

**Análisis del discurso dogmático**  
**en el tratamiento de un tema puntual: las medidas de seguridad.**  
**Funciones que cumple y su relación con el texto legal.**

**Rafael Laderach**

Trabajo de la Cátedra de Epistemología Penal  
a cargo del Dr. Ernesto Domenech

Así continuaron viviendo en una realidad  
escurridiza, momentáneamente capturada por las palabras,  
pero que había de fugarse sin remedio cuando  
olvidaran los valores de la letra escrita.

**Gabriel García Márquez**

*Cien años de soledad*

Tienen escasas leyes; su sistema social las hace casi innecesarias.  
Una de las críticas más importantes que creen deben hacer a otros países es el que,  
aunque tienen libros y más libros sobre leyes e interpretación de las leyes,  
nunca parecen estar del todo conformes. Estiman como algo decididamente injusto  
el que alguien sea juzgado por un código excesivamente extenso como para  
ser leído en su totalidad por un hombre común o demasiado  
difícil como para que lo comprenda.  
Lo que es más, no tienen abogados de alto ingenio para defender casos individuales y  
derechos ajenos. Consideran mejor que cada cual lleve su propia causa y le narre  
al Juez la misma historia que de otro modo le contaría a su abogado. Bajo éstas  
circunstancias es menos probable que el punto en cuestión se torne oscuro y es más fácil  
llegar a la verdad...  
En Utopía  
todos son expertos en leyes por la simple  
razón de que hay, como ya les comenté, muy pocas,

y la interpretación mas llana es considerada como la más correcta. Dicen que el único objetivo de la ley es recordarle al pueblo lo que debe hacer. A una interpretación mas rebuscada y sutil de la ley le corresponderá menos efectividad, porque la cantidad de gente que comprenda será proporcionalmente menor, mientras que un significado obvio y simple salta a la vista de todos.

**Thomas More**

*Utopía*

## **0. Propuesta**

A lo largo del curso de Epistemología Penal, estudiamos cuando y donde nace lo que conocemos como la ciencia jurídica de nuestra tradición jurídica o dogmática penal. Analizamos como trabajan los “científicos” que están inmersos en ella y pudimos ver los inconvenientes que acarrea a través de la mirada de autores que se encuentran en otra tradición jurídica o dentro de la misma pero con una mirada crítica.

También vimos como esta ciencia jurídica es un metalenguaje que opera sobre un lenguaje objeto: la ley. Pero trabaja con conceptos y teorías que tratan de sistematizar la ley y en realidad termina por apartarse de ella, sin mostrar los problemas e inconvenientes que aparecen en un texto legal, muchas veces ocultándolos, creando así un discurso propio, a veces sin sustento en la ley o aún en contra de ella, respondiendo a un conjunto de teorías que nada tienen que ver con un conjunto normativo dado.

El presente trabajo se propone ver en qué consiste ese discurso en el análisis de un tema concreto: las medidas de seguridad y tratar de analizar en qué medida los dogmáticos encuentran los problemas del texto legal.

Para ello, se divide el trabajo en tres partes: 1) Repasar lo que vimos a lo largo del curso, es decir, ver qué es la dogmática penal y cómo trabaja frente a la ley; 2) Explorar un texto legal en un tema concreto: las medidas de seguridad, y ver qué problemas de interpretación genera; y por último cotejar los problemas que surgen de la ley con el tratamiento que de ese tema realizan los dogmáticos. Al final se sacarán conclusiones sobre ese cotejo y la científicidad del discurso dogmático.

## **1. Introducción:**

### **1.1. El discurso dogmático: Noción.**

La expresión “dogmática penal” es ambigua y se utiliza para designar la actividad que realizan los juristas cuando estudian el derecho penal y el producto de ese estudio. La denominación es interna y externa, es decir, quienes realizan esta actividad, los autores dogmáticos, así la llaman. Pero también es llamada de esa forma por aquéllos que no comparten sus posturas.

Esta forma de estudiar el derecho nace entre mediados del siglo XIX y comienzos del siglo XX en Europa, particularmente en Alemania, y se extendió luego a otros países de la tradición jurídica Romano Canónica, incluida Argentina. Su origen estuvo vinculado con los procesos europeos de codificación del siglo XIX y las distintas posturas de los juristas más destacados de la época<sup>1</sup>.

Constituye un enfoque particular con ciertos presupuestos y metodología específicos. Quienes hacen dogmática penal, consideran a su actividad como “científica”, tal es así que también se la conoce con el nombre de “Escuela de la Ciencia Jurídica”. Así, se declara que la misma posee un objeto de estudio y un método propio. El objeto de sus investigaciones es la ley penal positiva (dato) convertido en dogma y el método utilizado es conceptualista, que usa construcciones jurídicas, definiciones y crea teorías para explicar sus postulados. Este conjunto de conocimientos es sistemático (los nuevos principios extraídos de los datos se integran con los existentes), conceptual, abstracto y posee un gran apego a la ley (al dogma). Crea de esta forma un gran cuerpo teórico para entender y explicar la ley pero rápidamente se independiza de ella.

Este cuerpo de conocimientos trata de ser una verdad universal, válida en todo momento y en todo lugar, con independencia del derecho positivo de cada país. Se puede decir que los dogmáticos de todo el mundo hablan el mismo idioma y tienen los mismos problemas, problemas todos que la propia dogmática soluciona, como si tuviera caracteres mágicos. Esto nos recuerda los diversos intentos de construir una lengua universal perfecta<sup>2</sup>, cosa que los propios dogmáticos creen haber logrado. Estos, exponen sus principios y teorías en manuales o tratados, y basta con mirar distintas obras de distintos países para darnos cuenta de lo señalado.

