

EL CONCEPTO DE PELIGROSIDAD Y LA LIMITACIÓN TEMPORAL A LA MEDIDA DE INTERNACIÓN *

SABRINA NAMER

I. INTRODUCCIÓN

En su lucha contra los abusos de la monarquía al utilizar el derecho penal, a mediados del 1700, el marqués de Beccaria decía:

"Los hombres abandonan generalmente la elaboración de las reglas más importantes a la prudencia de cada día, o a la discreción de aquellos cuyos intereses consisten en oponerse a las leyes más providentes que por naturaleza hacen universales los beneficios y resisten al esfuerzo por el que tienden a condensarse en unos pocos, colocando a una parte la totalidad del poder y de la felicidad y a otra toda la debilidad y la miseria. Por eso, sólo después de haber pasado a través de mil errores en las cosas más esenciales a la vida y a la libertad, sólo después de la fatiga que da el sufrir los males hasta el extremo, se sienten inducidos a remediar los defectos que los oprimen y a reconocer las más palpables verdades, las cuales, precisamente por su propia simplicidad, escapan a las mentes vulgares, no a menudo a analizar los asuntos, sino a recibir sus impresiones todas de un golpe, más por tradición que por examen".

Estas palabras sirvieron de introducción a la obra *De los Delitos y de las Penas*, en la cual el autor manifestó la importancia de limitar el poder punitivo del monarca, reglando tanto la situación merecedora de sanción, como el tiempo y tipo de pena a aplicar; todo lo que se conoce

* Trabajo presentado en el primer congreso del año 1986 en el curso "Forensología Forense" a cargo del Dr. Mariano Castro.

hoy con el nombre de "principio de legalidad", sin el cual prácticamente no se concebiría al derecho penal moderno.

Sin embargo, en el umbral del siglo XXI aún queda una zona librada a la prudencia y discreción de los operadores, como a sus impresiones y sentimientos personales, y sobre la cual, un Estado que se llame respetuoso de la dignidad del hombre, deberá comenzar a pensar: esta zona es la abarcada por las conocidas "medidas de seguridad".

El proceso de limitación que sufrió el derecho penal desde la época de Beccaria, no se reflejó en absoluto en el conjunto de "medidas" que se aplica a quienes —en el mejor de los casos— cometen delitos sin haber podido motivarse por la norma; ello así, pese a que en la práctica, las diferencias materiales entre dichas medidas y la pena, son casi inexistentes.

Los pilares que dan origen a esta situación son dos: el concepto de "peligrosidad" del autor, que obra como permiso de intervención para el Estado, y el miedo a lo diferente, de una sociedad que está acostumbrada a defenderse de aquello que no entiende o no conoce.

En este contexto obran los operadores (peritos, jueces, abogados, etc.), sobre cuyas espaldas cae la responsabilidad de decidir cuándo debe cesar una medida de seguridad, y en consecuencia, la de dejar libre a un sujeto que fue tildado de "peligroso" y cuyos actos posteriores probablemente nunca dejarán de verse a la luz de este apodo.

Este trabajo tiene como principal objetivo, poner de relieve la forma en que opera el sistema con respecto a los imputables, y sentar algunas pinceladas que ayuden a repensar este problema.

II. EL NACIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Con la aparición del principio de culpabilidad en el derecho penal, según el cual sólo será aplicable una pena al autor de un delito si éste tuvo la posibilidad de motivarse por la norma, es decir, de actuar conforme a Derecho, el Estado se vio desprovisto de la posibilidad de aplicar coerción sobre aquellos individuos que también produjeran un mal a la sociedad, pero que no se encontraban en condiciones físicas o psíquicas de motivarse por la norma. A raíz de ello, como complemento de la pena como medida de excelencia, se incorporaron las medidas de seguridad a fin de que existiera una legitimación para poder operar sobre aquellos sujetos cuyas conductas eran no deseadas por la sociedad, pero no eran susceptibles de ser reprochadas por incapacidad de motivación (doble vía del derecho penal).

