



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE MAESTRIA

EL HECHO COMO PRESUPUESTO

DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD PARA INIMPUTABLES

MAESTRIA EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Nombre del Tesista: José Antonio Vergara Luque

Nombre del Director: Prof. Dr. Francisco Maldonado Fuentes

Mendoza, 30 de diciembre de 2020

RESUMEN

Este trabajo aspira a contribuir al estudio del hecho previo requerido para la aplicación de una medida de seguridad al autor inimputable. La opinión dominante ha entendido que el injusto no culpable cumple esta función delimitadora, solución insatisfactoria porque no comprende los déficits de imputación subjetiva en el injusto por interferencia del estado de inimputabilidad.

El tratamiento de estas cuestiones se encuentra precedido de un estudio doctrinario de las medidas de seguridad previstas en el Código Penal Argentino, los principios informadores que en la actualidad garantizan su adaptación al esquema constitucional-convencional, y una revisión crítica del estado de la discusión.

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	6
CAPITULO I: LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO	9
1. El tratamiento jurídico-penal del inimputable	9
2. El Código Penal Argentino. Primera doctrina	12
3. Desarrollos doctrinarios posteriores.....	15
4. Voces discordantes y la respuesta no penal	17
5. Nuevas orientaciones	23
CAPÍTULO II: NUEVAS TENDENCIAS POLÍTICO-CRIMINALES EN EL DERECHO DE MEDIDAS DE SEGURIDAD	27
1. Presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad ...	27
1.1. El hecho previo	27
1.2. Peligrosidad criminal.....	28
2. Los principios informadores de las medidas de seguridad ..	31
3. Principio de legalidad	32
4. Principio de proporcionalidad.....	36
4.1. Idoneidad o adecuación de la medida al fin que la justifica ..	37
4.2. Necesidad de la medida de seguridad	37
4.3. Proporcionalidad en sentido estricto	38

5.- Conclusión preliminar	45
----------------------------------------	-----------

CAPITULO III: DÉFICITS DE IMPUTACIÓN CONDICIONADOS POR EL ESTADO DE INIMPUTABILIDAD	46
------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

1. El hecho previsto como delito.....	46
----------------------------------------------	-----------

2. Déficits de imputación en el injusto condicionados por estados de inimputabilidad	49
-------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

2.1. Afectación de la parte subjetiva de la acción	49
----------------------------------------------------------	----

2.2. Error de tipo invencible	51
-------------------------------------	----

2.3. Ausencia de elementos subjetivos del tipo distintos del dolo	51
-------------------------------------------------------------------	----

2.4. Error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación	53
--------------------------------------------------------------------------------	----

3. Otros supuestos problemáticos.....	54
----------------------------------------------	-----------

3.1. Ausencia del elemento subjetivo de la justificación. (Error de tipo permisivo al revés)	55
-------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

3.2. Error de prohibición y otros casos de exculpación.....	56
-------------------------------------------------------------	----

3.3. El caso de ausencia de punibilidad.....	58
----------------------------------------------	----

3.4.- Prescripción de la acción penal	58
---------------------------------------------	----

4. Resumen	58
-------------------------	-----------

CAPITULO IV: DELIMITACIÓN DEL HECHO PREVIO EN LA DOGMÁTICA	60
-----------------------------------------------------------------------------	-----------

1. Preeminencia del sistema y no imposición de medidas de seguridad	60
--------------------------------------------------------------------------------------	-----------

2. Preeminencia de la solución político-criminal e imposición de medidas de seguridad.....	61
-------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

2.1. Reafirmación del hecho como típico y antijurídico	63
--------------------------------------------------------------	----

2.2. Distinción entre lesividad y antijuridicidad.....	67
3. Injusto culpable y renuncia a un presupuesto unitario.	69
3.1. Capacidad de imputación como primer elemento de un concepto funcional de delito	73
3.2. Renuncia a un presupuesto común para la imposición de penas y medidas de seguridad	77
4. El hecho previo en las medidas de seguridad para inimputables	81
4.1. Recapitulación	81
4.2. El hecho previo	82
CONCLUSIONES.....	85
BIBLIOGRAFÍA.....	89

INTRODUCCIÓN

El estudio de las medidas de seguridad previstas en el artículo 34, inc. I del Código Penal Argentino no ha merecido por parte de la doctrina el mismo interés que las penas, a pesar de la importante injerencia que implican, su función de prevención y fundamentalmente, su permanencia en el derecho penal, materializada en la vigencia del ya casi centenario cuerpo normativo y su previsión – en forma más completa y sistemática – en los distintos proyectos de reforma que se han sucedido en los últimos años. Si bien existen autores que cuestionan la constitucionalidad de esta regulación, o bien, su pertenencia al derecho penal, la opinión dominante las admite, sujetas a la concurrencia de peligrosidad y la previa comisión de un hecho típico no amparado por una norma permisiva.

La finalidad de este trabajo es contribuir al estudio y delimitación del segundo presupuesto, es decir, el hecho previo requerido para la aplicación de la medida de seguridad. Se trata de una tarea compleja, en primer lugar, porque compromete a los principios materiales que fundan la intervención del derecho penal e impiden aplicar medidas predelictuales. Además, por la existencia de diferentes concepciones de norma, sistema y respecto del contenido de categorías fundamentales como el injusto, la culpabilidad y la propia inimputabilidad.

En primer lugar, en el Capítulo I se realiza un estudio doctrinario de las medidas de seguridad previstas en el Código Penal Argentino desde el inicio de su vigencia hasta nuestros días y en el Capítulo II, los principios informadores que en la actualidad garantizan su adaptación al esquema constitucional-convencional. Luego, en el

Capítulo III se analizan los supuestos de interferencia del estado de inimputabilidad con distintos elementos subjetivos del delito.

Por último, en el Capítulo IV se estudian las distintas respuestas de la dogmática a los problemas que tales interferencias plantean al sistema tradicional de la teoría del delito, diferenciando las soluciones que privilegian la coherencia sistemática de aquellas que otorgan preeminencia a la solución político-criminal. En efecto, la opinión dominante ha entendido que el injusto no culpable cumple esta función delimitadora del hecho previo requerido para la imposición de una medida de seguridad. No obstante, una interpretación sistemática conduce a efectos político-criminales indeseados, al dejar fuera aquellos casos en que, a causa del estado de inimputabilidad, esté ausente algún elemento subjetivo del injusto, ya sea por afectación de la parte subjetiva de la acción, error de tipo invencible, ausencia de elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, o en los supuestos de error sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación para los partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo o de la teoría restringida de la culpabilidad. Estos casos, precisamente, evidencian la incidencia del estado de inimputabilidad en la realización del hecho y, por tanto, justifican la imposición de las medidas. Por otra parte, tampoco corresponde la aplicación de las medidas en todos los casos de injusto no culpable, como evidencian los supuestos de error de prohibición invencible, o cuando concurre una situación objetiva de exculpación independiente, o en caso de ausencia de punibilidad, en los que el hecho se explica al margen de la patología.

Todo ello demuestra la necesidad lógica de una estructura diferenciada propia de las medidas de seguridad, que otorgue coherencia de análisis. Es decir, se justifica que el hecho previo exigido es un injusto objetivo diferenciado, que comprende los casos de déficits de imputación subjetiva del injusto no culpable, y que

el análisis de estas interferencias mantiene interés como un indicador que contribuye a otorgar certeza a la peligrosidad también requerida como presupuesto.

CAPITULO I: LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO

1. El tratamiento jurídico-penal del inimputable

Frente a la pena retributiva de los clásicos ¹, la Escuela Positiva propuso a las medidas de seguridad como instrumento más eficaz para hacer frente a la peligrosidad, con una función preventiva especial, sea orientada a la reinserción o bien, a la inocuización ². Carl Stoss en su Anteproyecto para un Código Penal Suizo de 1893, presentó una conciliación de los dos modelos, al aceptar en un mismo sistema penal ambas respuestas: la pena retributiva de los clásicos – adecuada al hecho y a la culpabilidad – para los sujetos responsables, pero también las medidas de seguridad

¹ “El fin de la pena no consiste en que se haga justicia, ni en que el ofendido sea vengado, ni en que sea resarcido el daño padecido por él, ni en que se atemoricen los ciudadanos, ni en que el delincuente purgue su delito, ni en que se obtenga su enmienda. Todas estas pueden ser consecuencias necesarias de la pena, y algunas de ellas pueden ser deseables, pero la pena continuaría siendo un acto inobjetable, aun cuando faltaran estos resultados. El fin primario de la pena es el restablecimiento del orden externo en la sociedad” (CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal, Bogotá, Ed. Temis, 1957, pág. 68).

² En este contexto, destaca la formulación de la pena-fin de perfiles únicamente preventivos de Von Liszt, resistida por los clásicos [Cfr. URRUELA MORA, Asier, Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad (Granada, Ed. Comares, 2009), pág. 8; TAPIA, Patricia. Las medidas de seguridad. Pasado, presente y ¿futuro? de su regulación en la legislación chilena y española (En Revista Política Criminal, Vol. 8, Nº 16 (Diciembre de 2013), Art. 7, pp. 574-599. Disponible en world wide web: http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_16/Vol8N16A7.pdf]. Expresaba Lombroso que “Las nuevas nociones antropológicas si bien disminuyen la nota infamante que recae sobre el malhechor, nos imponen a la vez, el deber de prolongar la pena. En efecto, cuanto más irresponsables son, son más temibles, porque siendo sus tendencias criminales innatas y atávicas, no pueden ser neutralizadas sino por la selección y segregación” (LOMBROSO, Césare. El delito. Sus causas y remedios. Trad. por Bernardo de Quirós, Madrid, Ed. Librería General de Victoriano Suárez, 1902, págs. 490/491).

con una función preventivo-especial³, aplicables como complemento de la pena y también a los inimputables o semiinimputables.⁴

Luego de esta primer recepción legislativa del sistema dualista de reacciones frente al delito, su generalización fue absoluta⁵, y la mayoría de los códigos penales vigentes en la actualidad mantiene el sistema de la doble vía, habiendo afirmado Silva Sánchez en el año 1998 que en el derecho penal las medidas de seguridad constituyen “una institución hoy por hoy irrenunciable desde perspectivas de protección social y de prevención de integración, con – en todo caso – no peor conciencia que la que le acompaña al recurrir a las penas”.⁶

Precisamente, el tratamiento jurídico-penal de los inimputables ha estado condicionado tanto por la evolución de la medicina y la psiquiatría, como por la incorporación de las medidas de seguridad. En primer lugar, los progresos de la medicina y de la psiquiatría aumentaron considerablemente los cuadros nosológicos

³ Cfr. TAPIA, Patricia. Las medidas de seguridad. Pasado, presente y ¿futuro? de su regulación en la legislación chilena y española, op.cit.; y URRUELA MORA, Asier. Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad, op. cit., pág. 5 y ss.

⁴ En el Anteproyecto, además de la medida de internamiento para los sujetos inimputables o semiinimputables, Stoss previó, cuando la seguridad pública lo exigiera, la medida de custodia para los reincidentes múltiples aplicable cuando el tribunal estuviera convencido de que volverían a reincidir, o el envío a una casa de trabajo o a un establecimiento para cura de ebrios para aquellos cuyos delitos que se debieran a falta de afección al trabajo o a ebriedad. También incorporó otras medidas de seguridad no privativas de libertad – vgr. prohibición de trabajo y caución, así como medidas de seguridad sobre objetos - (Cfr. FRISCH, Wolfgang. Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho Penal. En Indret, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, N° 3/2007).

⁵ Cfr. URRUELA MORA, Asier. Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad, op. cit., pág. 8.

⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Consideraciones sobre las Medidas de Seguridad (En Perspectivas sobre la política criminal moderna, Bs.As., Ed. Abaco, 1.998), pág. 70. Sobre la crisis de la doble vía, cfr. FRISCH, Wolfgang. Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho Penal, op. cit., pág. 8 y ss.

de las personas que podían ser consideradas inimputables. No obstante, la ausencia de un tratamiento jurídico penal específico en el derecho penal clásico impidió el consecuente progreso en la materia. En este sentido, Paz Anchorena expresaba que pese al criterio médico, no olvidando el juez “la misión de defensa social de que está encargado y muchas veces en oposición con los peritos” fueron condenados a prisión individuos considerados “manifiestamente peligrosos para el ambiente social”⁷. No obstante, se advirtió que si bien no se puede dejar en libertad al alienado criminal, por el peligro que representa, tampoco puede ser sometido “a sufrir una pena, pues con ella no se reformarían”.⁸

Según su origen histórico – observa Stratenwerth –, las medidas de seguridad “no se concibieron sobre la base de especiales necesidades terapéuticas, sino con el fin de sortear las limitaciones que son consecuencia del principio de culpabilidad”⁹, y como ha señalado Silva Sánchez, su regulación favoreció el progreso y humanización del Derecho Penal de Culpabilidad.¹⁰

⁷ PAZ ANCHORENA, José María. Curso de Derecho Penal dictado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires por el Profesor Titular Dr. Juan P. Ramos, Parte a cargo del Profesor Suplente, Dr. José María Paz Anchorena, compilado por ISAURO P. ARGÜELLO (h) y PEDRO FRUTOS, Tomo III, PENOLOGÍA (Bs. As., Ed. Biblioteca Jurídica Argentina, 1.929) §332, pág. 225.

⁸ PAZ ANCHORENA, José María. Curso de Derecho Penal, op. cit., Tomo III, § 336, pág. 226. “El loco – expresaba Paz Anchorena – es únicamente un peligroso, que requiere para su tratamiento medidas de seguridad” (Íbidem).

⁹ STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal, Parte General. I El Hecho Punible. Traducción de la Segunda Edición Alemana (1.976) de Gladys Nancy Romero (Buenos Aires, Ed. FD, 1999), pág. 21.

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, José María. Consideraciones sobre las Medidas de Seguridad, op. cit., pág. 70.

2. El Código Penal Argentino. Primera doctrina

El Código Penal Argentino de 1921, vigente desde el 30 de abril de 1922, luego de regular los supuestos de inimputabilidad, contempló medidas postdelictuales, en el artículo 34, inciso 1º, párrafos segundo y tercero ¹¹. Gómez, Peco y Ramos, lo criticaron y desprestigiaron, pues era “inconcebible” por estar fundado en la libertad moral ¹², y por considerar que organizó el sistema de medidas de seguridad de manera muy tímida ¹³. Se sucedieron distintos proyectos para incorporar el estado peligroso predelictual en 1924, 1926, 1928 y 1932, aunque sin éxito legislativo ¹⁴, e inclusive, hubieron proyectos positivistas de reforma total del Código Penal en 1936 (Proyecto Coll-Gómez) y en 1941 (Proyecto Peco). Ramos

¹¹ La norma citada reza: “Art. 34.- No son punibles: 1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. 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. 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”.

¹² Citados por SOLER, Sebastián, Bases ideológicas de la reforma penal (Bs. As., Ed. Eudeba, 1966), pág. 19.

¹³ Cfr. GÓMEZ, Eusebio. Tratado de Derecho Penal, Tomo I (Bs. As., Ed. Compañía Argentina de Editores, 1939), pág. 280.

¹⁴ De este modo, quedó fuera del derecho penal argentino el llamado estado peligroso predelictual, previsto verbigracia en España, por la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, y en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 1970, aunque no estuvo exento de críticas. Cfr., entre otros, MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al Derecho Penal (Bs.As., Ed. B de F, 2001, 2ª Edición Argentina [1ª Edición Española año 1975], págs. 76/88); y RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Delito, pena y constitución (En Revista Jurídica, Universidad Autónoma de Madrid, N° 8, Año 2003, págs. 311-330).

señaló que “también hay sanciones para actos que no son delitos en ninguna parte del mundo. El hombre que resuelve vivir en la mala vida, no realiza ningún acto directamente perjudicial a los demás, no hiere, no mata, no roba, no corrompe, pero vive en un estado moral, espiritual y físico confinante de tal manera con el delito que casi está identificado con lo que es antisocial en el seno de toda colectividad. Entonces la teoría del estado peligroso toma también a ese hombre, lo somete a una norma y procura corregirlo”¹⁵. En sentido concordante, Rojas agregó que “si la sociedad tiene derecho a defenderse contra el delincuente, ningún criterio mejor que guiarse por el grado de peligrosidad de éste, 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 física, 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”.¹⁶

La fórmula de inimputabilidad quedó casi suprimida, pues a partir de las exposiciones de Rojas, se la consideró como un estado de hecho biopsiquiátrico, con prescindencia de la segunda parte del texto legal, que sólo existe cuando el individuo ha cometido el hecho en estado de alienación mental o de inconsciencia completa, criterio que recogió el Proyecto de 1926. El efecto previsto fue considerado como una “supervivencia impregnada de la metafísica del libre albedrío” que “carece de toda justificación”, y “tomado en su

¹⁵ RAMOS, Juan P. Curso de Derecho Penal, Tomo I (Bs. As., Ed. Tall.Graf. Ariel, 1927) § 783, pág. 376.

¹⁶ ROJAS, Nerio. Medicina Legal, Octava Edición (Bs. As., Ed. El Ateneo, 1964), pág. 353.

letra implicaría (...) condenar a algunos alienados lúcidos que delinquen con plena conciencia del crimen”¹⁷. En efecto – agrega –, éstos tienen intención, voluntad, y a veces también discernimiento, por lo que sólo es importante que el perito médico determine si el individuo es o no un alienado, opinión vinculante para el juez.¹⁸

La peligrosidad, presupuesto de aplicación de la medida de seguridad, fue entendida como una propiedad atribuible al sujeto, fácilmente verificable, ya que se consideró que existe si hay alienación, y que “todo alienado es peligroso para sí o los demás, con diferencias de grado, según su tipo de enfermedad y la intensidad y forma de sus síntomas”¹⁹. Por tanto, si bien no se prescinde del delito, éste no es más que un índice de apreciación de la peligrosidad del sujeto.²⁰

Concordantemente, la opinión dominante consideró que las medidas de seguridad contempladas debían ser de duración indeterminada, y en consecuencia, cesaban cuando desaparecía la peligrosidad del inimputable, pues sólo de esta manera se garantiza la realización de la defensa social mediante la prevención especial, ya que el sujeto vuelve al seno social luego de corregido o mejorado²¹.

¹⁷ ROJAS, Nerio. Medicina Legal (Bs. As., Ed. El Ateneo, 1936), Tomo II, pág. 172.

¹⁸ ROJAS, Nerio. Medicina Legal, op. cit., pág. 24.

¹⁹ ROJAS, Nerio. La liberación en el internamiento del artículo 34 del Código Penal (En Revista de Derecho Penal, Bs. As, Ed. EDIAR, Año IV, Nº 1, primer Trimestre de 1948) pág. 202. Justificaba Rojas que “es conocido el hecho de aquel demente profundo y tranquilo que con su bondad patológica quemó a una criatura en la estufa, buscando calentarlo, pues hacía mucho frío” (Íbidem)

²⁰ Cfr. RAMOS, Juan P. Curso de Derecho Penal, Tomo I, op. cit., § 783, pág. 376.

²¹ GÓMEZ, Eusebio. Tratado de Derecho Penal, Tomo I, op. cit., pág. 279. El autor propiciaba la indeterminación tanto de la medida de seguridad como de la pena. En igual sentido, Coll y Ramos consideraron que ambas deben ser establecidas bajo una sola denominación, por ejemplo, sanciones (Cfr. COLL, Jorge E. y RAMOS, Juan P. La medida de seguridad, ¿debe sustituir a la pena o simplemente complementarla? En Revista Jurisprudencia Argentina, Sección Doctrinaria, Tomo 25, año 1927. Trabajos presentados al Primer Congreso Internacional de Derecho Penal, Bruselas, Julio 26-29 de 1926, págs. 43/47).

Rojas agregó que aún en los casos de enfermedad mental – que se interpretó limitada a los supuestos de alienación – para que concluya la medida de seguridad se requiere la curación del sujeto, porque si bien la norma sólo exige el cese del peligro, “siendo éste una consecuencia, supone por lo general la desaparición de la causa”.²²

3. Desarrollos doctrinarios posteriores

El positivismo jurídico implicó un regreso al texto legal²³, y destacó el carácter mixto de la fórmula de inimputabilidad adoptada²⁴. Los estudios posteriores se ocuparon preferentemente de la pena, su fundamentación y fines, abandonando las viejas teorías absolutas-retribucionistas, circunstancia que aproximó en su finalidad preventiva a la pena y la medida de seguridad²⁵, a la vez que se reconoció el carácter aflictivo de las últimas.²⁶

²² ROJAS, Nerio. La liberación en el internamiento del art. 34 del Código Penal, op. cit., pág. 203.

²³ Cfr. SOLER, Sebastián. Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso (Bs. As., Ed. Valerio Abeledo, 1929); del mismo autor, Bases ideológicas de la reforma penal, op. cit.; y NUÑEZ, Ricardo C. Significado de Sebastián Soler para el Derecho Penal Argentino (En Revista Doctrina Penal nº 9-12, Bs. As., Ed. Depalma, Año 3, 1980), pág. 521

²⁴ SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Parte General, Tomo II (Bs. As., Ed. TEA, 1945), pág. 37.

²⁵ Cfr. JAEN VALLEJO, Manuel. Consecuencias Jurídicas del delito: Bases y Propuestas (En Ley, Razón y Justicia. Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales, Neuquén, Año 5, Nº 7, agosto de 2002-julio de 2003, págs. 168/170).

²⁶ Cfr. DE LA FUENTE, Javier E. Medidas de Seguridad para inimputables (En Rev. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Tomo 8-A, Bs. As., Ed. Ad Hoc, 1998), pág. 290 y ss. En el derecho comparado, cfr. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, Parte General, Bs.As., Ed. B de F, 2004, 7ª Edición [1ª Edición año 1984], pág. 54; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Consideraciones sobre las Medidas de Seguridad, op. cit., pág. 73 y El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales, (Barcelona, Ed. J.M. Bosch, Primera reimpression, 1997), pág. 39; y MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal, Parte

Siguiendo el texto legal, la peligrosidad - presupuesto de aplicación de la medida - fue entendida como “el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás”. Es decir, el peligro de daño no necesariamente debía consistir en una conducta delictiva o criminosa, sino que por el contrario, quedó comprendido cualquier menoscabo temido para el propio sujeto o bien hacia terceros, por hechos futuros que el inimputable pueda realizar ²⁷, considerándose en consecuencia que el daño temido puede ser cualquiera. ²⁸

Un criterio más restrictivo fue sostenido por quienes recordando el carácter penal de las medidas de seguridad y el principio de intervención mínima, consideraron insuficiente la simple peligrosidad para sí mismo y la mera peligrosidad social, exigiendo un pronóstico delictivo, consistente en “la existencia de una probabilidad cierta de la futura comisión de delitos” ²⁹. Más exigente, Namer sostiene que estas medidas “no podrán imponerse ante la mera posibilidad de cometer delitos (tal como lo expresa el concepto de “peligrosidad” utilizado por la doctrina) sino que deberán aplicarse

General. 2ª Edición, revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995 [1ª Edición año 1993] (Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996), págs. 55 y 606.

²⁷ Cfr. SOLER, Sebastián. Tratado de Derecho Penal Argentino, Tomo II, op. cit., pág. 411; NÚÑEZ, Ricardo. Tratado de Derecho Penal (Bs. As., Ed. Bibliográfica, 1960), Tomo II, pág. 560; LAJE ANAYA, Justo. Presupuestos para aplicar las medidas de seguridad contempladas en el artículo 34 del Código Penal (En Revista Jurisprudencia Argentina, Serie Contemporánea-Doctrina, 1969), pág. 256; ARGIBAY MOLINA, José F., DAMIANOVICH, Laura T.A., MORAS MOM, Jorge R y CLEMENTE, José Luis. Medidas de Seguridad, Art. 34, inc. I (En Opúsculos de Derecho Penal y Criminología N° 42, Córdoba, Ed. Lerner, 1991), pág. 15.