En materia penal fue donde tuvo la dogmática un gran desarrollo a través de su creación más notable: la teoría del delito. Esta nace con la definición de delito, definición que cumple la función de enumerar condiciones de punibilidad. La teoría del delito, con algunos

---

<sup>1</sup> Sobre el lugar y causas de gestación, ver **Nino, Carlos Santiago**, “Los límites de la responsabilidad penal”, Astrea, Bs. As. 1980, Parte Primera Capítulo Primero: El enfoque conceptualista; también **Nino, Carlos Santiago**, “Introducción al análisis del derecho”, Bs. As. 1998 Ed. Astrea, Cap. VI : La ciencia del derecho; también **Merryman, John Henry**, “La Tradición jurídica Romano Canónica”, FCE, México 1971, Cap. X: La ciencia jurídica; y **Domenech, Ernesto E.**, “Dogmática Penal. Funciones y Prácticas”, Material de circulación interna de la Cátedra de Epistemología Penal, UNLP, 1998.

<sup>2</sup> Sobre el tema, ver **Eco Umberto**, “La búsqueda de la lengua perfecta”, Crítica, Barcelona 1999.

cambios, ha estado vigente a lo largo de todo el siglo XX y constituye un gran cuerpo de principios y teorías que tratan de determinar cuando se debe aplicar una pena. El centro de estudio del derecho penal en los países que tienen una tradición dogmática, es la Teoría del Delito. Mucho menos importancia tiene la Teoría de la pena y es casi nulo el tratamiento del delincuente y de la víctima.

De esta forma, la dogmática penal posee una gran autonomía de aquello que dice estudiar: la ley; y esto genera algunas ventajas y muchos inconvenientes.

## **1.2. La dogmática frente a la ley.**

Si bien los dogmáticos toman a la ley como dogma (dato), muy pronto se olvidan de ella. Empiezan a discurrir sobre principios y teorías, casi siempre importados de otros sistemas jurídicos y poco importa lo que dice la ley local. Muchas veces, se trata de forzar a la ley para que encaje en sus moldes.

Este desapego al texto legal, impide ver los problemas de interpretación que surgen en el mismo.

Por otro lado, el texto legal utiliza un lenguaje natural, y como todo lenguaje natural, es ambiguo, vago y con textura abierta. Además, al estar el texto legal relacionado con otras disposiciones del mismo y con otros textos legales, aparecen inconsistencias, redundancias, contradicciones y lagunas, tal como lo expone el profesor Nino<sup>3</sup>. Todos estos problemas son ignorados casi siempre por la dogmática o se encuentran encubiertos por sus teorías.

De todas las funciones que cumple la dogmática<sup>4</sup>, quizá la más riesgosa sea la operativa: no sólo no nos dice con claridad que es lo que dice la ley, sino que impone pautas de interpretación, confunde, oculta problemas y sus criterios tienen pretensión de validez y claridad, aún en casos oscuros. Los autores dogmáticos en sus obras prescriben: tal norma debe interpretarse en tal o cual sentido, sin argumentar por qué ni mostrar los problemas que aparecen en el texto. En este sentido, actúa como guardián de la ley.

Constituye un lenguaje que opera o pretende operar sobre otro lenguaje: la ley. Puede hablarse entonces de un metalenguaje<sup>5</sup>, pero que no se limita a describir la ley, sino que prescribe una interpretación.

En el punto siguiente veremos la regulación en la ley de las medidas de seguridad y mas adelante, trataremos de ver como actúa en relación a ella la Dogmática Penal.

## **2. Las medidas de seguridad en el texto legal.**

---

<sup>3</sup> Nino, Carlos Santiago, "Introducción..." ob. cit. Cap. V: La interpretación de las normas jurídicas.

<sup>4</sup> Según Domenech, la dogmática cumple en relación a la ley las siguientes funciones: informativa, operativa y emotiva. Ver Domenech, Ernesto E., "Dogmática Penal..." Ob. cit. punto 4.

<sup>5</sup> Domenech Ernesto E., "Lenguaje y Metalenguaje", Esquema conceptual N° 1, Material de circulación interna de la Cátedra 2 de Derecho Penal I, UNLP.

## 2.1. Su aparición en el CP Parte General, Parte Especial y leyes complementarias.

El derecho argentino y en particular el Código Penal, no regulan de manera sistemática lo que se conoce con el nombre medidas de seguridad, sino que las mismas aparecen en distintas partes del texto (desordenadas) vinculadas a distintos supuestos.

Su aparición está relacionada a la comisión de un delito o al menos de una acción típica y antijurídica (según la denominación dogmática). Constituyen una consecuencia del delito (o de la acción típica y antijurídica) y en algunos casos su aplicación excluye la pena, o se aplica en forma alternativa, en otros se aplica con la pena en forma conjunta, en algún supuesto es necesaria una medida de seguridad para poder aplicar pena y por último, en otro caso, varias penas son necesarias para su aplicación<sup>6</sup>.

No existe por lo tanto una regulación armónica de las mismas y su aparición se da tanto en la Parte General del Código Penal, como en la Parte Especial o en sus leyes complementarias.

Así, en la Parte General, en el Título 5: "Imputabilidad" están reguladas en el art. 34 dos medidas: la manicomial y la no manicomial.