Al respecto Günter Stratenwerth expresa:

"Según su origen histórico, estas medidas jurídico-penales 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. La idea ha sido desarrollada por primera vez en el siglo XVIII por E. F. Klein y encontró principios de realización en el derecho general prusiano de 1794. Allí puede leerse que los ladrones y otros delincuentes que pudieran llegar a ser peligrosos a causa de reprobables tendencias provenientes de su carácter cruel, no deben ser puestos en libertad luego de cumplida la pena hasta que no demuestren que se encuentran en condiciones de vivir de una manera honorable. Independientemente de esto, Carl Stoss, el autor del Código Penal suizo, procuró superar la oposición entre fines de la pena de la retribución y de la prevención especial, proponiendo penas vinculadas con la culpabilidad y medidas orientadas a la prevención especial¹.

En el mismo sentido, complementando la idea expuesta, Claus Roxin manifiesta:

“La autolimitación del poder de injerencia del Estado que se deriva de la vinculación a la medida de la culpabilidad si bien por regla general posibilita una compensación adecuada entre los requerimientos de protección estatales y los intereses de libertad de los sometidos al derecho, en el caso particular, la peligrosidad de un autor para la generalidad puede ser tan grande que la pena, según la culpabilidad, no sea suficiente para asegurar en forma efectiva a la generalidad de sus ataques².”

Las medidas de seguridad entonces, nacieron como complemento del principio de culpabilidad, y se basan en las características peligrosas del sujeto que puso en riesgo la seguridad social, no por una actitud contraria a Derecho, sino por no poder obrar de otro modo.

Como no puede dejar de observarse, estas medidas responden en su origen, al más puro positivismo criminológico: las características de algunos sujetos los hacen de por sí peligrosos, y la sociedad debe arbitrar los medios necesarios para defenderse de ellos, evitando así consecuencias dañosas. Como ya veremos, estas ideas que parecen haber quedado destruidas del derecho penal moderno —que no interviene a partir de las características de un sujeto, sino por las de un determinado hecho— aún se mantienen firmemente arraigadas en la problemática que nos ocupa.

El fin de las medidas de seguridad es entonces de tipo preventivo, dado que se trata de que el sujeto afectado por ellas, no cometa con posterioridad delitos.

¹ Stratenwerth, Gustav, *Derecho Penal*, Edersa, Madrid, pág. 21.

² Roxin, Claus, “Fin y justificación de las penas y las medidas de seguridad”, en *Determinación Judicial de la Pena*, Editores del Puerto, Buenos Aires, pág. 43.

III. EL PROBLEMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

Esta concepción de las medidas de seguridad es también la acogida por el artículo 34, inciso 1° de nuestro Código Penal.

Respecto de los incapaces, el Código establece una diferenciación entre los enajenados y no enajenados.

a) Enajenados: el segundo párrafo del artículo 34 dispone: "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".

Esta medida es aplicable tanto a autores de delitos que hayan comenzado a cumplir su pena y luego caigan en estado de enajenación, como a autores que hayan cometido el hecho ya enajenados, a autores de conductas efectuadas con error de tipo condicionado por enajenación y a involuntables alienados.

b) No enajenados: el supuesto está regulado por el primer párrafo del artículo 34, el cual expresa: "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 inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones".

Este párrafo abarca los supuestos de autores de injustos inimputables no enajenados, autores de conductas atípicas por errores de tipo psíquicamente condicionados que no provengan de enajenación, los involuntables no enajenados y sujetos que actúan por errores de tipo o prohibición culturalmente condicionados.

Por su parte, el párrafo tercero del mencionado inciso, establece —complementando al primer párrafo— que: "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".

IV. SIGNIFICADO DEL TÉRMINO "PELIGROSO"

Como ya se ha dicho en la introducción al presente trabajo, la utilización del término "peligroso" es la llave de acceso que el Estado posee para utilizar este medio de control social tan efectivo.

El término en general, y las interpretaciones que de él se hacen, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, son tan vagas, que per-

miten considerar supuestos totalmente diferentes según la época y las concepciones políticas e ideológicas imperantes.

Es entonces, que el sentido y alcance del término en cuestión, constituyen la piedra angular del tema que nos ocupa: los límites a las medidas de seguridad, y en particular, a la internación manicomial.

Entrando ya a la cuestión, el término "peligro", significa riesgo o contingencia eminente de que suceda algún mal.

Por su parte, el término "peligrosidad" presenta varias acepciones:

"Probabilidad de que un individuo cometerá o volverá a cometer un delito" (Jiménez de Asúa).

