

Índice de contenido

Índice.....	1
Capítulo I Introducción, Delimitación e Importancia del problema	
Introducción	5
Delimitación e importancia del problema	7
Objetivo general	8
Objetivo particular	8
Método	9
Capítulo II Marco teórico	
Marco teórico.....	11
Código penal de la republica Argentina.....	13
Capítulo III Castración Química	
¿En qué consiste la Castración Química?.....	17
¿Funciona la Castración Química?.....	17
Efectos secundarios.....	19
Capítulo IV Antecedentes. Derecho Comparado	
Antecedentes del método de castración Química	22
Derecho comparado: Reacciones jurídico-penales	25
Evolución política criminal Norteamericana en las reacciones frente a delincuentes sexuales violentos	26
Aspectos de la nueva política criminal Alemana en materia de delincuentes sexuales peligrosos	29
Perspectivas	30
Capitulo V Peligrosidad Sexual	
¿Existe la peligrosidad sexual?	34
La opinión de la ciencia médica	38

Capítulo VI Proyectos de ley

Iniciativas legislativas que tienen por fin la recepción por parte de nuestro derecho penal, de la Castración Química.....43

Análisis del Proyecto de ley 3746-D-2007, Sosa, Carlos Alberto.....43

Análisis del Proyecto de ley 8018-D-02, Lofrano,Elsa..... 44

Análisis del Decreto n° 308, Celso Jaque.45

Entrevista a la doctora Eva María Jiménez Gonzales.....47

Entrevista al psiquiatra Rubén Contreras47

Análisis de Iniciativa legislativa Catamarca.....49

Análisis de Iniciativa legislativa Santa Fe.....50

Capítulo VII Análisis constitucional

Análisis constitucional54

Finalidad del derecho penal54

Bloque de constitucionalidad federal57

Normativa internacional.....62

Derechos constitucionales afectados65

Función de la pena70

Teorías positivas de la pena77

Derecho penal de autor y de acto80

Las penas por no delitos82

Derechos y garantías implícitos.....84

Derecho a la reparación del daño84

Capítulo VIII Conclusión

Conclusión86

Capítulo IX Anexos

Entrevista joven sometido a castración química.....	92
Entrevista Dra. González.....	93
Entrevista Rubén Contreras.....	94
Proyecto de ley. Santa fe.....	97
Decreto n°308.....	99
Proyecto de ley. Sosa, Carlos Alberto.....	104
Proyecto de ley. Elsa Lofrano.....	108
Capitulo X Bibliografía Consultada	
Bibliografía consultada	114

Capítulo I

Introducción

Delimitación e importancia del problema

Objetivo general

Objetivo particular

Introducción

En cada sector de la población, grandes ciudades, pueblos, donde se tejan relaciones sociales, tienen lugar los delitos contra la integridad sexual, en cualquiera de sus figuras, desde la más básica hasta la más agravada.

Respecto del sujeto activo del delito, el mismo comprende autores de baja, media y avanzada edad, sujetos provenientes de diferentes clases sociales, y que estadísticamente muestran elementos en común que han determinado el sujeto pasivo muchas veces víctimas menores de edad, lo cual socialmente genera una mayor aversión hacia el tipo penal.

Así mismo, en el ámbito de los delitos contra la integridad sexual se dan situaciones altamente reprochables desde el punto de vista social, tales como la trata de personas, la corrupción de menores, la prostitución, los cuales por tener un tinte económico se repiten en todos los tiempos y en todos los pueblos y ciudades del mundo.

Relaciones que muchas veces comienzan siendo placenteras, amistosas que con el correr del tiempo se transforman, por influencia de muchos factores tales como la incapacidad para relacionarse, enfermedades mentales, trastornos sexuales, el dinero, la marginalidad, la pobreza, en relaciones gravemente ultrajantes para las víctimas de estos delitos, suelen pasar años de terrible sufrimiento hasta que una persona confiesa haber sido víctima de un delito de este tipo, reiterados durante años y muchas veces en su propia casa, y víctima de su propia familia.

Otra particularidad es la alta tasa de reincidencia, en la mayoría de los casos, el condenado, al obtener la libertad condicional, libertad asistida, salidas transitorias, o por haber cumplido la pena en su totalidad, según estadísticas tiene probabilidades de reincidir.

Nuestro código penal establece penas privativas de la libertad para este tipo de delitos, nuestro sistema penal aparta a la persona de la sociedad pero no trata el fondo de la cuestión, que es el comportamiento delictivo, la parafilia, *la cual significa un patrón de comportamiento sexual en el que la fuente predominante de placer no se encuentra en la cópula, sino en alguna otra cosa o actividad que lo acompaña. Suelen, aunque no necesariamente, suceder principalmente porque la persona que las practica ya ha tenido una cantidad muy elevada de placer*

*sexual, que llega un momento en que lo poco no la satisface y quiere más y más de aquella actividad para sentir el orgasmo o excitarse.*¹ Debemos recordar que el agresor sexual no tiene características particulares que permitan identificarlo, suele ser varón, heterosexual, tener pareja estable, hijos y llevar una vida en apariencia absolutamente normal. No olvidemos que en la actualidad hay casos de personas muy importantes con cargos ejecutivos de alto nivel imputados por abuso sexual. A nivel mundial actualmente existen distintas alternativas para tratar de prevenir delitos contra la integridad sexual.

Diversas alternativas:

- **Creación de Registros sobre Datos Personales:** Estos proyectos giran en torno a la creación de un registro que contenga específicamente los datos personales de los condenados por delitos sexuales con la correspondiente transcripción de la sentencia condenatoria.
- **Creación de Registros de Datos Genéticos:** consiste en el sometimiento por parte del condenado a la extracción de la muestra de material genético y su registración, deben ser dispuestos por el juez al momento de dictar la sentencia correspondiente, considerándose aquella práctica una pena accesoria a la condena por los mencionados delitos.
- **Tratamiento Penitenciario Especial:** Estos proyectos establecen una diferenciación en el régimen penitenciario de los condenados por delitos contra la integridad sexual, mientras estén cumpliendo la condena y aún después de su liberación.
- **Castración Química:** pena de castración como accesoria a la privativa de la libertad en los casos de condenas por delitos contra la integridad sexual.

¹Véase, Parafilia. Disponible en <http://es.wikipedia.org/wiki/Parafilia>

El caso que nos ocupa es la última de las opciones. El presente trabajo tiene por objeto justamente analizar si la castración química se condice con nuestro sistema constitucional y los tratados internacionales que la acompañan.

En medicina existen tratamientos farmacológicos para tratar delincuentes sexuales con parafilias, algunos países ya han aplicado este tipo de tratamientos, impuestos obligatoriamente en algunos casos. Hay fármacos que introducidos en el metabolismo producen inhibición de todo deseo sexual, este tratamiento es conocido como “castración química”.

La castración química, como tratamiento preventivo resulta dudoso desde el punto de vista de la prevención, por su efectividad, por sus efectos secundarios y muy discutido desde el derecho constitucional y los tratados internacionales de derechos humanos. Sectores se muestran a favor de la adopción de tal medida en relación con determinados agresores sexuales, otros se oponen porque más allá del análisis moral de la cuestión, se trata de medidas violatorias de los derechos de los agresores, en su condición de persona humana y como tal titular por esencia de numerosos derechos que no pueden vedarse con la sola excusa de su potencial peligrosidad.

Delimitación e importancia del problema

El principio de resocialización, como objetivo constitucional, se presenta como la única solución constitucional posible en el caso de delitos contra la integridad sexual.

Los objetivos de nuestra legislación (resocialización) relacionada a los reos autores de delitos sexuales y la alta tasa de reincidencia al obtener su libertad, deja al descubierto la gran necesidad social que existe con relación a estos delitos de crear un sistema por el cual los condenados por delitos sexuales logren reinserción favorable sujetándose a los fines de la pena y a su vez disminuya la reincidencia, ante todo, teniendo en cuenta que estamos en un Estado de Derecho, dentro del cual las garantías constitucionales de los individuos no pueden ser desconocidas.

La implementación de la castración química como tratamiento preventivo, abre una gran polémica y discusión al respecto. Lo cual genera una serie de preguntas:

¿Afecta el derecho a la salud?

¿Las propuestas ofrecidas son constitucionales?

¿Constituye la única salida que tienen los condenados para poder acceder a los beneficios de libertad condicional, asistida, etc.?

Objetivo general

El objetivo general será determinar si los proyectos de ley, decretos, que tienen por fin la implementación de la Castración Química (tratamiento farmacológico) como pena, como requisito para la obtención de beneficios de indulto, conmutación de pena, libertad condicional o una vez cumplida la pena, resultan viables en nuestro derecho penal y compatible con nuestra Constitución Nacional y tratados de derechos humanos, atendiendo a los fines y función de la pena, al derecho a la salud, a la dignidad, la integridad o si bien son cuestionables y serán por tanto atacados por su inconstitucionalidad.

Objetivo particular

Como objetivo particular me propongo:

- Analizar desde la ciencia médica en qué consiste la castración química, como así también todo lo relativo a sus modos de aplicación, efectos colaterales y eficacia.
- Analizar desde el punto de vista de la psiquiatría, la psicología, el perfil de un violador.
- Determinar en base a bibliografía diversa su posible implementación en derecho vigente, desde el punto de vista constitucional, penal, relacionado a la reinserción del delincuente y a los fines de la pena.

- Determinar si los tratados incorporados a nuestra Constitución Nacional permiten la aplicación de este tipo de penas o tratamientos.
- Analizar en el Derecho comparado, países que aplican el tratamiento, forma en que fue implementado.
- Analizar las reacciones jurídico-penales en el derecho comparado frente a delitos sexuales.
- Analizar la constitucionalidad de la normativa sobre castración química en nuestro país, para determinar su rectificación y/o cuestionamiento.

Método

El método elegido de investigación, es un método que consiste en el análisis de documentos, discursos y entrevistas, basadas en fuentes secundarias de información con el propósito de explorar las relaciones sociales y describir la realidad.