²⁸ ARGIBAY MOLINA, José F., DAMIANOVICH, Laura T.A., MORAS MOM, Jorge R y CLEMENTE, José Luis. Medidas de Seguridad, Art. 34, inc. I, op. cit., pág. 107.

²⁹ DE LA FUENTE, Javier E. Medidas de Seguridad para Inimputables, op. cit., págs. 305/307. En el derecho comparado, el Código Penal Español de 1995, en el art. 95, inciso 1, apartado 2º, para la aplicación de una medida de seguridad exige “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”.

sólo si los delitos que se llegaran a cometer pudieran poner en peligro un bien jurídico de mayor entidad que la libertad personal”.³⁰

En cuanto a la duración de la medida, de conformidad al texto del art. 34, inc. 1º, párrafos segundo y tercero del Código Penal Argentino, la opinión dominante consideró que es de duración indeterminada, y en consecuencia, cesa cuando desaparece la peligrosidad del inimputable, pues no puede ponerse medida fija a la recuperación del enfermo³¹. Y con relación a los requisitos necesarios para la liberación, contrariamente a lo que había sostenido Rojas, el Proyecto de Código Penal de 1960, elaborado por Soler, reguló estas medidas en el artículo 84, sujetando su duración al “tiempo requerido para la seguridad”. De la Fuente afirmó que para disponer la cesación de la medida de seguridad no es imprescindible que el enfermo se cure, sino que deje de ser peligroso, ya que existen muchas enfermedades psiquiátricas consideradas incurables, en las cuales debe cesar la medida aunque la enfermedad perdure, si se logró contener la peligrosidad.³²

4. Voces discordantes y la respuesta no penal

En la doctrina nacional existen voces discordantes que consideran que las medidas de seguridad son de carácter administrativo. Si bien nacen y se extinguen en el derecho penal, no

³⁰ NAMER, Sabrina. El concepto de peligrosidad y la limitación temporal a la medida de internación (En Revista Lecciones y Ensayos nº 72/73/74, 1998/99, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Departamento de Publicaciones, Universidad de Buenos Aires, Bs. As., Ed. Abeledo-Perrot, 1999), pág. 343.

³¹ Cfr. ARGIBAY MOLINA, José F., DAMIANOVICH, Laura T.A., MORAS MOM, Jorge R y VERGARA, Esteban R. Derecho Penal, Parte General, Tomo II (Bs. As, Ed. Ediar, 1972), pág. 109.

³² DE LA FUENTE, Javier E. Medidas de Seguridad para Inimputables, op. cit., pág. 315.

se agotan a sí mismas, sino que cierran su ciclo fuera del derecho penal, porque aspiran a la recuperación real del sujeto anormal, y mientras no opere se mantienen ³³. Otros autores han cuestionado la constitucionalidad de la duración indeterminada prevista para las medidas. En este sentido, Tapia postula la inconstitucionalidad de las medidas de seguridad previstas en el art. 34, inc. 1, apartados 2° y 3° del Código Penal, porque – afirma – violan los principios de legalidad y proporcionalidad. A fin de no dejar sin tutela al inimputable peligroso y a la sociedad, remite al régimen del derecho privado, y propicia una reforma legislativa que fije un límite máximo a la duración a las internaciones, atendiendo al injusto cometido, “los injustos que pueda cometer y la peligrosidad del inimputable”, y “si vencido el mismo no desaparece la peligrosidad, se aplicarán las normas del Código Civil”.

34

También se ha cuestionado la propia coexistencia de ambos institutos como consecuencias jurídicas del delito. En este sentido, Binder considera que “el estado de inimputabilidad saca a esa persona del derecho penal y no son admisibles reacciones violentas que se encubren con otros nombres” ³⁵. Concordantemente, Zaffaroni,

³³ Cfr. ARGIBAY MOLINA, José F., DAMIANOVICH, Laura T.A., MORAS MOM, Jorge R. y VERGARA, Esteban R. Derecho Penal, Parte General, Tomo II, op. cit., págs. 101/102. Agregan estos autores que sus extremos “sólo caen en el ámbito del derecho penal, por cuanto resulta indispensable conferir a estas medidas, que producen una considerable restricción de la libertad y de los demás derechos del hombre, a veces mucho más graves que los derivados de la propia pena, una fuerte garantía jurisdiccional” (Ibidem).

³⁴ TAPIA, José Eduardo. ¿Son constitucionales las medidas de seguridad previstas en el artículo 34, inc. 1°, apartados 2° y 3° del Código Penal Argentino? (En Pensamiento Penal y Criminológico. Revista de Derecho Penal Integrado. Año V – N° 9 – 2004), págs. 246/249.

³⁵ BINDER, Alberto M. Introducción al Derecho Penal (Bs. As., Ed. Ad-Hoc, 2004), pág. 262. En el derecho español, en similar sentido Molina Fernández expresa que “entre el derecho penal de imposición de penas y el derecho penal de medidas hay suficientes diferencias como para poder cuestionar su pertenencia a una categoría común. De hecho, en el ámbito civil hay medidas de seguridad que se aplican completamente al margen de la comisión de un hecho descrito como delito. Buena muestra del carácter espurio del derecho de medidas es la escasa atención que

Alagia y Slokar afirman que “es correcto en el marco constitucional que el juez penal renuncie a toda pena para incapaces psíquicos y, en los casos de absolución por enajenación mental, cuando observe la necesidad de internación u otra medida de tratamiento, deba dar intervención al juez civil competente para que se pongan en funcionamiento las normas del derecho psiquiátrico (arts. 482 y concordantes del código civil). El mismo criterio es válido para las hipótesis del tercer párrafo del inc. 1º del art. 34, que está también suficientemente cubierta por la disposición del art. 144 del Código Civil”³⁶. Por tal motivo, agregan los autores citados, “otra de las consecuencias de una interpretación constitucional en orden a la consecuente prohibición de las penas perpetuas, como también en cuanto a la mínima irracionalidad y, en especial, a la dignidad de la persona – que impide acordarle un valor instrumental o de medio -, al nullum crimen sine conducta, al nullum crimen sine culpa, al principio de igualdad y a la genealogía incompatible con la Constitución, es la inconstitucionalidad de las penas de reclusión que bajo la denominación de medidas de seguridad establecen los párrafos segundo y tercero del inc. 1º del art. 34 para incapaces psíquicos de delito”.³⁷

En la dogmática comparada, Jakobs considera que el derecho penal sólo reacciona frente a la culpabilidad. El comportamiento de un inimputable – agrega – pertenece

reciben por parte de la doctrina penal” (MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. El concepto de injusto en la evolución de la teoría jurídica del delito (En Revista Chilena de Derecho, Vol. 22, N° 2, pág. 292).

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal, Parte General (Bs. As., Ed. EDIAR, 2000), pág. 886. El texto remite al Código Civil de Vélez. En la legislación hoy vigente rigen en la materia los arts. 41/42 del Código Civil y Comercial (Ley 26994/14), y la ley 26657/2010.

³⁷ ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Manual de Derecho Penal, Parte General (Bs. As., Ed. EDIAR, 2010, 2ª Edición-4º reimpresión [1ª Edición, 2005]), pág. 886.

exclusivamente al ámbito de la naturaleza y carece de relevancia jurídico-penal ³⁸. Es decir, “como el conflicto se combate sólo cognoscitivamente y no normativamente, la medida de seguridad debe tener éxito también cognoscitivamente: la meta es – frente a lo que ocurre en la medida de seguridad complementaria – no la autoridad de la norma, sino la eliminación de peligros” ³⁹. En igual sentido, Lesch aclara “para evitar malentendidos: tanto los niños como los enfermos mentales son sujetos de Derecho y como tales están en condiciones de expresar un sentido jurídicamente relevante. Sin embargo, todo sistema jurídico — ya sea el Derecho civil, el Derecho de policía, el Derecho de asistencia a la juventud, el Derecho penal, etc.— opera con conceptos propios. Por ejemplo, penalmente es irrelevante que un niño de diez años asesine a su maestro, pues se trata de mera naturaleza. Sin embargo, semejante hecho tiene una gran importancia para el Derecho de policía o de asistencia a la juventud y en tal medida tiene también poder de comunicación” ⁴⁰. Y en la doctrina española, Ragués y Vallés expresa que las medidas de seguridad tienen un contenido asegurativo y no punitivo que las acerca a las medidas del derecho administrativo, agregando que la circunstancia de que su imposición sea realizada por el tribunal penal es una cuestión de competencia, dirigida a asegurar que se respeten ciertas garantías, pero que no tiene valor para asignarles naturaleza penal. ⁴¹

³⁸ Cfr. JAKOBS, Günter. El concepto jurídico-penal de acción. Cuadernos de conferencias y artículos N° 11 (Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, 1998), pág. 30.

³⁹ JAKOBS, Günter. Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, 2ª edición Corregida. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Madrid, Ed. Marcial Pons, 1997, pág. 41.

⁴⁰ LESCH, Heiko H. Injusto y culpabilidad en derecho penal (En Revista de derecho penal y criminología, 2.ª Época, núm. 6, 2000), pág. 271, nota 66.

⁴¹ RAGUÉS Y VALLÉS, Ramón. El dolo y su prueba en el proceso penal, (Barcelona, Ed. Bosch, 2002), págs. 397/398.

No obstante, y pese a que han declinado las bases que históricamente justificaron su aparición ⁴² –, la doctrina mayoritaria entiende que las medidas de seguridad son de naturaleza jurídico-penal. Righi afirma que “cuando el poder público pretende condicionar los derechos de un sujeto está ejerciendo el *ius puniendi*, cualquiera sea la denominación técnica del instrumento legal que utilice” ⁴³. En el derecho comparado, se ha justificado esta posición por la convicción de que “el control de sujetos que han cometido hechos penalmente antijurídicos le corresponde de modo natural al derecho penal, que dispone de los mecanismos específicos de protección de la sociedad frente a tales sujetos”⁴⁴, o bien, por la circunstancia de que su tratamiento por otra rama del derecho – sea público o privado – “exigiría una paralela asunción de garantías siguiendo el modelo del derecho penal, lo que no es sencillo” ⁴⁵. En este sentido, Tamarit Sumalla reconoce que forzar instrumentos existentes como la declaración civil de incapacidad resultaría más atentatorio contra los derechos del sujeto peligroso por imponerse en procesos con menos garantías que las propias de un proceso penal, incluso con carácter predelictual ⁴⁶. Además, agrega que “los fines de la incapacitación civil nada tienen que ver con los de una medida de

⁴² Cfr. PARADA GAMBOA, Leidy Marcela. Un estudio a las medidas de seguridad: ¿resultado de la escuela criminológica positiva? (En Revista de Criminología e Ciências Penitenciárias, Conselho Penitenciário do Estado – COPEN, Año 1, N° 01, Agosto 2011, pág. 1).

⁴³ RIGHI, Esteban. Teoría de la Pena (Bs. As., Ed. Hammurabi, 2001), pág. 61.

⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Consideraciones sobre las Medidas de Seguridad, op. cit., págs. 102/103.

⁴⁵ Íbidem. En el Capítulo II, precisamente, analizaremos los principios informadores de las medidas de seguridad.

⁴⁶ TAMARIT SUMALLA, José María. Culpabilidad. Maldad e inimputabilidad: aportaciones de la dogmática penal a la cultura jurídica europea (En Revista de Derecho Penal y Criminología, 2° Época, N° 17, 2006, pág. 214).

seguridad de carácter penal, pues aquella está concebida para proteger al propio sujeto incapacitado dado que no puede gobernarse, mientras que las medidas penales tienen como sentido principal la protección de bienes jurídicos de terceros”⁴⁷. Como aclara Jorge Barreiro, el internamiento civil previsto para incapaces no está pensado para sujetos criminalmente peligrosos, ni puede cumplir los objetivos propios de la medida de seguridad criminal.⁴⁸

Es decir, se justifica la naturaleza jurídico-penal de las medidas por “el momento en que se impone (después de cometerse un acto delictivo)”, “su fundamentación (preventivo especial) así como a la observancia de los límites y garantías propios del Derecho Penal en la aplicación de las mismas”⁴⁹. O bien – más recientemente – por reconocer que “su función en el derecho penal actual es la de neutralizar comunicativamente la lesividad para bienes jurídico-penales del hecho y la (parcial) imputación de éste a un sujeto peligroso”⁵⁰ y que participan de la dimensión simbólica de lo penal,

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ JORGE BARREIRO, Agustín. Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el Derecho penal español y en el Derecho comparado (En *Libertas*, Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales N° 6, junio de 2012, Fundación Interamericana de Ciencias Penales), pág. 154.

⁴⁹ TAPIA, Patricia. Las medidas de seguridad. Pasado, presente y ¿futuro? de su regulación en la legislación chilena y española, op. cit., pág. 577. En igual sentido, STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal, Parte General, op.cit., págs.23/24.

⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. ¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? (En *Indret*, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Julio de 2014), pág. 15. Con anterioridad, Silva Sánchez había sostenido que con la medida de seguridad “se pretende conseguir efectos de prevención especial (de estabilización cognitiva de la norma) que, a diferencia de los propios de las penas, tienen lugar exclusivamente por vía causal (y no expresiva) del tratamiento terapéutico o del mecanismo asegurativo”, agregando que no puede olvidarse que “se ha producido la lesión de un bien jurídico-penal” y además de la economía procesal que genera la intervención penal, debe recordarse “el significado de ‘reafirmación objetiva’ del bien lesionado que, pese a su carácter esencialmente empírico, tienen las medidas de seguridad impuestas por los tribunales penales” [Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. ¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas

porque son impuestas y controladas en su ejecución por tribunales penales.⁵¹

5. Nuevas orientaciones

Luego de la segunda guerra mundial, en la comunidad internacional comenzó un nuevo período de la historia de los derechos humanos, caracterizado por la universalización de los mismos. Es decir, por el “reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”⁵², que implicó la cristalización de la personalidad jurídica internacional del ser humano, “legado más precioso de la ciencia jurídica del siglo XX”⁵³. Los derechos humanos universales, superiores y anteriores al Estado, se afirmaron como oponibles al propio poder público, existiendo una doble cobertura – universal y regional - íntimamente comunicadas.⁵⁴

en niveles sistemáticos distintos de la imputabilidad (En Normas y acciones en derecho penal, Bs. As., Ed. Hammurabi, 2003), pág. 128].

⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. ¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?, op. cit., págs. 5 y 15.

⁵² Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10/12/1948, Preámbulo.

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC 17/02, Voto concurrente de CANÇADO TRINDADE, A.A., parágrafo 10. Si bien es cierto que “el siglo XX ha sido palco de crueldades perpetradas contra la persona humana en escala sin precedentes, también es cierto que esto ha generado una reacción – igualmente sin precedentes – en contra de tales atrocidades y abusos, como manifestación del despertar de la conciencia jurídica universal, para las necesidades apremiantes de protección del ser humano” (CANÇADO TRINDADE, A.A., citado por GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, N° 106, 2002, pág. 65).

⁵⁴ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Los Derechos Humanos y la Jurisdicción Interamericana, op. cit., pág. 10.

Este proceso y – como señalan Muñoz Conde-García Arán, el reconocimiento del carácter aflictivo de las medidas de seguridad ⁵⁵, generaron importantes consecuencias, pues si bien en el derecho penal argentino hasta la fecha no existe una regulación sistemática, se admitió la necesidad de su sometimiento al mismo régimen de garantías político-criminales, formales y materiales propias de la pena, antes resistidos ⁵⁶, pese a que el texto constitucional los reconocía a todos los habitantes sin distinción de ninguna naturaleza. ⁵⁷

⁵⁵ Señalan los autores citados que las mismas “no pueden ser presentadas asépticamente y sin más como medidas ‘benefactoras’ dirigidas a ‘curar’ al peligroso, porque ese es un discurso legitimador de intervenciones desmesuradas y carentes de límites, con el que se llega al denominado ‘fraude de etiquetas’, es decir, a tolerar mayores limitaciones de derechos y ausencia de garantías en la aplicación de las medidas de seguridad, con el argumento formal de que no son penas, sanciones o castigos. Por el contrario, debe partirse de que las medidas de seguridad son un instrumento más de control social, que consiste en la limitación de derechos individuales impuesta coactivamente por el Estado, razón más que suficiente para tratarlas como a las penas desde el punto de vista de las garantías”. (MUÑOZ CONDE, Francisco – GARCIA ARAN, Mercedes. Derecho Penal, Parte General. Segunda edición, revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995, op. cit., pág. 606). En igual sentido, Mir Puig aclaró que “si bien la medida de seguridad no se impone como mal buscado, lo cierto es que de hecho supone a menudo privación de derechos básicos de la persona en un grado no menor que la pena”. (MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, Parte General, op. cit., pág. 54); y Silva Sánchez indica que la medida de seguridad lleva aparejada normalmente la imposición de un tratamiento terapéutico coactivo, lo que conlleva una mayor injerencia y gravosidad de éstas en la esfera individual, aún a igual duración con la pena (Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales, op. cit., pág. 39).

⁵⁶ Vrg. Blasco Fernández de Moreda, en las Jornadas de Derecho Penal celebradas en Buenos Aires, del 22 al 27 de agosto de 1980, sostuvo que a diferencia de la pena que se encuentra sometida al principio de legalidad, la medida de seguridad, en cuanto mira al autor, no está sujeta a esta garantía (citado por OSORIO Y FLORIT, Manuel. Medidas de Seguridad, en Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XIX, Bs. As., Ed. Bibliográfica Argentina, 1964, págs. 441/442).

⁵⁷ Cfr. RIGHI, Esteban – FERNÁNDEZ, Alberto A. Derecho Penal. La Ley. El delito. El proceso y la pena (Bs. As., Ed Hammurabi, 1996), pág. 63; RIGHI, Esteban. Teoría de la pena, op. cit. 2001), pág. 61; y YACOBUCCI, Guillermo J. El sentido de los principios penales (Bs. As., Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, 2002), pág. 380 y ss.

Asimismo, contribuyeron en esta nueva etapa del derecho de medidas de seguridad, el compromiso internacional de los estados de eliminar todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad ⁵⁸, y el reconocimiento de que tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas, que dimanen de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano ⁵⁹. Los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental de las Naciones Unidas ⁶⁰, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad y los Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas Privadas de libertad en las Américas ⁶¹, son útiles como guía para la interpretación de los derechos establecidos en los tratados de derechos humanos. En virtud de los mismos, la mera discapacidad no deberá justificar la privación de libertad ⁶², siendo necesario para la internación

⁵⁸ Convención Interamericana sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, primer instrumento específicamente dedicado a personas con discapacidad, suscripto en Guatemala el día 8 de junio de 1999, y aprobado por Argentina mediante Ley 25280 (BO 04-08-2000). En el derecho interno posee jerarquía superior a las leyes, conforme art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

⁵⁹ Preámbulo de la Convención Interamericana sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

⁶⁰ Adoptados por la Asamblea General en su resolución 46/119, de 17 de diciembre de 1991.

⁶¹ Adoptados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante el 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante acordada 5/2009, adhirió a dicho documento y afirmó su “compromiso con un modelo de justicia integrador, abierto a todos los sectores de la sociedad y especialmente sensible con aquellos más desfavorecidos o vulnerables”.

⁶² Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas Privadas de libertad en las Américas, Principio III. Libertad personal, inciso 3 - Medidas especiales para las personas con discapacidades mentales -, in fine. Se considera privación de libertad “la que ha sido ordenada por autoridad pública, ya sea por motivo de la investigación de un delito, por el cumplimiento de una condena penal,

compulsiva que un médico determine que existe un riesgo grave de daño inmediato o inminente para sí o terceros ⁶³, y aún en caso de ser autores de una conducta típica, gozarán de todas las garantías ⁶⁴, se aplican el resto de los principios y “deben recibir la mejor atención en salud mental disponible”. ⁶⁵

por enfermedad mental o por cualquier otro motivo” (Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad, Principio 10, parágrafo 23).

⁶³ Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, Principio 16. Internación involuntaria.

⁶⁴ Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas Privadas de libertad en las Américas, Principio IV - Principio de legalidad-; Principio V - Debido proceso legal -.

⁶⁵ Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental de las Naciones Unidas, Principio 20. Expresó García Ramírez que “por su condición humana y a despecho de su dolencia, el enfermo mental conserva derechos que sólo es legítimo afectar a través de medidas legalmente previstas y rigurosamente acreditadas, consecuentes con las características del padecimiento y las necesidades del tratamiento, razonables y moderadas en la mayor medida posible, que eviten el sufrimiento y preserven el bienestar”. (Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez con respecto a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Ximenes López vs. Brasil, dictada el 04 de Julio de 2006, considerando 25).

CAPÍTULO II: NUEVAS TENDENCIAS POLÍTICO-CRIMINALES EN EL DERECHO DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

1. Presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad

Para la aplicación de una medida de seguridad, el art. 34, inc. 1 del Código Penal Argentino, requiere la concurrencia de dos presupuestos que analizaré a continuación: la previa comisión de un hecho tipificado como delito y la existencia de un pronóstico de peligrosidad.

1.1. El hecho previo

La exigencia de la anterior comisión de un hecho tipificado como delito, cumple en primer lugar, una función delimitadora, porque proscribire del ordenamiento jurídico-penal las medidas de seguridad predelictuales e impide su aplicación en los casos de comisión de faltas.⁶⁶

⁶⁶ MARTÍNEZ GUERRA, Amparo. Nuevas tendencias político criminales en la función de las medidas de seguridad, (Madrid, Ed. Dykinson, 2004), pág. 42. En igual posición, CERESO MIR, José. Medidas de Seguridad aplicables a las personas exentas de responsabilidad penal por padecer una anomalía o alteración psíquica (En libro Homenaje al dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam", coord. por Luis Alberto Arroyo Zapatero, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre; Marino Barbero Santos (hom.), Ediciones de Universidad Castilla – La Mancha, 2001) Vol. 1, págs. 928/930. En sentido contrario, Urruela Mora considera posible imponer medidas de seguridad no privativas de libertad en caso de comisión de una falta por parte de un inimputable o semiimputable, y de lege ferenda, propicia una modificación legal que las incluya expresamente para una mayor claridad. (Cfr. URRUELA MORA, Asier. Las Medidas de Seguridad y reinserción social en la actualidad, op. cit., págs. 57/58). En sentido más amplio respecto de la admisión de las faltas y medidas aplicables en tales casos, cfr. LEAL MEDINA, Julio. Un Estudio de las Actuales Medidas de Seguridad y los interrogantes que plantean en la Moderna Dogmática del Derecho Penal, (Navarra, Ed. Thomson/Aranzadi, 2009), pág. 139.

Además, este principio cumple una triple función garantizadora ⁶⁷: refuerza el pronóstico de peligrosidad, en tanto el mismo constituye la expresión de ciertos rasgos y disposiciones condicionados por la enfermedad ⁶⁸, implica la materialización del principio de legalidad ⁶⁹ y limita la función preventiva del poder punitivo del Estado, dada la naturaleza e intensidad de la injerencia. Sin él no es legítimable la intervención de prevención especial sobre la persona. ⁷⁰

1.2. Peligrosidad criminal

Existe consenso en que se trata de un pronóstico de comportamiento futuro que, como consecuencia de un cierto estado del autor, revela la probabilidad de comisión de nuevos delitos ⁷¹. Su determinación se realiza en dos etapas o fases que integran el juicio

⁶⁷ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, Peligrosidad social y medidas de seguridad, citado por URRUELA MORA, Asier. Las Medidas de Seguridad y reinserción social en la actualidad, op. cit., pág. 56.

⁶⁸ Cfr. ZIFFER, Patricia S. Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal, Bs. As., Ed. Hammurabi, 2008, págs. 218/219; y FRISCH, Wolfgang, Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal, op. cit., pág. 28. Su significación material – agrega – “se corresponde con la del hecho cometido cuando resulta una constatación de los hechos futuros cuya evitación autoriza, en principio, la intervención sobre el autor”. (Íbidem).

⁶⁹ En este sentido, MARTÍNEZ GUERRA, Amparo. Nuevas tendencias político criminales en la función de las medidas de seguridad, op. cit., pág.42.