"Peligrosidad criminal es la probabilidad de que un hombre cometa un crimen o bien el conjunto de condiciones de un hombre que hacen de él un probable autor de delitos" (Sebastián Soler).

"Situación de peligro subjetivo que ha de deducirse de una cuidadosa investigación del individuo desde los puntos de vista antropológico, psíquico y patológico, así como de los factores familiares y sociales que lo rodean" (Gisbert Calabrig).

"Estado jurídico biológico surgido de la esencia psicosocial del propio individuo y que le concede singulares dotes para infringir de manera sistemática la ley penal a lo largo de su existencia" (Bonnet).

En una obra escrita en el año 1987, por Jorge Riá y Guillermina Tavelle de Riá, puede leerse:

"En general, se acepta que el estado peligroso admite dos variedades, una predelictual y otra postdelictual.

"La variedad predelictual, denominada también 'peligrosidad social' por Ferri o 'capacidad para delinquir' por Rancieri, y a la que podríamos denominar potencial, corresponde al que presentan aquellos individuos que si bien no han delinquido nunca, reúnen todas las características que los hacen proclives a la comisión de delitos.

"La variedad postdelictual, a la que Ferri denomina 'peligrosidad criminal' y Francis llamará 'estado de inmediata criminalidad' corresponde a aquellos individuos que habiéndose iniciado en el delito exhiben características de probabilidad de reincidencia. Ello trae aparejada la existencia de dos posiciones jurídicas contrapuestas con respecto a la oportunidad del inicio del juicio de peligrosidad. Así, la que requiere como exigencia para la iniciación de dicho juicio la comisión previa de un delito (variedad postdelictual), y la que no requiere tal exigencia, considerando suficiente que el individuo posea las características necesarias (variedad predelictual)"³.

³ Riá, Jorge - Tavelle de Riá, Guillermina, *Psiquiatría Forense*, Lerner. Buenos Aires, 1987, pág. 323.

Cabe aclarar que en el marco del presente trabajo, estas consideraciones no serán tenidas en cuenta porque la aplicación de una medida basada en la peligrosidad predelictual constituye un claro resabio del positivismo criminológico y una intervención del Estado en una zona claramente amparada por el principio establecido por el artículo 19 de la Constitución Nacional. Sin embargo, no se puede dejar de mencionar que esta concepción existe aún hoy, ya que hay quienes consideran que se puede aplicar una medida de las establecidas por el artículo 34 del Código Penal pese a no estar comprobada la comisión de un injusto penal.

Ahora bien, a la hora de determinar quién es el encargado de formular el juicio de peligrosidad, si el perito o el juez, encontramos posiciones contrapuestas:

Para Tavella y Riú, a tal fin, es necesario distinguir entre peligro y estado peligroso:

“...el peligro es el fundamento del tratamiento jurídico que el Tribunal ‘podrá’ o ‘deberá’ según el caso, administrar al actor, y para lo cual deberá contar ineludiblemente con el asesoramiento médico-legal. De ahí la importancia que reviste para el perito médico tener bien en claro el concepto del peligro que pueda generar la afección mental que presenta el encartado, como así también para el magistrado, comprender que la evaluación de la existencia de dicho peligro es materia de exclusiva valoración psiquiátrica-forense, y en ningún caso asumir la temeraria decisión de resolver por sí en contrario a lo que al respecto aconseja el médico perito. ...consideramos un despropósito pretender que el perito médico emita opinión sobre si el examinado se encuentra en estado peligroso, ya que a lo más que podrá aspirar el examen médico pericial es a informar sobre la situación psicopatológica del mismo, pues el diagnóstico del estado peligroso es de exclusiva competencia del juzgador”⁴.

Por su parte, Soler sostiene que siendo la peligrosidad una condición subjetiva el individuo será tanto más peligroso cuanto más se evidencien en la estructuración de su personalidad los caracteres médicos-psicológicos de peligrosidad, y lo confiere a los peritos médicos la mayor importancia en el tema llegando a expresar que el juicio de peligrosidad es preferentemente psiquiátrico-psicológico.