Capítulo II

Marco teórico

Marco teórico

Desarrollo:

El Derecho Penal es un conjunto de normas jurídicas establecidas por el máximo órgano Legislativo del Estado en las que se definen las conductas que se consideran delitos a los que podrán ser aplicadas penas o medidas previstas por la ley penal, (medidas que en casos particulares son verdaderas penas rebautizadas). El Derecho penal propio del Estado moderno, (Estado de derecho) fundamentado en la necesaria tutela de los bienes jurídicos como juicio de valor que cada ordenamiento protege, tiene en la pena el mecanismo oportuno y adecuado como consecuencia jurídica de posible aplicación para aquel que ha infringido las normas establecidas.

Vemos que el derecho penal a través de sus normas realiza una especie de amenaza o intimidación psíquica dirigida a la comunidad, sobre las consecuencias del actuar culpable cuando dicha conducta encuadra en su articulado.

El legislador al seleccionar las conductas humanas que reciben protección del Derecho penal debe limitarse al mínimo indispensable para garantizar los derechos de los ciudadanos sobre la base del principio general de que "las libertades de los ciudadanos terminan allí donde se afecta la libertad de todos los demás ciudadanos", por lo que debe limitarse a proteger solo a aquellos bienes jurídicos que teniendo relevancia constitucional, afectan a las libertades de los demás, y los que no alcancen esa connotación, deben ser considerados como intrascendentes, para dichas libertades.

Es decir que se castiga aquellos actos u omisiones que por darse los supuestos descritos por el tipo delictivo afectan los derechos de otro ciudadano, todo lo demás que no perjudica a terceros, queda reservado a la esfera privada de las personas y amparado por el artículo 19² de nuestra constitución nacional, esto es de gran

² *Constitución de la Nación Argentina* Art 19: Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solos reservadas a dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe.

importancia respecto del tema a tratar como se verá más adelante, los distintos proyectos de ley sobre castración química ponen en tela de juicio este artículo y otros de nuestra constitución nacional y tratados incorporados a ella, en búsqueda de soluciones y prevención en delitos sexuales, creando un derecho de peligrosidad y un enemigo perseguido por hechos que no acontecieron, pero que pueden llegar a acontecer, denotando un exceso en el ejercicio del poder punitivo, a través de una criminalización secundaria recayendo sobre una persona como autora de un delito.

Las perspectivas para la determinación de la pena, cada día son más controvertidas, porque la misma supone una afectación en los bienes individuales del infractor, los cuales son protegidos por diversas leyes tanto nacionales como internacionales y sus fines han sido objeto de las más diversas concepciones, cuya problemática en la actualidad, atraviesa por la necesaria materialización de ese derecho, sin vulnerar los derechos que también ha adquirido el hombre y que le colocan en una situación en la cual, puede exigir los mismos y limitar el poder del Estado.

Los excesos y violaciones de los derechos y garantías del ciudadano y el poder que se le atribuye constitucionalmente al Estado de determinar las conductas que se consideran delitos (criminalización primaria)³ y las penas a aplicar a los que incurran en ellas, determinan falta de correspondencia entre los principios limitativos del ius puniendi (pretendido derecho subjetivo del estado a ejercer el poder punitivo) con una adecuada administración de justicia. Por lo que el segundo debe ser sometido a limitaciones, para evitar excesos, tanto por mandato de la Constitución, como de otras leyes del ordenamiento jurídico, a través de un sistema de principios reguladores del actuar de los legisladores, como dice Zaffaroni “si el derecho penal tiene que limitar el actuar de legisladores es porque actuaron irracionalmente” en su labor de instituir delitos y penas.

Para asegurar que este proceso no se traduzca en la vulneración de los derechos de los ciudadanos la doctrina ha estructurado un conjunto de principios, denominados

³ *Criminalización primaria*: Es la formalización penal de una conducta en una ley, es un acto legislativo de prohibición bajo amenaza de pena, una conducta está criminalizada primariamente cuando está descrita en una ley como delito.

limitativos al derecho de castigar, mediante los cuales se logra introducir una "barrera", ante las posibles arbitrariedades del Estado, entre los que se encuentran, principios como el de legalidad, culpabilidad, humanidad, proporcionalidad, intervención mínima, igualdad, resocialización, presunción de inocencia y otros que se erigen como escudos protectores del individuo.⁴

Para debatir sobre la viabilidad, la constitucionalidad de la castración química en nuestra legislación es necesario antes hacer referencia a los delitos contra la integridad sexual tipificados en la legislación penal Argentina, ya que estos son el presupuesto necesario para la aplicación del cuestionado tratamiento.

Nuestro código penal en su Art. 119⁵ y siguientes, tipifica los delitos contra la integridad sexual y sus agravantes, el delito que nos ocupa es el de "violación", luego de la reforma, se denomina, abuso sexual con acceso carnal.

Por acceso carnal entendemos la existencia de penetración sexual, normal o anormal, esto significa que queda comprendida en el tipo penal la penetración realizada sobre la mujer por vía vaginal, como la realizada sobre cualquier persona por vía rectal.

Respecto de la denominada "felatio in ore", la ley 25.087 vino a resolver la cuestión que doctrinariamente era discutida, establece que el acceso carnal puede configurarse mediante cualquier vía, lo que incluye la vía oral.

4 Disponible en <http://www.eumed.net/rev/cccss/07/daa5.htm> AGUILAR AVILES, D: *la humanidad de las penas en los instrumentos internacionales fundamentales de perfección de los Derechos Humanos, en contribuciones a las ciencias sociales, marzo 2010.*

5 *Código penal de la Nación Argentina Art 119* : Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.....

Sujeto activo: puede ser sujeto activo del delito de abuso sexual simple cualquier persona, hombre o mujer. Respecto del delito de abuso sexual agravado por acceso carnal, no es pacífica la doctrina en la determinación del sujeto activo. La tesis mayoritaria considero, al analizar la figura de violación que regulaba el artículo 119 hoy derogado, como sujeto activo únicamente al varón, dada la exigencia de penetración del órgano sexual masculino para configurar el tipo penal. Mientras tanto una posición con menor cantidad de adhesiones considero a la mujer susceptible de cometer el delito, haciéndose penetrar por un varón.

Sujeto pasivo: el sujeto pasivo de este delito puede ser cualquier persona. Según afirma Núñez, “basta que se trate de una persona” con esto se dice que el abuso sexual solo lo puede padecer un vivo.

Bien jurídico protegido: el bien jurídico protegido por este delito es la libertad sexual de las personas.

Culpabilidad: ambos delitos solo son susceptibles de ser cometidos a titulo de dolo, el dolo consiste en la intención de abusar sexualmente o bien de acceder carnalmente a la víctima, sumado al conocimiento de la condición o situación de la última, o de su falta de consentimiento o resistencia, no son admisibles estos delitos a titulo de culpa.

Consumación y tentativa: el delito contemplado en el primer párrafo de este artículo, que es material, se consuma con la producción efectiva del abuso sexual, es decir, cuando el autor, por sus actos tipificados, logra agravar la pudicia de la víctima. En el caso, entendemos que pese a la dificultad probatoria, la tentativa es perfectamente factible. En el delito de abuso sexual con acceso carnal, la consumación se obtiene con la penetración de la víctima por cualquier vía, y como delito material es susceptible de tentativa.

Según el ejercicio de la acción: el delito es de acción pública dependiente de instancia privada. Sin embargo el artículo 72 (según ley 25087) establece que estos delitos serán de acción pública pura, si de su realización resultare la muerte de la víctima, o las lesiones mencionadas en el artículo 91. ⁶

6 Néstor D. ROMBOLA, LUCIO M. REBOIRAS, *Código penal de la Nación Argentina*, Editorial Ruy Díaz, Buenos Aires, edición 2009, p. 304 y ss.

¿Qué hacer con una persona que cometió un delito de violación, el más aberrante de los delitos, por lo menos, de los sexuales?

La pregunta puede ser respondida desde el sentido común, desde la lógica correspondiente a cualquier pensamiento humano o desde el campo jurídico el cual ya exige un conocimiento más profundo, el cual muchas veces es incompatible con el sentido común, a diario escuchamos o vemos que se cometen delitos de abuso sexual de las más variadas maneras y con implicancia de todo tipo de sujetos y de toda clase social, esto es una de las características de este tipo de delitos. Estos hechos provocan y exigen a la vez respuestas desde el Estado, y el mismo como Estado de Derecho tiene la solución en las normas dispersas en todo el ordenamiento jurídico, en esa pirámide jurídica formada por normas internas y externas dadas por los tratados. Pero los cambios en la sociedad provocados por incidencia de múltiples factores exigen también un cambio en las normas, en la punibilidad de los delitos y esta exigencia de la sociedad muchas veces se traduce en el dictado o toma de medidas violatorias de derechos reconocidos Constitucionalmente, y en muchos casos tales medidas retrotraen a tiempos de venganza, del ojo por ojo diente por diente, la castración química en nuestro derecho como una manera de solución a delitos sexuales o al menos como prevención, es desde el sentido común un gran avance, una posible solución neutralizadora, pero desde lo jurídico, lo constitucional, penal, una medida muy discutida y cuestionable que a lo largo del trabajo me encargare de demostrar.

Capítulo III

Castración Química

Luego de establecer a qué tipo de delito se dedicara este estudio, a continuación resta determinar de qué se trata este cuestionado procedimiento, es importante saber, lo que se entiende por castración química, para llegar a tomar una postura a favor o en contra de su aplicación, sobre determinados autores de delitos contra la integridad sexual.

¿En qué consiste la castración química?

A diferencia de la extirpación quirúrgica (extirpación de los testículos), la castración química consiste en la administración de medicamentos destinados a bloquear la producción de testosterona en los testículos.

Según Ander Astobieta, jefe de sección de urología del hospital Galdakao - Usansolo, “los análogos de la hormona liberadora de hormona luteinizante (LHRH) y los anti andrógenos se emplean de forma para el tratamiento de cáncer de prostata”.

Este método hormonal que no supone una forma de esterilización, es un procedimiento reversible y es beneficioso para los que lo requieran.