Más adelante, en el Título 8, cuando el Código regula la reincidencia, en el art. 52, dispone una medida de seguridad para pluri-reincidentes.

Ya en la Parte Especial, en el art. 80, aparece en el título Delitos contra las personas, la única medida allí regulada es la accesoria de reclusión para pluri-reincidentes.

Luego, en dos leyes penales que complementan el Código Penal también aparecen las medidas de seguridad. En la ley 22.278 (Régimen Penal de la Minoridad) se observa la regulación de dos de ellas: Tutelar para niños absolutamente inimputables y tutelar para niños relativamente imputables. Por último, en la ley 23.737 (Estupefacientes) tenemos una medida de seguridad curativa para el condenado por cualquier delito que dependa psíquica o físicamente de estupefacientes (art. 16); y otras medidas para personas que transgredan la propia ley, como son: curativa para el supuesto del art. 14 segundo párrafo de la ley para condenados y procesados (arts. 17 y 18); y educativa para principiantes no dependientes que se encuentren comprendidos en el art. 14 segundo párrafo (art. 21).

El siguiente cuadro, realizado por el Prof. Domenech<sup>7</sup>, resume y aclara la cuestión:

---

<sup>6</sup> **Domenech Ernesto E.**, "Consecuencias Jurídicas asociadas a acciones típicas no justificadas". Material de circulación interna de la Cátedra 2 de Derecho Penal 1 que forma parte del proyecto de la cátedra sobre la Teoría de la Pena. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

<b>Medida de seguridad</b>	<b>Calidad del sujeto</b>	<b>Relación con la pena</b>	<b>Duración</b>
<b>Manicomial</b>	Inimputables	Incompatible	Imprecisa
<b>No manicomial</b>	Inimputables	Incompatible	Imprecisa
<b>Accesoría de reclusión para plurireincidentes</b>	Imputables Plurireincidentes	Varias penas son condición necesaria	Imprecisa con libertad condicional
<b>Accesoría de reclusión para homicidas</b>	Imputables No plurireincidentes	La pena es condición necesaria	Imprecisa con libertad condicional
<b>Tutelar para niños inimputables</b>	Inimputables	Incompatible	Hasta la mayor edad
<b>Tutelar para niños relativamente imputables</b>	Imputables	Condición necesaria de la pena	No inferior a un año
<b>Curativa para adictos condenados por cualquier delito</b>	Imputables adictos	Se aplican en forma conjunta.	Imprecisa
<b>Curativa para drogadependientes por un delito de la ley 23.737</b>	Imputables adictos	Ver en la ley 23.737 los distintos supuestos (arts. 17 y 18).	Imprecisa
<b>Educativa para procesados por la ley 23.737</b>	Imputables no Adictos	Sustituye la pena	No lo determina la ley.

El lugar donde se cumple cada una es distinto. Si bien casi todas consisten en un encierro<sup>8</sup>, el mismo puede ser en un manicomio (CP 34 segundo párrafo), un establecimiento especial (CP 34 tercer párrafo), una institución penitenciaria (CP 52 y 80), internaciones a cargo del Patronato de Menores u otras instituciones pública o privadas (art. 3 bis ley 22.278), una institución penitenciaria especializada o establecimientos especiales a esos fines (art. 19 ley 23.737). La que se cumple sin encierro, lo es en la forma y modo que judicialmente se determine (art. 21 ley 23.737).

<sup>7</sup> Domenech Ernesto E., "Consecuencias...", ob. cit. punto 1.1.3.

<sup>8</sup> Podría discutirse si la medida de seguridad curativa dispuesta por el art. 16 de la ley 23.737 debe necesariamente cumplirse con encierro o no.

Tampoco su contenido es el mismo en todos los casos: va desde la curación, la educación, la rehabilitación o desintoxicación, etc.

De esta forma, el ordenamiento argentino regula las medidas de seguridad, sin definir las y para supuestos distintos, y se les aplica a muy distinto tipo de personas, con una duración y contenidos también diversos. En algunos casos son obligatorias –según el texto legal– para el Juez o Tribunal. Como ya dijimos, su aplicación, está siempre vinculada a la comisión de un delito.

Analizaremos ahora una en particular.

## **2.2. Regulación de las medidas de seguridad del art. 34 del CP.**

El art. 34 del CP, en su inciso 1º, luego de disponer quienes no son punibles en su primer párrafo, regula qué hacer con ellos de la siguiente manera:

*“...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 absolviera 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;”*

A su vez, en su primer párrafo el Código enumera cinco posibilidades de no punibilidad en las que, de acuerdo a la redacción, quedarían atrapados quienes se encuentren en ellas, por las medidas de seguridad mencionadas: *El que, ya sea por:*

- a- Insuficiencia de sus facultades mentales.*
  - b- Alteración morbosa de las facultades mentales.*
  - c- Estado de inconsciencia.*
  - d- Error de hecho no imputable<sup>9</sup>.*
  - e- Ignorancia de hecho no imputable.*
- No haya podido en el momento del hecho,*
- a- Comprender la criminalidad del acto*
  - b- O dirigir sus acciones.*

Teniendo en cuenta la redacción del artículo, estos dos inventarios de condiciones o causas de no punibilidad deben combinarse. Debe estar presente uno de los elementos del primer conjunto con los dos elementos del segundo conjunto para que la norma opere, es

---

<sup>9</sup> No se consideran en el presente trabajo los problemas de interpretación que genera la expresión “error o ignorancia de hecho no imputables”. Interpretamos que tanto el error como la ignorancia deben ser de hecho y no imputables.

decir, no alcanza con el estado de inconsciencia por ejemplo, sino que éste debe haber impedido al momento del hecho comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones. Si bien las causales de no punibilidad no son objeto de análisis del presente, nos servirá como contexto para interpretar el texto analizado.