Ahora, si bien es cierto que por regla general los dictámenes de los peritos no son vinculantes para el juez, el que efectivamente podrá hacer un análisis del contexto en que se plantea el juicio de peligrosidad, cabe preguntarse si verdaderamente puede tomarse la opinión del experto que

⁴ Riú, J. - Tavella de Riú, G., *Psiquiatría...*, cit., págs. 329 y 322.

expresa que el sujeto está en peligro (de dañarse a sí mismo o a terceros), como un elemento más, a la hora de determinar la cesación o no de la medida de seguridad.

Entendemos que por más que del contexto surja que el sujeto no presenta signos de peligrosidad, si del informe médico surge que es peligroso para sí y para terceros, prácticamente ningún juez determinará la cesación de la medida de seguridad, razón por la cual, a nuestro criterio, se torna imperativo un análisis no en abstracto acerca de la peligrosidad, sino en concreto, es decir, un informe por parte del perito acerca de las dimensiones de esa peligrosidad, a fin de que el juez resuelva esa suerte de colisión entre lo que significa que el sujeto siga bajo los efectos de la medida o que la sociedad sea la que deba soportar esos efectos, tema este que luego trataré de profundizar.

Distinto es el caso de que del informe médico surja que la peligrosidad desapareció, dado que aquí si el juez, si considera que de los demás factores a analizar (como ser los sociales y legales) surge que el sujeto puede ser aún peligroso, puede a su criterio mantener o no la medida.

Finalmente, cabe hacer mención de los parámetros que en general se consideran para efectuar un juicio de peligrosidad; ellos son de índole médico-psicológicos, sociales y legales.

Los índices médico-psicológicos o subjetivos comprenden los diferentes tipos de psicosis y de personalidades anormales, antisociales o psicopáticas; los sociales son los aportados por el entorno que circunda al individuo; los legales están dados por los antecedentes policiales y criminológicos.

V. RELACIÓN ENTRE LA INDETERMINACIÓN DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD Y EL JUICIO DE PELIGROSIDAD

La forma en que la jurisprudencia ha interpretado la relación entre las enfermedades mentales y la peligrosidad ha evolucionado en los últimos años.

Al respecto Raúl E. Zaffaroni expresa:

"Las primeras interpretaciones fueron en general más inflexibles que los criterios jurisprudenciales actuales. Así, Emilio C. Díaz afirmaba que por el mero hecho de la enajenación o la incapacidad penal la ley consideraba que estaba probada automáticamente la peligrosidad, concepto al que daba una amplitud tal que resultaba como efecto de cualquier enfermedad mental, lo que descartaba cualquier posibilidad de que el sometido a la medida, en algún momento pudiera ser transferido a una custodia ordinaria conforme al Código Civil.

"

"El razonamiento era que cualquier incapaz penal era peligroso por su enfermedad, que la medida no podía cesar hasta que la desaparición del peligro fuese absoluta y radical, lo que importaba la desaparición de la enfermedad misma. Conforme a este criterio no se admitió la cesación de la medida para un alienado, aun cuando los médicos certificaron que había cesado su peligrosidad, en razón de que no había cesado su alienación y se exigió que el juicio sobre cesación de peligrosidad fuese totalmente asertivo"².

En los últimos diez años, la jurisprudencia de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal parece comenzar a inclinarse hacia un criterio más restrictivo de la aplicación de medidas de seguridad privativas de libertad, pese a lo cual vincula, en la mayoría de los casos, la cesación de la medida a la desaparición absoluta de la peligrosidad, sin hacer ningún tipo de consideración al respecto.

En el caso "Hwang", del 15-VI-1983, puede leerse:

"...Debe declararse el cese de la internación del procesado, no obstante la contradicción existente entre los dictámenes médicos respecto a si desapareció o no la peligrosidad, ya que para mantener internada a una persona luego de 15 años no es suficiente la teórica y genérica posibilidad de la amenaza o del riesgo a protagonizar conjuntamente por el recluso, sino que se necesita algo más específico y palpable".

En el caso "Swinchisky, Edgardo", pese a haberse abusado al procesado, se decidió:

"No obstante absolverse al procesado por ser éste peligroso debe imponérsle la medida de seguridad contemplada en el art. 34, inc. 1° del Código Penal, que en el caso consiste en establecer un sistema de atención médica de carácter ambulatorio, sin perjuicio de que, de ser necesario, se lo recluya en un establecimiento adecuado".