La castración química, bloqueo hormonal produce un descenso en el nivel de testosterona, tanto en los testículos como en la zona suprarrenal, lo cual provoca una reducción del apetito sexual y de las erecciones.

Los efectos de la castración química desaparecen habitualmente tras un periodo de entre dos y cuatro meses desde su aplicación.

Los efectos secundarios de esta terapia incluyen disminución y pérdida de vello facial, pérdida de densidad ósea, así como una redistribución de la grasa en el cuerpo.⁷

⁷ Disponible en <http://www.noticiasmedicas.es/medicina/noticias/483/1/inhibir-la-produccion-de-testosterona....> acceso

¿Funciona la castración química?

Los expertos creen que la lista de efectos secundarios, a veces graves, podría disuadir a los delincuentes de continuar el tratamiento, además otros especialistas creen que estos tratamientos no son efectivos por si solos.

La castración química fue diseñada para el tratamiento de cáncer de próstata avanzado, dijo a BBC ciencia el doctor Edgardo Becher, de la sociedad internacional de medicina sexual.

“Lo que hace la castración es utilizar unas sustancias que bloquean la producción de testosterona en los testículos”, el fármaco actúa en el cerebro del individuo, en la glándula hipófisis inhibiendo la producción de la hormona.

“La testosterona es una hormona esencial para un correcto funcionamiento de la sexualidad masculina” indica el doctor Becher. Cuando la testosterona desaparece del organismo se produce una disminución del impulso sexual, o libido en el hombre.

Estos tratamientos pueden ser administrados por inyección o en forma de tableta, uno de estos es el acetato de ciproterona, una píldora que se toma diariamente y que a menudo se receta a las mujeres con desequilibrios hormonales.

Entre los efectos secundarios del tratamiento están el crecimiento de pelo corporal o acné severo, pero la principal desventaja de esta terapia es que depende de que el paciente tome el medicamento diariamente, lo cual podría ser un problema.

La segunda opción es una inyección mensual, administrada en el glúteo y es un medicamento llamado leuprorelina o acetato de leuprolide.

“Cuando no hay testosterona en el organismo el cáncer de próstata retrograda, en el caso de esta propuesta el objetivo que se persigue es impedir el correcto funcionamiento de la sexualidad del varón” explica el doctor Becher.

Francia ha llevado a cabo pruebas con este medicamento en delincuentes sexuales que salen de la cárcel y los resultados han demostrado que tras cuatro o seis semanas de haber iniciado el tratamiento, los niveles de testosterona del individuo aumentan. Una vez que se supera este periodo el deseo sexual disminuye dramáticamente, aunque el individuo todavía es capaz de tener relaciones sexuales, le será muy difícil excitarse.

Algunos expertos afirman, sin embargo, que si el individuo desea superar los efectos de estos medicamentos, lo lograra, es decir podrá haber circunstancias en las que el hombre imagine una fantasía sexual intensa o recurra a pornografía extrema.

¿Tiene efectos secundarios?

Otro aspecto por el cual estos tratamientos no han sido aceptados universalmente son los efectos secundarios de los fármacos. Los expertos señalan que no todas las terapias de castración química son efectivas.

Entre los efectos secundarios, explica el experto, están la disminución y pérdida de vello facial y corporal, una redistribución de grasa en el cuerpo, “obviamente se sufren cambios atribuibles a la falta de testosterona, pero eso finalmente es el objetivo que se persigue”.

La castración química también se ha llevado a cabo con la aplicación de un progestágeno llamado acetato de medroxyprogesterona, un anticonceptivo inyectable que contiene una forma sintética de la hormona femenina progesterona.

Algunos especialistas afirman que estas inyecciones pueden prevenir la reincidencia de delitos sexuales, pero esta sustancia, que también inhibe la producción de testosterona, favorece el desarrollo de las características femeninas de la persona.

Los expertos subrayan, sin embargo, que estos tratamientos de castración química no pueden ser aislados, “no es suficiente el aspecto biológico- afirma el doctor Becher- porque debe colocarse en un contexto psiquiátrico y penal”

El gobierno Británico intenta acompañar estos tratamientos de otras terapias, como asesoramiento psicológico y tratamientos antidepresivos. Sin embargo, hasta ahora no se ha logrado obtener pruebas científicas que confirmen que estos tratamientos sean realmente exitosos, es por eso que muchos países del mundo han rechazado hasta

ahora los pedidos para que la castración química se contemple como recurso judicial para evitar la reincidencia de delitos sexuales.⁸

Por lo que se entiende es un tratamiento a base de medicamentos los cuales contienen hormonas femeninas que introducidos en el organismo producen una inhibición de el deseo sexual, parece ser una buena solución, se mantiene controlada a la persona (neutralizada) y en teoría los ciudadanos pueden estar tranquilos al saber que el reo tiene su deseo sexual limitado, controlado por estar bajo el efecto de medicamentos, pero, hay que tener en cuenta un punto, es fácilmente reversible y con solo no tomarlo o tener fantasías sexuales profundas desaparece su efecto, entonces, como se controlaría la ingesta del mismo, ya que si por cualquier causa se deja el tratamiento es muy probable que vuelva a despertar su aversión al delito nuevamente, otra crítica, produce efectos bastante graves y con consecuencias físicas tremendas al punto de dejar de pasar a ser “el” para pasar a ser “ella”, ya que son hormonas que alteran el metabolismo y la condición física. También el reo lo puede tomar para acceder a beneficios carcelarios (según proyectos de ley descritos en este trabajo) como único fin (obtener la libertad) y luego suspenderlo, tampoco está probada su efectividad, como dicen los médicos no es efectivo en muchos casos, como se ve presenta muchas deficiencias y aspectos en su contra que no hacen más que dar argumentos a favor que quienes cuestionamos este tipo de soluciones por considerarlo incompatible con nuestro ordenamiento jurídico y lesivo del concepto de persona.

⁸ Disponible en http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/science/newsid_6752000/6752103.stm (Nota de BBC mundo.com publicada el 14/06/07).

Capítulo IV

Antecedentes

Derecho Comparado

Antecedentes del método de Castración Química. Derecho comparado

En Alemania, la castración química voluntaria se empezó a utilizar desde el año 1969 y, en Suecia, desde 1993. En septiembre de 1996, California se convirtió en el primer Estado estadounidense en aprobar la castración química como requisito obligatorio para que algunos pederastas pudieran tener acceso a la libertad condicional. Un año después, en 1997, Florida aprobó su ley de castración de delincuentes sexuales reincidentes que quieren acceder a la libertad condicional. La ley autoriza al juez a condenar a un acusado de delitos sexuales a la castración química, que será obligatoria si se es reincidente. El juez determina la duración de la misma, que puede ser de por vida. Si el condenado deja de recibir el tratamiento sin autorización judicial, no sólo habrá violado su condicional, sino que habrá cometido un nuevo delito.

En junio de 2007, el Gobierno británico anunció que pondrá a disposición de pederastas y otros delincuentes sexuales el procedimiento de la castración química, programa voluntario que incluirá la administración de medicamentos para suprimir la libido del individuo.

En Francia, ya en noviembre de 2004 se puso en marcha un programa piloto de castración química para violadores y pederastas encarcelados. La nueva propuesta francesa de este año está orientada, según el ejecutivo francés, a desmasificar las cárceles, ya que el 22% de los reclusos franceses está condenado por delitos sexuales, y el 75% de éstos son pederastas. Como en la mayoría de los países europeos, el número de delitos sexuales en Francia se ha incrementado de manera alarmante en los últimos años.

También poseen regulaciones sobre esta materia otros seis Estados de los Estados Unidos, Australia, Canadá, Dinamarca, y en Latinoamérica está en estudio en varias naciones (Colombia, Chile, México, El Salvador y Argentina). En estos países se desecha, al menos parcialmente, la esperanza de rehabilitación en este tipo de delincuencia (lo que en gran parte viene determinado por las altas tasas de reincidencia

en estos delitos, así como por su enorme trascendencia social), en aras del encumbramiento de la finalidad inocuizadora de penas y medidas de seguridad.⁹

Observamos que el problema de la lucha contra este tipo de delitos y la búsqueda de soluciones es una problemática a nivel mundial, lo que hay que tener en cuenta es que la diversidad cultural, política, económica de cada estado es distinta y muy distinta en algunos casos, y esto se manifiesta en la forma de represión del delito, en los derechos y garantías contemplados en los respectivos ordenamientos jurídicos, de ahí que muchas veces lo que para uno es una solución muy positiva o eficaz, para otros es altamente perjudicial para sus instituciones, para su sistema y su idiosincrasia. No podemos tomar como parámetro para llegar a aplicar determinada pena o medida países que en la actualidad todavía está vigente la pena de muerte, como es el caso de Estados Unidos, donde la aplicación de un tratamiento de este tipo en base a medicamentos, que no es mutilante, comparado con una pena de muerte no recibiría muchas objeciones, distinto fue en Francia donde el tema fue planteado por su presidente Nicolás Sarkozy luego de un caso de abuso sexual seguido de muerte, creando un programa piloto de sometimiento voluntario. En la mayoría de los casos vemos que la forma de implementarlo es a través de requisito para la obtención de beneficios como la libertad condicional, etc. Y en forma obligatoria para reincidentes, el argumento para la procedencia de este tipo de pena, es que los abusadores sexuales en la mayoría de los casos vuelven a reincidir, se presentan como incorregibles, células deterioradas de un organismo, demostrando que la privación de la libertad no es suficiente, renunciando a buscar soluciones adecuadas para tratar el fondo de la cuestión, se busca una finalidad inocuizadora, es decir mantener incapacitado, neutralizado al delincuente porque puede “algún día” reincidir, “puede”.

⁹ Disponible en <http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/actualidad-juridica-aranzadi/738/comentario/la-castracion-quimica-para-pedofilos-un-problema-etico-y-penologico>

Testimonio de sometido a castración química

Un canadiense que fue condenado por violación y se sometió a la castración química contó su experiencia a la BBC.¹⁰ En estos momentos, este tratamiento es voluntario en Francia, pero hay quienes piden que sea obligatorio después del escándalo levantado por el caso de un abusador sexual condenado que asesinó a una joven.