⁷⁰ Cfr. FRISCH, Wolfgang, Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal, op. cit., pág. 28; y ZIFFER, Patricia S. Medidas de Seguridad, op. cit., págs. 225/233.

⁷¹ Cfr. ZIFFER, Patricia S. Medidas de Seguridad, op. cit., pág. 137; URRUELA MORA, Asier, Las Medidas de Seguridad y reinserción social en la actualidad, op. cit., pág.67; MARTÍNEZ GUERRA, Amparo. Nuevas tendencias político criminales en la función de las medidas de seguridad, op. cit., pág.44. Agrega Ziffer con cita de Exner, que la probabilidad de reiteración es entendida como “un grado de posibilidad elevado y significativo, sin que sea suficiente la mera posibilidad de reiteración”. (ZIFFER, Patricia S., Medidas de Seguridad, op. cit., pág. 138).

de peligrosidad: el diagnóstico de la peligrosidad ⁷² y la prognosis criminal. ⁷³

Es cierto que un pronóstico exacto es imposible ⁷⁴, que como señala Romeo Casabona el error en el pronóstico que induzca al juez a negar la peligrosidad se pondrá de manifiesto por sí solo, y el error inverso, en cambio, es mucho más difícil de evidenciar ⁷⁵, y que existe una imposibilidad fáctica del afectado por una medida de refutar o neutralizar el pronóstico negativo o su subsistencia ⁷⁶, pero todo ello no deslegitima el derecho de medidas. En primer lugar, porque se trata “de supuestos con una configuración fáctica tal que la omisión del estado de una intervención excepcional sería percibida por la generalidad como un abandono de sus funciones específicas” – deber de protección -, o “como un desinterés manifiesto frente a un conflicto previsible y evitable”. ⁷⁷

⁷² En este primer momento se realiza la comprobación de la cualidad sintomática de peligroso del sujeto. Se funda en la previa comisión de un hecho delictivo, que como señalamos ut supra objetiva el juicio de peligrosidad, y en la necesidad de que el sujeto esté encuadrado en uno de los supuestos de estados peligrosos - alteración morbosos o insuficiencia de las facultades, estado de inconciencia - que evidencian la ausencia de la garantía normativa de fidelidad a la norma (responsabilidad y capacidad de actuar conforme a la misma - función garantista -. (Cfr. URRUELA MORA, Asier. Las Medidas de Seguridad y reinserción social en la actualidad, op. cit., págs. 70/72; ZIFFER, Patricia S., Medidas de Seguridad, op. cit., págs. 213/233; y FRISCH, Wolfgang, Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal, op. cit., pág.28).

⁷³ En esta segunda etapa, se pretende determinar con mayor rigor la probabilidad de que el sujeto cometa el delito. La doctrina diferencia tres métodos, el intuitivo, el clínico y el estadístico, aunque aclara que las objeciones a cada uno de ellos determinan la necesidad de su utilización conjunta, a fin de reducir la incertidumbre (Cfr. URRUELA MORA, Asier. Las Medidas de Seguridad y reinserción social en la actualidad, op. cit., págs.72/78; y ZIFFER, Patricia S. Medidas de Seguridad, op. cit., pág. 144/161).

⁷⁴ ZIFFER, Patricia S., Medidas de Seguridad, op. cit., págs. 161, 166 y 170.

⁷⁵ Citado por URRUELA MORA, Asier. Las Medidas de Seguridad y reinserción social en la actualidad, op. cit., págs. 75/76. En igual sentido, ZIFFER, Patricia S., Medidas de Seguridad, op. cit., pág. 163.

⁷⁶ Cfr. ZIFFER, Patricia S., Medidas de Seguridad, op. cit., pág. 198.

⁷⁷ ZIFFER, Patricia S., Medidas de Seguridad, op. cit., pág. 171.

Además, como advierte Frisch, las decisiones de pronóstico, en realidad, evidencian un problema normativo específico, cuya solución dependerá de la finalidad de la norma en consideración ⁷⁸. Es decir, dado que la determinación de un grado de probabilidad sería insuficiente para legitimar la injerencia frente al individuo ⁷⁹, se trata de verificar situaciones de riesgo específicas – cierta estructura de la personalidad, de características tales que frente a algunos hechos se manifiesta en conductas delictivas - que evidencian que el hecho cometido constituye la expresión de ciertos rasgos y disposiciones condicionados por la enfermedad y se debe contar nuevamente en forma realista con la producción de la situación que condujo a su desencadenamiento. ⁸⁰

En definitiva, este pronóstico – señala Ziffer con cita de Frisch – no consiste en la previsión de un desarrollo futuro, sino que evidencia la existencia de ciertas situaciones de riesgo actuales, por la estructura de la personalidad del sujeto, que frente a algunos hechos se manifiesta en conductas delictivas, por lo que la producción de éstas es posible en cualquier momento. ⁸¹

⁷⁸ Cfr. FRISCH, Wolfgang, Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal, op. cit., pág. 28; y ZIFFER, Patricia S. Medidas de Seguridad, op. cit., pág. 169.

⁷⁹ Por ejemplo – expresa Frisch - si se considera suficiente una probabilidad del 70%, al mismo tiempo, ello significa que, de cien autores con esos datos, también se priva de libertad a treinta que ya no delinquen (FRISCH, Wolfgang, Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal, op. cit., pág.25).

⁸⁰ FRISCH, Wolfgang, Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal, op. cit., pág. 28. En igual sentido, ZIFFER, Patricia S., Medidas de Seguridad, op. cit., pág. 169/170).

⁸¹ ZIFFER, Patricia S., Medidas de Seguridad, op. cit., pág. 170. En caso de duda sobre el pronóstico jurídico – señala Ziffer – es inaplicable el principio *in dubio pro reo*, el cual rige en supuestos distintos, vinculados a situaciones fácticas pasadas (Cfr. ZIFFER, Patricia S., Medidas de Seguridad, op. cit., págs. 177/181). Sobre la evolución de los métodos de la determinación de la peligrosidad y el enfoque de valoración del riesgo, cfr. también MARTÍNEZ GARAY, Lucía. Peligrosidad, algoritmos y *due process*: el caso *State v. Loomis* (En Revista de Derecho Penal y

2. Los principios informadores de las medidas de seguridad

Los principios informadores del derecho de medidas de seguridad garantizan su adaptación al esquema constitucional⁸² – convencional, y como expresa Urruela Mora, conllevan la interdicción de todo abuso o exceso en la aplicación de las referidas consecuencias jurídicas del delito⁸³. Revisten este carácter los principios de legalidad – que comprende los de irretroactividad y control judicial⁸⁴ – y el principio de proporcionalidad – éste abarca los de necesidad e intervención mínima –⁸⁵. En los apartados siguientes

Criminología, 3º época, N° 20, 2018), pág. 485 y ss; de la misma autora, La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad (En *InDret*, Revista para el análisis del derecho, N° 2/2014, Barcelona, Abril de 2014).

⁸² Cfr. URRUELA MORA, Asier. Los principios informadores del derecho de medidas en el código penal de 1995 (En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, N° 8, 2001), pág. 168; del mismo autor, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad*, op. cit., págs. 24/25. En igual sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social* (Colombia, Ed. Temis S.A., 1999), págs. 49/82; MARTINEZ GUERRA, Amparo. *Nuevas tendencias políticocriminales en la función de las medidas de seguridad*, op. cit., pág. 38; JORGE BARREIRO, Agustín. *Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el Derecho penal español y en el Derecho comparado*, op. cit., pág. 149.

⁸³ URRUELA MORA, Asier. *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad*, op. cit., pág. 25. Es decir, cumplen la función básica de asegurar que la imposición y ejecución de la medida se mantengan dentro de lo constitucionalmente tolerable, como expresa Ziffer, aunque con referencia al principio de proporcionalidad (ZIFFER, Patricia S. *Medidas de seguridad*, op. cit., pág. 104).

⁸⁴ Cfr. URRUELA MORA, Asier. *Los principios informadores del derecho de medidas en el Código Penal de 1995*, op. cit., pág. 172; y URRUELA MORA, Asier. *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad*, op. cit., pág. 27). En cambio, Martínez Guerra y Rubio Lara lo tratan en forma diferenciada (Cfr. MARTÍNEZ GUERRA, Amparo. *Nuevas tendencias político criminales en la función de las medidas de seguridad*, op. cit., pág. 41; y RUBIO LARA, Pedro Ángel. *Las medidas de seguridad tras la Reforma de la L.O. 5/2010, 22 de junio, del Código Penal: Perspectivas Doctrinales y jurisprudenciales. Problemas y Soluciones* (Navarra, Ed. Thomson Reuters, 2011), pág. 44).

⁸⁵ Cfr. URRUELA MORA, Asier. *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad*, op. cit., págs. 24/31; del mismo autor, *Los principios informadores del derecho de medidas en el Código Penal de 1995*, op. cit., págs. 167/192; JORGE BARREIRO, Agustín. *Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las*

analizaremos su incidencia en la regulación de las medidas de seguridad.⁸⁶

3. Principio de legalidad

Con relación a las medidas de seguridad, este principio constitucional tiene importantes implicancias, que Urruela Mora sintetiza como garantía criminal, jurisdiccional y de ejecución. La primera exige que para su aplicación concurren los presupuestos previamente establecidos por la ley penal: hecho previo tipificado como delito, pronóstico de peligrosidad criminal y situación de inimputabilidad⁸⁷. Yacobucci agrega que la legalidad de las medidas requiere también la determinación legal de la consecuencia

medidas de seguridad criminales: su regulación en el Derecho penal español y en el Derecho comparado, op. cit., págs. 149/154; MARTÍNEZ GUERRA, Amparo. Nuevas tendencias político criminales en la función de las medidas de seguridad, op. cit., págs. 38/42; RUBIO LARA, Pedro Ángel. Las medidas de seguridad tras la Reforma de la L.O. 5/2010, 22 de junio, del Código Penal: Perspectivas Doctrinales y jurisprudenciales. Problemas y Soluciones, op. cit., págs. 41/52; LEAL MEDINA, Julio. Un Estudio de las Actuales Medidas de Seguridad y los interrogantes que plantean en la Moderna Dogmática del Derecho Penal, op. cit., págs. 21/119; y SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales, op. cit., pág. 15 y ss.

⁸⁶ Leal Medina agrega a los principios non bis in ídem y presunción de inocencia, pero lo cierto es que en la formulación actual de las medidas no existen debates con respecto a la aplicación de los mismos ni discrepancias en torno a su alcance. Es decir, el mismo hecho no puede ser sancionado más de una vez, y la imposición de la medida de seguridad exige la existencia de prueba de cargo suficiente respecto de la actuación que las motivó (LEAL MEDINA, Julio. Un Estudio de las Actuales Medidas de Seguridad y los interrogantes que plantean en la Moderna Dogmática del Derecho Penal, op. cit., págs. 35/47).

⁸⁷ Cfr. URRUELA MORA, Asier. Los principios informadores del derecho de medidas en el Código Penal de 1995, op. cit., págs. 168/173; del mismo autor, Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad, op. cit., págs. 25/26. En igual sentido, JORGE BARREIRO, Agustín. Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el Derecho penal español y en el Derecho comparado, op. cit., pág. 149; y MARTÍNEZ GUERRA, Amparo. Nuevas tendencias político criminales en la función de las medidas de seguridad, op. cit., pág. 39.

asegurativa – es decir, el tipo de medida y contenido esencial - y su duración ⁸⁸, pero sobre estos aspectos no existe coincidencia.

La garantía jurisdiccional exige que toda medida de seguridad sea impuesta mediante sentencia firme dictada por el tribunal competente⁸⁹, e implica una doble garantía, porque la competencia para la aplicación y ejecución de toda medida penal se atribuye exclusivamente a la justicia penal – garantizando la independencia e imparcialidad del tribunal -, y se realiza en un proceso protector de los derechos fundamentales, conforme leyes procesales previas ⁹⁰. Y la garantía de ejecución elimina la posibilidad de que la aplicación de la medida se desarrolle de manera distinta a lo previsto en mandatos legales e impone el control de los tribunales competentes⁹¹, con la consecuente facultad de revisión o modificación de la medida (proceso evolutivo de la ejecución). ⁹²

⁸⁸ YACOBUCCI, Guillermo J. El sentido de los principios penales, op. cit., pág. 284.

⁸⁹ Cfr. URRUELA MORA, Asier. Los principios informadores del derecho de medidas en el Código Penal de 1995, op. cit., pág. 172; del mismo autor, Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad, op. cit., pág. 26.

⁹⁰ Cfr. LEAL MEDINA, Julio. Un Estudio de las Actuales Medidas de Seguridad y los interrogantes que plantean en la Moderna Dogmática del Derecho Penal, op. cit., págs. 58 y 64.

⁹¹ Cfr. URRUELA MORA, Asier. Los principios informadores del derecho de medidas en el Código Penal de 1995, op. cit., pág. 172; del mismo autor, Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad, op. cit., págs. 26/27; y JORGE BARREIRO, Agustín. Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el Derecho penal español y en el Derecho comparado, op. cit., pág. 150; y RUBIO LARA, Pedro Ángel. Las medidas de seguridad tras la Reforma de la L.O. 5/2010, 22 de junio, del Código Penal: Perspectivas Doctrinales y jurisprudenciales. Problemas y Soluciones, op. cit., pág. 45.

⁹² Cfr. RUBIO LARA, Pedro Ángel. Las medidas de seguridad tras la Reforma de la L.O. 5/2010, 22 de junio, del Código Penal: Perspectivas Doctrinales y jurisprudenciales. Problemas y Soluciones, op. cit., pág. 45; JORGE BARREIRO, Agustín. Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el Derecho penal español y en el Derecho comparado, op. cit., pág. 149; y LEAL MEDINA, Julio. Un Estudio de las Actuales Medidas de Seguridad y los interrogantes que plantean en la Moderna Dogmática del Derecho Penal, op. cit., págs. 107/119.

Consecuencia del principio de legalidad es la prohibición de la retroactividad y de la analogía⁹³, aunque en la doctrina del derecho comparado no existe coincidencia respecto de sus alcances. Urruela Mora – siguiendo a Gracia Martín – considera que en relación a las medidas de seguridad supone la necesaria tipificación legal del hecho delictivo con carácter previo a su comisión, en aras a la futura imposición de una medida de seguridad, pero es posible que una ley no vigente en el momento de realización del hecho determine la introducción de nuevas categorías de estados peligrosos o nuevas medidas de seguridad ⁹⁴. En cambio, Silva Sánchez, sostiene la irretroactividad de las medidas de seguridad desfavorables y restrictivas de derechos individuales, dado su carácter de consecuencia jurídico-penal del hecho, sus efectos colaterales afflictivos y la consideración del individuo como sujeto y no como objeto de la terapia. No obstante, reconoce la existencia de dificultades interpretativas, porque el carácter terapéutico de muchas medidas de seguridad impide determinar cuáles son desfavorables y cuáles no ⁹⁵. Martínez Guerra aclara que el carácter asegurativo o

⁹³ Cfr. ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña y Javier De Vicente Remesal (Madrid, Ed. Civitas, Primera reimpresión, 2000), pág. 140; y YACOBUCCI, Guillermo J. El sentido de los principios penales, op. cit. pág. 256.

⁹⁴ Cfr. URRUELA MORA, Asier. Los principios informadores del derecho de medidas en el Código Penal de 1995, op. cit., pág. 174; del mismo autor, Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad, op. cit., págs. 27/30. Por tanto, lo relevante a los efectos de salvaguardar el principio de irretroactividad sería la tipificación del hecho con anterioridad a su comisión (Cfr. URRUELA MORA, Asier, Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad, op. cit., págs. 30-31, nota 41).

En igual sentido, JORGE BARREIRO, Agustín. Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el Derecho penal español y en el Derecho comparado, op. cit., pág. 149.

⁹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales, op. cit., págs. 15/16.

Urruela Mora insiste en que su concepción no instrumentaliza al individuo, porque "el fin perseguido es lograr un tratamiento del sujeto acorde con su concreta situación personal" (URRUELA MORA, Asier, Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad, op. cit., págs. 30-31, nota 41).

inocuizador de la medida será el elemento decisivo para determinar su inaplicación ⁹⁶, posición que compartimos dada su naturaleza penal. ⁹⁷

⁹⁶ MARTÍNEZ GUERRA, Amparo. Nuevas tendencias político criminales en la función de las medidas de seguridad, op. cit., pág. 41.

⁹⁷ Aunque referido a la custodia de seguridad (*nachträgliche Sicherungsverwahrung*), introducida en el artículo 66.b del *Strafgesetzbuch* (*StGB*, Código Penal alemán), el tema se discutió en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la causa M. v. Germany, núm. 19359/04, fallo del 17/12/2009. El Tribunal Constitucional Alemán había resuelto que su aplicación retroactiva, al imponer la *nachträgliche Sicherungsverwahrung* con ulterioridad al dictado de la sentencia, incluso sobre quienes ya se encontraban condenados cuando se sancionó la introducción de la medida, no violaba la garantía de irretroactividad de la ley penal (artículo 7 CEDH), ya que esta última es aplicable al derecho penal y la imposición de penas, y no a la decisión respecto de medidas de seguridad que no son “pena”. Además, consideró que tal imposición no violaba la garantía de que la restricción de la libertad se base en un procedimiento adecuado (artículo 5 (1) (a) CEDH), por cuanto la imposición de la medida consiste en una limitación de la libertad necesaria y constitucionalmente legítima dado que es impuesta en protección del derecho a la seguridad del resto de la población y decidida con base en la peligrosidad puesta de manifiesto al cometerse un hecho delictivo (Cfr. ZIFFER, Patricia S. Medidas de Seguridad, op. cit., págs. 307/311; y AMBOS, Kai – BÖHM, María Laura. Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos ¿Tribunal tímido vs. Tribunal audaz? En Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay, 2011, tomo II, pág.50). En cambio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entendió que en tal caso tanto la prohibición de irretroactividad como el derecho a la libertad habían sido violados por el Estado Alemán: “el internamiento preventivo es una sanción penal – equiparable a una pena en la realidad – y la prolongación de la restricción de la libertad decidida con posterioridad al dictado de la sentencia resulta imprevisible y por tanto violatoria del derecho a la libertad” (fallo del 17/12/2009) (Cfr. AMBOS, Kai – BÖHM, María Laura. Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos ¿Tribunal tímido vs. Tribunal audaz? op cit., pág.50; y CABRERA MARTÍN, Marta. Crónica de Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, enero-abril 2016. En Revista de Derecho Comunitario Europeo, 54, año 2016, págs. 715/716). Ello motivó que el Tribunal Constitucional Alemán, emitiera una nueva sentencia, de fecha 4 de mayo de 2011, en la que resolvió que la prolongación retroactiva de la detención preventiva por un máximo de diez años era incompatible con la Constitución alemana (Cfr. CABRERA MARTÍN, Marta. Crónica de Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, op. cit., pág. 715).

4. Principio de proporcionalidad

Se trata de un principio derivado ⁹⁸, fundamental en materia de medidas de seguridad ⁹⁹, en tanto materializa la confluencia de las exigencias preventivas comunitarias y los intereses individuales, y del mismo surgen los principios derivados de última ratio, subsidiariedad, mínima intervención, tolerancia, insignificancia y ofensividad, que reciben de aquel su consistencia explicativa ¹⁰⁰. En efecto, el principio de proporcionalidad -señala Urruela Mora – se descompone en tres subprincipios: idoneidad o adecuación de la medida al fin que la justifica, necesidad de la misma y proporcionalidad en sentido estricto ¹⁰¹, que analizaremos a continuación:

⁹⁸ Los principios derivados – señala Yacobucci – “representan un criterio normativo de valoración acerca de la presencia e injerencia de la potestad penal en la vida ciudadana a partir de la configuración de los principios materiales. De esta forma, estos principios son el resultado de la confluencia de los principios de bien común y de dignidad humana, conforme la instrumentación de la legalidad y las exigencias que permiten hacer operativos el reproche y la aplicación de sanciones”. (YACOBUCCI, Guillermo J. El sentido de los principios penales, op. cit., pág. 333). En sentido concordante, Urruela Mora reconoce que se trata de un principio constitucional, derivado de los principios materiales (Cfr. URRUELA MORA, Asier. Las Medidas de Seguridad y reinserción social en la actualidad, op. cit., págs. 32/33).

⁹⁹ Cfr. URRUELA MORA, Asier. Los principios informadores del derecho de medidas en el Código Penal de 1995, op. cit., pág. 178.

¹⁰⁰ YACOBUCCI, Guillermo J. El sentido de los principios penales, op. cit., pág. 333. Agrega Yacobucci que “el principio de `razonabilidad constitucional`, aplicado al campo penal, encuentra en buena medida su mayor operatividad a través del principio de proporcionalidad” (YACOBUCCI, Guillermo J. El sentido de los principios penales, op. cit., pág. 335).

¹⁰¹ URRUELA MORA, Asier. Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad, op. cit., pág. 32.

4.1. Idoneidad o adecuación de la medida al fin que la justifica

El subprincipio de idoneidad implica su aptitud – ex ante - para alcanzar los fines que la justifican y su conformidad con los mismos ¹⁰². Es decir, si su fundamento es la peligrosidad criminal del sujeto, exige que la medida impuesta resulte apta para la intervención sobre la misma, permitiendo la salvaguarda de la colectividad social frente al mismo ¹⁰³. Como aclara Ziffer, “en el examen de la adecuación de la medida no puede dejar de entrar en consideración, además de la gravedad de los hechos delictivos a ser evitados, las “chances” de lograr ese resultado a través de la medida”.

104

Además - agrega Urruela Mora - la medida debe tener expectativas de éxito reales con arreglo a los conocimientos científicos – no meras especulaciones – pues el sujeto no puede ser empleado como medio de prueba de estrategias terapéuticas. ¹⁰⁵

4.2. Necesidad de la medida de seguridad

En segundo lugar, el subprincipio de necesidad implica la subsidiariedad de la medida, porque exige la utilización del

¹⁰² ZIFFER, Patricia S. Medidas de Seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal, op. cit., pág. 116.

¹⁰³ URRUELA MORA, Asier. Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad, op. cit., págs. 33/35.

¹⁰⁴ ZIFFER, Patricia S. Medidas de Seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal, op. cit., pág. 116.

¹⁰⁵ URRUELA MORA, Asier. Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad, op. cit., pág. 35.

medio adecuado menos lesivo ¹⁰⁶, es decir, que no existan otros instrumentos o medidas alternativas menos gravosos para los derechos fundamentales del sujeto – inclusive de naturaleza no penal – igualmente aptos para la consecución de los fines preventivo-especiales perseguidos en atención a los caracteres precisos de la peligrosidad ¹⁰⁷. La aplicación de la medida de seguridad satisface sus exigencias cuando otras respuestas menos invasivas – por ejemplo, la imposición de una medida no privativa de libertad en lugar del internamiento – no son igualmente adecuadas para hacer frente a la peligrosidad criminal, siendo la decretada la más idónea para la consecución de tal fin. ¹⁰⁸

4.3. Proporcionalidad en sentido estricto

Por último, si bien existe acuerdo en que el principio de proporcionalidad en sentido estricto rige la aplicación de las medidas de seguridad y – como señala Ziffer - que en virtud del mismo resultan inadmisibles las medidas que consistan en la eliminación física o resulten inaceptables desde la perspectiva de ciertas nociones

¹⁰⁶ Cfr. FRISCH, Wolfgang. Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal, op. cit., pág. 11.

¹⁰⁷ Cfr. URRUELA MORA, Asier. Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad, op. cit., págs. 35/36; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales, op. cit., pág. 19; JORGE BARREIRO, Agustín. Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el Derecho penal español y en el Derecho comparado, op. cit., pág. 150.