En el caso "Sáenz Valiente", de noviembre de 1986, puede leerse en la disidencia del Dr. Donna lo siguiente:

"...Adviértase el profundo desfase que se lograría advirtiendo que toda personalidad psicopática es inimputable, y por ende tal como lo sostienen los peritos médicos, peligrosos para sí y para terceros. La conclusión es que se vaciarían las cárceles y se llenarían los hospitales creados a tal efecto, con las consecuencias de que un juez no podría tener el control del cumplimiento de la pena, que quedaría en manos de los médicos, violándose las garantías constitucionales que existen en la Constitución Nacional.

² Zaffaroni, Raúl E., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, T. V, Ediar, Buenos Aires, pág. 483.

"Además, no se puede decir que estamos en la duda y por lo tanto, hay que estar a lo más favorable al imputado. No alcanza a ver este razonamiento, porque desde la perspectiva futura del proceso manteniendo el criterio de la imputabilidad, se le da la esperanza de salir de su encierro, aun en hipotético caso de que sea después de muchos años de prisión. La alternativa contraria, la condena de por vida a permanecer en un establecimiento de seguridad, sin la esperanza mínima de salir de ese sitio"⁶.

En el caso "Ullmann", de mayo de 1990, la Cámara volvió aparentemente a la forma de razonar que al comienzo de este acápite exponía el Dr. Zaffaroni, es decir, a unir indefectiblemente la peligrosidad con la enfermedad mental:

"La pena sólo puede estar dirigida como intimidación general y con fines individuales de retribución proporcional a la culpabilidad, a individuos que tengan capacidad para captar el significado de la sanción. Quien no ha tenido libertad de voluntad para optar por fines conforme a derecho, sólo puede quedar sujeto a una medida de seguridad curativa, y hasta tanto subsista la enfermedad mental que lo hace peligroso" (considerando 12 del voto del Dr. Tizzoni).

De lo que puede observarse a través del análisis de la evolución de la jurisprudencia, surge que, en mayor o menor medida, la decisión acerca de la limitación a la medida impuesta, queda sujeta a la desaparición de la peligrosidad, no advirtiéndose ningún tipo de valoración al margen que permita deducir el intento de modificar este criterio.

Por su parte, este criterio también es el sostenido por la doctrina, así Tavella - Rió expresan:

"No cabe duda de que resulta tarea difícil diagnosticar la peligrosidad que puede revestir una persona, pero estamos convencidos que mucho más ardua es la tarea que compete tanto a magistrados cuanto a peritos, llamados a determinar sobre el caso de la peligrosidad... jamás se accederá a la extinción de un individuo que revista peligrosidad"⁷.

Como ya lo planteáramos en la introducción al presente trabajo, el problema con este criterio absoluto es precisamente el grado de exposi-

⁶ Lo llamativo a mi criterio de esta voto, es el reconocimiento de que en la práctica son iguales las penas a las medidas de seguridad privativas de libertad. Por otra parte, también puede percibirse el intento de algunos jueces de forzar el caso hacia la imputabilidad —lo que se da en la mayoría de las veces en casos de delitos menores— a fin de que rijan las reglas del principio de legalidad, y no la indeterminación de la medida.

⁷ El problema se presenta principalmente en aquellos supuestos en que el autor tiene una lesión cerebral o una perturbación susceptible de ser solucionada con la ingesta de un medicamento. Aquí podría decirse que el sujeto con ese medicamento no es más peligroso, pero subsiste su peligrosidad.

ción de aquel que debe determinar que la peligrosidad ha desaparecido en un todo, a lo cual debe agregarse la pregunta acerca de cuándo se puede asegurar que un sujeto, ya sea en condiciones normales o anormales, no cometerá en el futuro un ilícito.

La última parte de este trabajo estará destinada a exponer los criterios limitadores que han surgido de la doctrina, y a tratar de encontrar alguno que permita la adopción de medidas no extremas, tendientes a aminorar el peso de la decisión de dejar libre a un imputable para aquellos que deban tomarla, y repartir las consecuencias de la situación entre el sujeto que no se puede motivar por la norma y la sociedad en su conjunto, que deberá aceptar estar eventualmente "desprotegida" a cambio del reconocimiento de la dignidad humana.

