeto de valoración: ese hecho objetivo, graduable, entre otras, a partir de las formas de participacion subjetiva del sujeto (intencional o imprudente), en lo cual resulta innecesario tal separación.

La regla de determinacion de la pena en el momento judicial se establece, esencialmente, en al artículo 47 del Código Penal Cubano

actual y ella, la adecuación de la pena al caso concreto, se encuentra determinado por la proporcionalidad respecto al delito, entendiendo como injusto y culpabilidad, siempre que esa medida no resulte desocializadora al trasgresor.

3.A) PELIGROSIDAD SOCIAL.

El rasgo más importante de la acción u omisión, determinante de su esencia delic-tiva, es la peligrosidad social. El art. 8.1 del Código Penal comienza expresando "se considera delito toda acción u omisión socialmente peligrosa". Sin embargo, la índole de este rasgo o propiedad de esa

acción u omisión no ha dejado de concitar dudas por su carácter complejo.

Se ha sometido a cuestionamiento su propia denominación: ¿debe definirse este rasgo de la acción u omisión como "Peligrosidad social"?

Consideramos que la expresión "peligrosidad social" cumple con más precisión los objetivos que se procura satisfacer. Las expresiones "nocividad social" o "donosidad social" parecen más referidas a los hechos delictivos cometidos, mientras que la expresión "peligrosidad social" está relacionada con un concepto comprensivo de las acciones y omisiones con perjuicio real o potencial.

Concepto de Peligrosidad Social: Consiste en la cualidad objetiva de ciertas acciones u omisiones del hombre para ocasionar algún perjuicio significativo, actual o potencial, a las relaciones sociales.

La sociedad no es sólo la existencia colectiva de individuos. Lo fundamental en ella radica en la interacción, en la actividad conjunta de sus miembros.

El funcionamiento de la sociedad como sistema resulta asegurado por las normas sociales, las cuales se caracterizan por regular las relaciones entre los hombres. Las normas sociales modelan, determinan, la conducta social de las personas, aún cuando se hallan condicionadas por los principios,

valores e intereses ingentes al régimen de relaciones que integran la base económica de la sociedad. En consecuencia, ellas respaldan y fortalecen el orden social (el sistema de relaciones sociales imperante).

El problema de la peligrosidad social radica en determinar qué acciones u omisiones concretas son atribuibles a las esferas de lo ilícito penal; es decir en precisar, mediante criterios objetivos, el grado que debe alcanzar la peligrosidad de una acción u omisión particular, para definir su carácter delictivo, en el momento de la previsión normativa.

En la sociedad existen y funcionan diferentes tipos de normas sociales

Dos de esos tipos son las de convivencia y las jurídicas. Ambas tienen una característica común: consolidar reglas de conducta y vínculos recíprocos, exigidos por el sistema de relaciones sociales. Sin embargo, poseen determinado grado de diferencia. Mientras las normas de convivencia rigen en todos los aspectos de las relaciones sociales, las normas jurídicas sólo relegan los intereses del estado en el ejercicio de la tarea de protección del orden social, no necesitan erigir en delito toda acción que ataque o amenace a toda relación social, sino que, por el rigor del medio de coerción empleado (la sanción penal), cumple su función tutelar configurando como delito sólo el ataque o

amenaza de las relaciones sociales más necesitada de esa protección.

La peligrosidad social es un concepto real, no imaginario; por ello, su comportamiento está determinado también por la posibilidad real de que este sea susceptible de cometerse.

Por último, la peligrosidad social de una acción u omisión se deriva a veces de sus formas particulares de ejecución: no todos los ataques o amenazas a la propiedad, por ejemplo, constituyen delitos, sino únicamente determinadas modalidades, como son las formas subrepticias, violenta, fraudulenta, etc. La forma y la intensidad de la acción por la que se lleva a cabo la

agresión han de ser tales, que sólo el grave juicio de disvalor que la sociedad realiza mediante la sanción penal, es suficiente para caracterizar el hecho como ataque inadmisible al régimen de relaciones sociales.[11]

3.B) OBJETO DEL DELITO.