Veamos ahora los problemas de interpretación que aparecen en el texto.

### 2.3. Problemas con los que se encuentra un lector del texto:

El texto mencionado, en los párrafos segundo y tercero, presenta problemas de interpretación. Varias de las palabras allí utilizadas son vagas, imprecisas o ambiguas. Algunas de ellas tienen una gran carga emotiva o el lector puede tener dudas acerca de su fuerza. En el conjunto del texto podemos encontrar contradicciones, lagunas o inoperancias.

Es decir, el problema puede estar en la palabra en sí, o en su relación con el resto del texto o con otras partes del texto legal:

A continuación, un catálogo de palabras o expresiones del segundo y tercer párrafo del art. 34 inc. 1º del CP que resultan problemáticas y que podrían generar dificultades en un lector ingenuo, es decir, sin la contaminación de la teoría dogmática; pero cuando valga alguna lectura hecha por un dogmático que sea relevante destacar, se la mencionará en una nota al pie. El inventario que sigue no pretende agotar los problemas del texto, sino que trata solamente de ser una muestra:

- a- En caso de enajenación
- b- Podrá ordenar
- c- Reclusión en un manicomio
- d- Del que no saldrá sino por resolución judicial
- e- Peligro
- f- En los demás casos que se absolviere a un procesado por las causales de este inciso
- g- Ordenará
- h- Establecimiento adecuado
- i- Peligroso

- a- **En caso de enajenación:** La palabra enajenación es ambigua, ya que tiene varios significados. A esto se lo llama ambigüedad semántica. Denota por un lado la acción de transmitir a alguien el dominio de algo. Por otro lado denota locura, enfermedad mental. Estos casos de homonimia accidental, se resuelven generalmente por el contexto en que la palabra es usada, y aquí no hay duda que su significado correcto –en el texto- es el segundo.

Pero también es una palabra en sí misma vaga, imprecisa: qué grado de enfermedad mental debe tener un sujeto para ser enajenado. Una forma de acotar su ambigüedad y vaguedad, es recurrir a la ciencia –médica en este caso- para así determinar su significado<sup>10</sup>. Además de ello, en muchos casos tiene un significado emotivo muy fuerte: sobre todo en su uso vulgar.

Pero independientemente de los problemas de significado que tiene la palabra en sí, no son menos los problemas que genera dentro de la frase en que se encuentra: “en caso de enajenación”. El párrafo segundo del art. 34 inciso primero menciona la enajenación como haciendo referencia al primer párrafo, pero en el primer párrafo no se la menciona. Sí se alude a la alteración morbosa de las facultades mentales. Parece que la inclusión de la expresión “alteración morbosa de las facultades mentales” se corresponde semánticamente con “enajenación”. Se trata de un caso claro. Pero ¿que pasa con la “insuficiencia de las facultades mentales”? Los incluidos allí, ¿constituyen enajenados?

En los demás supuestos (inconsciencia, error, ignorancia) también parece claro que no están incluidos en la voz enajenación.

- b- **Podrá ordenar:** Aquí el problema del significado se relaciona no con las palabras en sí, sino con su fuerza, o la fuerza de la oración. Se trata de determinar qué función cumple el lenguaje: ¿ordena o faculta?<sup>11</sup>. ¿Es una orden al Tribunal?. No, por la redacción del texto, es una facultad. Podría entenderse que queda al arbitrio del Tribunal ordenar o no la reclusión. Este problema se resuelve –aunque parcialmente- en otra parte del texto, cuando establece qué condiciones tienen que darse para que el sujeto recluido en un manicomio salga. Podría interpretarse que cuando esas condiciones no se den, podrá ordenarse su reclusión.
- c- **Reclusión en un manicomio:** La palabra reclusión también es ambigua y tiene dentro del Código Penal al menos dos significados: reclusión como una de las especies de pena que prevé el CP, la más grave<sup>12</sup>, y la otra como encierro. El primer significado es jurídico, el segundo, vulgar. También hay una relación de género a especie. En varios artículos se refiere el CP a la reclusión como encierro que no es pena<sup>13</sup>. En los demás, cuando el CP se refiere a la reclusión como pena, se trata en

---

<sup>10</sup> Esta palabra constituye un símbolo científico, ya que requiere de un cuerpo de conocimientos científicos para especificar su significado: en este caso médicos o psiquiátricos. Ver **Domenech Ernesto E.**, “Figura Delictiva”, Material de la Cátedra 2 Derecho Penal I, UNLP, La Plata, 2000.

<sup>11</sup> Sobre las distintas funciones del lenguaje, ver **Nino, Carlos Santiago**, “Introducción...” ob. cit. Cáp. V; y también **Copi, Irving**, “Introducción a la lógica”, Eudeba, 1992.

<sup>12</sup> Código Penal Argentino, Arts. 5 y 57.

<sup>13</sup> **Ouviña Guillermo**, “Naturaleza jurídica de la reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena” en Boletín del Instituto de Derecho Penal de la UNLP, La Plata 1984, N° 4.

realidad de un símbolo jurídico<sup>14</sup>, ya que su significado está definido o al menos especificado dentro del Código Penal o alguna ley complementaria<sup>15</sup>.