¹⁰⁸ URRUELA MORA, Asier. Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad, op. cit., págs. 36/37. Ziffer aclara que “la posibilidad de alcanzar el resultado por medio de un instrumento menos lesivo no siempre excluye la necesidad del medio empleado si éste aparece más seguro para el logro del fin. Pero, a la inversa, la imposibilidad de alcanzar el objetivo la convierte en excesiva, y su justificación quedará sujeta a la posibilidad de invocar otro objetivo legítimo y a la revisión de sus presupuestos desde ese diferente punto de partida” (ZIFFER, Patricia S. Medidas de Seguridad, op. cit., pág. 116).

culturales básicas, históricamente condicionadas con relación a los alcances de la dignidad humana ¹⁰⁹, no hay coincidencia en su abordaje. El debate se ha formulado entre quienes consideran que el análisis de proporcionalidad debe efectuarse en relación al hecho previo y quienes entienden que el referente es la peligrosidad. En el primer caso, el sacrificio debe ser razonable para dar cuenta de la gravedad del hecho - fijada comúnmente en la naturaleza y extensión de la pena -, y consecuentemente, la medida de seguridad queda sometida a los límites temporales vinculados al hecho previo ¹¹⁰. En cambio, para quienes propician que el referente es la peligrosidad, la medida (el sacrificio) debe ser razonable acorde a sus caracteres, pudiendo llegar a ser por ello indeterminada. Es decir, la medida queda limitada en función de la peligrosidad criminal del sujeto.

Por tanto, se plantea la tensión entre el propósito garantista de proscribir arbitrariedades en el uso de estas consecuencias del delito, que ante los riesgos del concepto de peligrosidad y con el fin de aplicar las mismas garantías que al sujeto responsable ¹¹¹ lleva a defender la proporcionalidad de la medida en

¹⁰⁹ Cfr. ZIFFER, Patricia S. Medidas de Seguridad, op. cit. págs. 105/107. Agrega Ziffer que, en consecuencia, resultan inaceptables medidas como "la castración o la lobotomía, o bien, con el recurso a ciertos tratamientos psiquiátricos extremos o actualmente considerados "cruels" (ZIFFER, Patricia S. Medidas de Seguridad, op. cit. pág. 106).

¹¹⁰ Cfr. RUBIO LARA, Pedro Ángel. Las medidas de seguridad tras la Reforma de la L.O. 5/2010, 22 de junio, del Código Penal: Perspectivas Doctrinales y jurisprudenciales. Problemas y Soluciones, op. cit., págs. 46/47.

¹¹¹ Martínez Guerra destaca que esta opción conduce a la falta de conexión del tiempo de la medida de seguridad con la peligrosidad criminal, y la omisión de referencia al tipo de delitos cuya comisión se presume por el inimputable peligroso (MARTÍNEZ GUERRA, Amparo. Nuevas tendencias político criminales en la función de las medidas de seguridad, op. cit., pág. 40). En igual sentido, Ziffer señala que el planteo de la cuestión en estos términos presupone una petición de principio, pues la relación entre gravedad del hecho y gravedad de la reacción es consecuencia de la existencia de culpabilidad que, en el caso de los inimputables, por definición, no está presente (ZIFFER, Patricia S. Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal, op. cit., págs. 124/125).

función de la gravedad del hecho cometido por el sujeto - hecho pasado ¹¹² - . Y por otra parte, el fundamento de la imposición de la medida, la peligrosidad criminal – hecho futuro - , el contenido de la medida – tratamiento terapéutico, corrección o aseguramiento - y sus fines – exclusivamente prevención especial -. ¹¹³

En defensa del primer criterio expuesto, con recepción legal en el código penal español vigente, Muñoz Conde afirma que el principio de proporcionalidad por sí mismo y la obligación de decretar la cesación de las medidas en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal, no son garantías suficientes que permitan saber a priori con seguridad cuál puede ser la duración de la medida y existe el peligro de que pueda durar más que la pena. “La única manera de evitarlo era intentar traducir los mismos o similares criterios utilizados para limitar la pena en la limitación de la medida (...) En pocas palabras, la medida en ningún caso podría durar más del tiempo que hubiera durado la pena, caso de haber podido ser impuesta en los plenamente inimputables”¹¹⁴. Es decir, el principio fija un límite preciso en función de la gravedad del hecho previo, y por ello sólo puede imponerse la medida privativa de libertad cuando el delito tenga asignada una pena de la misma índole¹¹⁵. Y cuando en el caso la

¹¹² MUÑOZ CONDE, Francisco. Penas y Medidas de seguridad. Monismo “versus” dualismo, op. cit., págs. 69/71.

¹¹³ JORGE BARREIRO, Agustín. Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el Derecho penal español y en el Derecho comparado, op. cit., pág. 153.

¹¹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. Penas y Medidas de seguridad. Monismo “versus” dualismo, op. cit., págs. 69/71.

¹¹⁵ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. Penas y Medidas de Seguridad: Monismo “versus” dualismo, op. cit., pág. 71; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Consideraciones sobre las medidas de seguridad, op. cit., pág. 91. En sentido contrario, Urruela Mora manifiesta su coincidencia con Cerezo Mir, quien recuerda que “cabe la posibilidad de que un sujeto que cometa una infracción criminal leve sea portador de una importante peligrosidad, mientras que un individuo que lleve a cabo un delito especialmente grave no deba ser considerado peligroso, por haber reaccionado en ese supuesto a motivaciones externas excepcionales que

privación de libertad no pueda durar el tiempo necesario para eliminar la anomalía mental del sujeto y su peligrosidad, para prolongar el internamiento habrá que recurrir a las normas civiles ¹¹⁶. No obstante, existen discrepancias al fijar ese límite máximo, entre quienes toman como referencia la pena concreta y los que recurren a la escala penal abstracta-específica del hecho previo. El Código Penal Español, con relación a las medidas de internamiento en sus artículos 101, inc. 1 y 103, inc. 1, adopta el primer criterio al establecer que “no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo”.

Esta posición ha sido criticada por considerar que no es posible determinar en concreto cuál es la pena que hubiera correspondido al autor si hubiese sido imputable y responsable porque precisamente no lo es. En este sentido, Jaén Vallejo señala que exige conocer una pena concreta que no se le ha aplicado al individuo, averiguar qué motivos hubiera tenido el mismo en caso de tener una capacidad de motivación normal, porque ése es precisamente uno de los criterios de medición de la pena ¹¹⁷. Por ello y considerando que el principio de proporcionalidad admite injerencias más amplias que las permitidas por la pena ¹¹⁸, en tales casos es correcto recurrir como límite máximo a la duración de la pena máxima conminada en abstracto para cada delito. ¹¹⁹

difícilmente se volverán a repetir en el futuro” (URRUELA MORA, Asier. Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad, op. cit, pág. 44).

¹¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. Penas y Medidas de seguridad. Monismo “versus” dualismo, op. cit., pág. 69.

¹¹⁷ JAÉN VALLEJO, Manuel. Consecuencias jurídicas del delito: Bases y Propuestas, op. cit. pág. 189

¹¹⁸ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General, Tomo I, op. cit., pág. 105.

¹¹⁹ Cfr. YACOBUCCI, Guillermo J. El sentido de los principios penales, op. cit. pág. 288; DE LA FUENTE, Javier E. Medidas de Seguridad para inimputables, op. cit.

En sentido contrario, Ziffer advierte que más allá de sus buenas intenciones, este criterio resulta de un alcance muy restringido por referirse sólo a las medidas de derecho penal, y no comprender la totalidad de la injerencia estatal posible sobre el inimputable, y de este modo, lo único que logra es fijar el momento en que el juez penal puede traspasar el caso al juez civil, cuya potestad jurisdiccional sería más amplia, flexible y permitiría la concreción efectiva del principio de subsidiariedad ¹²⁰. Por tanto, dado que el art. 34, inc. 1 del Código Penal Argentino sólo prevé la medida de internamiento, se plantea si el juez penal está autorizado para aplicar un ordenamiento jurídico menos lesivo y vgr. ordenar el tratamiento ambulatorio. Y si bien ello se ha rechazado en recordando el carácter taxativo de las medidas, Ziffer objeta que “desde el punto de vista constitucional sólo interesa mantener la injerencia sobre la libertad del individuo dentro de los límites de la proporcionalidad. Cuál sea el juez que esté autorizado para aplicar la medida menos lesiva es indiferente, en tanto y en cuanto ella sea efectivamente aplicada. De

pág. 322; MUÑOZ CONDE, Francisco. Penas y Medidas de Seguridad: Monismo “versus” dualismo, op. cit., págs. 69/70; y SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Consideraciones sobre las medidas de seguridad, op. cit., pág. 91.

¹²⁰ ZIFFER, Patricia S. Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal, op. cit., págs. 124/129. Agrega Ziffer que la cuestión se suscita, verbigracia, cuando la internación es ordenada “por un hecho de amenazas, en ocasión del cual un peritaje psiquiátrico estableciera un diagnóstico del que se deriva la posibilidad de que el afectado cometa hechos mucho más graves que los que motivaron la medida (como ser, la posibilidad cierta de que las amenazas pudieran ser concretadas), no parecería aceptable que la duración de la internación tuviera ex ante el límite temporal de la escala penal del delito originario – esto es, dos años, art. 149 bis, Cód. Penal -. (ZIFFER, Patricia S. Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal, op. cit., pág. 126). Sanz Morán y Urruela Mora agregan que es inadecuado el internamiento civil posterior a la medida de seguridad, porque es una técnica esencialmente tutelar, a la que resulta ajena la función de control de la peligrosidad criminal del sujeto y tiene un carácter estrictamente terapéutico, por lo que el médico es quien asume las decisiones respecto del mismo. Es decir, son extrañas al mismo las finalidades preventivo-especiales inherentes a la ejecución de la medida de seguridad. (Cfr. URRUELA MORA, Asier. Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad, op. cit., nota 73, pág. 45, y bibliografía allí citada).

este modo, la utilización de las escalas penales como la regla de proporcionalidad no podría constituir el único parámetro para la aplicación del principio, a riesgo de establecer un límite vacío o puramente formal”.¹²¹

En una posición intermedia, Cerezo Mir, Romeo Casabona y Urruela Mora, propician la indeterminación a priori de las medidas, posibilitando su mantenimiento mientras dure la peligrosidad criminal del autor, con una revisión periódica, pero con el establecimiento de un límite máximo por razones de seguridad jurídica, aunque en función de lo que habitualmente suele durar el tratamiento que precise el sujeto¹²². Agrega Urruela Mora que en los casos en que la referida peligrosidad se vincule con la probabilidad de comisión de delitos contra las personas de carácter muy grave, “el período principal podría complementarse mediante prórrogas sucesivas, de duración semestral (...). Una solución de este tenor resulta la más adecuada tanto desde el punto de vista político-criminal como en atención a las exigencias terapéuticas (principal mecanismo empleado en aras al tratamiento de la peligrosidad criminal) y asegurativas, pues tiene en cuenta el criterio del tratamiento estándar (fijado con arreglo a criterios médico-psiquiátricos), a la hora de concretar el límite máximo de la medida”.¹²³

¹²¹ ZIFFER, Patricia S. Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal, op. cit., págs. 128/129. Son criterios relevantes para la aplicación del principio de proporcionalidad – expresa Ziffer –, la intensidad del peligro a ser evitado, la intensidad de la injerencia en los derechos del afectado, la necesidad de la medida y su vinculación con la finalidad perseguida, la adecuación de la medida, el principio de subsidiariedad y la prohibición de exceso (Cfr. ZIFFER, Patricia S. Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal, op. cit., págs. 109/121).

¹²² Cfr. URRUELA MORA, Asier. Los principios informadores del derecho de medidas en el Código Penal de 1995, op. cit., pág. 185/186; del mismo autor, Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad, op. cit., págs. 51/53.

¹²³ Cfr. URRUELA MORA, Asier. Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad, op. cit., pág. 52.

Sin desconocer la seriedad de los distintos argumentos expuestos, siguiendo a Muñoz Conde, Roig Torres y Alonso Rimo, considero necesaria la delimitación temporal máxima de la medida tomando como referencia la pena conminada en abstracto para el hecho previo. Y si bien es cierto que ello implica introducir datos ajenos a la peligrosidad en que se funda la medida y que, en este caso por principio no existe culpabilidad, esta posición considera que la medida participa de la dimensión simbólica de lo penal ¹²⁴ y aporta un dato objetivo más preciso que contribuye a la seguridad jurídica ¹²⁵. De lo contrario con los mismos fundamentos podrían admitirse nuevamente las medidas predelictuales ¹²⁶. Además, por aplicación de los subprincipios de idoneidad y necesidad los inconvenientes de este planteamiento sólo se suscitan en los casos en que ese plazo máximo haya sido insuficiente, verbigracia porque el padecimiento no tiene cura, y si bien es cierto que la aplicación de medidas civiles sanitarias implican un cambio de competencia por la continuidad de la injerencia sobre la libertad en distinto fuero ¹²⁷, de esta manera queda delimitada la intervención penal.

En interpretación armónica, este límite resulta aplicable a las medidas de seguridad previstas por el código penal

¹²⁴ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. ¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?, op. cit., pág. 15.

¹²⁵ ROIG TORRES, Margarita. Medidas de seguridad privativas de libertad: la regulación alemana y su reflejo en el proyecto de reforma del código penal español (En Revista para el Análisis del derecho, Indret, Barcelona, 2014).

¹²⁶ Cfr. ALONSO RIMO, Alberto. Medidas de Seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del derecho penal de la peligrosidad). (En Revista Estudios Penales y Criminológicos, Volumen XXIX, Galicia, 2009), págs. 108 y 136.

¹²⁷ El riesgo que señala Ziffer en el ejemplo de las amenazas que pueden ser concretadas – citado en nota 51 -, también podría alegarse respecto del autor culpable, que no obstante ello, goza de beneficios de los cuales se ve privado el inimputable sujeto a una medida de seguridad – vgr. suspensión del juicio a prueba o condena condicional -.

argentino ¹²⁸, aunque es cierto que sería aconsejable la recepción legislativa del mismo en una futura reforma, a fin de evitar fallos contradictorios. ¹²⁹

5.- Conclusión preliminar

Si bien hoy se admite en forma pacífica la necesidad de someter las medidas de seguridad al mismo régimen de garantías político-criminales propias de la pena, como hemos visto en el desarrollo precedente, existen discrepancias en cuanto al alcance de principios informadores fundamentales como son los de legalidad y proporcionalidad. No obstante, existe coincidencia en que ambos determinan la exigencia del hecho previo como condición indispensable para la aplicación de las medidas de seguridad.

La doctrina nacional reconoce esta importancia, pero no ha estudiado en profundidad el hecho requerido, ni cómo resolver los casos de interferencia del estado de inimputabilidad con los requerimientos subjetivos del delito, tema que trataremos en los capítulos siguientes.

¹²⁸ Cfr. YACOBUCCI, Guillermo J. El sentido de los principios penales, op. cit., pág. 333 y siguientes.; y DE LA FUENTE, Javier E. El problema de la indeterminación temporal de las medidas de seguridad (En Revista La Ley, 1997-C, pág. 361). En una obra posterior, De la Fuente afirma que no es posible aplicar este límite, porque no se trata de una cuestión constitucional sino de una decisión de política legislativa (DE LA FUENTE, Javier E. Medidas de Seguridad para Inimputables, op. cit., págs. 322/323.

¹²⁹ Cfr. DE LA FUENTE, Javier E. El problema de la indeterminación temporal de las medidas de seguridad, op. cit. pág. 361.

CAPITULO III: DÉFICITS DE IMPUTACIÓN CONDICIONADOS POR EL ESTADO DE INIMPUTABILIDAD

1. El hecho previsto como delito

La opinión dominante exige la existencia de un injusto para la aplicación de medidas de seguridad al autor inimputable, es decir, la comprobación de que ha cometido un hecho típico y antijurídico ¹³⁰, aunque se admite que el sujeto sea autor o partícipe, y el hecho consumado o tentado ¹³¹. Y si bien existen supuestos en que su estado determina la irresponsabilidad penal sin que haya eliminado los elementos subjetivos del delito diferentes de lo que tradicionalmente se considera el contenido propio de la imputabilidad ¹³², resta analizar los supuestos en que el estado de inimputabilidad

¹³⁰ Cfr. RIGHI, Esteban. Teoría de la pena, op. cit., pág. 65; DONNA, Edgardo A. Teoría del delito y de la pena, Tomo I, (Bs. As., Ed. Astrea – 2º Edición actualizada y ampliada – 2º reimpresión, 2003), pág. 21; TAPIA, José Eduardo. ¿Son constitucionales las medidas de seguridad previstas en el artículo 34, inc. 1º, apartados 2º y 3º del Código Penal Argentino?, op. cit., pág. 245; CREUS, Carlos. Introducción a la nueva doctrina penal (Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1992), págs. 113/114. En el derecho comparado, interpretan la exigencia como hecho típico y antijurídico, JORGE BARREIRO, Agustín. Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el Derecho penal español y en el Derecho comparado, op. cit., pág. 156; LEAL MEDINA, Julio. Un Estudio de las Actuales Medidas de Seguridad y los interrogantes que plantean en la Moderna Dogmática del Derecho Penal, op. cit., pág. 138/140; MARTÍNEZ GUERRA, Amparo. Nuevas tendencias político criminales en la función de las medidas de seguridad, op. cit., pág. 43; URRUELA MORA, Asier. Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad, op. cit., págs. 58/61 y 64; STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal, Parte General, op. cit., pág. 24. “Por consiguiente – expresa Stratenwerth – las penas y medidas, en cuanto ambos implican un ilícito jurídico-penalmente relevante, tienen en todos los casos los mismos presupuestos. Sus caminos se separan exclusivamente en lo que se refiere a los demás requisitos de la culpabilidad o de las especiales exigencias preventivas” (Íbidem).

¹³¹ Cfr. URRUELA MORA, Asier. Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad, op. cit., págs.64/65.

¹³² Cfr. MARTÍNEZ GARAY, Lucía. Imputabilidad y elementos del delito (En Estudios de Derecho Judicial, 2007, N° 110), pág. 99.

provoca tal interferencia, tema del que no se ha ocupado la dogmática argentina.

Su estudio reviste importancia, pues nos permitirá delimitar los presupuestos mínimos requeridos para la existencia del hecho previo y, en consecuencia, para la imposición de medidas de seguridad. Precisamente, la concurrencia de los estados de inimputabilidad con circunstancias que podrían originar la aplicación de exención por ausencia de elementos subjetivos del injusto plantea en la dogmática tradicional la cuestión de si deben considerarse supuestos de inimputabilidad, o bien, si deben aplicarse exenciones de responsabilidad distintas – vgr. ausencia de acción o error de tipo - ¹³³, en cuya solución se deben conciliar las consideraciones dogmáticas - que impedirían imponer medidas de seguridad - y lo conveniente desde el punto de vista político-criminal – que aconseja aplicarlas -. ¹³⁴

Estos casos presentan en común la circunstancia de que el estado de inimputabilidad tiene efecto en otras categorías, es decir, ha condicionado la acción o el error cometido, existiendo consenso en que si ello no es así y también el hombre normal o sano - hubiera incurrido en el hecho, no procede la imposición de medidas de seguridad ¹³⁵. El fundamento normalmente aportado, en el sentido

¹³³ Cfr. MARTÍNEZ GARAY, Lucía. Imputabilidad y elementos del delito, op. cit., pág. 97.

¹³⁴ Cfr. MARTÍNEZ GARAY, Lucía. Imputabilidad y elementos del delito, op. cit., pág. 110; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. ¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distintos de la imputabilidad, op. cit., pág. 102; - del mismo autor, ¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?, op. cit., pág. 11.

¹³⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. ¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distintos de la imputabilidad, op. cit., págs. 108/109; -del mismo autor, ¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?, op. cit., pág. 11; MARTÍNEZ GARAY, Lucía. Imputabilidad y elementos del delito, op.

de que cuando deba excluirse la responsabilidad por las mismas razones en que generalmente se realiza, no existen motivos para acudir a un trato desigual ¹³⁶, presupone la existencia de un mismo hecho precedente. Lo cierto es que los casos de acción o error condicionados por el estado de inimputabilidad evidencian su relación con el pronóstico de peligrosidad¹³⁷ y, en consecuencia, cuando el hecho se explica al margen de la patología no corresponde aplicar la medida de seguridad.

cit., págs.108/109; MARTÍNEZ GARAY, Lucía. Incidencia de los trastornos mentales en categorías dogmáticas distintas de la imputabilidad: supuestos problemáticos entre la exclusión del injusto y la exclusión de la culpabilidad (En CARBONELL MATEU, Juan Carlos. La justificación penal. Balance y perspectivas (Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2008), pág. 403; MILITELLO, Vincenzo. El error del inimputable entre exégesis, dogmática y política criminal. Traducción de Patricia Faraldo Cabana (En Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, año 1999, N° 3), pág. 411.

¹³⁶ Cfr. JOSHI JUBERT, Ujala. Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuridicidad, (En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, Ed. Boletín Oficial del Estado y Ministerio de Justicia, Año 1989, Tomo 42, Número 1), pág. 130; y MARTÍNEZ GARAY, Lucía. Incidencia de los trastornos mentales en categorías dogmáticas distintas de la imputabilidad: supuestos problemáticos entre la exclusión del injusto y la exclusión de la culpabilidad, op. cit., pág. 403.

¹³⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. ¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distintos de la imputabilidad, op. cit., págs. 108/109; -del mismo autor, ¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?, op. cit., pág. 11. Señala Joshi Jubert que en los casos de interferencia “el espectador objetivo a partir de un juicio ex ante, con los conocimientos objetivables del autor y en su situación hubiera actuado en forma correcta”. (JOSHI JUBERT, Ujala. Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuridicidad, op. cit., págs. 130/131); y Hanack agrega que el hecho debe valorarse conforme al principio in dubio pro reo (Citado por SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. ¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distintos de la imputabilidad, op. cit., págs. 124/125, nota 66).

2. Déficits de imputación en el injusto condicionados por estados de inimputabilidad

A partir de la aceptación generalizada de la inclusión del dolo e imprudencia en el tipo, como propició el finalismo, se plantean supuestos de concurrencia, en el momento del hecho, de un estado de inimputabilidad que provoca – además - circunstancias que podrían originar la exención por ausencia de otros elementos subjetivos del injusto. ¹³⁸

Podemos diferenciar según que exista una afectación de la parte subjetiva de la acción o error acerca de la concurrencia de elementos fundadores de la responsabilidad efectivamente existentes, una errónea suposición de la concurrencia de los elementos de una causa de justificación, o bien, un error sobre la concurrencia de situaciones justificantes realmente existentes.

2.1. Afectación de la parte subjetiva de la acción

En la doctrina no se discute que la vis absoluta y la inconsciencia absoluta son supuestos de no acción, que como primer filtro de la estructura del delito, excluyen procesos irrelevantes para el derecho penal ¹³⁹. Asimismo, existe consenso en que no es posible la concurrencia o interferencia del primer caso – vis absoluta – con

¹³⁸ En el sistema neoclásico del delito – advierte Silva Sánchez - también debe resolverse la cuestión de “si procede y en qué casos, la imposición de medidas de seguridad al sujeto que ha incurrido en un error de modo simultáneo al padecimiento de alteraciones o anomalías psíquicas”, como sucede en la moderna sistemática con el sujeto ya declarado inimputable que además se encuentra en una situación de error de prohibición (Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. ¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distintos de la imputabilidad, op. cit., págs.125/126).

¹³⁹ Cfr. JAÉN VALLEJO, Manuel. El concepto de acción en la dogmática penal (Madrid, Ed. Codex, 1994).

supuestos de inimputabilidad, porque no afecta la vertiente subjetiva del delito, y por tanto, no hay razón para pretender la aplicación de una medida de seguridad.¹⁴⁰

En cambio, en los casos de sueño, letargo o coma – señala Garay Martínez- sí hay una afectación de la parte subjetiva del comportamiento, pero no hay conciencia¹⁴¹. Por tanto, la interferencia de este déficit con un estado de inimputabilidad será excepcional, como muestran los ejemplos citados por la doctrina. Silva Sánchez ejemplifica con los casos de movimientos de un enfermo epiléptico durante un ataque o de quien se encuentra en estado de sonambulismo patológico¹⁴². En el último supuesto cabe encuadrar el caso de los avestruces citado por Molina Fernández. En el mismo, las pruebas periciales acreditaron que el imputado actuó dormido y sin conciencia de sus actos, en un estado de parasomnia, creyendo que sus familiares eran avestruces que le atacaban, y en tal estado se defendió con un hacha y un martillo, ocasionando la muerte de dos personas y lesiones muy graves a otras dos.¹⁴³

¹⁴⁰ MARTÍNEZ GARAY, Lucía. Incidencia de los trastornos mentales en categorías dogmáticas distintas de la imputabilidad: supuestos problemáticos entre la exclusión del injusto y la exclusión de la culpabilidad, op. cit., pág. 374.

