

TITULO: ANALISIS DEL ANTEPROYECTO ELABORADO POR LA COMISION PARA LA REFORMA DEL CODIGO PENAL DE LA NACION, CREADA POR DECRETO DEL P.E.N. NRO. 103/2017.

TEMA: PARTE GENERAL: tratamiento de deshabitación por adicciones, incapacidad de culpabilidad -art. 9-.

AUTORES: DAMIANA GACZYNSKY Y CRISTIAN MELERO

TEXTO VIGENTE:

ARTICULO 34.- (...)

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 comprobase la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso; (...)

Existe en ley especial un instituto similar al propuesto por la comisión.

Ley N° 23.737

Art. 16 — Cuando el condenado por cualquier delito dependiere física o psíquicamente de estupefacientes, el juez impondrá, además de la pena, una medida de seguridad curativa que consistirá en un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación por el tiempo necesario a estos fines, y cesará por resolución judicial, previo dictamen de peritos que así lo aconsejen.

Art. 17 — En el caso del artículo 14, segundo párrafo, si en el juicio se acreditase que la tenencia es para uso personal, declarada la culpabilidad del autor y que el mismo depende física o psíquicamente de estupefacientes, el juez podrá dejar en suspenso la aplicación de la pena y someterlo a una

medida de seguridad curativa por el tiempo necesario para su desintoxicación y rehabilitación.

Acreditado su resultado satisfactorio, se lo eximirá de la aplicación de la pena. Si transcurridos dos años de tratamiento no se ha obtenido un grado aceptable de recuperación por su falta de colaboración, deberá aplicársele la pena y continuar con la medida de seguridad por el tiempo necesario o solamente esta última.

Art. 18 — En el caso de artículo 14, segundo párrafo, si durante el sumario se acreditase por semiplena prueba que la tenencia es para uso personal y existen indicios suficientes a criterio del juez de la responsabilidad del procesado y éste dependiere física o psíquicamente de estupefacientes, con su consentimiento, se le aplicará un tratamiento curativo por el tiempo necesario para su desintoxicación y rehabilitación y se suspenderá el trámite del sumario.

Acreditado su resultado satisfactorio, se dictará sobreseimiento definitivo. Si transcurridos dos años de tratamiento, por falta de colaboración del procesado no se obtuvo un grado aceptable de recuperación, se reanudará el trámite de la causa y, en su caso, podrá aplicársele la pena y continuar el tratamiento por el tiempo necesario, o mantener solamente la medida de seguridad.

Art. 19 — La medida de seguridad que comprende el tratamiento de desintoxicación y rehabilitación, prevista en los artículos 16, 17 y 18 se llevará a cabo en establecimientos adecuados que el tribunal determine de una lista de instituciones bajo conducción profesional reconocidas y evaluadas periódicamente, registradas oficialmente y con autorización de habilitación por la autoridad sanitaria nacional o provincial, quien hará conocer mensualmente la lista actualizada al Poder Judicial, y que será difundida en forma pública.

El tratamiento podrá aplicársele preventivamente al procesado cuando prestare su consentimiento para ello o cuando existiere peligro de que se dañe a sí mismo o a los demás.

El tratamiento estará dirigido por un equipo de técnicos y comprenderá los aspectos médicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos, criminológicos y de asistencia social, pudiendo ejecutarse en forma ambulatoria, con internación o alternativamente, según el caso.

Cuando el tratamiento se aplicare al condenado su ejecución será previa, computándose el tiempo de duración de la misma para el cumplimiento de la pena. Respecto de los procesados, el tiempo de tratamiento suspenderá la prescripción de la acción penal.

El Servicio Penitenciario Federal o Provincial deberá arbitrar los medios para disponer en cada unidad de un lugar donde, en forma separada del resto de los demás internos, pueda ejecutarse la medida de seguridad de rehabilitación de los artículos 16, 17 y 18.