Pareciera en este caso, que el uso de la palabra reclusión no es como pena, al encontrarse las palabras “en un manicomio” a su lado.

Respecto de la palabra “manicomio”, que en algunos ámbitos puede tener una carga emotiva fuerte, también constituye un símbolo jurídico y habría que buscar su significado o tratar de especificar el mismo en las distintas normas –nacionales o provinciales- que regulan las instituciones destinadas a enfermos mentales (Ver por ejemplo la ley 24.660 arts. 176 y 183).

- d- **Del que no saldrá sino por resolución judicial:** Esta expresión, que leída en el contexto del artículo, está regulando la duración de las medidas de seguridad, puede generar en su interpretación problemas de inconsistencia valorativa o contradicción con otras partes del ordenamiento jurídico, como el art. 18 de la Constitución Nacional. Este artículo dispone que nadie puede ser penado sino en virtud de un juicio previo. El artículo 34 CP al supeditar la duración de la medida de seguridad a la peligrosidad del sujeto, faculta a disponer su encierro por lapsos mayores incluso a la pena prevista para el delito cometido. No es lo mismo encerrar por tiempo indeterminado a un homicida múltiple que a un sujeto que comete lesiones leves. Para evitar el problema constitucional, tal vez la duración de la medida no debiera exceder la de la pena para el delito cometido y buscar alguna solución que faculte el encierro en la legislación civil.
- e- **Peligro:** Esta palabra es vaga, ambigua y posee una gran carga emotiva. Vayamos por partes: Es ambigua porque posee diversos significados. Y dentro del Código Penal, en sus varias apariciones también. Y este tipo de ambigüedad no constituye una simple sinonimia lo que puede dar lugar a equívocos, ya que hay una relación entre los distintos significados. Distintas peligrosidades aparecen entonces en el Código Penal bajo la misma forma, como afirma Domenech<sup>16</sup>, pero siempre como propiedad de un sujeto. También es una palabra vaga, es decir de significado impreciso: es una palabra que hace referencia a una propiedad que se da en diversos grados, sin que el significado del término incluya un límite cualitativo para la aplicación de él.

---

<sup>14</sup> Domenech distingue símbolos jurídicos, científicos y normativos dentro de las palabras que pueden aparecer en la ley y cuyo significado hay que buscarlo respectivamente en la ley, en otra ciencia o requiere de una valoración del intérprete. Ver **Domenech Ernesto E.**, “Figura...”, ob. cit. punto 3.2; también del mismo, “Esquema conceptual N° 6: Símbolo Jurídico”, material de la cátedra 2 Derecho Penal I, UNLP.

<sup>15</sup> Así por ejemplo, puede buscarse su significado en los arts. 5, 6, 7, 13, 24, 44, etc. del CP, y en la ley 24.660.

Por último, dentro de nuestro derecho penal, tiene una gran carga emotiva, en este caso negativa, pues está asociada al positivismo criminológico que estaba en auge al momento de sancionarse el Código. El positivismo, desde la aparición de la dogmática en nuestro derecho con Sebastián Soler, se ha esforzado por criticar y rechazar todo lo que venía de aquella escuela, especialmente las apariciones de la peligrosidad dentro del Código Penal.

Sobre el final del párrafo el Código especifica más sobre su significado: “peligro que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás”.

- f- **En los demás casos en que se absolviere al un imputado por las causales del presente inciso:** Esta expresión da a entender, literalmente, que comprende todos los casos que no sean enajenación. Así que, independientemente si se incluye la insuficiencia dentro de la enajenación, no hay duda que en la clase “demás casos” la ley se refiere a los “estados de inconsciencia y al error o ignorancia de hecho no imputable”<sup>17</sup>. Y esto genera verdaderos problemas de interpretación, teniendo en cuenta el resto del texto, ya que seguidamente la ley dice “ordenará”. Y aquí aparecen verdaderas inconsistencias valorativas, pues puede llegarse a la reclusión en un establecimiento con duración ilimitada de alguien que cometió un delito con error. Alguna pista para aclarar ello puede buscarse sobre el final del párrafo: que la reclusión ocurrirá siempre que el sujeto sea peligroso. Pero debido a la gran vaguedad y ambigüedad de esta palabra, la solución es parcial.
- g- **Ordenará:** Esto claramente constituye una orden, aunque como explicamos precedentemente, esa orden se cumplirá siempre que aparezcan los presupuestos del código y la peligrosidad<sup>18</sup>. Pero comprobados los presupuestos establecidos por la ley, la fuerza de esta oración es clara: es una prescripción, lo que genera los problemas mencionados más arriba, ya que resulta obligatorio para el Juez aplicar medida de seguridad en los casos de error, por ejemplo.
- h- **Establecimiento adecuado:** Expresión también vaga y ambigua, pero para precisarla debe analizarse el caso concreto y el supuesto concreto. También normas que regulan instituciones públicas o privadas con los fines previstos en el artículo, pueden ayudar a especificar su significado (símbolo jurídico).
- i- **Peligroso:** Ya fue tratado en el punto e.

---

<sup>16</sup> Domenech, Ernesto E., “Peligrosidad, ¿enigma o acertijo?”, Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, N° XXXII, La Plata, 1996.

<sup>17</sup> Sin embargo, esta expresión se ha leído como comprensiva solamente de la inconsciencia. Ver De la Rúa, Jorge N., “Código Penal Argentino”, Depalma, Bs. As., 1997, comentario al art. 34 inc. 1°. Soler piensa de la misma forma.