Considero que el testimonio de un sometido a castración química es importante desde el punto de vista de el aspecto personal del sometido, de cómo le cambio la vida, sus relaciones, su pensamiento, etc. Pero en realidad la ciencia médica a determinado que el tratamiento no es efectivo en muchos casos, y que despiertan su apetito sexual de otra manera, como puede ser con objetos, con violencia, ya que tienen disminuido su potencial, a parte su discurso puede estar influenciada por sectores a favor de la aplicación del método, con lo cual no se puede determinar por un testimonio su eficacia, no es posible hablar de generalidad, más aún cuando los efectos colaterales no se producen en todos los casos.

La Castración Química, ¿es una medida inocuizante?

El término “inocuización” del delincuente es antiguo (y hace referencia a hacer inofensivo al autor o “neutralización” del peligro del sujeto, es decir, desvirtuar la capacidad criminal del mismo), para conseguir la reinserción o rehabilitación social del autor)

Se trata en realidad de medidas de seguridad “predilectuales”, en cuanto no son respuesta a un hecho anterior ya sancionado penalmente, sino que se imponen en prevención a futuros delitos y que tratan de crear en el delincuente una suerte de intimidación individual en el plano psicológico que opere como medio de persuasión

¹⁰ Ver anexo. Disponible en <http://noticiasve.terra.com.ve/tecnologia/interna/0,,OI4111012-EI10785,00.html> (19 de noviembre de 2009, 13:36 Redacción BBC Mundo)

personal sobre el delincuente reincidente peligroso para que éste abandone o deje sin efecto sus pretensiones criminales.¹¹

Derecho comparado: Reacciones jurídico–penales frente a delitos sexuales.

La inocuización nunca estuvo fuera de la discusión Norteamericana en relación con los fines de la pena. Muy al contrario, ha subsistido la disposición a considerar argumentos que justificaran la utilidad de la inocuización de determinados grupos de delincuentes.

En las últimas décadas, esta tendencia ha experimentado un auge considerable, a partir de dos fenómenos: uno, legislativo, la proliferación de las leyes “three strikes”; el otro, doctrinal, a difusión de las teorías de la inocuización selectiva (selective incapacitation)

De este modo, la inocuización del delincuente, ha vuelto a situarse en el centro de la discusión político-criminal. El “retorno” de la inocuización se halla en perfecta sintonía con la evolución ideológica general de la Política criminal, en dicha evolución cabe advertir varios elementos determinantes. Así, a mero título de ejemplo, por un lado, el creciente desencanto, fundado o no, en torno a las posibilidades de una intervención resocializadora del Estado sobre el delincuente. (El fracaso de las ideologías re)¹² Y por otro lado, la elevadísima sensibilidad al riesgo y la obsesión por la seguridad que muestran amplios grupos sociales. Así, parece estar sentada la base ideológica de los planteamientos inocuizadores. Uno de los más significativos es el que se refiere al ámbito, especialmente sensible, de los delincuentes sexuales.¹³

11 Disponible en <http://www.derechoycambiosocial.com/rjc/REVISTA7/inocuo.htm>

12 Resocialización, reeducación, reinserción, repersonalización, reincorporación, etc.

En lo que sigue, se trata de examinar cómo las tesis de la inocuización se han ido desarrollando en dicho ámbito en la reciente legislación norteamericana y, también, aunque en menor medida, en la alemana.

La evolución de la Política criminal Norteamericana en las reacciones frente a los delincuentes sexuales violentos.

Hasta los años setenta y ochenta, el mecanismo más significativo de intervención sobre los delincuentes sexuales imputables peligrosos en Estados Unidos era su internamiento indeterminado en centros psiquiátricos con fines de tratamiento, conduciendo a una equiparación de los sujetos imputables estimados peligrosos con los inimputables, asimismo peligrosos. Esto ocasiono críticas tanto desde las perspectivas garantistas, como desde las defensistas. Así, desde las primeras, se manifestaba que el hecho de que a tales sujetos, mentalmente no enfermos, se les sometiera supuestamente a tratamiento psiquiátrico.

De este modo, lo cierto era que la duración del internamiento psiquiátrico indeterminado podía acabar siendo vitalicia y de hecho lo era en la gran mayoría de los casos. Estas y otras consideraciones condujeron al progresivo abandono de la referida orientación.

Las consideraciones garantistas tenían, en su oposición las tesis más defensistas. Así, desde esta otra perspectiva, se había criticado el estado de cosas vigente, manifestando el temor de que los delincuentes sexuales pudieran eludir duras condenas de prisión en virtud de un internamiento, que se sospechaba breve, en centros de tratamiento, que además habían de resultar en opinión de los críticos en general inefectivos.

Como consecuencia de lo anterior, en los años noventa se empieza a difundir un modelo legislativo distinto, que expresa de modo claro el abandono de la anterior

13 Disponible en www.uclm.es/aidp/pdf/barbero1/39.pdf. *EL Retorno De La Inocuización* El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos Jesús-María Silva Sánchez Catedrático de Derecho penal Universidad Pompeu Fabra

orientación (pretendidamente) terapéutica y la acogida de una línea claramente punitivista e inocuizadora. Esta línea, iniciada por la “Sexually Violent Predators Act” del Estado de Washington (1990), se va extendiendo a lo largo de la última década por un gran número de estados norteamericanos. La estructura del nuevo modelo de consecuencias jurídicas para delincuentes sexuales violentos es muy sencilla: si el delincuente es estimado peligroso, tras el cumplimiento de la pena se le impone una medida de seguridad acumulativa de inocuización. No se trata, pues, de la imposición de una “medida de seguridad” en lugar de la pena, sino de su imposición después de la pena. No es necesario que se constate una situación de habitualidad o, al menos, una reincidencia de pasado. Los únicos requisitos son que se trate del autor de un delito sexual violento; que haya afectado, al menos, a dos víctimas; y que exista un pronóstico de reincidencia futura.

Como se ha indicado, este modelo se diferencia del anterior en que separa claramente la pena de la medida de seguridad posterior. Así, un modelo de internamiento indeterminado (en principio, orientado en términos resocializadores, pero con una importante dimensión inocuizadora) se ve sustituido por una pena regida por el principio de proporcionalidad, a la que se suma una medida regida por el principio de inocuización. Expresado en términos de nuestra discusión: se trata de un sistema dualista, con ejecución de la medida con posterioridad a la pena y duración indeterminada de aquélla.

La nueva legislación también ha de afrontar el problema de las dificultades en la predicción de la peligrosidad o de la reincidencia, sobre todo cuando el sujeto tan sólo ha realizado un hecho delictivo. Y, en el plano valorativo, la vaguedad de los términos de la ley determina que sea muy complejo determinar con precisión en qué casos debe procederse a imponer el internamiento una vez cumplida la pena. Así pues, las dudas sobre la constitucionalidad del modelo están seriamente fundadas.

Por lo demás, el sistema dualista que se acaba de reseñar se completa con una serie de medidas adicionales, todas ellas ordenadas a garantizar la neutralización del delincuente, esto es, a asegurar que el mismo no volverá a ser fuente de riesgos para la comunidad. Se pretende mantener bajo control el momento, especialmente delicado, de reintegración en la sociedad del delincuente; pero no puede ignorarse que en algunos

estados tienen una duración perpetua. Asimismo, en segundo lugar, la aplicación, durante el período de ejecución de la pena privativa de libertad, de tratamientos hormonales, convencionalmente denominados “castración química”.

En tercer lugar, los deberes de registro de ex-delincuentes sexuales, en ocasiones asimismo de duración vitalicia. Los diversos estados de la Unión tienen la obligación de dictar leyes que, a su vez, impongan a los penados por delitos sexuales violentos o realizados sobre menores el deber de inscribirse en los correspondientes registros públicos. Por fin, en la misma línea se mueve el “Community Empowerment”, esto es, el sistema de notificación a una determinada comunidad (el vecindario en el que vive el sujeto) de los datos obtenidos en virtud del deber de registro.

El conjunto de medidas resulta enormemente revelador de los extremos a los que puede llegar la supuesta lógica de la “seguridad colectiva”, a la hora de restringir derechos individuales y estigmatizar al sujeto.¹⁴

Mi punto de vista es que el registro, si bien afecta derechos de los inscriptos en ellos, permite al delincuente por lo menos tener una posibilidad de reinsertarse en la sociedad con salud, sin daños a su integridad psíquica y física.

Se puede apreciar que en Estados Unidos hubo un cambio en la forma de combatir este tipo de delitos, ya que se fueron utilizando distintos sistemas para lograr insertar al individuo, pero siempre manteniéndolo muy controlado, en principio manteniéndolo internado en centros psiquiátricos, y era tal la preocupación por estos delincuentes que llegaron a equiparar a sujetos imputables con inimputables, lo que traía como consecuencia que delincuentes no enfermos sean tratados como tal, un absurdo total.

Posteriormente este sistema fue dejado de lado para pasar a un sistema punitivista e inocuzante, que se traduce en que luego de que el reo cumpla la pena, se le adicione

14 Véase *EL Retorno De La Inocuzación* El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos Jesús-María Silva Sánchez Catedrático de Derecho penal Universidad Pompeu Fabra. Disponible en www.uclm.es/aidp/pdf/barbero1/39.pdf.

una medida de seguridad por su peligrosidad, por haber sido autor de un delito sexual violento.

El problema de aplicar este sistema en nuestro derecho es que un abusador sexual estaría pagando dos veces por el mismo hecho cometido, sumado esto a los efectos de la castración química (que ya fueron descriptos). Otra cuestión es determinar la peligrosidad, esto es lo que trae problemas y cuestionamiento, es decir cómo se determina que un sujeto es sexualmente peligroso e incorregible con cierta certeza, y otro que cometió el mismo hecho o uno más grave, no lo sea y por ende no se lo someta a tratamiento, si no se puede llegar a tal conclusión se está afectando gravemente el derecho a la igualdad, ya que distintos sujetos, por el mismo hecho cometido pueden ser pasibles, uno de pena de prisión, otro, con la misma pena sumada una medida neutralizante como lo es la castración química.