El delito se caracteriza por implicar la agresión o amenaza de "algo" que, consecuentemente, debe ser protegido de dicha agresión o amenaza. Ese "algo" es su objeto, que por tal razón también se ha denominado, "objeto de la protección".

[11] QUIRÓS PIREZ, Renen, Manual de Derecho Penal I, La Habana, 1999. pp 98 ss.

El contenido del objeto del delito pueden ser los siguientes: A) teoría de derecho subjetivo y B) teoría del bien jurídico.

A) El concepto de derecho subjetivo: se fundó en la afirmación del poder del individuo para reclamar el respeto absoluto de los derechos inherentes a su persona y bienes. El objeto de la protección consistía en la lesión o puesta en peligro de un derecho subjetivo.

La finalidad de dicha teoría, era la de proporcionar una explicación satisfactoria en cuanto a la legitimación del contenido del Derecho Penal y, por tanto, para constituir un limite a la actividad legislativa en esta rama del Derecho.

B) Teoría del bien jurídico: Se subordinan los derechos subjetivos al derecho objetivo. A pesar de su generalizada aceptación y prolongada vigencia, no se ha llegado aún al necesario acuerdo acerca de su real definición, dependiendo las respuestas de la estrechez o amplitud, así como del mayor o menor positivismo con que se entienda el concepto de bien jurídico.

La teoría del bien jurídico fue una creación del jurista alemán Birnbaum, quien denominaba al bien jurídico al referirse al objeto de la protección. Dicho autor, introdujo la problemática jurídico – penal sobre el concepto de "bien", con la finalidad de alcanzar una definición de delito natural,

o sea, independiente del derecho positivo, en el terreno de las infracciones contra la religión y las buenas costumbres.

3.C) BIEN JURIDICO.

El bien jurídico esta constituido por las relaciones sociales (o elementos de las relaciones sociales) que, por su particular interés social, son protegidas por medio del Derecho Penal, de los ataques y amenazas materializados por comportamientos conside-rados socialmente peligrosos.

Clasificación del bien jurídico:

A) Según la amplitud con la que se caracterice el grupo de relaciones sociales

protegidas: bien jurídico general, individual y particular.

B) Según la índole del titular del bien jurídico protegido.

C) Bien jurídico general: es el sistema de relaciones sociales protegido por el Derecho penal. El bien jurídico general se relaciona con la esencia de lo delictivo (en lo esencial tiene que haber generalidad), así como con la necesidad (lo necesario tiene que ser general).

Bien jurídico individual: consiste en el tipo particular de relación social , amenazada o atacada por la acción u omisión socialmente peligrosa cometida por el sujeto.

Bien jurídico particular: es la relación social o elemento de una relación social, protegida por el Derecho Penal de los ataques o amenazas de acciones u omisiones socialmente peligrosas, común a un grupo de delitos. El bien jurídico particular enlaza los bienes jurídicos individuales de un conjunto de delitos, con el bien jurídico general. Su importancia radica en proporcionar un método aceptable de clasificación de los delitos dentro de una ley (código) determinado.

A) La clasificación de los bienes jurídicos según la índole de su titular se ha llevado a cabo conforme a diversos criterios, pero en

todos predomina una idea esencial: la naturaleza personal o colectiva de ese titular. Bienes jurídicos personales son aquellos en los que el titular es la persona natural; y bienes jurídicos colectivos son todos los demás (la familia, el Estado, la sociedad, etc).[12]

3.D) EL SUJETO DEL DELITO.

El delito, constituye una acción volitiva del hombre. De esta idea se infiere la necesidad de un sujeto de tal acción: este sería el sujeto del delito, este no se identifica con el autor de delito. Se trata de nociones relativamente diferenciadas. La definición legal del acto prohibido implica solo un

[12] QUIROZ PIREZ, Renen. Manual de Derecho Penal I, La Habana, 1999, pp 180 ss.

concepto acerca de una acción u omisión declarada ilícita y punible por la ley. El sujeto del delito resulta, por consiguiente, el componente personal de ese concepto con independencia de las formas especificas en que se materializa su intervención en la ejecución del hecho. El autor inmediato, el organizador, el inductor, el cooperador necesario, el autor inmediato y el cómplice, son ciertamente sujetos del delito, pero a ninguno de ellos se refiere, en particular, el concepto de sujetos del delito, el cual los comprende a todos.