<sup>18</sup> Se ha leído esta expresión como una facultad y no como una orden, ver De la Rúa, Jorge, “Código ...” ob. cit. comentario al art. 34 inc. 1°, pág. 478.

Este es el catálogo de problemas del artículo analizado y sus posibles soluciones dentro del texto, o con ayuda de otros textos, legales o no. Se trata solamente de una muestra, no pretende agotar el texto.

Veamos ahora como actúan los dogmáticos frente a las medidas de seguridad primero, y luego frente al texto legal analizado.

### **3. Las medidas de seguridad dentro del discurso dogmático.**

#### **3.1. En la definición de derecho penal:**

La dogmática penal define al derecho penal de distintas maneras, según el autor que se trabaje. Así, en Soler se lee “es la parte del derecho compuesta por el conjunto de normas dotadas de una sanción retributiva”<sup>19</sup>. Nuñez entiende por derecho penal “la rama del derecho que regula la potestad pública de castigar y aplicar medidas de seguridad a los autores de infracciones punibles”<sup>20</sup>. Por último, Zaffaroni entiende que lo que diferencia al derecho penal es el poder punitivo caracterizado por sanciones diferentes a otras ramas de derecho: las penas<sup>21</sup>.

El acento de estos autores dogmáticos al definir el objeto de su estudio, el derecho penal, está dado por la consecuencia más importante de la comisión de un delito: la pena. No se menciona al delito, ni a la víctima, ni al delincuente. Si miramos el Código Penal argentino, el mismo tiene regulaciones de distinta índole, que no tienen que ver con la pena. Y los mismos autores en sus obras, dedican a la pena menos atención que, por ejemplo, al delito.

Y las medidas de seguridad, consecuencia tan grave como la pena o aún más, no aparecen en la definición, salvo en el caso del Profesor Nuñez. Pero es bueno aclarar que tampoco el delito aparece, cuando es el centro en el estudio de la teoría.

#### **3.2. Ubicación de las medidas de seguridad en las obras dogmáticas:**

Los autores dogmáticos mencionados en el punto anterior, empiezan sus obras con definiciones del derecho penal y luego explican en qué consiste su trabajo, es decir la dogmática penal. Con algunas diferencias, todos los mencionados hacen una exposición histórica del pensamiento y la legislación penal y luego hablan de la ley penal. Pero gran parte de sus tratados está referida a la Teoría del Delito y en un segundo plano –al final- se refieren a la pena.

---

<sup>19</sup> Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, TEA, Bs. As., 1989, Tomo I, §1.

<sup>20</sup> Nuñez, Ricardo, Tratado de Derecho Penal, Marcos Lerner Editoria, Cordoba, 1987, Tomo I, § 1.

<sup>21</sup> Zaffaroni, Eugenio y otros, Derecho Penal Parte General, Ediar., Bs. As., 2000, Parte Primera, Capítulo I, § 1.

Para hablar de las medidas de seguridad, Nuñez lo hace en un capítulo casi al final de su obra, luego de haberse referido a la pena<sup>22</sup>. De igual forma, Sebastián Soler, luego de aludir a la pena y al llegar al final de la Parte General de su tratado, dedica un capítulo a las medidas de seguridad<sup>23</sup>. También Zaffaroni, casi al final de su obra y junto con las penas, trata las medidas de seguridad, bajo el sugerente título “Las Penas para incapaces psíquicos”<sup>24</sup>.

Así, las medidas de seguridad son abordadas casi al final de toda la teoría, como un sub capítulo de las penas o después de ellas, como de forma secundaria. No constituye de esta forma un tema central del derecho penal, pese a que sus consecuencias, el encierro por tiempo ilimitado en algunos casos, es más grave que la aplicación de la pena.

### **3.3. Presentación dogmática de las medidas de seguridad:**

Veamos como presenta un autor dogmático las medidas de seguridad. Tomemos a Sebastián Soler, en su Derecho Penal Argentino, ya citado.

- a- Este autor empieza hablando de los individuos con perturbaciones psíquicas y afirma que el derecho penal debe interesarse por todas aquellas medidas que, en general, tiendan a evitar la delincuencia, destruyendo o combatiendo esos factores. Expresa que hay muchas formas de evitar los males, pero existe una que se ejerce directamente sobre los individuos y que sin sentido punitivo, representa una considerable restricción de libertad. Además, la aplicación de estas medidas puede estar vinculada con la comisión de un delito. Estas se llaman medidas de seguridad. Afirma que su estudio integra cualquier materia penal por encontrarse presentes en la legislación penal, ya que es necesario que la actividad “preventiva” se haga de manera ordenada y jurisdiccionalmente. Expresa que se trata de “medidas cuya acción se ejerce, sobre todo, mediante la prevención específica, removiendo en el sujeto las causas que lo llevaron a delinquir”.
- b- En el punto siguiente Soler recurre a teorías: unitarias y dualistas. Las primeras son las que dicen que no hay diferencia cualitativa entre medida de seguridad y pena y que ambas se engloban en una expresión más general: sanciones. Atribuye esta postura al positivismo criminológico y la critica ya que no es correcto unirlas. La pena –dice- es ante todo una amenaza, no así la medida de seguridad: no se puede amenazar a la gente con curarla en el hospital. La amenaza de la pena tiene un fin de prevención general, pero la medida de seguridad no, ya que cuando se aplica no lo es como sanción y no tiene carácter penal sino administrativo. En cambio, las

---

<sup>22</sup> Nuñez..., Ob. cit. Tomo II § XIII.