Aspectos de la nueva política criminal Alemana en materia de delincuentes sexuales peligrosos.

La legislación vigente en Alemania desde 1998 en materia de reacciones frente a los delincuentes sexuales.

Su ley motiv es la maximización de la idea de seguridad, aunque no se abandona la dimensión resocializadora del tratamiento. Esta idea rectora conduce a reducir los requisitos de la “custodia de seguridad” consecuencia jurídica (medida posterior a la pena) no limitada por el principio de culpabilidad, sino por consideraciones de eliminación de la peligrosidad, aun cuando no se excluya el tratamiento.

La pretensión de esta reducción es doble: de una parte, desvincular a la institución de su ligamen tradicional con la habitualidad, o a la sucesión de hechos delictivos, de manera que, en la nueva regulación, es posible imponerla ya con ocasión de la primera condena del sujeto; de otra parte, eliminar su ya limitada vinculación con un criterio de proporcionalidad, al ser posible su duración indeterminada (más allá del límite de los diez años de duración que preveía el régimen derogado) en caso de que exista un riesgo de violencia. Por lo demás, en la misma línea inciden las nuevas disposiciones relativas a la libertad vigilada (vigilancia de conducta), que se pueden adoptar en la fase

de tránsito hacia la plena libertad y cuya duración, de dos a cinco años, puede también convertirse en indeterminada si no se cumplen las instrucciones que se establezcan y puede constatarse, por otro lado, la persistencia de peligro.

La propia lógica de la seguridad conduce a restringir las posibilidades de aplicación de ciertas medidas de flexibilización de las reacciones jurídico-penales que tradicionalmente se habían inspirado en criterios de resocialización (así, por ejemplo, la libertad condicional). O, en todo caso, a condicionar la concesión de la libertad condicional o de la libertad vigilada a la aceptación de un tratamiento terapéutico. Otras disposiciones de carácter, éstas sí, directamente resocializador son las contenidas en la reforma de la Ley Penitenciaria (*Strafvollzugsgesetz*), relativas al ingreso de penados y en el marco del cumplimiento ordinario de la condena en instituciones de terapia social, siempre que sean susceptibles de tratamiento.

El modelo tiene una base ideológica muy clara: la sociedad, incluso en el caso de ciertos delincuentes no habituales, cuyo delito haya tenido, sin embargo, una especial incidencia, por el número de víctimas, por ejemplo, renuncia a asumir porcentaje alguno del riesgo de reincidencia. Todo el riesgo se hace recaer sobre el autor, quien de este modo es sometido a intervenciones asegurativas de máxima intensidad.¹⁵

Creo que si bien en Alemania la sociedad renuncia a asumir un riesgo, poniéndole límites a procesos de flexibilización de la reacción penal, es decir ante todo está la seguridad y con este postulado se somete al delincuente a intervenciones que garanticen seguridad, “no correr riesgo”, parece ser el principio rector, incluso medidas de seguridad por tiempo indeterminado y desde el mismo momento en que está cumpliendo la pena, pero todo desde un lado más social, más terapéutico, es decir esta persona todavía se puede recuperar es cuestión de abordarla psicológicamente con terapia, no deja de lado el fin resocializador de la pena, queda claro, para que se reinserte a la sociedad, antes se tiene que someter a medidas de terapia intensas, pero,

¹⁵ Véase *EL Retorno De La Inocuidad* El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos Jesús-María Silva Sánchez Catedrático de Derecho penal Universidad Pompeu Fabra. Disponible en www.uclm.es/aidp/pdf/barbero1/39.pdf

considero que si queremos adoptar este tipo de medidas no olvidemos o mejor dicho tengamos presente que muchas veces estas “medidas” son verdaderas penas rebautizadas con otro nombre y violatorias de importantes derechos reconocidos constitucionalmente.

Perspectivas

Lo que, en todo caso, parece obvio es que la absolutización de la seguridad como objetivo político-criminal conduce a la reconstrucción de un Derecho de la peligrosidad. No en vano, en la reciente discusión político-criminal británica el objeto del debate se centra ya en si debe o no esperarse a la producción de un hecho lesivo para proceder a arbitrar una reacción, cuando resulta que existen las bases para formular un juicio de peligrosidad. Esto es, se ha reabierto incluso el debate en torno a las reacciones pre delictuales, llámense éstas medidas de seguridad o no.

Esta situación obliga, a analizar de nuevo lo que parecía definitivamente superado, si el principio de peligrosidad puede legitimar realmente una intervención restrictiva de derechos sobre el sujeto activo. En la discusión sobre el nuevo Derecho de la peligrosidad (pos delictual o no), lo importante, es advertir y valorar el hecho de que el mismo se concibe como derecho de estricta seguridad frente al futuro (puramente preventivo) y no de respuesta frente al pasado.

Pues como señalan, con razón, (Schall y Schreibauer), “una sociedad que quiere mantenerse en un Derecho penal respetuoso con la individualidad y los derechos fundamentales de la persona, también del delincuente, una sociedad que, por tanto, quiere conceder a todo autor la posibilidad de la resocialización, debe también estar dispuesta necesariamente a soportar un riesgo para la seguridad de la colectividad”.¹⁶

16 Véase *EL Retorno De La Inocuidad* El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos Jesús-María Silva Sánchez Catedrático de Derecho penal Universidad Pompeu Fabra. Disponible en www.uclm.es/aidp/pdf/barbero1/39.pdf.

Es decir, se pretende con este nuevo “derecho de peligrosidad” actuar antes de que haya delito, para que esperar la producción del hecho, si se puede recaer sobre el futuro delincuente antes de que este actúe, considero que este sistema no es propio de un estado de derecho, sino, más bien de un estado totalitario.

Como enseña el maestro Zaffaroni más que puramente preventivo, este sistema de medidas pre-delictuales, es un ejercicio del poder punitivo “irracional” y refleja una incapacidad del Estado para mantener la paz social conforme a imperativos constitucionales. Es también neutralizante y creador de una clase de sujeto vulnerable, un claro ejemplo de derecho penal de autor.

En el caso de los inimputables, el principio de peligrosidad evidentemente sí legitima la restricción de derechos, por ejemplo, la internación de una persona en un centro psiquiátrico cuando hay peligro de que se dañe a sí mismo o terceros. La pregunta es, entonces, si en el ámbito de los delincuentes imputables la consideración de la peligrosidad carece de todo sentido.

Considero que el poder punitivo tiene que ser ejercido racionalmente y en la sociedad frente a hechos delictivos determinados muchas veces predomina la irracionalidad. Esto es, la tesis de que, cumplida la condena ajustada a la culpabilidad, la sociedad deba asumir siempre todo el riesgo de un delito futuro cometido por el sujeto imputable.

Creo que en el ámbito de los delincuentes sexuales el problema está, en primer lugar, en la “reincidencia”, y esto es a nivel mundial, la reincidencia no se cuestiona, estadísticamente queda demostrada, lo que es cuestionable es la absolutización de la idea de seguridad como último ratio, y el precio a pagar por esa seguridad, puede el Estado intervenir cuando hay cierta probabilidad de un actuar futuro, y digo probabilidad (verosimilitud o apariencia de verdad con fundamento, calidad de probable) para distinguirlo de la certeza. Este término permitiría actuar antes que se produzcan los hechos, es decir castigar a tal autor de un delito porque en apariencia puede o es probable que cometa un nuevo delito, es un interrogante que refleja distintas posturas y estoy a favor de quienes pregonan que no se puede crear un derecho de peligrosidad, de predicción, sin afectar derechos reconocidos constitucionalmente. La sociedad tiene que entender que cumplida la pena, el individuo tiene el derecho a reinsertarse en la sociedad por imperativo constitucional, y que el delincuente fue condenado y pago por

su conducta culpable, entendida esta como parámetro para la imposición de la pena, su actuar culpable es el que lo condena y no su peligrosidad.

La perspectiva para lo que viene en mi opinión será la de abordar al delincuente desde el mismo momento en que comienza la ejecución de la pena, sometiéndolo a tratamiento psicológico-psiquiátrico, según el caso particular, tratar su alteración, su problema, sin penas inocuzantes, neutralizantes que oculten su personalidad, ya que en algún momento, de una u otra manera se manifestara.

Capítulo V

Peligrosidad Sexual

Debe determinarse si es real o no esta presunción de que el delincuente, reincidirá, por tratarse de una especie de enfermedad física o mental. Ello nos coloca necesariamente ante el hecho de que quienes estudian estos proyectos están analizando una modificación en el sistema penal vigente, fundados en la alta probabilidad de reincidencia, considero que a partir de allí no deberá juzgarse la conducta sino el autor del delito, creando un nuevo sistema dirigido a una clase de sujetos determinados.

Esta presunción de reincidencia amerita la siguiente pregunta:

¿Existe la peligrosidad sexual?

Se ha instalado entre nosotros una discusión a nivel público y con repercusión legislativa, sobre la necesidad de adoptar, respecto de adultos condenados por delitos contra la integridad sexual, nuevos tipos de penas (castración), o el cumplimiento íntegro de la pena impuesta (prohibición absoluta de ejecución de libertad condicional), o diferentes tratamientos penitenciarios (prohibición de los beneficios de la ley de ejecución de la pena privativa de libertad; tratamiento médico psicológico especial), u obligaciones posteriores al cumplimiento íntegro de la pena impuesta, a cumplir por los

condenados (registros de violadores) o las iniciativas sobre medidas de seguridad curativas “tratamiento de rehabilitación médicopsicológicasocial).

La “madre” de esta discusión es la actualmente difundida idea de que el “abusador sexual” adulto, sobre todo cuando sus víctimas son niñas o niños, delinque por una suerte de “compulsión”, y que la misma es refractaria a cualquier especie de tratamiento científico de recuperación y por ende insuperable. O sea que se piensa que es inevitable, o al menos altamente probable que en el futuro, el abusador condenado repita su comportamiento delictivo, lo que es la nota típica de la “peligrosidad criminal”. Y como esta futura reiteración será de abusos sexuales, es claro que lo que se da por sentado con estas argumentaciones, es que estaríamos frente a casos de lo que podríamos denominar peligrosidad sexual.