VI. CRITERIOS LIMITADORES DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

1) Una de las primeras formas expuestas por la doctrina para limitar la aplicación de las medidas de seguridad privativas de la libertad, es el principio de proporcionalidad.

Al respecto, H. Jeschack expresa:

"Las medidas no son penas y por consiguiente no están sometidas al principio de culpabilidad sino al de proporcionalidad que rige de un modo inmediato y general como principio fundamental del Estado de Derecho... dada la profunda intervención en los derechos del afectado que suponen las medidas. En el enjuiciamiento de la proporcionalidad debe atenderse a la significación de los delitos cometidos por el autor y de los que cabe esperar cometa en el futuro, así como al grado de peligro que procede de él, es decir, a la probabilidad de nuevos delitos. La proporcionalidad de una medida depende sobre todo de la significación de los delitos que cabe esperar en el futuro del autor. Del principio de proporcionalidad se deriva a la hora de elegir entre varias medidas que vienen en consideración, el principio de la menor intervención posible"⁸.

Por su parte, Santiago Mir Puig nos dice:

"También las valoraciones sociales deben orientar la proporcionalidad de las medidas de seguridad. Hay que añadir que éstas deben guardar proporción no sólo con los beneficios sociales que pueden aportar, sino más en concreto, con el grado de la peligrosidad criminal del sujeto y con la gravedad

⁸ Jeschack, H., *Tratado de Derecho Penal*, T. 2, Bosch, Barcelona, pág. 1116.

del hecho cometido y de los que sea probable que pueda cometer. Sería conveniente, además, que sólo se admitieran medidas de internamiento cuando concurriera peligro de comisión de delitos considerablemente graves⁹.

Finalmente Claus Roxin, tras hacer un paralelo entre los fines de la pena y los de las medidas de seguridad, y arribar a la conclusión de que ambas coinciden en cuanto a su finalidad preventiva de delitos, expresa:

"Pena y medida de seguridad por lo tanto no se diferencian entre sí por el objetivo, sino por la limitación. La medida de seguridad está vinculada en su duración y gravedad no a la medida de la culpabilidad, sino solamente al principio de proporcionalidad que permite inferencias más amplias que lo que le está autorizado a la pena.

"De ello se deriva la cuestión de cómo puede ser justificada la facultad estatal para sanciones-medidas de seguridad tan intensas. La respuesta sólo puede surgir de la idea de la ponderación de bienes, según esto, una libertad puede ser privada cuando su utilización conducirá, con gran probabilidad, a perjuicios para otros, los cuales, en su totalidad, son mucho más graves que las restricciones que debe tolerar el que causa el peligro por la medida de seguridad. Con relación a este, valer y dignidad del hombre se encuentran... con todo su peso del lado de la balanza. Cuanto más sean valorados por el ordenamiento jurídico, tanto más estrecho será el círculo de peligros contra los cuales entran en consideración medidas de seguridad precautorias"¹⁰.

Con el principio de proporcionalidad entonces, aparecerá un primer freno a la imposición de medidas de seguridad. 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 sólo si los delitos que se llegaron a cometer pudieran poner en peligro un bien jurídico de mayor entidad que la libertad personal.

Para que el juez pueda hacer esta apreciación, a la hora de efectuarse el informe pericial, no alcanzará con determinar la peligrosidad en abstracto, sino que de ser posible, habrá que especificar qué tipo de delitos se esperan del sujeto incapaz.

2) Si en el caso concreto se estableciera que el sujeto muy probablemente atentará contra bienes jurídicos fundamentales, como la integridad física o la vida misma (y en razón de ello se considerara necesaria la internación), el Estado deberá tratar por todos los medios de efectuar una tarea tendiente a reinsertar al sujeto en la sociedad.

⁹ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, PPU, Barcelona, pág. 113.

¹⁰ Roxin, Claus, "Fin...", cit., págs. 44/45.

En este contexto, se encierra el problema de las conocidas "salidas a prueba" con las que —en virtud del apego a los criterios doctrinarios y jurisprudenciales expuestos, que exigen la absoluta desaparición de la peligrosidad— en la actualidad no hay consenso.