¹⁴¹ Íbidem. Expresa Martínez Garay que normalmente serán delitos de omisión en que no sea aplicable la figura de la actio – en realidad omissio – libera in causa, (Cfr. MARTÍNEZ GARAY, Lucía. Incidencia de los trastornos mentales en categorías dogmáticas distintas de la imputabilidad: supuestos problemáticos entre la exclusión del injusto y la exclusión de la culpabilidad, op. cit., págs. 374/376).

¹⁴² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. ¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?, op. cit., pág. 11.

¹⁴³ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito (En Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, N° 74, mayo-agosto 2008), pág. 114/117.

2.2. Error de tipo invencible

Es frecuente que – como expresa Molina Fernández - los estados de inimputabilidad provoquen al sujeto la errónea percepción de estar siendo agredido, y en realidad, en tales supuestos estamos en presencia de un error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación que analizaremos en el apartado siguiente. No obstante, también existen genuinos errores sobre los elementos objetivos del tipo.¹⁴⁴

En estos casos, el sujeto realiza la parte objetiva que fundamenta la tipicidad, pero a consecuencia del estado de inimputabilidad que provoca alucinaciones o falsas representaciones de la realidad, incurre en un error de tipo invencible. Verbigracia, cuando como consecuencia de su estado, el sujeto atribuye a una persona una condición demoníaca o sobrenatural – no humana – y actúa contra él¹⁴⁵, o cuando la persona que comete un homicidio, quiere en realidad, matar a la serpiente que como consecuencia de su estado de inimputabilidad ve en su víctima.¹⁴⁶

2.3. Ausencia de elementos subjetivos del tipo distintos del dolo

Existen casos en que el estado de inimputabilidad por conciencia patológicamente distorsionada de la realidad provoca una

¹⁴⁴ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito, op. cit., pág. 118.

¹⁴⁵ Ejemplo de Molina Fernández. (Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito, op. cit., pág. 118).

¹⁴⁶ Ejemplo de Joshi Jubert. (Cfr. JOSHI JUBERT, Ujala. Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuridicidad, op. cit., pág. 135).

afectación directa de elementos subjetivos distintos del dolo y, por tanto, debe decidirse si la conducta se corresponde con el tipo legal. Martínez Garay ejemplifica con el supuesto de la persona que abre la correspondencia de sus vecinos en el convencimiento de que los sobres contienen informaciones dirigidas a él por agentes secretos, como consecuencia de su enfermedad. En este caso, falta el elemento subjetivo “para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro” que requiere el art. 197.1 del Código Penal Español.¹⁴⁷

Molina Fernández cita el caso de “los falsos billetes falsos” de la jurisprudencia alemana¹⁴⁸, pero advierte que si bien en el mismo al menos concurría un hecho antijurídico de coacción que permitía aplicar medidas de seguridad, existen otros supuestos en que la inexistencia de un tipo residual justifica el análisis diferenciado.¹⁴⁹, y recuerda el caso que propone Schmidhäuser, del enfermo mental que, reiteradamente, se apropia de cosas ajenas por creer, como consecuencia de su estado, que le han sido regaladas¹⁵⁰. Similar es el ejemplo que cita Joshi Jubert, de la persona que, debido

¹⁴⁷ Cfr. MARTÍNEZ GARAY, Lucía. Incidencia de los trastornos mentales en categorías dogmáticas distintas de la imputabilidad: supuestos problemáticos entre la exclusión del injusto y la exclusión de la culpabilidad, op. cit., págs. 390/391.

¹⁴⁸ En el mismo, un trastorno mental lleva a la autora a creer que el banco donde tenía depositados sus ahorros se había confabulado con sus enemigos, por lo que cierra la cuenta y retira el saldo. Un día después, convencida de que le habían entregado billetes falsos, acudió a la policía para llevarlos, y no pudo interpretar la broma del agente que la atendió y le dijo que eran “malas falsificaciones”. Ante ello, dejó el dinero en la policía y dos días después nuevamente se presentó en el banco con una pistola detonadora descargada reclamando el dinero que creía suyo. (Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito, op. cit., pág. 121).

¹⁴⁹ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito, op. cit., págs. 121/122.

¹⁵⁰ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito, op. cit., pág. 122.

a su enfermedad mental, cree que todos los abrigos de piel que encuentra son regalos de dios y que por ello puede tomarlos.¹⁵¹

2.4. Error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación

El error sobre presupuestos materiales de una causa de justificación constituye uno de los problemas más discutidos en la dogmática¹⁵². La interferencia del estado de inimputabilidad se presenta cuando a causa de éste, el sujeto se representa erróneamente los presupuestos objetivos de una causa de justificación, vgr. un enfermo mental con ideas delirantes cree ser objeto de una agresión y lesiona a otras personas¹⁵³. El sujeto ejecuta los hechos lesivos en la creencia invencible de estar defendiéndose legítimamente – causa de justificación putativa -.

En estos casos, para la teoría de los elementos negativos del tipo y la teoría restringida de la culpabilidad, la interferencia del estado de inimputabilidad concurre con un error de tipo – indirecto – que excluye el dolo y por tanto respecto de las

¹⁵¹ Cfr. JOSHI JUBERT, Ujala. Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuridicidad, op. cit., pág. 131.

¹⁵² Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. El error en derecho penal (Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003), págs. 40/44, 59/65 y 127/132; ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General, Tomo I, op. cit., págs. 579/589; JAKOBS, Günter. Derecho Penal, Parte General, op. cit., págs. 444/452; SANCINETTI, Marcelo. Relatividad de las teorías del error (En Sistema de la teoría del error en el Derecho Penal Argentino, Bs. As., Ed. Hammurabi, 1990), págs. 11/16; ALVAREZ, Ricardo C.M., Error y teoría del delito (Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral- Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros, 1993); MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. Consideraciones acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación (En Revista de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N° 3, Año 2003, N° 3), pág. 147.

¹⁵³ Ejemplo citado por Joshi Jubert. (Cfr. JOSHI JUBERT, Ujala. Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuridicidad, op. cit., pág. 135).

medidas de seguridad, se produce el mismo problema sistemático señalado en el apartado precedente para el error de tipo directo.¹⁵⁴

En cambio, para la teoría estricta de la culpabilidad y la teoría que remite a las consecuencias jurídicas, el hecho será típico y antijurídico, por lo que la interferencia del estado de inimputabilidad no será con elementos subjetivos del injusto, sino que afecta a la culpabilidad, es decir, se trata de un error de prohibición - teoría estricta de la culpabilidad -, o bien, de un error sui generis – teoría que remite a las consecuencias jurídicas -, circunstancia que deja subsistente el injusto, y por tanto, es factible la aplicación de medidas de seguridad.¹⁵⁵

3. Otros supuestos problemáticos

En este apartado analizaremos otros casos en los que – según la sistemática dominante - está presente el injusto y el sujeto ha sido declarado inimputable, pero la interferencia de su estado se produce con posterioridad sistemática respecto de otros elementos subjetivos del delito.

¹⁵⁴ En este sentido, cfr. JOSHI JUBERT, Ujala. Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuridicidad, op. cit., pág. 136.

¹⁵⁵ En este sentido, Urruela Mora considera como error de prohibición a los errores invencibles sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación, y admite la posibilidad de aplicar medidas de seguridad en estos casos, pese a que las rechaza por inexistencia del presupuesto en los casos de error de tipo invencible (Cfr. URRUELA MORA, Asier. Las medidas de seguridad social y reinserción social en la actualidad, op. cit., pág. 59, nota 121).

3.1. Ausencia del elemento subjetivo de la justificación. (Error de tipo permisivo al revés)

En estos casos, se plantea el problema inverso al analizado en el último punto del apartado precedente - 2.4. -: el sujeto desconoce la situación objetiva justificante realmente existente, y las soluciones propuestas por la doctrina implican decidir si debe imputarse responsabilidad por consumación ¹⁵⁶ o por tentativa (inidónea). La opinión dominante se inclina por la última alternativa ¹⁵⁷, porque – expresa Mañalich – “en la medida en que se tome en serio la orientación al perjuicio que debe caracterizar a un derecho penal liberal”, y aún cuando en estos casos se da formalmente el resultado típico (la consumación), no se realiza el “resultado de injusto”, esto es, no concurre el disvalor de resultado ¹⁵⁸. En igual sentido, Martínez

¹⁵⁶ A esta solución debe conducir la concepción imperativa de la norma, aunque también hay autores que desde la misma consideran al error sobre los presupuestos objetivos sobre las causas de justificación como error de tipo, incoherencia sistemática que destacan Silva Sánchez y Méndez Rodríguez [Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Observaciones sobre el conocimiento “eventual” de la antijuricidad (En Consideraciones sobre la Teoría del Delito, Bs. As., Ed. Ad-Hoc, 1998), pág. 278, nota 56; y MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina. Consideraciones sobre la ausencia del elemento subjetivo de la justificación (En ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y BARBERO SANTOS, Marino (hom.), coordinadores. Consideraciones sobre la ausencia del elemento subjetivo de la justificación, Libro Homenaje al dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam", Vol. 1, 2001), págs. 1185/1186].

En sentido contrario, los partidarios de la constitución objetiva del injusto, en tanto rechazan los elementos subjetivos de las causas de justificación, en tales casos afirman la impunidad (Cfr. MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina. Consideraciones sobre la ausencia del elemento subjetivo de la justificación, op. cit., pág. 1187).

¹⁵⁷ Cfr. ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General, Tomo I, op. cit., pág. 596/601; MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. Consideraciones acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación, op. cit., pág. 163; SANZ MORÁN, Ángel José. Los elementos subjetivos de la justificación. (En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín, coordinadores. El nuevo derecho penal español. Estudios en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz, Navarra, Ed. Aranzadi, 2001, págs. 736/745).

¹⁵⁸ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. Consideraciones acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación, op. cit., pág. 163. Cfr. también del mismo autor, Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo (En Rev. Política

Garay afirma que cuando el desconocimiento de la situación objetiva de justificación se deba a un estado de inimputabilidad, la tentativa será inidónea o irreal.¹⁵⁹

3.2. Error de prohibición y otros casos de exculpación

La opinión dominante examina los supuestos de error de prohibición y de exculpación, en un momento sistemático posterior a la constatación del injusto e inclusive, a la declaración de inimputabilidad, y en consecuencia, será posible aplicar medidas de seguridad. Verbigracia, en los casos de exculpación, la interferencia del estado de inimputabilidad con el elemento subjetivo sistemáticamente posterior se plantea – expresa Joshi Jubert – cuando el sujeto actúa bajo un miedo patológico insuperable, causado por la enfermedad mental que padece¹⁶⁰, o bien, cree que concurre un mal amenazante que en realidad no existe – error sobre un presupuesto del miedo insuperable¹⁶¹

No obstante, cuando en el caso el error de prohibición invencible no deriva del estado de inimputabilidad, o bien, existe una situación objetiva de exculpación independiente – no condicionada –

Criminal, Vol. 14, Nº 27, Julio 2019, Art. 10. Disponible en Worldwideweb <http://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/05/Vol14N27A10.pdf>).

¹⁵⁹ MARTÍNEZ GARAY, Lucía. Incidencia de los trastornos mentales en categorías dogmáticas distintas de la imputabilidad: supuestos problemáticos entre la exclusión del injusto y la exclusión de la culpabilidad, op. cit., pág. 393.

¹⁶⁰ Joshi Jubert cita el ejemplo de un sujeto que padecía una psicosis endógena que dificultaba sus relaciones sociales y perdió el trabajo. Culpaba de todo a su cuñado, por lo que un día que estaba sólo con él, le clavó un cuchillo en el cuello. (Cfr. JOSHI JUBERT, Ujala. Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuridicidad, op. cit., pág. 138).

¹⁶¹ Cfr. JOSHI JUBERT, Ujala. Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuridicidad, op. cit., págs. 138/139.

por aquél, no existe acuerdo. Algunos autores afirman que igualmente corresponde aplicar medidas de seguridad ¹⁶², y otros rechazan esta posibilidad, con fundamento en que las causales de disminución del injusto deben analizarse antes de la culpabilidad como causales de exclusión del injusto ¹⁶³, o bien en la necesidad de no hacer de peor condición al inimputable que al sujeto imputable¹⁶⁴, y no sería justo imponer la medida porque en esas condiciones, de haber sido imputable, el sujeto no podría haber sido condenado ¹⁶⁵. Lo cierto es que no es necesario recurrir a tales “saltos” sistemáticos, pues en tales supuestos, el hecho previo no es síntoma de peligrosidad y, por tanto, no corresponde la aplicación de las medidas.

¹⁶² Cfr. JIMENEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Parte general, tomo VI (Bs. As., Ed. Losada, 1962), págs. 664/665.

¹⁶³ Cfr. GÜNTHER, Hans-Ludwig. La clasificación de las causas de justificación en derecho penal (En LUZÓN PEÑA, Diego Manuel; MIR PUIG, Santiago. coordinadores. Causas de Justificación y de Antijuricidad en derecho penal, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1995), págs. 45/66. Para un análisis crítico de esta posición, cfr. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. La categoría de la antijuricidad en Derecho penal (En LUZÓN PEÑA, Diego Manuel; MIR PUIG, Santiago. coordinadores. Causas de Justificación y de Antijuricidad en derecho penal, op. cit.), págs. 87/170.

¹⁶⁴ Cfr. URRUELA MORA, Asier. Las medidas de seguridad social y reinserción social en la actualidad, op. cit., pág. 62. En igual sentido, MARTÍNEZ GARAY, Lucía. Incidencia de los trastornos mentales en categorías dogmáticas distintas de la imputabilidad: supuestos problemáticos entre la exclusión del injusto y la exclusión de la culpabilidad, op. cit., pág.394/399.

¹⁶⁵ CORTES ROSA, Manuel. La función de la delimitación de injusto y culpabilidad en el sistema del derecho penal (En SCHÜNEMAN, Bernd, compilador. Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal, Libro homenaje a Claus Roxin, Barcelona, Ed. Bosch, 1995), pág. 260. Esta conclusión muestra – advierte Amelung “que las eximentes tradicionalmente llamadas ‘causas de exculpación’ tampoco tienen demasiado que ver con la culpabilidad, dado que, de acuerdo con su finalidad, no sólo excluyen la imposición de penas, dependientes de la culpabilidad”, sino también a “las medidas de seguridad independientes de la culpabilidad”. Agrega que ello debería tenerse en cuenta desde el punto de vista terminológico, “hablándose aquí más bien de ‘exclusión de la responsabilidad’ o algo similar” [AMELUNG, Knut. Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin (En SHÜNEMAN, Bernd, coordinador. El sistema moderno de derecho penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50° Aniversario (Madrid, Ed. Tecnos, 1991), pág. 107].

3.3. El caso de ausencia de punibilidad

Urruela Mora y Ziffer agregan que tampoco corresponde aplicar medidas de seguridad, pese a la existencia de injusto penal, cuando en el supuesto concurren excusas absolutorias o falta una condición objetiva de punibilidad requerida por el tipo correspondiente ¹⁶⁶. Es decir, en general cuando exista un equivalente funcional de la pena.

3.4.- Prescripción de la acción penal

La doctrina discute – agrega Ziffer – si es admisible aplicar medidas de seguridad cuando la acción se encuentre prescrita, “toda vez que a medida que transcurre el tiempo el hecho va perdiendo su valor sintomático, y el plazo de prescripción de la acción permitiría preestablecer un tope máximo para examinar si aún conserva dicha significación”. ¹⁶⁷

4. Resumen

De los desarrollos precedentes, a modo de síntesis, podemos concluir:

a) Existe coincidencia en que la acción típica no justificada constituye hecho previo para la imposición de una medida de seguridad, aún cuando a causa del estado de

¹⁶⁶ URRUELA MORA, Asier. Las medidas de seguridad social y reinserción social en la actualidad, op. cit., págs. 63/64; y ZIFFER, Patricia S. Medidas de Seguridad, op. cit., pág. 221.

¹⁶⁷ ZIFFER, Patricia S. Medidas de Seguridad, op. cit., pág. 221.

inimputabilidad concurra un error de prohibición invencible o una situación de exculpación.

b) No obstante, aún en los casos de concurrencia de un injusto, se discute si corresponde o no la imposición de medidas de seguridad, cuando concurre un error de prohibición invencible o una situación objetiva de exculpación, ambos independientes del estado de inimputabilidad, o en caso de ausencia de punibilidad.

c) Existen dificultades para delimitar el presupuesto en aquellos casos en que, a causa del estado de inimputabilidad, esté ausente algún elemento subjetivo del injusto, ya sea por afectación de la parte subjetiva de la acción, error de tipo invencible, ausencia de elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, o en caso de error sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación para los partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo o de la teoría restringida de la culpabilidad.

d) En los últimos supuestos, se genera un conflicto entre la solución sistemática que impediría imponer medidas de seguridad por ausencia de acción o de injusto, y lo conveniente desde el punto de vista político-criminal, que aconseja aplicarlas.

En el capítulo siguiente, precisamente, analizaremos las distintas propuestas con que la doctrina pretende solucionar esta contradicción.

CAPITULO IV: DELIMITACIÓN DEL HECHO PREVIO EN LA DOGMÁTICA

1. Preeminencia del sistema y no imposición de medidas de seguridad

Distintos autores coinciden en que no corresponde imponer medidas de seguridad en los supuestos de interferencia del estado de inimputabilidad con los elementos subjetivos del injusto, por considerar que no concurre un hecho típico y antijurídico ¹⁶⁸, aunque con algunas variantes. ¹⁶⁹

No obstante, Pawlik advierte que ello conduce a frustrar la finalidad de las medidas de seguridad, al dejar fuera supuestos para los cuales precisamente fueron reguladas ¹⁷⁰. Además, Molina Fernández advierte que la pretendida coherencia sistemática es sólo aparente. En efecto, conduce a tratar de manera muy distinta al enfermo mental que mata porque no es capaz de controlar su agresividad y el que lo hace porque cree que el objeto de

¹⁶⁸ Cfr. JOSHI JUBERT, Ujala. Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuridicidad, op. cit., pág. URRUELA MORA, Asier. Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad, op. cit., pág. 64.

¹⁶⁹ Molina Fernández subdivide las distintas soluciones en opción decidida por el sistema, que es la más extendida (Bruns, Tröndle/Fischer, Horn, Böllinger/Pollähne); opción resignada por el sistema para referirse a la posición de Jescheck y Weingend, quienes si bien llegan a esta conclusión por cuestiones sistemáticas y prohibición de analogía, reconocen la necesidad de prevenir en tales casos los peligros para la seguridad pública; y opción sólo nominal por el sistema, donde incluye a los autores que plantean solucionar el problema con el internamiento civil (Serrano Butragueño). Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito, op. cit., págs. 124/126.

¹⁷⁰ PAWLIK, Michael. «¿El paso más importante de la dogmática de la última generación?» Reflexiones para la diferenciación entre injusto y culpabilidad en derecho penal (En La libertad institucionalizada, traductores Enrique Bacigalupo y ots, Bs. As., Ed. Marcial Pons, 2013), pág. 131.

su acción letal es un demonio transfigurado en humano ¹⁷¹, cuando precisamente – como aclara Ziffer - tales errores condicionados por la enfermedad muestran la peligrosidad del autor¹⁷². Es decir, existe una incoherencia valorativa o contradicción intrasistemática que afecta el principio de igualdad y vicia al propio sistema que se trata de mantener. ¹⁷³

2. Preeminencia de la solución político-criminal e imposición de medidas de seguridad

Otros autores, con distintas soluciones, han propiciado aplicar las medidas de seguridad en estos casos de ausencia de algún elemento subjetivo del injusto como consecuencia del estado de inimputabilidad. Joshi Jubert entiende que existe una laguna legal, y por ello propone introducir un precepto legal que los contemple ¹⁷⁴. No obstante, si bien es cierto que una reforma legislativa podría resolver el problema desde el punto de vista formal

¹⁷¹ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito, op. cit., págs. 125/126.

¹⁷² Cfr. ZIFFER, Patricia. Medidas de seguridad, op. cit., pág. 221.

¹⁷³ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito, op. cit., págs. 125/126. Agrega el autor que no es razonable no aplicar en estos casos medidas de seguridad, negar legítima defensa en el agredido y no permitir la participación de quien, como imputable, conoce la lesividad del hecho (MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito, op. cit., pág. 125).

¹⁷⁴ JOSHI JUBERT, Ujala. Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuridicidad, op. cit., pág. 140. El precepto legal propuesto por Joshi Jubert es el siguiente: “Cuando no sea posible imponer una medida de seguridad prevista en el CP a los sujetos para los cuales aquellas están previstas, por faltar algún presupuesto del hecho antijurídico a causa de su enfermedad mental, podrá sometérselos también a tratamiento siempre y cuando se trate de sujetos peligrosos que hayan lesionado un bien jurídico, y exista la posibilidad de que en el futuro comenten hechos similares”.

de la legalidad, no debe olvidarse que – como advierte Silva Sánchez – en la cuestión se encuentran comprometidos – principalmente – los principios materiales que fundan la intervención del derecho penal e impiden aplicar medidas predelictuales ¹⁷⁵. Además - agregan Martínez Garay y Molina Fernández - la solución de que se dé es importante también para otros problemas dogmáticos ¹⁷⁶, y por ello, en realidad, la reforma legislativa sólo ofrece una solución parcial. ¹⁷⁷

En consecuencia, es necesario determinar desde la dogmática cuáles son las características que debe reunir el hecho previo requerido como presupuesto para su imposición. Se trata de una cuestión compleja, cuya solución no sólo involucra a los presupuestos de las medidas de seguridad, sino también a distintas concepciones de norma, sistema, injusto e imputabilidad ¹⁷⁸, y a la pretensión sistemática de proceder a un análisis secuencial y ordenado de las categorías, que respete una clara delimitación de sus contenidos sin maniobras de intercambio entre unas y otras ¹⁷⁹. El

¹⁷⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. ¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distintos de la imputabilidad, op. cit., pág. 103. En igual sentido, MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito, op. cit., pág. 134; y MARTÍNEZ GARAY, Lucía. Incidencia de los trastornos mentales en categorías dogmáticas distintas de la imputabilidad: supuestos problemáticos entre la exclusión del injusto y la exclusión de la culpabilidad, op. cit., pág. 326.

¹⁷⁶ Cfr. MARTÍNEZ GARAY, Lucía. Incidencia de los trastornos mentales en categorías dogmáticas distintas de la imputabilidad: supuestos problemáticos entre la exclusión del injusto y la exclusión de la culpabilidad, op. cit., pág. 326.

¹⁷⁷ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito, op. cit., pág. 134.

¹⁷⁸ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. ¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?, op. cit., págs. 2/9; MARTÍNEZ GARAY, Lucía. Imputabilidad y elementos del delito, op. cit., pág. 98.

¹⁷⁹ Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. La categoría de la antijuricidad en Derecho Penal (En Anuario de Derecho penal y ciencias penales, 1991, Tomo XLIV, fasc. III), págs. 758/759; SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal (En SCHÜNEMANN, Bernd. El sistema moderno del derecho penal: Cuestiones fundamentales, op. cit., pág. 31); HRUSCHKA, Joachim.

tratamiento de todas estas cuestiones excede los límites del presente estudio, que limitaré a presentar las posiciones doctrinarias, distinguiendo entre las que buscan resolver el problema dentro del sistema tradicional del delito, de aquellos que proponen una solución distinta para la aplicación de las medidas.