Y al calor de tal conclusión es que surgen todas las aludidas “propuestas”, tendientes a “defender” a hipotéticas futuras víctimas de semejante peligro latente, que se cristalizan muchas veces en proyectos de ley.

Analizada la cuestión desde el punto de vista del derecho penal, advertimos desde ya que la pena ya no es considerada un castigo sino más bien un medio de defensa social (o de defensa de potenciales víctimas individuales). No se funda en la culpa, que es una manifestación del libre albedrío del ser humano (se reprime al agente su tan libre como maliciosa elección que el delito importa), sino en la “temibilidad” del delincuente, y no busca “resocializarlo” sino “neutralizarlo físicamente” para evitar cometa nuevos delitos (teoría de la prevención especial negativa), librando de este modo una “guerra al delincuente” quien se encuentra por ende desprovisto de todo derecho o garantía.

Si bien no es lo mismo, no es superfluo recordar aquí que la idea de delincuentes “peligrosos” (incluso incorregibles) tiene una discutible acogida en el Código Penal. Ella se manifiesta, por un lado, en la trascendencia que el código acuerda a la “mayor o

menor peligrosidad” como pauta para determinar la pena a aplicar art. 41 CP¹⁷; y por otro lado, en la posibilidad de que, en ciertos casos, a la pena que se impone a un condenado por lo que “hizo”, se les adiciona -por el peligro social que representa- una medida de seguridad pos delictual art 52 CP¹⁸ que no guarda relación con el injusto ni la culpabilidad del autor, sino exclusivamente con su personalidad, medida que es no punitiva sino simplemente resocializadora pero que, si no logra su cometido, adquiere un carácter segregativo o si se quiere inocuizante, incompatible con la finalidad de la pena, según la normativa internacional de derechos humanos de nivel constitucional en la Argentina.

(La reclusión por tiempo indeterminado prevista en el art 52 del Código Penal vigente es una medida de seguridad accesoria a la pena previstas para delincuentes reincidentes habituales peligrosos y delincuentes incorregibles. Los primeros podrán obtener su libertad condicional (de la medida de seguridad) siempre que sea posible suponer

17 *Código penal de la Nación Argentina* Art 41: A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: 1º. la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causado; 2º. la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

18 *Código penal de la Nación Argentina* Art 52: Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado, como accesoria de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores: 1º. Cuatro penas privativas de libertad, siendo una de ellas mayor de tres años. 2º. Cinco penas privativas de libertad, de tres años o menores. Los tribunales podrán, por una única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoria, fundando expresamente su decisión en la forma prevista en el artículo 26.

verosímilmente que no “constituirán un peligro para la sociedad”. Pero si el liberado cometiera un nuevo delito será reintegrado al régimen carcelario anterior (o sea, a la medida de seguridad accesoria) y no podrá obtener una nueva libertad condicional: estos son los incorregibles).¹⁹

El objetivo, necesariamente interdisciplinario, es el de procurar establecer si la aludida “peligrosidad sexual” existe y en caso de existir es posible de ser demostrada científicamente en sede judicial, del modo que se exige en cualquier proceso penal: mediante pruebas, más precisamente, mediante prueba pericial.

Si esta cuestión se respondiera en sentido negativo (no existe o no es posible la prueba de la “peligrosidad sexual”) o dubitativo (hay razones de igual peso para afirmar que existe y que es posible probarla, como para afirmar lo contrario) cualquiera de las “novedades” referidas carecería de base científica y por lo tanto de justificación jurídica frente al sistema constitucional y penal vigente entre nosotros.

Pero si se respondiera en sentido más o menos afirmativo (la “peligrosidad sexual existe y es posible probarla, aunque sea como una seria probabilidad), el eje de discusión de aquéllas propuestas, debería transitar por carriles históricos ya andados; o quizás sería más claro decir que habría que desandarlos, para defender nuevamente la idea (de nivel constitucional entre nosotros por cuanto surge fundamentalmente del principio de exterioridad de la acción y autonomía ética (art. 19 CN 1ra parte)²⁰y principio de legalidad (art 18 CN)²¹ que el poder penal del Estado solo se aplica por lo que el delincuente hace (derecho penal de acto) y que no puede aplicarse por lo que el

19 Jorge DE LA RÚA, *Código Penal Argentino*, Parte General, 2° Edición, p. 930.

20 *Constitución de la Nación Argentina* Art 19: Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

delincuente es (derecho penal de autor), resultando por ende inadmisibles las restricciones a sus derechos fundadas exclusivamente en la peligrosidad.

La respuesta a la pregunta ¿existe la peligrosidad sexual? solo puede provenir del campo de la ciencia médica. Cualquier respuesta a la que se arribe deberá luego ser analizada jurídicamente para considerar la viabilidad constitucional de su incorporación legislativa.

La pregunta también tendrá influencia en el desarrollo del proceso penal por tres aspectos principales: a) su respuesta deberá canalizarse a través de operaciones periciales que procurarán un dictamen científico sobre la posibilidad de que en el futuro el agente repita su comportamiento sexualmente delictivo; b) si así se estableciera, si tal dictamen será de aprovechamiento a los fines de la investigación de la autoría de otros delitos de esta misma naturaleza que puedan ocurrir en el futuro; y c) el hecho de que algunos códigos implícitamente requieren de este dictamen al momento de resolver sobre la imposición ciertas medidas cautelares de coerción sobre el imputado.

También será indiscutible su influencia en la etapa de ejecución de la pena, cuyo límite debería ser siempre la readaptación social del condenado como por ejemplo cuando se hace depender la libertad condicional de un condenado por un delito sexual, de un “informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción

21 *Constitución de la Nación Argentina* Art 18: Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

social...”, o sea, cuando se exige un pronóstico de que no va a cometer nuevos ilícitos de ese tipo si recupera su libertad (art 13 CP).²²

Y los proyectos legislativos a los que aludimos dejan también abierto el interrogante sobre posibles intervenciones estatales que afecten el condenado “sexualmente peligroso” después del agotamiento de la pena impuesta, lo que también derivaría la cuestión sobre la naturaleza del derecho que debería ocuparse de este problema y los límites de aquellas, fundamentalmente la determinación si tales medidas son admisibles en el marco del derecho penal.²³

Como vemos el código penal en su artículo 13, 41, 52, tienen en cuenta la mayor o menor peligrosidad como parámetro a la hora de imponer la pena, con una especie de medidas pos-delictuales por el peligro que representa que no guardan relación con el tipo de injusto ni la culpabilidad del autor, sino con su peligrosidad. Según Zaffaroni estas medidas son inconstitucionales por violar la prohibición de doble condena y doble punición. Considero que la pregunta ¿existe la peligrosidad sexual? aun no tiene una respuesta que justifique la violación de principios constitucionales y que torne viable un cambio en el sistema penal argentino.

La opinión de la ciencia medica

22 Código Penal de la Nación Argentina Art 13: El condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido treinta y cinco (35) años de condena, el condenado a reclusión o a prisión por más de tres (3) años que hubiere cumplido los dos tercios, y el condenado a reclusión o prisión, por tres (3) años o menos, que hubiere cumplido un (1) año de reclusión u ocho (8) meses de prisión, observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrán obtener la libertad por resolución judicial, previo informe de la dirección del establecimiento e informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, bajo las siguientes condiciones.....

23 Véase. ¿Existe la peligrosidad sexual? Disponible en <http://pensamientopenal.com.ar/01102009/ejecucion02.pdf>

Se podría decir que por lo general, el abusador sexual adulto es un psicópata (la psicopatía se evidencia en una conducta antisocial persistente que obedece a ciertos factores o rasgos de la personalidad), o un perverso (perversidad es la apropiación del cuerpo del otro en desmedro de su subjetividad; la desubjetivación del objeto con el cual se estructura el goce sexual). Por cierto que para arribar a cualquiera de esas dos conclusiones en relación a un imputado o condenado por cualquier forma de abuso sexual, se requiere de un diagnóstico científico serio.

Este diagnóstico es ofrecido tanto desde una perspectiva psicoanalítica (que trata de interpretar a actitudes o comportamientos de los seres humanos intentando dar cuenta de sus motivaciones latentes o inconscientes); como desde la perspectiva psiquiátrica dinámica, en el espectro de las neurociencias y en el modelo cognitivo comportamental que da cuenta de las causas de los comportamientos humanos y los fenómenos mentales, basándose en el modelo médico con fundamento psicopatológico.

Si el diagnóstico de psicopatía o perversidad, obtenido mediante las herramientas técnico-científicas a que acuden aquellas dos vertientes, es positivo (o sea si se concluye que el sujeto que abusó sexualmente es psicópata o perverso), ambas vertientes pueden pronosticar (si bien no una certeza) sí una alta probabilidad de reincidencia del mismo en conducta sexualmente abusivas.

Para ambas concepciones (la psicoanalítica y la psiquiátrica dinámica-cognitivo comportamental) es crucial tratar de establecer el quantum, o sea cuanto es el grado de perversión del sujeto, para poder establecer en función de ello las características del tratamiento. Porque si bien se piensa que estas patologías no se curan, también se considera plausible pensar que intervenciones terapéuticas específicas pueden reducir la posibilidad de reincidencia en algunos delincuentes sexuales, pero no necesariamente en todos.

Desde el psicoanálisis como desde la psiquiatría dinámica y la neuropsicología se puede realizar el diagnóstico de perversión o psicopatía en relación a un imputado de cualquier forma de abuso sexual. Para dicho diagnóstico se acuerda poner el acento en las características intrínsecas de los sujetos que cometen estos actos, o sea sus rasgos de personalidad. Y ahondar en las causas que motivan estos actos, en un análisis caso

por caso que exprese el quantum de perversión o psicopatía para poder establecer las probabilidades de reincidencia del acto perverso. La psicopatía no se cura, y solo es pasible de estabilización, con lo cual es posible predecir la alta probabilidad de reincidencia o repetición de estos actos.