Art. 20 — Para la aplicación de los supuestos establecidos en los artículos 16, 17 y 18 el juez, previo dictamen de peritos, deberá distinguir entre el delincuente que hace uso indebido de estupefacientes y el adicto a dichas drogas que ingresa al delito para que el tratamiento de rehabilitación en ambos casos, sea establecido en función del nivel de patología y del delito cometido, a los efectos de la orientación terapéutica más adecuada.

Art. 21 — En el caso del artículo 14, segundo párrafo, si el procesado no dependiere física o psíquicamente de estupefacientes por tratarse de un principiante o experimentador, el juez de la causa podrá, por única vez, sustituir la pena por una medida de seguridad educativa en la forma y modo que judicialmente se determine.

Tal medida, debe comprender el cumplimiento obligatorio de un programa especializado relativo al comportamiento responsable frente al uso y tenencia

indebida de estupefacientes, que con una duración mínima de tres meses, la autoridad educativa nacional o provincial, implementará a los efectos del mejor cumplimiento de esta ley.

La sustitución será comunicada al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelaria, organismo que lo comunicará solamente a los tribunales del país con competencia para la aplicación de la presente Ley, cuando éstos lo requiriesen.

Si concluido el tiempo de tratamiento éste no hubiese dado resultado satisfactorio por la falta de colaboración del condenado, el tribunal hará cumplir la pena en la forma fijada en la sentencia.

Art. 22 — Acreditado un resultado satisfactorio de las medidas de recuperación establecidas en los artículos 17, 18 y 21 si después de un lapso de tres años de dicha recuperación, el autor alcanzara una reinserción social plena, familiar, laboral y educativa, el juez previo dictamen de peritos, podrá librar oficio al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelaria para la supresión de la anotación relativa al uso y tenencia indebida de estupefacientes.

TEXTO PROPUESTO POR COMISION ACTUAL:

ARTÍCULO 9º.- Si una persona con adicción al consumo de bebidas alcohólicas u otros productos estimulantes, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, fuese condenada por un hecho cometido bajo sus efectos o reconducible a su adicción, el tribunal, previo dictamen de peritos, ordenará que sea sometida a un tratamiento de deshabitación.

De igual manera se procederá en caso de no haber sido condenada debido a su incapacidad de culpabilidad.

Previo informe de las autoridades del establecimiento y dictamen pericial, el tribunal ordenará, en cualquier momento, el traslado de la persona condenada a un establecimiento penitenciario si fuese innecesario que continúe la internación especial.

La medida no tendrá lugar si la cura de deshabitación apareciera como ineficaz desde el principio.

TEXTO PROPUESTO POR COMISION Resoluciones Nos. 303/04 y 136/05 del

Ministerio de Justicia:

ARTICULO 29.- Internación en un establecimiento de deshabitación.

Cuando una persona, con adicción al consumo de bebidas alcohólicas u otros productos estimulantes, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, fuera condenada por un hecho cometido bajo sus efectos, el tribunal, previo dictamen de peritos, ordenará su internación en un establecimiento de deshabitación, si como consecuencia de su estado, fuese de esperar la comisión de relevantes hechos ilícitos.

De igual manera se procederá en caso de no haber sido condenado debido a su incapacidad de culpabilidad. La medida no tendrá lugar cuando la cura de deshabitación apareciera como inútil desde el principio; y no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad si el sujeto hubiera sido declarado responsable; a tal efecto el tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo.

ARTICULO 30.- Dictado de pena y medida de orientación y seguridad

conjunta. Cuando se ordenare la internación en un establecimiento conforme a los artículos 28 segundo párrafo o 29 primer párrafo, conjuntamente con una pena privativa de libertad, se ejecutará la medida antes que la pena; el tiempo de ejecución de la medida se deducirá de la pena; no obstante, si la pena no

fuese privativa de libertad el tribunal podrá determinar que se cumpla antes de la medida cuando con ello se pueda alcanzar más fácilmente el fin de ésta última.

ARTICULO 31.- **Suspensión del resto de la pena.** Cuando se hubiera ejecutado la medida antes que la pena, el tribunal podrá reemplazar la ejecución del resto de ésta última, conforme a los artículos 26 y 27.