En ese sentido puede leerse la siguiente manifestación de Tavella - Rúa:

"Por más que nos esforcemos no llegamos a comprender qué se quiere significar con ese tipo de 'alta a prueba'. Cabría preguntarse: ¿Para probar qué?... ¿Para probar si el paciente externado, reintegrado a su medio familiar, la mayoría de las veces bastante conflictivo, vuelve o no a realizar un acto delictivo?... ¿Y si lo vuelve a realizar, qué pasa?... ¿Nos contentaremos con decir que no había pasado su peligrosidad y que debe volver a internarse?... ¿Y de los resultados delictivos quién se responsabiliza?... Preferimos no continuar planteándonos interrogantes de muy difícil respuesta a no dudar, y en cambio advertir a los peritos médicos que sólo puede aconsejarse la externación cuando no quede la menor duda de que la peligrosidad ha cesado..."¹¹.

Con un criterio totalmente contrario, y en pos de la reinserción gradual del incapaz a la sociedad, el Dr. Zaffaroni expresa:

"...si bien se ha destacado siempre que la cesación de la medida debe ser irrevocable, no admitiéndose su condicionalidad ni salidas a prueba, lo cierto es que la evolución del tratamiento psiquiátrico, que reduce la función del manicomio, y la necesidad terapéutica de salidas transitorias en una suerte de régimen progresivo, han hecho que en la práctica los tribunales, previo informe o pedido del establecimiento, autoricen estos regímenes de paulatina reintegración social del recluso..."

"Por consiguiente, nos parece evidente que por reclusión manicomial o en establecimiento especial debe entenderse en la actualidad el sometimiento del paciente a un régimen institucional de tratamiento psiquiátrico, sin que pueda privárselo de ninguno de los pasos que demanda ese tratamiento, incluyendo las salidas periódicas para su paulatina readaptación a la vida libre. Con el dictamen favorable de los peritos el tribunal no puede negar estas medidas, porque son parte del tratamiento que debe controlar."

"El dictamen de los peritos, en estas salidas de prueba, no podrá declarar que ha cesado el peligro, porque en tal caso no se impediría la salida a prueba, sino la cesación de la medida. Bastará que los peritos acrediten que el paciente ha si-

¹¹ Rúa, J. - Tavella de Rúa, G., *Psiquiatría...*, cit., pág. 335.

canzado un grado tal de recuperación que indica la necesidad de entrar en esa fase del tratamiento. El tribunal podrá imponer al establecimiento la obligación de informar periódicamente acerca de la marcha del tratamiento y del estado del paciente, pudiendo revocar la autorización cuando tenga elementos para creer que las condiciones que la hicieron aconsejable hayan desaparecido o que el paciente no responde positivamente de ella¹².

Como puede observarse, para los primeros autores citados, no es conducente la aplicación de salidas a prueba en virtud de que, cuando éstas se otorgan, se supone que la peligrosidad del individuo no habría desaparecido totalmente; en una postura contraria, Zaffaroni acepta estas salidas, bajo la concepción de que ellas pueden autorizarse a pesar de que no esté acreditada la desaparición total de la peligrosidad, con el simple hecho de suponer razonablemente que ella ha disminuido a tal punto que el sujeto pueda reinsertarse en la sociedad.

En la lógica del presente trabajo, que sostiene la tesis de que no es necesario, a fin de permitir la externación del sujeto, la fehaciente comprobación de que la peligrosidad ha desaparecido, sino que se exige un análisis global del caso, debiendo ponderarse siempre la necesidad de la aplicación de la medida en función de los bienes que se protegerán, estas salidas son perfectamente aceptables.

Es cierto que en algunos casos el criterio del médico que consideró que el sujeto podía reinsertarse a la sociedad, pese a no haber desaparecido totalmente su peligrosidad, puede ser erróneo, pero aquí también debe entrar en consideración una relación de costos y beneficios.

En primer lugar, habría que preguntarse ante qué situaciones un médico puede decir de la noche a la mañana que la peligrosidad ha desaparecido con certeza total, sin tener un mínimo de duda: ¿cuántos médicos, de cualquier otro ámbito, están en condiciones de dar un diagnóstico exacto con respecto a cualquier enfermedad? En efecto, en otras ramas de la medicina, el médico puede efectuar diagnósticos que luego no se verifiquen, y nadie lo cuestionará si aquél se efectuó dentro del marco de las reglas del arte, es decir, si el profesional tuvo razones suficientes para pensar que la diagnosticada era la enfermedad que el paciente tenía.