Los delincuentes sexuales, ofensores sexuales en general son personalidades psicopáticas que pueden, de acuerdo al grado de perversión, ser: pedófilos, ofensores de adultos y niños ante los que hay evidencias empíricas que presentan alta reincidencia. La asociación de personalidad psicopática (PP) más reincidencia, nos da la categoría de sujetos de alto riesgo necesaria para incluir los que van a tratamiento.

En torno al tratamiento, el psicoanálisis propone un “tratamiento seguimiento”, ya que considera la irreversibilidad de estas personalidades, por lo cual los controles deben ser externos (legales).

Los cognitivistas proponen la creación de programas de tratamiento que prevean las recaídas al tratar los eventos traumáticos no resueltos de la niñez que generalmente llevan después a conductas mal adaptadas compulsivas y adictivas. Si no se resuelven los orígenes de los deseos mal adaptados y conductas del abusador, cualquier tratamiento está destinado al fracaso.

Los programas de diagnóstico y tratamiento de estos sujetos deben operativizarse en el Sistema Criminológico de las instituciones carcelarias que los obligue a iniciar y terminar el protocolo terapéutico.

Hay un aprendizaje que se transmite generacionalmente y que forma una cadena de repetición de abusos y violaciones. El abusador adulto actúa sobre el niño abusado, el cual se impregna de vergüenza, culpa y disociación, y tiene altas probabilidades de ser cuando adulto un ofensor sexual continuando el ciclo. Hoy en Córdoba, observamos y diagnosticamos el problema en este nivel infantil. Niños víctimas de abusos por incesto, niños abusados por sus pares en las instituciones de menores que los alojan, o abusados y o violados por otros internos 5 u 8 años mayores son día a día identificados en el servicio de justicia.²⁴

24

Véase. ¿Existe la peligrosidad sexual? Disponible en <http://pensamientopenal.com.ar/01102009/ejecucion02.pdf>

Considero que si ramas de la ciencia médica como la psicología, la psiquiatría aportan a partir de sus conocimientos, datos relativos a la personalidad del abusador sexual sobre su trastorno mental, o cualquier otra causa que los lleve a cometer abusos, estos estudios deben ser tomados en cuenta, sin ninguna duda, pero hablan de probabilidad, de que no “todos los casos” son iguales, y es lógico, si bien es cierto que cuando una persona de niño sufre abusos, es probable que de adulto cometa abusos, también hay casos en que sin sufrir abusos luego los comete, lo que no puede la ciencia médica es determinar con certeza que determinada persona reincidirá, que una persona cometerá nuevamente un delito, y mientras no pueda, la constitución está por encima de cualquier estudio científico, y más precisamente su Art. 19, donde la probabilidad de mi futuro actuar, queda reservado a mi esfera privada y exenta de todo juzgamiento, es decir si cometí un delito y cumplí la pena correspondiente al mismo de acuerdo a la normativa penal vigente, tengo el derecho constitucional de reinsertarme a la sociedad, porque ese es el fin, la reinsertión social y todas las medidas tendientes a tratar mi problema, llámese trastorno mental o cualquier otra causa que influya mi personalidad, como pueden haber sido abusos sufridos de niño se tendrían que haber tomado mientras cumplía la condena, dado que posterior a ello ni la psicología, ni la psiquiatría, ni un vidente, ni las brujas pueden determinar con certeza que cometeré un nuevo delito, y no olvidar que la actual sociedad es una “sociedad de riesgos” y esto implica que en aras a la convivencia social se tiene que enfrentar este problema.

Capítulo VI

Proyectos de ley

Iniciativas legislativas que tienen por fin la recepción legislativa por parte de nuestro derecho, de la castración química.

Desde hace ya una década, distintas iniciativas legislativas fueron presentadas tanto en el Congreso de la Nación, como en las Legislaturas Provinciales con la intención de que nuestra legislación penal, recepte la castración química, ya sea como pena, instando agregarla en el artículo 5 del CP, o como requisito para la obtención de los beneficios liberatorios.

A continuación hago mención a distintos proyectos de ley sobre el tema

Proyecto de ley. Autor: SOSA, CARLOS ALBERTO, número de expediente 3746-D-2007, trámite parlamentario 97 (01/08/2007)²⁵

En lo único que coincido con el diputado en su proyecto de ley, es en la reincidencia, único punto, partir de que el violador comprende la criminalidad de sus actos, y de que no lo haría en público, no parece ser un fundamento suficiente para la imposición de este tipo de medidas, la amenaza de sufrir un mal en su integridad física no creo que sea un medio eficiente como para prevenir el delito, otro punto, la castración se impondría, solo cuando resulte la muerte de la víctima según el proyecto, no alcanzando aquellos violadores que causan gravísimas lesiones en la víctima, a estos sujetos hay que abordarlos psicológicamente, con eso basta porque la víctima vaya a saber por qué razón quedo con vida. Lo que quiero decir es que en este tipo de delitos obviamente que el resultado influye a la hora de la condena, en cuanto a mayor o menor años de pena, pero no solo tienen probabilidad de reincidir aquellos en que la víctima a muerto, sino que en cualquier clase de abuso sexual esta esa posibilidad y el proyecto solo lo plantea en caso de muerte de la víctima, dejando fuera de tratamiento otros delincuentes quizás más temibles por el hecho de quedar con vida su víctima.

²⁵ Ver Anexo. (Proyecto de ley. Autor: SOSA, CARLOS ALBERTO, número de expediente 3746-D-2007, trámite parlamentario 97 (01/08/2007))

Perece ser que no se busca la resocialización del reo, sino el castigo por el resultado. También reconoce que la imposición de la castración química genera una colisión de derechos, y que los derechos humanos corresponden a todos, inclusive al violador, pero bueno, su derecho es de menor cuantía así que dejemos de lado la constitución y eso de los derechos humanos en este caso porque el violador tuvo la oportunidad de cambiar y no la aprovecho, de esta manera solo se mantendrá al violador disminuido en su deseo sexual, erecciones, y también en los pensamientos eróticos, lo que no tuvo en cuenta el diputado es solo un par de derechos constitucionales, tratados, el principio de resocialización, el fin de la pena, los efectos colaterales del tratamiento, etc.

Proyecto de ley 8018-d-02. Autor: Elsa Lofrano, con el objetivo de incorporar al código penal la pena de “castración química”²⁶

El proyecto de Elsa Lofrano es simple y claro, desde lo religioso y lo filosófico esta la solución ya que, “la mayoría de los teólogos y moralistas de casi todos los tiempos han reconocido la legitimidad teórica de usar la castración (así como otro tipo de mutilación) como castigo de determinados delitos, los delitos contra la integridad sexual, son uno de esos supuestos. Considero que siguiendo los fundamentos de la diputada, la solución podría ser, derogar la constitución y regirse por la religión y la filosofía, este proyecto parece haber sido redactado en tiempos remotos, pero no, fue en el siglo XXI.

26 Ver Anexo. (Proyecto de ley. Proyecto de ley 8018-d-02. Autor: Elsa Lofrano)

En este proyecto parece estar representado el sentido común de todas aquellas personas que escudados detrás de la víctima, entienden que este tipo de hechos delictivos tienen que ser reprimidos y castigados de la peor manera, siendo la castración química o quirúrgica una solución justa.

Existen otros proyectos de ley, como el Proyecto 0751-D-01, Autor: Lorenzo Pepe, con el objetivo de incorporar al Código Penal la pena de “castración química”. También el proyecto de Maglietti, Alberto 2686-S-96 hace referencia a la castración química.

A comienzos del año 2010, más precisamente el 15/3/2010, el gobernador Mendocino, Celso Jaque, firmo un decreto²⁷ (decreto que motivo el presente trabajo) con la iniciativa de implementar la castración química en aquellos condenados por violación que manifiestan su voluntad de ser sometidos a él, creando el “programa provincial para la

27 Ver Anexo. (Decreto n° 308, Mendoza 3 de marzo 2010, expediente n° 124-m-2010-00108)

prevención de la reincidencia de autores de delitos sexuales”, el decreto reabrió un debate a nivel nacional, con reacciones de distintos sectores de la sociedad generando posturas antagónicas entre aquellos que se muestran a favor de la adopción de tal medida y quienes se oponen y salen en defensa de las víctimas, alegando que ante todo son seres humanos titulares de garantías constitucionales que no pueden ser desconocidas, posteriormente a esta iniciativa se sumaron provincias como Santa Fe, Catamarca, San Luis que a través de proyectos de ley intentan debatir su futura implementación.

Analizando el decreto, surgen algunas cuestiones que no se pueden pasar por alto, el gobierno mendocino sea por el desconocimiento absoluto de la legislación vigente a nivel nacional, o por un estado de necesidad, que puede ser producto de políticas insuficientes para prevenir y reprimir el delito, carencia de instituciones a tal fin, lo lleva a tomar medidas de este tipo, generando un debate interdisciplinario en todo el país.

El posible desconocimiento de la legislación vigente, se refleja en:

1. Competencia: El decreto referido, así como toda normativa provincial que legisle en materia de fondo es inconstitucional, sin que sea necesario siquiera llegar al análisis de su contenido.

Conforme el Art. 75²⁸ inc. 12 de la CN, el dictado de legislación de fondo es competencia del Congreso de la Nación, el caso estudiado será materia del Código Penal. (El código penal es legislación de fondo)

²⁸ *Constitución de la Nación Argentina* Art 75 inc. 12: Corresponde al congreso: Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados.

La jueza Aída Kemelmajer de Carlucci, miembro de la suprema corte de Justicia, expresó: Los que fijan las penas son los códigos nacionales, nosotros lo único que podemos hacer en la Provincia es establecer un régimen de procedimiento, por eso tenemos un Código Procesal Penal y en el que podemos tomar otro tipo de medida como es el registro, pero no en una pena como la que se pretende con efectos tan graves como es invadir el cuerpo de una persona”²⁹.