El sujeto de delito delimita anticipadamente la esfera de los posibles autores o partícipes, de manera que no podrían serlo quienes no

reúnan las condiciones generales y particulares requeridas por aquel.

3.E) IMPUTABILIDAD.

El punto de partida del principio de la responsabilidad penal individual radica en lo que se ha denominado "la imputabilidad", la cual representa el primer eslabón del sistema "imputable – culpable - responsable".

I) Concepto de la imputabilidad.

Se hace referencia a la imputabilidad desde dos puntos de vista: la imputabilidad de la acción (el conjunto de condiciones que ha de reunir el hecho para poder atribuírsele a su autor); y la imputabilidad del sujeto (el conjunto de condiciones que ha de reunir el sujeto para que un hecho, realizado por él,

pueda atribuírsele. La primera acepción del vocablo “imputabilidad” se refiere a calidad del imputable, imputable es aquello que puede imputarse, e imputar es atribuir algo a determinada persona. De esto se ha atribuido que la imputabilidad significa la calidad de la acción atribuible al sujeto que la ha perpetrado.

II) Requisitos de la imputabilidad.

El concepto de imputabilidad reclama en el sujeto la concurrencia de ciertas condiciones. En la determinación de estas se han seguido tres sistemas legislativos: el biológico (se limita a mencionar las anomalías psíquicas que exoneran de responsabilidad, pero sin señalar los efectos psíquicos de aquellas); el

psicológico (se abarcan en una definición general todas las condiciones de la conciencia y voluntad requeridas para la imputabilidad o inimputabilidad del sujeto); y el biopsicológico o mixto (se supedita la imputabilidad a una doble condición, una de carácter biológico como causa –ciertos tipos de enfermedades- y otra de carácter psicológico como efecto.

En conclusión, será imputable quien posea la facultad de comprender el alcance de sus acciones y de dirigir su conducta.

La imputabilidad, supone determinada capacidad de voluntad asentada sobre la posibilidad de conocer. Una persona imputable puede definirse de cierto modo

como aquella que puede proporcionar una respuesta consciente, con plena o adecuada elaboración psicológica en que intervengan dos funciones: la cognición y la volición.[13]

[13] QUIROZ PIREZ, Renen. Manual de Derecho Penal I, La Habana, 1999, pp 215 ss.

CONCLUSION.

Consideramos que la medida de seguridad no debe ser como sanción por incumplimiento de la ley, sino como un medio para reinsertar al individuo que ha cometido un delito, a la sociedad.

Al plantear nuestra postura sobre idelogías "re" creemos en el no cumplimiento debido al sufrimiento del reo en la privación de libertad, a las malas condiciones carcelarias sobre higiene y trato personal.

Para que se dé el cumplimiento de la reinserción social, reeducación, etcetera; creemos que debe haber un mayor intervencionismo del Estado como garante de la seguridad social.

Por otra parte, podemos afirmar que las medidas de seguridad miran más a los sujetos que al delito, a los autores que a los hechos, revelando una fuerte primacía del derecho penal de autor por encima del derecho penal de acto. Así, las medidas de seguridad, a diferencia de las penas, que deben responder a los principios de culpabilidad, lesividad y proporcionalidad, son aplicadas con el propósito exclusivo de prevención social y reacción frente a la peligrosidad, tratando de prevenir la ocurrencia de hechos futuros.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

NUÑEZ Ricardo C.“Derecho Penal Argentino”, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina Omeba, 1960.

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

QUIROZ PEREZ, Renen. “Manual de Derecho Penal I”, La Habana, 1999.

ROJAS, Nerio. “Medicina Legal”, Buenos Aires, Editorial Ateneo, 1936.

ROXIN, Claus.“Derecho Penal.Parte General”, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1997.

SOLER,Sebastian. “Derecho Penal Argentino”

Buenos Aires, Editorial Tipográfica Editor Argentina,1940.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Derecho Penal. Parte general”, Buenos Aires, Editorial Ediar,2000.