2.1. Reafirmación del hecho como típico y antijurídico

En este apartado agrupamos distintas soluciones que tienen en común la pretensión de resolver estos supuestos dentro del sistema del delito, ya sea en la teoría del error o en los elementos subjetivos del injusto, con la indudable ventaja de mantener un concepto unitario de hecho delictivo como presupuesto de penas y medidas de seguridad:

2.1.1. Error condicionado por el estado de inimputabilidad

En primer lugar, la solución mayoritaria de la doctrina alemana, seguida en Argentina por Ziffer, razona que el hecho que motiva la imposición de la medida debe ser objetivamente típico y antijurídico, que para la configuración del tipo subjetivo basta con un dolo natural, y agrega que los errores condicionados por la enfermedad no deben ser tenidos en cuenta, es decir, no excluyen su aplicación¹⁸⁰. En cambio, si también la persona normal hubiera errado, el efecto de la eximente se produce por la vía del error, sin

¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal? (Derecho penal contemporáneo-Serie Azul, Volumen 4, Córdoba, Ed. Mediterránea, 2003).

¹⁸⁰ Cfr. ZIFFER, Patricia. Medidas de seguridad, op. cit., pág. 221.

esperar a la inimputabilidad. Esta formulación se refiere a los supuestos de error de tipo, pero por coherencia sistemática igual solución corresponde para los casos de interferencia del estado de inimputabilidad con los elementos subjetivos de la acción y, por tanto, no se excluiría la acción cuando la ausencia de su elemento subjetivo estuvo condicionada por el estado de inimputabilidad.¹⁸¹

El inconveniente de estos planteos – expresa Molina Fernández – es que como mantienen los conceptos tradicionales de delito y elementos subjetivos del injusto, introducen una solución ad hoc para alcanzar un punto de llegada previamente asumido e incurrir en una contradicción intrasistemática. En efecto, debería afirmarse que puede prescindirse de los elementos subjetivos del injusto en aquellos casos en que no están presentes debido a la inimputabilidad del autor, o bien, que también es doloso el comportamiento de quien desconoce elementos objetivos del tipo, pero en circunstancias en que un hombre imputable no hubiera incurrido en dicho desconocimiento.¹⁸²

García Albero pretende salvar esta objeción al sostener que, pese a su ausencia empírica, en estos casos debe afirmarse normativamente la presencia de dolo y, por tanto, la existencia de un hecho antijurídico habilitante de la imposición de una medida de seguridad¹⁸³. Ello implica previamente aceptar y dar tal

¹⁸¹ Molina Fernández señala que Hanack incurre en contradicción al aceptar la teoría del error de tipo condicionado, pero no para la acción (Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito, op. cit., págs. 129/130 y nota 30).

¹⁸² Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito, op. cit., págs.128/131.

¹⁸³ GARCÍA ALBERO, Ramón M., en su comentario al artículo 95 del código penal español (En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo – director -, MORALES PRATS, Fermín – coordinador-. Comentarios al nuevo Código Penal, Navarra, Ed. Aranzadi, 2001), pág. 519.

contenido al concepto de dolo, y la necesidad de justificarlo ante las garantías asociadas al principio de culpabilidad¹⁸⁴, paso que el autor no ha dado. Es cierto que la dogmática posterior del dolo ha evolucionado hacia su objetivización¹⁸⁵, pero como veremos infra en el apartado 3.1 de este capítulo, estos sistemas presuponen la capacidad de autoadministración del autor y por tanto, el hecho del inimputable carece relevancia jurídico-penal.

¹⁸⁴ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito, op. cit., pág. 131.

¹⁸⁵ En primer lugar, por matizar o reducir la importancia de los fenómenos psíquicos en su definición. Por ejemplo, las propuestas de Herzberg o Puppe, partidarios de objetivar juicios como el de “tomar en serio el riesgo” y de negar la idoneidad de ciertos riesgos a los efectos de la imputación dolosa. También Jakobs, quien retomando la figura del *dolus indirectus* admite que puede existir dolo sin una representación efectiva (Cfr. DIEZ RIPOLLES, José Luis. Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas, 2º Edición. Montevideo-Bs.As., Ed. BdeF, 2007; RAGUÉS Y VALLES, Ramón. El dolo y su prueba en el proceso penal, Barcelona, Ed. Bosch, 2002; del mismo autor, De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico. En *Indret, Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, Julio de 2012; y KINDHÄUSER, Urs. Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso. En *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Vol 59. España, Ed. Ministerio de Justicia-BOE, 2006; pág. 63). En cambio, Pérez Barberá elimina cualquier referencia a estados mentales. El concepto de dolo se objetiviza por completo. Al igual que la imprudencia – expresa – el dolo no es un hecho psíquico, “sino una propiedad normativa que caracteriza a una determinada clase de caso”, y “la presencia o ausencia de un determinado conocimiento, de una voluntad o de una creencia sea o no decisiva para definir a un caso como doloso, depende de la ratio legis del mayor merecimiento de pena del delito doloso”. En rigor, esta posición en términos sistemáticos implica que no ha de diferenciarse ya entre tipo objetivo y tipo subjetivo, sino entre tipo de explicación y tipo de imputación. En el primero se seleccionan y relacionan entre sí los datos empíricos, tanto objetivos (externos: físicos o institucionales) como subjetivos (psíquicos), conforme a un marco teórico que explicita el interés de que se parte y proporcione los criterios ontológicos y normológicos de selección y relación. Es decir, proporciona una explicación empírica del suceso. El cometido del tipo de imputación es determinar si tal suceso normativamente puede serle imputado a un autor, y en su caso con qué modalidad (dolosa o imprudente). (Cfr. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental (Bs. As., Ed. Hammurabi, 2011); y del mismo autor, Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental, En *Revista Pensar en Derecho* Año 1, N° 1. Bs. As., Ed. Eudeba, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2012), págs. 180/181).

2.1.2. Desplazamiento del error por la inimputabilidad

Martínez Garay expresa que, en los casos de interferencia del estado de inimputabilidad con elementos subjetivos del injusto, sólo en forma aparente se presenta concurso de causas de exención. La única eximente aplicable es la de inimputabilidad, no porque se de una relación de especialidad entre ella y la otra causa de exención, sino porque son fruto única y exclusivamente de la alteración en la estructura de los procesos de la motivación propios de la inimputabilidad. Es decir, sólo se han producido los efectos propios de ésta y por ello, cabe afirmar que existió acción y dolo.¹⁸⁶

Lo cierto es que – expresa Molina Fernández - no alcanza a explicar el contenido de los elementos subjetivos que afirma presentes ni por qué se produce ese desplazamiento. Es decir, la aplicación de medidas de seguridad requiere otra justificación ¹⁸⁷. Y aún cuando entendiéramos con Militello que en estos casos ese desplazamiento se debe a una ampliación de la tipicidad en razón de la peligrosidad y que basta una genérica dirección de la voluntad del sujeto inimputable a la ofensa del bien tutelado o a la violación del deber objetivo de diligencia ¹⁸⁸, quedan sin explicar los supuestos en que la interferencia se produce con los elementos subjetivos de la acción.

¹⁸⁶ MARTINEZ GARAY, Lucia. Incidencia de los trastornos mentales en categorías dogmáticas distintas de la imputabilidad: supuestos problemáticos entre la exclusión del injusto y la exclusión de la culpabilidad, op. cit., págs. 402/403; y del mismo autor, Imputabilidad y elementos del delito, op. cit., pág. 135.

¹⁸⁷ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito, op. cit., págs. 132/133.

¹⁸⁸ MILITELLO, Vincenzo. El error del inimputable entre exégesis, dogmática y política criminal, op. cit., págs. 409/412.

2.2. Distinción entre lesividad y antijuridicidad

Molina Fernández considera que los casos de interferencia del estado de inimputabilidad con elementos subjetivos del injusto son una manifestación singular de un problema estructural profundo de la teoría del delito, lo que explica la dificultad que en tales casos se genera para otras consecuencias sistemáticas. Ello evidencia que la categoría de la antijuridicidad contiene elementos subjetivos cuya ausencia no afecta la lesividad del hecho¹⁸⁹. Consecuentemente, diferencia dos niveles básicos de análisis del hecho delictivo: el nivel “casi exclusivamente objetivo” de la lesividad, presupuesto común para la pena y las consecuencias no dependientes de la infracción de las normas, y el segundo nivel de antinormatividad para el cual reserva el término de antijuridicidad (culpable), en el que incluye todos los elementos referidos a la infracción de deberes normativos, inclusive los elementos de la culpabilidad, y es presupuesto de la pena.¹⁹⁰

El primer nivel de análisis debe ceñirse exclusivamente a los aspectos que realmente condicionan la lesividad del hecho para bienes jurídicos, según el bien jurídico protegido. En la mayoría de los casos, los bienes se plasman en objetos materiales que se lesionan por hechos físicos y las circunstancias que condicionan la lesividad son puramente objetivo-externas. No obstante, en dos situaciones la lesividad del hecho depende de elementos subjetivos: en los casos de agresiones a bienes jurídicos que tienen que ver con la relación interpersonal como el honor y la libertad sexual, en los que a veces algún elemento subjetivo parece

¹⁸⁹ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito, op. cit., pág. 139.

¹⁹⁰ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito, op. cit., págs. 137/141.

tener trascendencia para su lesión; y en los hechos delictivos del iter criminis anteriores al momento en que la retirada del autor es ya imposible - actos preparatorios, tentativa inacabada y tentativa acabada reversible - , en los que habrá que tener en cuenta el plan de acción del autor, que se inserta en el hecho como un elemento causal más.¹⁹¹

Los elementos vinculados con la capacidad de que el comportamiento del sujeto sea guiado por normas, como la voluntariedad de la acción o el dolo, quedan reservados para el segundo nivel de antijuridicidad culpable en el que se realiza la imputación subjetiva. Por ello quedan comprendidos en el nivel de lesividad los casos de interferencia antes analizados en que falta la mínima voluntariedad que exige el concepto de acción o de error de tipo: el hecho del inimputable no infringe un deber jurídico, pero es lesivo, y puede aplicarse una medida de seguridad.¹⁹²

Martínez Garay critica la dificultad de este sistema para determinar el requisito mínimo para la imposición de medidas de seguridad a los inimputables. Si bien Molina Fernández aclara que es necesario contar además con un criterio que sirva como punto de referencia de la peligrosidad, y entiende que éste es la situación de

¹⁹¹ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito, op. cit., págs. 141/142.

¹⁹² Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito, op. cit., págs. 143/144. En el segundo nivel Molina Fernández desarrolla la imputación subjetiva en función de una teoría imperativa de la norma. (Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Antijuridicidad penal y sistema del delito. Tesis doctoral dirigida por el Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público, Área de Derecho Penal, 1998 – inédita -; y del mismo autor, Antijuridicidad penal y sistema del delito, Barcelona: Bosch, 2001).

riesgo para los bienes jurídicos objetivamente entendida ¹⁹³, debe determinarse ese grado de peligro, que por definición debe ser muy distinto al que propone el autor para el sistema de la pena ¹⁹⁴. No obstante, lo cierto es que Molina Fernández cuestiona que el derecho de medidas de seguridad sea parte del derecho penal como una segunda vía: entre “el derecho penal de interposición de penas y el derecho penal de medidas – expresa - hay suficientes diferencias como para poder cuestionar su pertenencia a una categoría común (...) Buena muestra del carácter espurio del derecho de medidas es la escasa atención que reciben por parte de la doctrina penal”. ¹⁹⁵

3. Injusto culpable y renuncia a un presupuesto unitario.

Las diferencias existentes entre las distintas posiciones analizadas en los apartados precedentes evidencian las dificultades que el problema en estudio plantea para la teoría tradicional del delito, estructurada en la distinción axiomática entre injusto y culpabilidad, e imputación objetiva y subjetiva, que Welzel destacó como el paso más importante de las últimas dos o tres generaciones ¹⁹⁶. Es cierto que la aplicación de medidas de seguridad

¹⁹³ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. El concepto de injusto en la evolución de la teoría jurídica del delito (En Revista Chilena de Derecho, 1995, Vol. 22, N° 2, págs. 286/296), pág. 293.

¹⁹⁴ MARTÍNEZ GARAY, Lucía. Incidencia de los trastornos mentales en categorías dogmáticas distintas de la imputabilidad: supuestos problemáticos entre la exclusión del injusto y la exclusión de la culpabilidad, op. cit., págs. 413/415. Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Antijuricidad penal y sistema del delito. Tesis doctoral..., op. cit., págs. 942 y ss.; del mismo autor, Antijuricidad penal y sistema del delito, op. cit., Capítulo XI.

¹⁹⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. El concepto de injusto en la evolución de la teoría jurídica del delito, op. cit., pág. 292.

¹⁹⁶ Cfr. ROXIN, Claus. Derecho penal, Parte General, op. cit., págs. 201/206; SCHÜNEMANN, Bernd. La función de la delimitación de injusto y culpabilidad, (En SILVA SÁNCHEZ, Jesús María –ed. Española- SCHÜNEMANN, Bernd – DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge – coordinadores –. Fundamentos de un sistema europeo

en el caso de ausencia de elementos subjetivos del injusto como consecuencia del estado de inimputabilidad, evita dejar fuera de su ámbito supuestos para los cuales precisamente fueron reguladas. No obstante, conduce a abandonar la tesis de la existencia de un presupuesto común a medidas de seguridad y penas, en el que las primeras se conectan con el injusto y las penas con la culpabilidad.¹⁹⁷

La opinión dominante hasta nuestros días justifica la importancia de mantener la diferenciación del injusto, también por otras funciones: la exención por inimputabilidad no conlleva la exclusión de responsabilidad civil, en la teoría de la accesoriedad limitada en la participación, y porque la conducta del inimputable, siendo típica y antijurídica, puede constituir una agresión ilegítima y por tanto dar lugar a que el agredido reaccione en legítima defensa¹⁹⁸. No obstante, ello requiere de algunas precisiones. En primer lugar, como señala Molina Fernández, la existencia de un injusto penal no culpable no es requisito de la responsabilidad civil¹⁹⁹. En el ámbito de

del derecho penal. Libro-homenaje a Claus Roxin. Barcelona, Ed. Bosch, 1995, pág. 205); CORTES ROSA, Manuel. La función de la delimitación de injusto y culpabilidad en el sistema del derecho penal, op. cit.

¹⁹⁷ En sentido contrario, cfr. ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania (En InDret, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, Octubre de 2012), págs.18/19. Asimismo, cfr. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin (En Revista General de Derecho Penal N°8, España, Ed. Iustel, 2007, pág. 87).

¹⁹⁸ MARTÍNEZ GARAY, Lucía. Imputabilidad y elementos del delito, op. cit., pág. 96. En igual sentido, cfr. SCHÜNEMANN, Bernd. La función de la delimitación de injusto y culpabilidad, op. cit.; CORTES ROSA, Manuel. La función de la delimitación de injusto y culpabilidad en el sistema del derecho penal, op. cit.

¹⁹⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. El concepto de injusto en la evolución de la teoría jurídica del delito, op. cit., págs. 288/289. La regulación de la responsabilidad civil en el derecho argentino prevé su existencia en casos de actos justificados – art. 1718, inc. a y b del Código Civil y Comercial Argentino, actos ilícitos involuntarios – art. 1750 -, por el hecho de otro – arts. 1753 a 1755 -, e inclusive, existe responsabilidad objetiva por hechos de las cosas y actividades riesgosas que se desarrollan dentro del riesgo permitido, pero que generan consecuencias lesivas – art. 1757 – y aún en supuestos de caso fortuito – art. 1733 -.

la participación, cuando el sujeto que fácticamente ejecute el acto típico a consecuencia de su estado de inimputabilidad, existirá autoría mediata del llamado hombre de atrás ²⁰⁰. Y respecto de la legítima defensa, desde el comienzo de las discusiones doctrinales han existido autores que, con distintos argumentos, reservan su ámbito para el caso de ataques culpables ²⁰¹. En este sentido, Palermo justifica que la culpabilidad es presupuesto de la agresión y, por tanto, en los ataques de enfermos mentales – que sólo constituyen un peligro para los bienes jurídicos individuales del agredido, pero no tienen el sentido de defraudación de una expectativa normativa - no cabe reaccionar en legítima defensa, sino en estado de necesidad defensivo. ²⁰²

Es decir, pese a “los esfuerzos de la doctrina dominante por mantener el concepto welzeliano de injusto personal como concepto unitario de injusto con valor sistemático, la evolución

²⁰⁰ En este sentido, JAKOBS, Günter. Derecho penal. Parte General, op. cit., págs. 777/780; FRISTER, Helmut. Derecho Penal. Parte General, Traducción de la 4^o edición alemana de Marcelo A. Sancinetti (Bs. As. Ed. Hammurabi, 2011), págs. 598/599 y 607/608. En argentina, en igual sentido, SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo II, op. cit., págs. 287/288; NÚÑEZ, Ricardo. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, op. cit., págs. 281/282; CREUS, Carlos. Derecho Penal. Parte General. (Bs. As., Ed. Astrea, 5^o edición actualizada y ampliada, 2003), págs. 388/396. De opinión distinta, Zaffaroni-Alagia-Slokar, quienes consideran que el hombre de atrás responderá como instigador o autor directo, pero no como autor mediato (ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal. Parte General, op. cit., pág. 748).

²⁰¹ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. El concepto de injusto en la evolución de la teoría jurídica del delito, op. cit., págs. 289/289; JAKOBS, Günter. Derecho penal, Parte General, op. cit., pág. 464/468; PALERMO, Omar. La legítima defensa. Una revisión normativista (Bs. As., Ed. Depalma, 2006); PAWLIK, Michael. La legítima defensa según Kant y Hegel (En La antijuridicidad en el derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa, Montevideo, ed. BdeF, 2013, págs. 3/64; KINDHÄUSER, Urs. Acerca de la génesis de la fórmula “el derecho no necesita ceder ante el injusto” (En La antijuridicidad en el derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa, op. cit., págs. 89/98

²⁰² Cfr. PALERMO, Omar. La legítima defensa. Una revisión normativista, op. cit., págs. 327/342 y 372/379. Asimismo, puede consultarse COCA VILA, Ivó. Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo (En InDret, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, N^o 1/2011).

de las diversas instituciones de la teoría del delito (y, en general, del Derecho penal) pone de relieve la dificultad de tal empeño” y “cada vez resulta más difícil sostener que (...) la doctrina del injusto personal, además de constituir –una vez que se le añada el juicio de culpabilidad– el presupuesto de la imposición de la pena al autor, constituya el denominador común de la accesoriedad de la participación, la agresión que puede dar lugar a legítima defensa, el injusto al que se refiere el conocimiento de la antijuridicidad (Unrechtskenntnis) y el que es propio del hecho desencadenante de la imposición de medidas de seguridad”.²⁰³

Precisamente, la doctrina ya había advertido que la cuestión del orden de análisis es didáctica²⁰⁴, y que la renuncia al injusto como categoría “agudiza la visión respecto de las diferencias sistemáticas entre las instituciones jurídicas que entran en juego, y posibilita con ello un tratamiento más adecuado a las concretas cuestiones materiales”²⁰⁵. En sentido divergente, Silva Sánchez sostiene que la distinción mantiene un sentido axiológico, y no sólo lógico o didáctico, porque el juicio de antijuridicidad, aún cuando se trate de un injusto objetivo, determina si el suceso es un riesgo permitido o un hecho justificado, o una injerencia típica y antijurídica. Es decir, evidencia que “se ha producido una vulneración del orden de asignación de bienes jurídico-penales”, un “desbordamiento de las

²⁰³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. ¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?, op. cit., pág. 8.

²⁰⁴ PAWLIK, Michael. «¿El paso más importante de la dogmática de la última generación?» Reflexiones para la diferenciación entre injusto y culpabilidad en derecho penal, op. cit., pág. 128.

²⁰⁵ PAWLIK, Michael. «¿El paso más importante de la dogmática de la última generación?» Reflexiones para la diferenciación entre injusto y culpabilidad en derecho penal, op. cit., pág. 135.

fronteras existentes entre las esferas de libertad jurídicamente garantizada”.²⁰⁶

Esta revisión normativa-funcionalista del sistema del hecho punible y la teoría del delito lleva a nuevas propuestas de solución al tema en estudio, como veremos en los apartados siguientes.

3.1. Capacidad de imputación como primer elemento de un concepto funcional de delito

El sistema de Jakobs y su escuela – a diferencia de la dogmática tradicional - sigue la tradición hegeliana y como punto de partida, critica las postulaciones de la construcción teórica naturalista en la teoría del delito, mediante los instrumentos de una construcción normativista. Consecuentemente, propone la sustitución del sistema categorial por el funcional²⁰⁷ y rechaza al injusto sin culpabilidad. En lugar de la distinción entre injusto y culpabilidad, propone la relación funcional entre delito y pena como constituyente del sistema de imputación. Concibe al delito como daño a la vigencia de la norma, es decir, ausencia de fidelidad al derecho en lugar de la lesión de un bien jurídico, y la pena es un fin en sí misma, pues tiene como función restablecer la vigencia de la norma vulnerada por el delito, es decir,

²⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. ¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?, op. cit., págs. 8/9. Agrega Silva Sánchez que la reciente distinción de Pawlik entre teoría de la competencia y una teoría de la imputación, pone de manifiesto la relevancia jurídico-penal de ese análisis (Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. ¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?, op. cit., págs. 9/10).

²⁰⁷ Funcionalista porque – explica Jakobs – “el Derecho Penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad” (JAKOBS, Günter. Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional. Traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ. Madrid, Ed. Civitas, Reimpresión, 2000, pág. 15).

prevenir una falta de fidelidad generalizada o de mantener en la generalidad una fidelidad suficiente.²⁰⁸

En este sistema, el inimputable o incapaz de culpabilidad no es competente por la vulneración de la norma²⁰⁹, no expresa en su acto un sentido, y por tanto, no participa de la comunicación ni puede defraudar una expectativa normativa²¹⁰. Sólo provisionalmente y por cuestiones didácticas trata el acto del inimputable como injusto, pero “la expectativa normativa se redefine en una expectativa cognitiva cuando la 'vulnera' un inimputable²¹¹, y

²⁰⁸ Cfr. JAKOBS, Günter. Derecho Penal, Parte General, op. cit.; del mismo, Sobre la teoría de la pena. Traducción de Manuel Cancio Melia. (Bogotá, Ed. Universidad de Colombia, 1998); ¿Qué protege el derecho penal bienes jurídicos o la vigencia de la norma? (En Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Vol. 7, N° 11, Bs. As., Ed. Ad-Hoc, 2001, pág. 23); Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional, op.cit.; y La pena estatal: significado y finalidad. Traducción y estudio preliminar de Manuel Cancio Melia y Bernardo Feijoo Sánchez (Navarra, Ed. Thomson-Civitas, 2006). Asimismo, puede consultarse FRISCH, Wolfgang. Pena, delito y sistema del delito en transformación (En Indret, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, N° 3/2014), apartados 4.1.a) y 4.3; del mismo autor, Teoría de la pena, concepto de delito y sistema del hecho punible en transformación (En Revista de Estudios de la Justicia N° 32, Ed. Facultad de Derecho – Universidad de Chile, Junio de 2020), págs. 13/14; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Del Derecho abstracto al Derecho “real”. Rescención a Günter Jakobs. La pena estatal: significado y finalidad. (En INDRET, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, Octubre de 2006); FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Prevención general positiva. Una reflexión en torno a la teoría de la pena de Günter Jakobs (En Anuario de derecho penal y ciencias penales, Vol. 59. España, Ed. Ministerio de Justicia-BOE, 2006; pág. 111); PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito (En Rev. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho N° 23, Universidad de Alicante, Año 2.000, pág. 289); y ROXIN, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania (En InDret, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, Octubre de 2012).

²⁰⁹ JAKOBS, Günter. Derecho Penal, Parte General, op. cit., págs. 598/600.