<sup>23</sup> Soler..., Ob. cit. Tomo II § 70.

<sup>24</sup> Zaffaroni..., Ob. cit, § 61 IV.

teorías dualistas distinguen cualitativamente medidas de seguridad de pena, ya que las primeras son de naturaleza administrativa y constituyen previsiones de prevención. Adhiere, por supuesto, a esta postura.

- c- Seguidamente trata sobre las penas y las medidas de seguridad en el Código Penal, afirmando que la ley las distingue (dualismo) cuando diferencia a imputables de inimputables. En este párrafo vuelve a atacar a la teoría unitaria. Y a continuación analiza las medidas del CP. Veamos esto con más detalle.

### **3.4. Tratamiento dogmático de las medidas del art. 34 CP:**

Detengámonos en el análisis que hace Soler sobre las previstas en el art. 34, a las que les dedica dos párrafos muy breves<sup>25</sup>, uno para cada una.

**a- Reclusión manicomial:** Afirma categóricamente el autor que cuando un sujeto delinque a causa de alteración morbosa o insuficiencia de sus facultades mentales, el juez al declararlo impune, puede disponer la reclusión manicomial del enajenado. Luego da los presupuestos para su aplicación: peligro que se dañe a sí mismo o a los demás, o sea no solo peligrosidad delictual, sino que trata de tutelar al enfermo. Explica que su duración es indeterminada (hasta que desaparezca la peligrosidad).

**b- Reclusión en un establecimiento adecuado:** Dice que esta medida está prevista para los demás casos del 34 inc. 1 fuera de los casos de enajenación. Se refiere –explica- a los casos de inconsciencia, comprendiendo la ebriedad. Comenta que esta disposición no se ha aplicado correctamente porque a los sujetos alcanzados se los ha remitido a la cárcel de encausados; que la ley prevé la creación de establecimientos especiales para alcoholistas y toxicómanos. Termina diciendo que su duración es indeterminada y obligatoria para el Juez.

### **3.5. Análisis del tratamiento de Soler.**

Sobre ello se puede mencionar que:

- El autor no transcribe el texto legal.
- Tampoco informa sobre el mismo en forma completa.
- No individualiza los problemas de interpretación.
- Si (en cambio) resuelve algunos de ellos, pero sin plantearlos: así por ejemplo en la manicomial: 1) dice que bajo el rótulo enajenación deben comprenderse la alteración morbosa y la insuficiencia; 2) Aclara que la peligrosidad allí establecida no es sólo delictual ya que incluye dañarse a sí mismo. En la no manicomial: 1) Entiende que “demás casos” se refiere sólo a la inconsciencia (ebriedad); 2) dice que es obligatoria.

---

<sup>25</sup> Soler dedica media carilla para cada una de las medidas del art. 34, mientras que a exponer su postura sobre las teorías y los principios generales dedica 7 carillas.

- La interpretación que da de muy pocos de los problemas que se plantean es prescriptiva y encubierta bajo la forma de explicación: aparece como explicando los supuestos legales y allí afirma y prescribe qué categoría entra en cada uno. Ello es evidente cuando dice refiriéndose a los demás casos “se refiere a los casos de inconsciencia”.
- Gran parte de su exposición, todos los primeros puntos que se refieren al concepto y las teorías, muy poco aclaran sobre cómo debe leerse la ley y da la sensación que los mismos constituyen una toma de posición del autor respecto de determinados supuestos, pero sobre todo un ataque a la postura que Soler tanto combatió: el positivismo. Toda la exposición de las teorías unitarias y dualistas tiene mas que ver con esa posición que con tratar de diferenciarla de acuerdo a la ley.

### **3.6. Ventajas del análisis dogmático.**

Esta forma de analizar el problema contiene algunas ventajas: 1) La sistematización de las medidas de seguridad y el tratamiento en conjunto de ellas, ya que en la ley aparecen dispersas y para supuestos muy distintos. La dogmática las agrupa y las presenta en forma conjunta; 2) La función informativa que cumple en dos aspectos: el primero informando lo que dice la ley, y el segundo comentando disposiciones que tienen que ver con otras opiniones o antecedentes que pueden servir para una mejor lectura en algunos casos. La primera sin embargo es relativa, pues no informa claramente lo que dice la ley como ya vimos y un lector descuidado creerá que la ley dice lo que dice Soler que dice; y 3) Su vinculación con otras partes del ordenamiento también es interesante para poder tejer relaciones, y cumple además un papel informativo.

### **3.7. Inconvenientes del análisis dogmático.**

También genera graves dificultades esta manera de estudiar el derecho: 1) no identifica claramente el texto legal y un estudiante o un lector “dogmatizado” muchas veces buscará resolver el problema recurriendo a un autor y no directamente a la ley; 2) No identifica los problemas de interpretación del texto legal, es decir no muestra las características de las frases o palabras (vaguedad-ambigüedad) ni las inconsistencias, lagunas del texto; 3) Algunos de los problemas de interpretación los resuelve sin decirlo expresamente, prescribiendo una manera de lectura; 4) Otros problemas también son resueltos sin mencionarlos, pero en el medio de alguna toma de postura del autor y adscribiendo a determinada teoría; 5) Al resolver ciertos problemas mientras toma una postura, confunde y hace poco clara la exposición; 6) Olvido de la ley que queda desplazada por el discurso dogmático y al margen de éste cumpliendo un papel secundario. Esto, en ciertas ocasiones, convierte a los dogmáticos en verdaderos legisladores que por medio de interpretaciones

terminan cambiando el texto legal de acuerdo a sus intereses o teorías, cambio bastante autoritario por cierto y que poco tiene que ver con una concepción democrática del derecho que debería postular el respeto a la ley por parte de sus intérpretes y no su sustitución o reemplazo cuando la misma no cumple con determinados “principios”. Estos “principios” son los que toma la dogmática para construir su sistema, sus teorías y terminan sustituyendo a la ley.