En este contexto, si un perito tiene razones suficientes para pensar que el sujeto está en condiciones de reinsertarse en la sociedad, pese a no haberse comprobado la desaparición total de la peligrosidad, no hay por qué impedir la salida a prueba del incapaz.

A nuestro modo de ver, debe regir un criterio similar al *ix dubio pro reo*, en virtud del cual, ante la duda acerca de la peligrosidad o no del sujeto, debe prevalecer la tarea de reinsertión social, siendo precisamente

¹² Zaffaroni, E., *Tratado...*, cit., págs. 465/466.

esa duda; la que dé lugar a las salidas a prueba y no a la total internación, pero nunca la que determine —como lo sostienen Taveira y Eid— que el sujeto deba seguir internado *in eternum*.

Es cierto que se pueden cometer errores, pero también en derecho penal con el principio mencionado existe el "riesgo" de que sujetos que no eran inocentes queden libres, sin que por ello el principio mismo sea cuestionado.

3) Finalmente, ante el supuesto de que debido a los bienes en juego, y a que el sujeto no esté en condiciones de salir a prueba, se torne necesario continuar con la internación, cabe presentar un último límite relacionado ahora con el delito cometido y el tiempo de pena establecido para él. Al respecto el Dr. Zaffaroni manifiesta:

"Igualmente, en el caso de que la medida corresponda, no podrá afirmarse que ésta puede llegar a ser perpetua en cualquier supuesto. Si se trata de una medida formalmente penal, lo lógico es que ella no pueda exceder el límite máximo conminado para el hecho que le sirve de base en el caso de que hubiese presentado todos los caracteres delictivos. No es justificable desde ningún punto de vista que una medida asistencial y administrativa resulte más lesiva de bienes jurídicos que la medida máxima de la reacción penal que hubiese tenido lugar en caso de delito.

"Puede argumentarse que ese tiempo máximo puede transcurrir sin que el recluso haya curado su dolencia. En tal caso, si ha pasado ese tiempo máximo y no ha cesado el peligro de que se dañe a sí o a terceros, y por ende, menos aun puede decirse que el sujeto haya curado o haya remitido su dolencia, la permanencia del peligro será justamente lo que justifique su incorporación al régimen de legislación psiquiátrica menos gravosa del artículo 482 del Código Civil"¹².

Este último criterio también es de gran importancia dado que, pese a que la peligrosidad persista, no existen motivos para olvidar por completo el delito que el incapaz cometió y por el cual se le aplicó una de las medidas establecidas por el artículo 34.

En efecto, la diferencia que existe entre un robo y un homicidio por ejemplo, no puede ser olvidada porque el sujeto sea incapaz; por el contrario, debe ser siempre el parámetro objetivo, si no de imposición, cuanto menos de limitación de las medidas.

¹² Zaffaroni, E., *Tratado...* cit., pág. 483.

VII. CONCLUSIONES

El proceso de limitación por el cual pasó el derecho penal, también se impone en relación con las medidas de seguridad privativas de libertad, principalmente, por ser ellas en la práctica de iguales características que la pena.

La total desaparición de la peligrosidad no debe ser el único criterio para permitir la externación; debe considerarse esta peligrosidad en concreto y ponderarse con la gravedad de la medida que afectará al incapaz.

La sociedad debe ceder —a cambio del reconocimiento de la dignidad humana del sujeto incapaz— una porción de su seguridad, y permitir la reinserción del incapaz pese a la no comprobación de la desaparición absoluta de la peligrosidad, siempre que existan razones suficientes para creer que el sujeto podrá vivir en sociedad.

En ese sentido, se debe permitir a los peritos el dudar, y aconsejar la externación si consideran que existen razones para hacerlo, sin que ello sea concebido como una posibilidad de complicaciones personales si el sujeto vuelve a cometer un delito. A un juez no se lo cuestionaría porque dejó libre a alguien que volvió a cometer un delito, eso era lo que debía hacer.

Es cierto que existen riesgos, y que esta concepción no será tan segura como la que sostiene que el sujeto debe estar internado hasta quedar comprobada su inocuidad; pero estos riesgos son saludables, porque responden a las concepciones de una sociedad que no toma al hombre como medio para cumplir con sus objetivos, sino como un fin en sí mismo.