²¹⁰ JAKOBS, Günter. Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional, op. cit., págs. 50/54, 59/67. Expresa Jakobs, “o bien el autor expresa con su hecho un sentido relevante para la comunicación o bien no llega a alcanzar el plano de lo relevante para la comunicación, manteniéndose en la naturaleza” (JAKOBS, Günter. Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional, op. cit., pág. 60).

²¹¹ JAKOBS, Günter. El concepto jurídico penal de acción, op. cit., pág. 46, nota 40.

por tanto, carece de relevancia jurídico-penal ²¹². De este modo, la inimputabilidad del sujeto asume una función distinta y más elemental que la tradicional: falta un delito en el sentido de un acto expresivo que niega la norma, criterio seguido en España por Ragués I. Vallés.
213

Lesch presentó una completa estructuración funcional del sistema de imputación, en el cual reemplaza la imputación subjetiva por la objetiva ²¹⁴, y la capacidad de imputación es el primer elemento de un concepto funcional de delito. En él trata la cuestión de si el sujeto es competente para expresar un sentido penalmente relevante, como resultado de su carácter de persona natural, su capacidad intelectual y física para cumplir la norma – libre albedrío o capacidad abstracta de acción, la capacidad de culpabilidad y la cognoscibilidad de la pretensión de vigencia de la norma general en la concreta situación fáctica ²¹⁵. El hecho del inimputable defrauda expectativas cognitivas o de la naturaleza, carece de relevancia penal.
216

²¹² JAKOBS, Günter. El concepto jurídico penal de acción, op. cit., pág. 48. “Por ello, un concepto de acción que almacene el programa completo del derecho penal – expresa Jakobs - debe ser ampliado hasta la culpabilidad. Acción es convertirse en culpable; formulándolo de otro modo: acción es la asunción culpable de la competencia de una lesión de la vigencia de la norma” (Íbidem).

²¹³ Cfr. RAGUÉS I. VALLÉS, Ramón. El dolo y su prueba en el proceso penal, op. cit., pág. 396. Expresa el autor citado que “al derecho penal no le interesan los comportamientos realizados por sujetos plenamente inimputables, es decir, las normas jurídico-penales no se dirigen a tales sujetos, o bien, éstos no son competentes para negar la vigencia de tales normas” (Íbidem).

²¹⁴ Cfr. LESCH, Heiko H. Injusto y culpabilidad en derecho penal, op. cit., págs. 270/271; y del mismo autor, El concepto de delito. Las ideas fundamentales de una revisión funcional. Traducción de Juan Carlos Gemignani (Bs. As., Ed. Marcial Pons, 2016).

²¹⁵ LESCH, Heiko H. Injusto y culpabilidad en derecho penal, op. cit., págs. 270/271; y del mismo autor, El concepto de delito, op. cit., págs.232/236 y 303.

²¹⁶ Cfr. LESCH, Heiko H., La función de la pena. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles (Madrid, Ed. Dykinson, 1999), págs. 47/48; y del mismo autor, El concepto de delito, op. cit., págs..236/238.

Se trata de una completa construcción normativa del hecho punible, en armonía con la teoría de la pena propuesta – prevención general positiva – que responde a una profunda formulación intelectual y aspectos conceptuales cuyo tratamiento excede los límites del presente estudio. Con relación al específico problema que analizamos, este planteamiento – expresa Silva Sánchez – posee un indudable atractivo como propuesta de solución. Sin embargo – agrega y en ello coincide Martínez Garay – éste queda subsistente en los casos de imputabilidad disminuída que provoquen un error de tipo invencible – como podría ocurrir con casos de oligofenias –. En ellos, el error de tipo invencible excluye la posibilidad de aplicar una pena, y si no se modifica el criterio doctrinal de que la aplicación de la medida de seguridad requiere la concurrencia del tipo subjetivo, también queda excluida la posibilidad de imponer una medida ²¹⁷. En mi opinión, el ejemplo propuesto, en realidad, es un caso de inimputabilidad. Además, existe consenso en que la imputabilidad disminuída regulada en el §21 del StGB no es una forma autónoma de semiimputabilidad, sino que el sujeto es imputable, pero se introduce una causa de atenuación de la pena como graduación entre exigibilidad e inexigibilidad ²¹⁸. Por último, lo cierto es que este problema no se plantea en el sistema de Lesch, en cuya propuesta el hecho punible no está estructurado con la bipartición injusto/culpabilidad – elementos objetivos/subjetivos ²¹⁹. En efecto –

²¹⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. ¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distintos de la imputabilidad, op. cit., pág. 131. En igual sentido, MARTÍNEZ GARAY, Lucía. Incidencia de los trastornos mentales en categorías dogmáticas distintas de la imputabilidad: supuestos problemáticos entre la exclusión del injusto y la exclusión de la culpabilidad, op. cit., págs. 338/341, quien además hace referencia a otras consecuencias sistemáticas.

²¹⁸ Cfr. JAKOBS, Günter. Derecho Penal. Parte General, op. cit., págs. 647/652; y ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General, op. cit., págs.839/847.

²¹⁹ Lesch señala el origen naturalista de esta distinción que se basa en la división categorial entre el hecho y su autor, y agrega que el sistema penal dominante en la

afirma – “en un sistema penal *funcional*, la culpabilidad penal, el injusto penal y el delito sólo pueden ser reformulados adecuadamente como sinónimos” ²²⁰, y “toda distinción entre injusto y culpabilidad como dos escalones valorativos que se vinculen a la valoración negativa del hecho y del autor, respectivamente, resulta obsoleta”. ²²¹

Por otra parte, si bien esta formulación conduce a una estructura diferenciada para las medidas de seguridad, en este caso quedan excluidas del derecho penal, porque el injusto es indisoluble de la culpabilidad.

3.2. Renuncia a un presupuesto común para la imposición de penas y medidas de seguridad

Silva Sánchez propone separar ambas consecuencias jurídicas – pena y medida de seguridad – desde la base, y diferenciar un injusto estrictamente objetivo para las últimas. Éste no presupone como requisito necesario la concurrencia de ningún elemento subjetivo – ni la voluntariedad de la acción, ni el dolo,

actualidad, en realidad es “una mera mezcolanza de elementos totalmente heterogéneos que no pueden reconducirse a un denominador común y que, por diversos motivos, se han ido cambiando de lugar y/o añadiendo” (LESCH, Heiko H. Injusto y Culpabilidad en Derecho penal, op. cit., págs. 253/260; del mismo autor, El concepto de delito, op. cit., págs. 277 y 304).

²²⁰ LESCH, Heiko H., Injusto y culpabilidad en derecho penal Injusto y culpabilidad en derecho penal, op. cit., pág.269.

²²¹ LESCH, Heiko H., Injusto y culpabilidad en derecho penal, op. cit., pág.270; y del mismo autor, El concepto de delito, op. cit., 214 y 301/303. Mañalich señala que el *quid* de la conexión funcional entre el injusto y la culpabilidad es que “el injusto que no alcanza a constituir un injusto culpable carece de relevancia jurídico-penal, porque recién la culpabilidad por el injusto fundamenta el carácter reprochable de ese injusto” [Cfr. MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno (Revista de Derecho Vol XXIV – N° 1, Valdivia, Ed. Universidad Austral de Chile, Julio de 2011, pág. 87)].

ni otros elementos subjetivos ²²². En estos casos, la objetivización viene impuesta por los fines de las medidas de seguridad que, por su carácter cognitivo, pueden vincularse estrictamente a los datos de la lesión del bien jurídico y la peligrosidad que ella manifiesta, que estará presente cuando la ausencia de consciencia, de dolo o de otros elementos subjetivos se explique como consecuencia del estado de inimputabilidad. ²²³

En consecuencia, Silva Sánchez renuncia a un injusto unitario para todas las instituciones del sistema del derecho penal, y en obras posteriores destaca que éste en el ámbito de las medidas de seguridad tiene un carácter más despersonalizado para ser adecuado a la teleología de estas consecuencias jurídico-penales. Mantiene un significado jurídico-penal porque contribuye a la reafirmación (no de normas sino) de valoraciones jurídico-penales, en otros términos, del orden de los bienes jurídico-penales, y no es por tanto, expresión de un mero injusto de policía ²²⁴. Aún en los casos de sujetos inimputables o de interferencia de ese estado en los elementos subjetivos del injusto, existe una mínima imputación de la lesión de

²²² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. ¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distintos de la imputabilidad, op. cit., págs. 128/129.

²²³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. ¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distintos de la imputabilidad, op. cit., págs. 129/130. En igual sentido, cfr. PAWLIK, Michael. «¿El paso más importante de la dogmática de la última generación?» Reflexiones para la diferenciación entre injusto y culpabilidad en derecho penal, op. cit., pág. 131. El sistema de la pena – afirma Silva Sánchez - mantiene la estructura conocida, agregando con cita de Lesch que la pena es un mecanismo de estabilización contrafáctica que requiere un comportamiento que niegue la norma de comportamiento (Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. ¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distintos de la imputabilidad, op. cit., pág. 128 y nota 74; y LESCH, Heiko H. La función de la pena, op. cit.).

²²⁴ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. ¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?, op. cit., págs. 4/5 y 12/15.

bienes jurídico-penales, y por ello no puede concebirse como una mera prevención o defensa frente a peligros de la naturaleza o exclusivamente policial ²²⁵. Por ello las medidas de seguridad participan de la dimensión simbólica de lo penal y se mantienen dentro de un concepto amplio de Derecho penal, que tiene la función de “neutralizar comunicativamente la lesividad para bienes jurídico-penales del hecho y la (parcial) imputación de éste a un sujeto peligroso” ²²⁶

Esta solución – expresa Silva Sánchez – es compatible con el derecho penal vigente, que requiere como presupuesto para su aplicación la comisión de un hecho previsto como delito, porque esta expresión puede ser interpretada únicamente en el sentido de que exigen que se haya realizado el tipo objetivo de un delito y que no esté justificado, y porque al referirse al objeto del dolo, el art. 14, inc. 1 del código penal español se refiere a un “hecho constitutivo de la infracción penal”, asociando esta expresión al tipo objetivo. ²²⁷

Molina Fernández comparte que con las medidas no se trata de evitar comportamientos antinormativos que infringen deberes jurídicos personalmente exigibles, sino lesiones de bienes jurídicos penalmente relevantes que puedan proceder de personas inimputables peligrosas. No obstante, objeta que la propuesta resulta

²²⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. ¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?, op. cit., págs. 13/14. En el caso del sujeto inimputable - y en la medida en que el suceso es evitable, - expresa – “su no evitación se considera lesiva de un deber de actuar. Esto constituye una unidad de sentido, con independencia de que la plenitud de sentido tenga lugar luego de una imputación de segundo nivel (culpabilidad)” (Íbidem).

²²⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. ¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?, op. cit., págs. 14/15.

²²⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. ¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distintos de la imputabilidad, op. cit., págs. 130/131.

insuficiente o sólo parcial, porque se centra en la aplicación de medidas de seguridad y no ofrece respuesta para otras consecuencias jurídicas como la legítima defensa o la participación. Agrega que genera un doble concepto de antijuridicidad que no resulta óptimo desde una perspectiva científica y plantea la difícil cuestión de qué sentido tiene mantener la distinción entre injusto y culpabilidad en la teoría del delito que es presupuesto de la pena, si se le priva de la función de ser condición de aplicación de otras consecuencias jurídicas, distintas de la pena e independientes de la culpabilidad ²²⁸. Por otra parte, Martínez Garay señala la necesidad de matizar el concepto, para excluir casos en que no está presente la conciencia mínima del concepto de acción como los de fuerza irresistible, y agrega que prescindir por completo de la dimensión subjetiva del hecho puede ocasionar dificultades para su calificación en los casos de tipos con específicos elementos subjetivos del injusto y para diferenciar un delito consumado de su tentativa. ²²⁹

Lo cierto es que la propuesta de Silva Sánchez aporta a las medidas de seguridad una estructura de análisis propia y coherente, que abarca los casos de interferencia del estado de inimputabilidad con los llamados elementos subjetivos del injusto según lo entiende la dogmática tradicional. Además, según hemos referido ut supra, la distinción injusto-culpabilidad en la teoría del

²²⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito, op. cit., págs. 135/136. En igual sentido, Martínez Garay se pregunta si dada la imposibilidad de castigar a los partícipes según el principio de la accesoriedad limitada, la construcción de una antijuridicidad completamente objetiva podría ser una solución también para este problema (Cfr. MARTÍNEZ GARAY, Lucía. Incidencia de los trastornos mentales en categorías dogmáticas distintas de la imputabilidad: supuestos problemáticos entre la exclusión del injusto y la exclusión de la culpabilidad, op. cit., págs. 410/411).

²²⁹ MARTÍNEZ GARAY, Lucía. Incidencia de los trastornos mentales en categorías dogmáticas distintas de la imputabilidad: supuestos problemáticos entre la exclusión del injusto y la exclusión de la culpabilidad, op. cit., págs. 408/410.

delito mantiene un valor axiológico, y la objeción referida a que no da respuesta a otras consecuencias como la legítima defensa o la participación desatiende la evolución y normativización de tales institutos.

4. El hecho previo en las medidas de seguridad para inimputables

4.1. Recapitulación

El desarrollo precedente ha tenido como finalidad exponer las distintas soluciones dogmáticas al problema que, para la aplicación de medidas de seguridad, suscita la ausencia de algún elemento subjetivo del injusto como consecuencia del estado de inimputabilidad. Las teorías que desde la dogmática tradicional privilegian el sistema y por tanto afirman que no corresponde imponer medidas de seguridad, dejan fuera supuestos para los cuales precisamente fueron reguladas. Además, la coherencia sistemática no es tal, porque conducen a tratar de manera muy distinta casos en los que claramente el hecho se explica por el estado de inimputabilidad.

En cambio, las teorías que dan preeminencia a la solución político criminal, reafirmando la existencia de un hecho típico y antijurídico, tienen la ventaja de mantener un concepto unitario de hecho delictivo como presupuesto de penas y medidas de seguridad. No obstante, enfrentan la dificultad de intentar justificar como presente un elemento subjetivo claramente ausente, al menos como es concebido, o de justificar el desplazamiento del error por la inimputabilidad, aún cuando la interferencia haya sido con el elemento subjetivo de la acción. A su vez, la diferenciación entre lesividad y antijuricidad, suscita problemas para determinar el requisito mínimo para la imposición de medidas de seguridad a los inimputables, y en

todo caso, conduce a un presupuesto distinto al requerido para el delito.

Por tanto, la necesidad de aplicar medidas de seguridad en el caso de ausencia de elementos subjetivos del injusto como consecuencia del estado de inimputabilidad, lleva al abandono de la tesis de la existencia de un injusto personal como presupuesto común a medidas de seguridad y penas, en el que las primeras se conectan con el injusto y las penas con la culpabilidad. A ello conducen tanto el sistema funcional de Jakobs y su escuela, en el que el hecho del inimputable carece de sentido, queda reducido a un ámbito puramente empírico-cognitivo, y en todo caso constituirá un injusto de policía. Y también la propuesta de Silva Sánchez de separar ambas consecuencias desde la base y diferenciar un injusto estrictamente objetivo para las medidas de seguridad, que participan de la dimensión simbólica de lo penal y se mantienen dentro de un concepto amplio de Derecho penal, que tiene la función de neutralizar comunicativamente la lesividad para bienes jurídico-penales del hecho y la (parcial) imputación de éste a un sujeto peligroso.

4.2. El hecho previo

Para la aplicación de las medidas de seguridad, el artículo 34, inc. 1 del Código Penal Argentino amplía la tipicidad, requiriendo la existencia de un hecho no punible producido por el estado de inimputabilidad y peligrosidad del autor. El texto legal, permite interpretar que el presupuesto se corresponde con lo que tradicionalmente se denomina como el *injusto objetivo del hecho*. Zaffaroni, Alagia y Slokar ya habían advertido que “la fórmula del inc. 1° del art. 34 no sólo contiene a la inimputabilidad y a la ausencia de dolo sino que constituye una síntesis de los requerimientos subjetivos

del delito en todos sus niveles”²³⁰. Igualmente, el requisito fáctico se mantiene subsistente aún ante la exclusión del elemento subjetivo que genera el “estado de inconsciencia” – como incapacidad para la acción - y el “*error o ignorancia de hecho no imputables*” previsto en el mismo inciso respecto del autor capaz.

Además de la exégesis gramatical, justifican la solución propuesta la interpretación analógica²³¹ y consideraciones teleológicas. En efecto, se mantiene dentro del *marco literal posible* y, si bien es cierto que - como señala Silva Sánchez - conduce a la partición de la teoría del delito, comprende todos los casos para los que las medidas de seguridad han sido previstas, es decir, aquellos en que el estado de inimputabilidad tiene incidencia en otras categorías, porque ha condicionado la acción o el error cometido. Asimismo, este análisis permitirá excluir los supuestos en que el hecho se explica al margen de la patología, aún cuando concurra un injusto personal²³². De este modo, se otorga a las medidas una estructura de análisis más coherente con su fundamento y finalidad.

El hecho previo – entendido como injusto objetivo -, es un comportamiento antinormativo porque objetivamente resulta contrario a una norma de prohibición o de mandato, y no está amparado por una norma permisiva constitutiva de una posible causa de justificación. En el caso, la existencia de los tradicionalmente llamados elementos subjetivos del delito, o su ausencia condicionada

²³⁰ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal, Parte General, op. cit., págs. 403/406 y 664/666.

²³¹ Sobre la diferenciación entre analogía e interpretación analógica, cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Concepto y método de la ciencia del derecho penal (Madrid, Ed. Tecnos, 1999), págs. 61/67. La interpretación analógica – señala Gimbernát Ordeig – se mantiene siempre dentro del marco del “sentido literal posible”, y en consecuencia, si restringe o aún cuando extiende el comportamiento punible “no viola el principio de legalidad” (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Concepto y método de la ciencia del derecho penal, op. cit., pág. 64).

²³² Cfr. ut supra, Capítulo III, punto 3, págs. 53/57.

por el estado de inimputabilidad, representarán otro indicador para evaluar y otorgar más certeza a la determinación del estado de peligrosidad.

Es cierto que las diferencias con el sistema de la teoría del delito son importantes. No obstante, como explica Silva Sánchez, las medidas de seguridad integran un concepto amplio de derecho penal porque existe una mínima imputación de la lesión de bienes jurídico-penales al sujeto inimputable, contribuyen a la reafirmación de valoraciones jurídico-penales y participan del carácter simbólico del derecho penal. Es así tanto por el momento en que se imponen (después de cometerse un hecho tipificado como delito), su fundamentación (preventivo especial) y la necesidad de observar los límites y garantías propios de aquél.

CONCLUSIONES

El desarrollo precedente nos permite extraer las siguientes consideraciones conclusivas:

1. El artículo 34, inc. 1 del Código Penal Argentino amplía la tipicidad para la aplicación de las medidas de seguridad, requiriendo la existencia de un hecho no punible producido por uno de los estados contemplados y la existencia de peligrosidad del autor.

2. Si bien existe coincidencia en que – como afirma la opinión dominante - la acción típica no justificada, es decir, el injusto no culpable, constituye hecho previo para la imposición de la medida de seguridad, la concurrencia de los estados de inimputabilidad con circunstancias que podrían originar la aplicación de exención por ausencia de elementos subjetivos del injusto plantea la cuestión de si estos casos deben considerarse supuestos de inimputabilidad, o bien, si deben aplicarse exenciones de responsabilidad distintas – vgr. ausencia de acción o error de tipo -.

3. En la solución de este problema se deben conciliar las consideraciones dogmáticas - que impedirían imponer medidas de seguridad - y lo conveniente desde el punto de vista político-criminal – que aconseja aplicarlas -.

4. Es cierto que una reforma legislativa podría resolver el problema desde el punto de vista formal de la legalidad, pero en la cuestión se encuentran comprometidos – principalmente – los principios materiales que fundan la intervención del derecho penal e impiden aplicar medidas predelictuales.

En consecuencia, es necesario determinar desde la dogmática cuáles son las características que debe reunir el hecho previo requerido como presupuesto para la imposición de las medidas de seguridad.

5. El texto legal, en interpretación gramatical, permite afirmar que la fórmula legal constituye una síntesis de los requerimientos subjetivos del delito en todos sus niveles. El requisito fáctico de la imposición de la medida de seguridad, se mantiene subsistente aún ante la exclusión del elemento subjetivo que genera el “estado de inconsciencia” – como incapacidad para la acción - y el “*error o ignorancia de hecho no imputables*” previsto en el mismo inciso respecto del autor capaz.

Es decir, el hecho previo requerido se corresponde con lo que tradicionalmente se denomina como el injusto objetivo del hecho.

6. Además, la interpretación analógica y consideraciones teleológicas justifican la solución propuesta. En efecto, se mantiene dentro del *marco literal posible* y, si bien es cierto que genera la partición de la teoría del delito, como propone Silva Sánchez, comprende todos los casos para los que las medidas de seguridad han sido previstas, es decir, aquellos en que el estado de inimputabilidad tiene incidencia en otras categorías, porque ha condicionado la acción o el error cometido.

7. Asimismo, este análisis permitirá excluir los supuestos en que el hecho se explica al margen de la patología, aún cuando concurra un injusto no culpable.

De este modo, se otorga a las medidas una estructura de análisis más coherente con su fundamento y finalidad.

8. Este injusto objetivo del hecho es un comportamiento antinormativo, porque objetivamente resulta contrario a una norma de prohibición o de mandato, y no está amparado por una norma permisiva constitutiva de una posible causa de justificación.

9. En consecuencia, el hecho requerido concurre en los casos en que, a causa del estado de inimputabilidad, esté ausente algún elemento subjetivo del injusto, ya sea por afectación de la parte subjetiva de la acción, error de tipo invencible, ausencia de elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, o en caso de error sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación para los partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo o de la teoría restringida de la culpabilidad.

10. El análisis del estado de peligrosidad, también exigido como presupuesto, requiere evaluar los elementos subjetivos del delito, y así:

a) La ausencia de los elementos subjetivos del injusto, condicionada por el estado de inimputabilidad, es un indicador más para evaluar y otorgar más certeza a la determinación del estado de peligrosidad.

b) Además, este análisis permitirá excluir los supuestos que la opinión dominante trata como error de prohibición invencible o de concurrencia de una situación objetiva de exculpación independientes del estado de inimputabilidad, o de ausencia de

punibilidad, por no existir peligrosidad, evitando de este modo maniobras de intercambio entre distintas categorías.

11. A pesar de las diferencias existentes, las medidas de seguridad integran el derecho penal, porque existe una mínima imputación de la lesión de bienes jurídico-penales al sujeto inimputable, y las medidas de seguridad contribuyen a la reafirmación de valoraciones jurídico-penales y participan del carácter simbólico del derecho penal.

Su función en el derecho penal actual es la de neutralizar comunicativamente la lesividad del hecho para bienes jurídico-penales y la (parcial) imputación de éste a un sujeto peligroso, y participan de la dimensión simbólica de lo penal.

12. Los principios informadores del derecho de medidas de seguridad, garantizan su adaptación al esquema constitucional-convencional, y conllevan la interdicción de todo abuso o exceso en la aplicación de las referidas consecuencias jurídicas del delito.

BIBLIOGRAFÍA

AGUDELO BETANCUR, Nódier. Grandes corrientes del Derecho penal. Escuela clásica (Bogotá, Ed. Temis, 2002 – Tercera edición).

— Grandes Corrientes del Derecho penal. Escuela positivista (Bogotá, Ed. Temis, 2002- Séptima edición).

— La problemática de la inimputabilidad en la vieja y en la nueva jurisprudencia (En Revista Nuevo Foro Penal N° 18, Bogotá, Universidad EAFIT, 1983, pág. 245).

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Los fines del derecho penal. Liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena (Bs. As., Ed. Ad-Hoc, 2001).

— Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión de deber? (Bs. As., Ed. Ad-Hoc, 2003).