#### **4. Conclusiones acerca de los problemas de la ley y su solución dogmática y la científicidad de ésta.**

Como dijimos al comienzo, los dogmáticos afirman que su hacer constituye una actividad científica, con un objeto de estudio determinado: la ley, a la que toman como un dato y a partir de allí sistematizan su contenido. Hay quienes entienden que pese a ello, la dogmática se identifica más con una actitud jusnaturalista que positivista, por su vinculación con el racionalismo, que sostenía la existencia de un derecho universal y eterno<sup>26</sup>. Mucho de esto en verdad existe en la dogmática: si tomamos la teoría del delito, vamos a leer prácticamente lo mismo en Alemania, España o Argentina, el mismo cuerpo de ideas y teoría y la muy escasa vinculación con el derecho positivo.

Esta pretensión de científicidad deriva de la carga emotiva favorable que la palabra ciencia posee: todo conocimiento no científico era muy denostado en la época en que surgió la dogmática.

Pero más allá de las pretensiones, gran parte del producto de la dogmática no cumple con los caracteres de una ciencia, si entendemos por ciencia el conjunto de conocimientos racionales, sistemáticos, exactos, verificables y por consiguiente falibles<sup>27</sup>. La dogmática es sin duda un conjunto de conocimientos pero también de muchas otras cosas (principios, teorías, repases históricos, discusiones). En el caso examinado no aparece la exactitud y la verificabilidad que un conocimiento científico requiere.

Un estudio de las normas que se despejara de todo bagaje teórico, de toda discusión sobre la toma de posición relativa a las “escuelas” y a su vez expusiera a la ley con mayor exactitud, identificando sus problemas y marcando sus relaciones con otros textos, tal vez se acercaría más a una verdadera ciencia. Quizá no importe demasiado si se acerca más o no a la ciencia, pero sin duda estudios de esa característica, facilitarían al lector la comprensión de la ley y a los operadores jurídicos la resolución de casos.

*Mirar la ley sin intermediarios de este tipo, ayudará a ver sus verdaderos problemas y a que la misma sea más simple para que esté a la vista de todos, como afirma More al comienzo.*

---

<sup>26</sup> Nino, Carlos Santiago, “Introducción...”, ob. cit, Cap. VI.

<sup>27</sup> Bunge, Mario, “La ciencia su método y su filosofía”, Buenos Aires, Siglo Veinte, Pág. 9.

## BIBLIOGRAFIA:

- Bunge, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, Ediciones Siglo Veinte, Buenos Aires.
- Carrió, Genaro, (1990), *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. Bs. As., Abeledo Perrot.
- Copi, Irving M., (1992), *Introducción a la lógica*, Buenos Aires, Eudeba.
- De la Rúa, Jorge, (1997), *Código Penal Argentino, Parte General, 2º Edición*, Depalma.
- *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Vigésima segunda edición, ESPASA, 2001.
- Domenech, Ernesto E., Peligrosidad ¿enigma o acertijo?. *Anales de la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales de la UNLP*. Tomo XXXII, La Plata 1996.
- Domenech, Ernesto E., Dogmática Penal. Funciones y prácticas. *Material de circulación interna de la cátedra de Epistemología Penal de la UNLP*. 1998.
- Domenech, Ernesto E., Figura Delictiva, *Material de la Cátedra 2 Derecho Penal I UNLP*, La Plata 2000.
- Domenech, Ernesto E., Consecuencias típicas asociadas a acciones típicas no justificadas. *Material inédito de circulación en la Cátedra 2 Derecho Penal I UNLP*.
- Domenech, Ernesto E., Esquemas conceptuales N° 1 y 6. *Material inédito de circulación interna de la cátedra 2 Derecho Penal I UNLP*.
- Merryman, John Henry, (1971), *La tradición jurídica Romano Canónica*, México, FCE, Traducción de Carlos Sierra.
- Nino, Carlos Santiago, (1980), *Los Límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Ed. Astrea.
- Nino, Carlos Santiago, (1998), *Introducción al análisis del Derecho*, Buenos Aires, Ed. Astrea.
- Nuñez, Ricardo, (1987) *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Tomos I y II, Marcos Lerner Editora, Córdoba.
- Ouviña, Guillermo, "Consideraciones en torno a la ciencia del Derecho Penal". *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Editorial La Ley.
- Ouviña, Guillermo, (1974), *Problemática Penal y tratamiento interdisciplinario*, En Libro Homenaje a José Peco, Ed. UNLP, La Plata.
- Ouviña, Guillermo, "Dos obstáculos epistemológicos en el pensamiento penal argentino", *Boletín del Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales de la UNLP, N° 3*.
- Ouviña, Guillermo, "Naturaleza jurídica de la reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena (CP 52)". En *Boletín de Derecho Penal UNLP*, La Plata 1984.
- Soler, Sebastián, (1989), *Derecho Penal Argentino*, TEA, Bs. As.

- Zaffaroni, Eugenio Raúl, (2000), *Derecho Penal Parte General*, Ediar, Bs. As.