TEXTO PROPUESTO POR COMISION DECRETO 678/2012:

ARTÍCULO 39.- **Internación en establecimiento psiquiátrico u otro adecuado**

(...) 6. Cuando en la comisión del delito hubiere tenido incidencia la dependencia de alcohol o de alguna sustancia estupefaciente, el juez podrá disponer la internación del condenado en un establecimiento o lugar adecuado para su deshabitación, que cesará cuando se obtenga este resultado o se agote la pena.

ANALISIS:

El instituto de la internación en un establecimiento de deshabitación tiene un antecedente en el código penal vigente, en tercer párrafo del inc. 1° del art. 34, como se mencionó en la expresión de motivos del anteproyecto presentado por la comisión del año 2012, allí se sostuvo que “la legislación vigente desde 1921 contiene una previsión de esta naturaleza, tomada de los proyectos suizos (el párrafo 3° del inciso 1° del artículo 34°), que se estableció con miras a los alcohólicos, dado que el abuso de alcohol era el escándalo internacional del momento. No obstante, esta disposición no tuvo éxito ni en Suiza ni en la Argentina, los establecimientos adecuados nunca existieron y se perdió toda confianza en los tratamientos compulsivos”.

Por otro lado, en la Ley N° 23.737 se volvieron a prever medidas de seguridad curativas para adictos, en este caso a los estupefacientes, tanto para los que cometieran cualquier delito —art. 16—, como para aquellos que cometiesen un delito de los previstos en la misma ley —arts. 17 y 18—, con un régimen especial al caso, y medidas de seguridad educativas —art. 21— para los principiantes o experimentadores.

Ahora bien, el tratamiento de deshabitación propuesto por la actual comisión se encontraba previsto en los dos anteproyectos solicitados por el Poder Ejecutivo a las comisiones que les precedieron en los años 2004 y 2012, aunque siempre con diferentes presupuestos.

El anteproyecto en trato prevé el tratamiento de deshabitación para la adicción al consumo de “bebidas alcohólicas u otros productos estimulantes, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”. Así el artículo 9 se vislumbra como una copia casi exacta del artículo 29 del anteproyecto del año 2004, solo agregando cuestiones relativas a la cesación de la misma que no trae ningún aspecto novedoso. Sin embargo, otra vez en forma criticable, el artículo suprime toda referencia a un límite temporal de la medida para aquellos que no hayan sido condenados por falta de culpabilidad y omite tratar la cuestión relativa al cómputo de la medida de internación especial a los efectos del cumplimiento de la pena, por lo que deberá entenderse que la misma debe ser computada a ese fin.

La otra gran diferencia es la relativa a la inclusión de la frase “o reconducible a su adicción”, para agregar un presupuesto más para su aplicación en los casos en los que el delito no haya sido cometido bajo los efectos de la sustancia pero que tenga a la adicción como su motivación. Ello podía desgajarse del esquema previsto en el inc. 6° del art. 39 del anteproyecto del 2012, en cuanto era presupuesto de aplicación de la medida de deshabitación que en la comisión del delito hubiese tenido incidencia la dependencia de alcohol o de alguna sustancia estupefaciente. Por lo que ese anteproyecto, a diferencia del actual art. 16 de la Ley 23.737, descartaba la aplicación de medidas de deshabitación cuando la adicción no tenía conexión con el delito, pues conforme los lineamientos de esa

comisión, se trataría de una enfermedad, cuyo tratamiento debe ser regulado por la legislación penitenciaria en la parte que se ocupe de la salud de las personas privadas de libertad y no ser parte de la imposición de la pena.

Sentado ello, se aprecia que la redacción del anteproyecto 2012 poseía una redacción que justificaba en mayor medida la imposición de una medida de deshabitación, pues la comisión de ilícitos bajo los efectos de una sustancia no siempre tiene como criminogénica a la adicción, sino que puede deberse a otros factores y no ser para ello determinante la misma.