ALONSO RIMO, Alberto. Medidas de Seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del derecho penal de la peligrosidad) (En Revista Estudios Penales y Criminológicos, Volumen XXIX, Galicia, 2009, pág. 107).

ALVAREZ, Ricardo C.M., Error y teoría del delito (Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral- Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros, 1993).

AMBOS, Kai – BÖHM, María Laura. Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos ¿Tribunal tímido vs. Tribunal audaz? (En Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay, 2011, tomo II, pág. 43).

AMELUNG, Knut. Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin (En SHÜNEMAN, Bernd, coordinador. El sistema moderno de derecho penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º Aniversario, Madrid, Ed. Tecnos, 1991, pág. 94).

ARGIBAY MOLINA, José F., DAMIANOVICH, Laura T.A., MORAS MOM, Jorge R y CLEMENTE, José Luis. Medidas de Seguridad, Art. 34, inc. I (En Opúsculos de Derecho Penal y Criminología N° 42, Córdoba, Ed. Lerner, 1991).

ARGIBAY MOLINA, José F., DAMIANOVICH, Laura T.A., MORAS MOM, Jorge R y VERGARA, Esteban R. Derecho Penal, Parte General, Tomo II (Bs. As, Ed. Ediar, 1972).

BINDER, Alberto M. Introducción al Derecho Penal (Bs. As., Ed. Ad-Hoc, 2004).

CABRERA MARTÍN, Marta. Crónica de Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, enero-abril 2016. (En Revista de Derecho Comunitario Europeo, 54, año 2016, disponible en world wide web: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rdce.54.08.>, pág.705)

CANCIO MELIÁ, Manuel ¿Crisis del lado subjetivo del hecho? (En Revista Derecho Penal Contemporáneo N° 10, Colombia, Ed. Legis, 2005, pág. 43)

CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal (Bogotá, Ed. Temis, 1957).

CEREZO MIR, José. Medidas de Seguridad aplicables a las personas exentas de responsabilidad penal por padecer una anomalía o alteración psíquica (En Libro Homenaje al dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam", coord. por Luis Alberto Arroyo Zapatero y osts., Ediciones de Universidad Castilla – La Mancha, 2001, Vol. 1).

COCA VILA, Ivó. Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo (En Indret, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, N° 1/2011).

COLL, Jorge E. y RAMOS, Juan P. La medida de seguridad, ¿debe sustituir a la pena o simplemente complementarla? En Revista Jurisprudencia Argentina, Sección Doctrinaria, Tomo 25, año 1927. Trabajos presentados al Primer Congreso Internacional de Derecho Penal, Bruselas, Julio 26-29 de 1926, pág. 43).

CORTES ROSA, Manuel. La función de la delimitación de injusto y culpabilidad en el sistema del derecho penal (En SCHÜNEMAN, Bernd, compilador. Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal, Libro homenaje a Claus Roxin, Barcelona, Ed. Bosch, 1995, pág. 245).

CUELLO CALON, Eugenio. Las medidas de seguridad (En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, Ed. Ministerio de Justicia-BOE, Año 1956, Tomo 9 – número 1, pág. 9).

CLEMENTE, José Luis. Medidas de Seguridad, Art. 34, inc. I (En Opúsculos de Derecho Penal y Criminología Nº 42, Córdoba, Ed. Lerner, 1991).

CREUS, Carlos. Derecho Penal. Parte General (Bs. As., Ed. Astrea, 5º edición actualizada y ampliada, 2003).

— Introducción a la nueva doctrina penal (Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1992).

DE LA FUENTE, Javier E. El problema de la indeterminación temporal de las medidas de seguridad (En Revista La Ley, 1997-C, pág. 361).

— Medidas de Seguridad para inimputables (En Rev. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Tomo 8-A, Bs. As., Ed. Ad Hoc, 1998, pág. 290).

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin (En Revista General de Derecho Penal Nº8, España, Ed. Iustel, 2007, pág. 87).

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. La categoría de la antijuricidad en Derecho penal (En LUZÓN PEÑA, Diego Manuel; MIR PUIG, Santiago. coordinadores. Causas de Justificación y de Antijuricidad en derecho penal, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1995, pág. 87).

— La categoría de la antijuricidad en Derecho Penal (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, Ed. Boletín Oficial del Estado y Ministerio de Justicia, Año 1991, Tomo XLIV, fasc. III, pág. 715).

— Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas, 2º Edición (Montevideo-Bs.As., Ed. BdeF, 2007).

DONNA, Edgardo A. Teoría del delito y de la pena, Tomo I, (Bs. As., Ed. Astrea – 2º Edición actualizada y ampliada – 2º reimpresión, 2003).

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Prevención general positiva. Una reflexión en torno a la teoría de la pena de Günter Jakobs (En Anuario de derecho penal y ciencias penales, Vol 59. España, Ed. Ministerio de Justicia-BOE, 2006; pág. 111).

FRISCH, Wolfgang. Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho Penal (En Indret, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, N° 3/2007).

— Pena, delito y sistema del delito en transformación (En Indret, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, N° 3/2014).

— Teoría de la pena, concepto de delito y sistema del hecho punible en transformación (En Revista de Estudios de la Justicia N° 32, Ed. Facultad de Derecho – Universidad de Chile, Junio de 2020, pág. 1).

FRISTER, Helmut. Derecho Penal. Parte General. Traducción de la 4ª edición alemana de Marcelo A. Sancinetti (Bs. As. Ed. Hammurabi, 2011).

GARCÍA ALBERO, Ramón M., comentario al artículo 95 del código penal español (En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo – director -, MORALES PRATS, Fermín – coordinador-. Comentarios al nuevo Código Penal, Navarra, Ed. Aranzadi, 2001, pág. 519).

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, N° 106, 2002).

GIL GIL, Alicia. Acción, norma, injusto y delito imprudente (En Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año 11, N° 20-21, Bs. As., Ed. Ad Hoc, 2006, pág. 71).

— Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto (En Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Vol. 10, N° 18-19, Año 11, N° 20-21, Bs. As., Ed. Ad Hoc, 2005, pág. 39).

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Concepto y método de la ciencia del derecho penal (Madrid, Ed. Tecnos, 1999).

GÓMEZ, Eusebio. Tratado de Derecho Penal, Tomo I (Bs. As., Ed. Compañía Argentina de Editores, 1939).

GÜNTHER, Hans-Ludwig. La clasificación de las causas de justificación en derecho penal (En LUZÓN PEÑA, Diego Manuel; MIR PUIG, Santiago. coordinadores. Causas de Justificación y de Antijuridicidad en derecho penal, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1995, pág. 45).

HRUSCHKA, Joachim. ¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal? (Derecho penal contemporáneo-Serie Azul, Volumen 4, Córdoba, Ed. Mediterránea, 2003).

JAEN VALLEJO, Manuel. Consecuencias Jurídicas del delito: Bases y Propuestas (En Ley, Razón y Justicia. Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales, Neuquén, Año 5, Nº 7, agosto de 2002-julio de 2003, pág. 147).

— El concepto de acción en la dogmática penal (Madrid, Ed. Codex, 1994).

JAKOBS, Günter. Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, 2ª edición Corregida. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Madrid, Ed. Marcial Pons, 1997).

— El concepto jurídico-penal de acción. Cuadernos de conferencias y artículos Nº 11 (Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, 1998).

— ¿Qué protege el derecho penal bienes jurídicos o la vigencia de la norma? (En Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Vol. 7, Nº 11, Bs. As., Ed. Ad-Hoc, 2001, pág. 23).

— La pena estatal: significado y finalidad. Traducción y estudio preliminar de Manuel Cancio Melia y Bernardo Feijoo Sánchez (Navarra, Ed. Thomson-Civitas, 2006).

— Sobre la teoría de la pena. Traducción de Manuel Cancio Melia. (Bogotá, Ed. Universidad de Colombia, 1998).

— Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional. Traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ (Madrid, Ed. Civitas, Reimpresión, 2000).

JESCHECK, Hans-Heinrich. Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria (En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 05-01, Año 2003. Disponible en world wide web, <http://criminet.ugr.es/recpc> _ ISSN 1695-0194).

JIMENEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Parte general, tomo VI (Bs. As., Ed. Losada, 1962).

JORGE BARREIRO, Agustín. Reflexiones sobre la problemática actual y el futuro de las medidas de seguridad criminales: su regulación en el Derecho penal español y en el Derecho comparado (En Libertas, Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales N° 6, junio de 2012, Fundación Interamericana de Ciencias Penales, pág. 144).

— El enfermo mental delincuente y peligroso ante el código penal de 1995 (En Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.^a Época, núm. 6 (2000), pág. 177).

— El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995 (En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, Ed. Boletín Oficial del Estado y Ministerio de Justicia, Año 1996, Tomo 49 – número 2, pág. 327).

— Reflexiones sobre la regulación de las medidas de seguridad en el Nuevo Código Penal Español” (En Jueces para la Democracia, N°25, España, año 1996, pág. 46).

JOSHI JUBERT, Ujala. Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuridicidad (En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, Ed. Boletín Oficial del Estado y Ministerio de Justicia, Año 1989, Tomo 42, Número 1, pág. 125).

KINDHÄUSER, Urs. Acerca de la génesis de la fórmula “el derecho no necesita ceder ante el injusto” (En La antijuridicidad en el derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa, Montevideo, ed. BdeF, 2013, pág. 65).

— Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso. (En Anuario de derecho penal y ciencias penales, Vol. 59. España, Ed. Ministerio de Justicia-BOE, 2006; pág. 63).

LAJE ANAYA, Justo. Presupuestos para aplicar las medidas de seguridad contempladas en el artículo 34 del Código Penal (En Revista Jurisprudencia Argentina, Serie Contemporánea-Doctrina, 1969).

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, coordinador. Manual de Introducción al Derecho Penal (Madrid, Ed. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019).

LEAL MEDINA, Julio. Un Estudio de las Actuales Medidas de Seguridad y los interrogantes que plantean en la Moderna Dogmática del Derecho Penal (Navarra, Ed. Thomson/Aranzadi, 2009).

LESCH, Heiko H. El concepto de delito. Ideas fundamentales de una revisión funcional. Traducción de Juan Carlos Gemignani (Bs. As., Ed. Marcial Pons, 2016).

— Injusto y culpabilidad en derecho penal (En Revista de derecho penal y criminología, 2.^a Época, núm. 6, 2000, pág. 253).

— La función de la pena. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles (Madrid, Ed. Dykinson, 1999).

LOMBROSO, Césare. El delito. Sus causas y remedios. Trad. por Bernardo de Quirós (Madrid, Ed. Librería General de Victoriano Suárez, 1902).

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Alcance y función del Derecho penal. (En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, Ed. Boletín Oficial del Estado y Ministerio de Justicia, Año 1989, Tomo 42, Número 1, pág. 5).

MALDONADO FUENTES, Francisco. “¿Se puede justificar la aplicación copulativa de penas y medidas de seguridad? Estado actual de las posiciones doctrinales que buscan dicho objetivo”, (En Revista Política criminal, Vol 6 N°12, Año 2011, pág. 387).

MANRIQUE, María Laura. Reproche al “Dolo como Reproche” (En Revista Pensar en Derecho Año 2, N° 2. Bs. As., Ed. Eudeba, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2013, pág. 387).

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. Consideraciones acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación (En Revista de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N° 3, Año 2003, N° 3, pág. 147).

— El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la conciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno (Revista de Derecho Vol XXIV – N° 1, Valdivia, Ed. Universidad Austral de Chile, Julio de 2011, pág. 87).

— Tentativa, error y dolo Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo (En Rev. Política Criminal, Vol. 14, N° 27, Julio 2019, Art. 10, disponible en world wide web <http://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/05/Vol14N27A10.pdf>).

MARTÍNEZ GARAY, Lucía. Imputabilidad y elementos del delito (En Estudios de Derecho Judicial, 2007, N° 110, pág. 95).

— Incidencia de los trastornos mentales en categorías dogmáticas distintas de la imputabilidad: supuestos problemáticos entre la exclusión del injusto y la exclusión de la culpabilidad (En CARBONELL MATEU, Juan Carlos. La justificación penal. Balance y perspectivas, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2008, pág. 321).

— La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad (En Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Abril de 2014).

— Peligrosidad, algoritmos y due process: el caso State v. Loomis (En Revista de Derecho Penal y Criminología, 3º época, N° 20, 2018, pág. 485).

MARTINEZ GUERRA, Amparo. Nuevas tendencias políticocriminales en la función de las medidas de seguridad (Madrid, Ed. Dykinson, 2004).

MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina. Consideraciones sobre la ausencia del elemento subjetivo de la justificación, (En ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y BARBERO SANTOS, Marino (hom.), coordinadores. Consideraciones sobre la ausencia del elemento subjetivo de la justificación, Libro Homenaje al dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam", Vol. 1, 2001, pág. 1179).

MILITELLO, Vincenzo. El error del inimputable entre exégesis, dogmática y política Criminal (En Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 3, 1997, pág. 397).

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, Parte General (Bs.As., Ed. B de F, 2004, 7ª Edición [1ª Edición año 1984]).

MIR PUIG, Santiago – LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. coordinadores. Causas de Justificación y de Antijuridicidad en derecho penal, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1995, pág. 45).

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Antijuridicidad penal y sistema del delito. Tesis doctoral dirigida por el Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público, Área de Derecho Penal, 1998 – inédita -.

— Antijuridicidad penal y sistema del delito, (Barcelona, Ed. Bosch, 2001).

— El concepto de injusto en la evolución de la teoría jurídica del delito (En Revista Chilena de Derecho, Vol. 22, N° 2, pág. 265).

— Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito (En Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, N° 74, mayo-agosto 2008, pág. 113).

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal, Parte General. 2ª Edición, revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995 [1ª Edición año 1993] (Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996).

— Derecho Penal y Control Social (Colombia, Ed. Temis S.A., 1999).

— El error en derecho penal (Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003).

— Introducción al Derecho Penal (Bs.As., Ed. B de F, 2001, 2ª Edición Argentina [1ª Edición Española año 1975]).

— Presente y futuro de la dogmática penal (En Revista Penal, Ed. La Ley, Año 2000, Número 5, pág. 44).

NAMER, Sabrina. El concepto de peligrosidad y la limitación temporal a la medida de internación (En Revista Lecciones y Ensayos n° 72/73/74, 1998/99, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Departamento de Publicaciones, Universidad de Buenos Aires, Bs. As., Ed. Abeledo-Perrot, 1999).

NUÑEZ, Ricardo C. Significado de Sebastián Soler para el Derecho Penal Argentino (En Revista Doctrina Penal n° 9-12, Bs. As., Ed. Depalma, Año 3, 1980, pág. 521).

— Tratado de Derecho Penal, Tomo II (Bs. As., Ed. Bibliográfica, 1960).

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. ¿Dolo como reproche? Observaciones sobre método y axiología en la propuesta de abandono de la idea de dolo como estado mental (En Revista Pensar en Derecho Año 2, N° 2. Bs. As., Ed. Eudeba, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2013, pág. 587).

OSORIO Y FLORIT, Manuel. Medidas de Seguridad, (En Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XIX, Bs. As., Ed. Bibliográfica Argentina, 1964).

PALERMO, Omar. La legítima defensa. Una revisión normativista (Bs. As., Ed. Depalma, 2006).

PARADA GAMBOA, Leidy Marcela. Un estudio a las medidas de seguridad: ¿resultado de la escuela criminológica positiva? (En Revista de Criminología e Ciências Penitenciárias, Conselho Penitenciario do Estado – COPEN, Año 1, N° 01, Agosto 2011, pág. 1).

PAWLIK, Michael. «¿El paso más importante de la dogmática de la última generación?» Reflexiones para la diferenciación entre injusto y culpabilidad en derecho penal (En La libertad institucionalizada, traductores Enrique Bacigalupo y ots, Bs. As., Ed. Marcial Pons, 2013, pág. 109).

— La legítima defensa según Kant y Hegel (En La antijuridicidad en el derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa, Montevideo, ed. BdeF, 2013, pág. 3).

PAZ ANCHORENA, José María. Curso de Derecho Penal dictado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires por el Profesor Titular Dr. Juan P. Ramos, Parte a cargo del Profesor Suplente, Dr. José María Paz Anchorena, compilado por ISAURO P. ARGÜELLO (h) y PEDRO FRUTOS, Tomo III, PENOLOGÍA (Bs. As., Ed. Biblioteca Jurídica Argentina, 1929).

PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito (En Rev. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho N° 23, Universidad de Alicante, Año 2000, pág. 289).

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental (Bs. As., Ed. Hammurabi, 2011).

— Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental (En Revista Pensar en Derecho, Año 1, N° 1. Bs. As., Ed. Eudeba, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2012, pág. 169).

— Réplicas a Fernando Córdoba e Iñigo Ortiz de Urbina (En Revista Pensar en Derecho, Año 2, N° 2. Bs. As., Ed. Eudeba, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2013, pág. 413).

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Imputabilidades y teoría de la imputación (En INDRET, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, Abril de 2015).

RAGUÉS Y VALLÉS, Ramón. El dolo y su prueba en el proceso penal, (Barcelona, Ed. Bosch, 2002).

— De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico (En Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Julio de 2012).

RAMOS, Juan P. Curso de Derecho Penal, Tomo I (Bs. As., Ed. Tall.Graf. Ariel, 1927).

RIGHI, Esteban – FERNÁNDEZ, Alberto A. Derecho Penal. La Ley. El delito. El proceso y la pena (Bs. As., Ed Hammurabi, 1996).

RIGHI, Esteban. Teoría de la Pena (Bs. As., Ed. Hammurabi, 2001).

ROBLES PLANAS, Ricardo. Estudios de dogmática jurídico-penal (Bs. As., Ed. BdeF, 2015).

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Delito, pena y constitución (En Revista Jurídica, Universidad Autónoma de Madrid, N° 8, Año 2003, pág. 311).

ROIG TORRES, Margarita. Medidas de seguridad privativas de libertad: la regulación alemana y su reflejo en el proyecto de reforma del código penal español (En Revista para el Análisis del derecho, Indret, Barcelona, 2014).

ROJAS, Nerio. La liberación en el internamiento del artículo 34 del Código Penal (En Revista de Derecho Penal, Bs. As, Ed. EDIAR, Año IV, N° 1, primer Trimestre de 1948, pág. 202).

— Medicina Legal (Bs. As., Ed. El Ateneo, 1936); y Octava Edición (Bs. As., Ed. El Ateneo, 1964).

ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña y Javier De Vicente Remesal (Madrid, Ed. Civitas, Primera reimpresión, 2000).

— El nuevo desarrollo en la dogmática jurídico-penal en Alemania (En InDret, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, Octubre de 2012).

RUBIO LARA, Pedro Ángel. Las medidas de seguridad tras la Reforma de la L.O. 5/2010, 22 de junio, del Código Penal: Perspectivas Doctrinales y jurisprudenciales. Problemas y Soluciones (Navarra, Ed. Thomson Reuters, 2011).

SANCHEZ LÁZARO, Fernando G. Deconstruyendo las medidas de seguridad (En Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, N° 2/2010)

SANCINETTI, Marcelo A. Teoría del delito y disvalor de acción (Bs. As., Ed. Hammurabi, 1991).

— Relatividad de las teorías del error (En Sistema de la teoría del error en el Derecho Penal Argentino, Bs. As., Ed. Hammurabi, 1990).

SANZ MORÁN, Ángel José. La reforma de las medidas de seguridad (En Cuadernos penales José María Lidón Núm. 10, Algunas cuestiones relativas a las reformas de derecho penal y procesal penal, año 2014, pág. 103).

— Las medidas de corrección y de seguridad. Un balance (En CANCIO MELIA, Manuel y ots. - coordinadores. Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, año 2019, Vol. 2, pág. 1.555).

— Los elementos subjetivos de la justificación. (En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín, coordinadores. El nuevo derecho penal español. Estudios en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz, Navarra, Ed. Aranzadi, 2001, pág. 736).

— Medidas de seguridad y de corrección en el Código Penal (En Revista de Derecho Penal, Ed. Lex Nova, Año 2000, Número 1, pág. 29).

— Medidas de seguridad: régimen general (arts. 96.3º, 97, 98, 103.3º y 105) (En ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J. –GONZÁLEZ CUSSAC, José L. – directores-Comentarios a la Reforma Penal de 2010, Valencia: Tirant lo Blanc, 2010, pág. 139).

— Teoría general de la justificación (En Revista Penal, Ed. La Ley, Año 2000, Número 5, pág. 74).

SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal (En SCHÜNEMANN, Bernd. El sistema moderno de derecho penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º Aniversario, Madrid, Ed. Tecnos, 1991, pág. 31).

— La función de delimitación de injusto y culpabilidad (En SILVA SÁNCHEZ, Jesús María –ed. Española- SCHÜNEMANN, Bernd – DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge – coordinadores –. Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Libro-homenaje a Claus Roxin (Barcelona, Ed. Bosch, 1995, pág. 205).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. ¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? (En Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, Julio de 2014).

— Aproximación al derecho penal contemporáneo (Barcelona, Ed. Bosch, 1992).

— Consideraciones sobre las Medidas de Seguridad (En Perspectivas sobre la política criminal moderna, Bs.As., Ed. Abaco, 1.998)

— Del Derecho abstracto al Derecho “real”. Rescención a Günter Jakobs. La pena estatal: significado y finalidad. (En INDRET, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, Octubre de 2006).

— El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales, (Barcelona, Ed. J.M. Bosch, Primera reimpression, 1997).

— ¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distintos de la imputabilidad (En Normas y acciones en derecho penal, Bs. As., Ed. Hammurabi, 2003).

— Observaciones sobre el conocimiento “eventual” de la antijuricidad (En Consideraciones sobre la Teoría del Delito, Bs. As., Ed. Ad-Hoc, 1998).

SOLER, Sebastián, Bases ideológicas de la reforma penal (Bs. As., Ed. Eudeba, 1966).

— Derecho Penal Argentino. Parte General, Tomo II (Bs. As., Ed. TEA, 1945).

— Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso (Bs. As., Ed. Valerio Abeledo, 1929).

— Las medidas de seguridad no son sanciones (En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, Ed. Boletín Oficial del Estado y Ministerio de Justicia, Año 1964, Tomo 17 – número 3, pág. 215).

STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal, Parte General. I El Hecho Punible. Traducción de la Segunda Edición Alemana (1.976) de Gladys Nancy Romero (Buenos Aires, Ed. FD, 1.999).

TAMARIT SUMALLA, José María. Culpabilidad. Maldad e inimputabilidad: aportaciones de la dogmática penal a la cultura jurídica europea (En Revista de Derecho Penal y Criminología, 2º Época, N° 17, 2006, pág. 214).

TAPIA, José Eduardo. ¿Son constitucionales las medidas de seguridad previstas en el artículo 34, inc. 1º, apartados 2º y 3º del Código Penal Argentino? (En Pensamiento Penal y Criminológico. Revista de Derecho Penal Integrado. Año V – N° 9 – 2004, pág. 197).

TAPIA, Patricia. Las medidas de seguridad. Pasado, presente y ¿futuro? de su regulación en la legislación chilena y española (En Revista Política Criminal, Vol. 8, N° 16, Diciembre de 2013, Art. 7, Disponible en world wide web: http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_16/Vol8N16A7.pdf).

— Las medidas de seguridad. Reformas más recientes y últimas propuestas (En Revista Jurídica de Castilla y León, Número 32, enero de 2014).

URRUELA MORA, Asier. Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad (Granada, Ed. Comares, 2009).

— Los principios informadores del derecho de medidas en el código penal de 1995 (En Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, N° 8, 2001).

VIGO, Rodolfo L. Interpretación jurídica (Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1999).

YACOBUCCI, Guillermo J. El sentido de los principios penales (Bs. As., Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, 2002).

ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal, Parte General (Bs. As., Ed. EDIAR, 2000).

— Manual de Derecho Penal, Parte General (Bs. As., Ed. EDIAR, 2010, 2ª Edición-4º reimpresión [1ª Edición, 2005], pág. 886).

ZIFFER, Patricia S. Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal (Bs. As., Ed. Hammurabi, 2008).