Finalmente, era el articulado del anteproyecto de la comisión del año 2004 el que traía una mejor perspectiva en cuanto a la aplicación del tratamiento de deshabitación, disponiendo que cuando este se aplique en forma conjunta con una pena privativa de la libertad se aplicaría primero la internación, la que se computaría a los fines del cumplimiento de la pena. Por otro lado, cuando la pena aplicada no fuera de prisión, podía ordenarse que se aplique primero la internación cuando ello facilitara luego el cumplimiento de la pena. Asimismo, aplicada en primer término la internación se preveía que luego el juez pueda reemplazar la ejecución del resto de la pena privativa de la libertad por otra medida alternativa (prestación de trabajos para la comunidad y/o cumplimiento de instrucciones judiciales).

DOCTRINA:

“Clásicamente se enseña que las penas se aplican en función de la culpabilidad del actor, que son de duración determinada y que cumplen una función retributiva, mientras que las medidas de seguridad son para los inimputables, de duración indeterminada (hasta que el tratamiento sea eficaz) y que son función de la peligrosidad del autor. El sistema de la ley 23.737 combina penas retributivas y medidas de seguridad. Lo que se critica vigorosamente a esta conceptualización es que la medida de seguridad es en sí una pena camuflada (“fraude de etiquetas”), donde se aplica al condenado obligándolo a hacer algo sobre su cuerpo o a asimilar contenidos para educarse siendo esto contrario al artículo 18 de la Constitución Nacional. Además, perdiendo toda proporcionalidad punitiva en función del

delito, en muchas ocasiones -ya no en el ámbito de esta ley, pero si en el código penal- el inimputable termina estando recluido más tiempo bajo la medida de seguridad que lo que hubiera durado el mínimo del tiempo de la condena para el caso en que hubiere sido imputable y condenado. Por consiguiente la peligrosidad termina siendo un juicio ex ante propio de un Derecho Penal de Autor (se juzga por lo que se es) y no un Derecho Penal de Actos (se juzga por lo que se hizo) afectando para algunos el principio de legalidad (14). De este modo, la norma actual impone al condenado dependiente la obligación de realizar tratamiento de desintoxicación y rehabilitación, al tenedor dependiente a la sustancia también la obligación de realizar tratamiento bajo amenaza de aplicación de la pena, al que la usa y no depende lo obliga a realizar tratamiento educativo ora un principiante (por primera vez) ora un experimentador (no depende, pero en la experiencia tiene habitualidad) (7, 8, 14, 20, 23). La imposición coercitiva del tratamiento se critica porque la ley no la ofrece como opción, porque no fija un máximo de tiempo, porque procura “un grado aceptable de recuperación” pero sin contar con la colaboración del enfermo, y porque además en caso de incumplimiento impondrá la pena (17).” (MARTÍNEZ, Esteban Toro. *Aspectos médico-legales de la ley que reprime el tráfico de estupefacientes (Ley 23.737)*. VERTEX, Revista Argentina de Psiquiatría. Volumen XIX-Nº 77-ENERO-FEBRERO 2008, 2008, vol. 19, no 77, pp. 541-542.

«Se advierte una actuación arbitraria de las agencias del Estado, que atraviesa los cuerpos y los fija a una indeterminación temporal de la internación a través de una medida de seguridad curativa, la que solo podrá ser levantada a criterio de los “especialistas”. En estos casos trabajados de personas adictas o alcohólicas, la puesta en tutela, en términos de Castel, se inscribe como un mecanismo eficaz generando, desde el mismo derecho, cierto estado de “no-derecho”. El Estado, en lugar de proteger los derechos individuales de libertad, autonomía, privacidad, reubica a los sujetos en condiciones de minusvalía y desvalimiento al considerar anómalas sus conductas y consumos. Se produce un efecto de infantilización en lo que Szasz denomina “estado terapéutico” y por el cual se le otorga “poderes policiales a los médicos para privar a la gente de su libre elección de ingerir sustancias” (Szasz, 1993:151) ». (AUCÍA GALASSI, Analía; RAGONE EGURROLA,

Mariela. Internación psiquiátrica por consumo de drogas: una construcción terapéutica-punitiva fallida. 2011.).