2. Afectación a los Derechos Humanos: el decreto estudiado es una evidente violación del pacto de San José de Costa Rica. Los tratados internacionales ratificados por nuestro país, que luego de la última reforma constitucional forman un bloque de constitucionalismo federal, que prohíben la utilización de penas crueles o degradantes que afecten física y psíquicamente a la persona del delincuente.

3. Principios de la Pena: no se tiene en cuenta el fin socializador de la pena, Art. 18 CN, el derecho penal debe sancionar la conducta, no a la persona por su potencial peligrosidad, de lo contrario, estaríamos dentro de un derecho penal de autor prohibido por nuestra legislación.

4. Ineficacia desde el punto de vista médico: los abusos sexuales que traigan consigo una expresión de violencia de ninguna manera podrán ser evitados mediante castración química, la misma generará un estado de frustración que deberá expresarse de otra manera, suponiendo la comisión de delitos violentos.

²⁹Véase. La castración es una medida altísimamente conflictiva. Disponible en <http://www.mdzol.com/mdz/nota/164638/>

Cuestionamiento de la Castración Química

El método de la castración química a violadores, que insiste en aplicar el gobierno de Mendoza, fue cuestionado y descalificado por la misma especialista española contratada para capacitar a los profesionales que aplicarán el plan en esta provincia. Eva María Jiménez González, quien dirige el Instituto Forense de Granada y aplica un programa que en poco tiempo ha logrado reducir en un 90% los casos de reincidencia de condenados de delitos sexuales en España.³⁰

La psicóloga forense estará en Mendoza para entrenar durante un mes a cerca de 50 profesionales de la salud que deberán determinar el perfil psicológico de 200 condenados por abusos sexuales. El segundo paso será incorporarlos al plan que, en su última etapa, incluye la polémica inhibición del deseo sexual con la aplicación de fármacos, para evitar que vuelvan a violar. Sólo podrán someterse a la castración química quienes manifiesten su voluntad por escrito.

Tan cuestionado es el tema, que la propia especialista contratada por el gobierno mendocino para desarrollar el programa de prevención en delitos sexuales, que en su última etapa consiste en aplicar la castración química, negó que sea una solución este tipo de tratamiento y que además en su país creó un programa muy efectivo con abordaje desde lo terapéutico que logro bajar considerablemente la reincidencia en delitos sexuales.

También hace referencia a la violencia que puede despertar en la persona su aplicación, es decir de una u otra manera el sometido a tratamiento, manifestara su conducta porque este problema no se resuelve con la disminución del impulso sexual.

El extraño mundo de la castración química

30 Ver anexo. (Entrevista a especialista Española contratada por el gobierno de Mendoza).

Rubén Contreras es psiquiatra e integrante del comité asesor del gobierno mendocino en el tema.³¹

Considero que el psiquiatra e integrante del comité en su explicación respecto del tratamiento que pretende implementar el gobierno mendocino, denota una parcialidad extrema sobre los beneficios de aplicarlo y un desconocimiento sobre la cuestión relativa a lo jurídico, esto es el punto a cuestionar, lo jurídico, el psiquiatra dice que “es solo una condición mas para acceder a beneficios, que no es un requisito, que el delincuente sexual no es un psicópata, sino que son situaciones lo que lo han llevado a cometer ese delito, y que si no toma las pastillas no pasa nada, solamente su barrio lo va a saber, también su familia. ¿Entonces qué sentido tiene me pregunto?

Pero, lo que no tienen en cuenta el psiquiatra, es que no puede ni él, ni un comité formado por cualquier clase de profesionales tomar medidas que son competencia del Congreso de la Nación Argentina, como lo es la facultad de legislar en los códigos de fondo y leyes nacionales (ley 24.660) son quienes establecen los requisitos a cumplir para obtener los beneficios carcelarios. Veo que tampoco considero la opinión de la especialista española, (quien advirtió que no es efectivo el tratamiento) contratada por el comité de quien forma parte y que la medida constituye, analizándola, un chantaje a los condenados para recuperar la libertad, por un lado, y por otro lado dada la pérdida de efecto del tratamiento con solo no ingerir las pastillas o tener pensamientos eróticos extremos y tal omisión no traer aparejada la revocación de la libertad, un absurdo, una medida que no resiste la mínima objeción desde distintos ámbitos de la ciencia, y no solo desde lo jurídico. Y lo único que logra es desviar la atención temporalmente sobre el gobierno de turno que propuso su aplicación, también una discusión que parece tener más fundamentos en su contra que a favor. Considero que tal vez el comité mendocino formado por especialistas de todo tipo, pueda en un futuro implementar su programa, y más precisamente la “castración química” pero en el camino hacia ese objetivo tendría

31 Ver anexo. (Entrevista a Rubén Contreras, psiquiatra integrante del comité asesor del gobierno mendocino)

que lograr una reforma legislativa, plantear en el Congreso derogar la Constitución Nacional Argentina, junto con los tratados incorporados a ella en su mismo nivel, y dictar normativa acorde que permita su imposición, cosa que parece al menos desde mi punto de vista imposible en los tiempos que corren.

Como consecuencia del decreto dictado y la repercusión a nivel nacional, provincias como Catamarca y Santa Fe, se alinearon detrás de su postura, y presentaron proyectos de ley en sus respectivas legislaturas sobre castración química, nada significativo en cuanto a idea, fines y fundamentos, solo copia de otra iniciativa.

Catamarca

En la Cámara de Diputados de la provincia fue presentado un proyecto de Ley³² mediante el que se pretende implementar un Programa de Prevención de la Reincidencia de Delitos Sexuales, que implicaría entre otras cosas, la castración química de condenados por delitos sexuales.

La iniciativa pertenece al diputado Hugo Argerich quien argumentó su presentación por la necesidad de “garantizar la seguridad pública en la jurisdicción provincial”. La polémica “Castración Química de violadores”, es una práctica que se aplica con el objetivo de evitar la reincidencia del delito de abuso y se aplica desde la década del 50 en diferentes países del mundo. Bajo distintas modalidades, incluye, además la administración de drogas inhibidoras de la libido (deseo sexual); tratamiento psiquiátrico y psicológico además de un seguimiento de cada paciente. Basado en las altas tasas de reincidencia (más del 80 por ciento en algunos casos) de delitos sexuales, el proyecto propone salvaguardar a la población catamarqueña evitando que los abusadores y violadores condenados puedan repetir los hechos una vez concluida su condena o

32 Proyecto de Ley. Iniciador: Diputado Hugo Manuel ARGERICH. Extracto: Programa de Prevención de Reincidencia de Delitos Sexuales, Castración química de condenados por delitos de índole sexual. Expediente: A-SP 0223-2010

durante las salidas que permite la Ley en caso de buena conducta. “El programa propuesto prevé la formación de un equipo interdisciplinario de profesionales quienes evaluarán y aconsejarán en cada caso, las medidas terapéuticas a adoptar a los condenados por delitos de índole sexual”, establece el proyecto. Además, aclara que los condenados “deberán expresar su consentimiento expreso para ser sometidos al procedimiento de castración como condición previa a gozar de alguno de los beneficios reconocidos en la legislación vigente”, como el régimen de salidas anticipadas y semi-libertad asistida.³³

Análisis: no me detengo en el análisis de este proyecto, ya que es una alineación, carente de ideas, detrás del proyecto de Mendoza, que no aporta nada nuevo y solo se suma al debate con idénticos fundamentos. Por lo tanto, corresponden a este proyecto de ley, las mismas consideraciones que en el caso del decreto de Mendoza, Catamarca, naturalmente carece de competencia para legislar en materia de fondo.

Santa Fe

Diputados santafesinos presentaron en la Cámara de Diputados provincial un proyecto que contempla la posibilidad de aplicar la "castración química" a quienes hayan cumplido una condena relacionada con delitos de índole sexual, como violaciones o abusos.

Se trata de una iniciativa presentada por los diputados justicialistas Alberto Monti y Jorge Lagna, quienes plantearon este tipo de tratamiento en forma voluntaria para violadores, abusadores y pederastas.

La iniciativa apunta, según sus impulsores, a reducir los índices de reincidencia de los delitos de índole sexual, y en este sentido impulsa la creación de un programa de prevención, que funcionará en el ámbito del Ministerio de Seguridad, al que se derivará a las personas con sentencia condenatoria firme por delitos contra la "integridad sexual".³⁴

3333 Véase. Piden castración química para evitar reincidencia en violadores. Disponible en <http://www.elancasti.com.ar/nota.php?id=76488>

Análisis: Al proyecto le corresponden las mismas consideraciones que los anteriores, carente de fundamentos e ideas, solo constituye una provincia más que se suma a la causa, pero con un agregado:

Derecho a la Intimidad: el artículo 5º del presente proyecto de ley establece que la autoridad de aplicación otorgará la información correspondiente de las personas sujetas a “el programa” a autoridades municipales, escolares y toda aquella entidad que así lo solicite acreditando un interés legítimo. En la misma sentencia el juez ordena la inscripción en el “Programa”, razón por la cual no se trata de un registro voluntario.

El proyecto de ley supone la posibilidad de otorgar información reservada a cualquier integrante de la sociedad con solo acreditar un interés legítimo, provocando en el autor del delito un estigma del cual no podrá separarse. La resocialización de esta persona, que ha cumplido efectivamente su pena y que por tanto no merece una nueva sanción.

Si bien esta medida afecta derechos, considero que en proporción al daño causado a la víctima, esta es una medida que posiblemente reciba menos objeciones que la castración química, ya que si bien es una medida que afecta derechos reconocidos constitucionalmente, se puede decir que la víctima sufrió un menoscabo en sus derechos y que como contrapartida los derechos afectados del reo por la información de sus antecedentes a quien acredite interés legítimo es una solución más justa, independientemente de que también afecta derechos reconocidos constitucionalmente.

A los fines de este trabajo, se hizo referencia a los proyectos de ley que proponen la pena de castración química, ya sea como pena accesoria o como requisito para la obtención de los beneficios tales como la libertad condicional, asistida, indultos.

34 Véase. Diputados de Santa Fe proponen castración química para violadores. Disponible en <http://www.26noticias.com.ar/diputados-de-santa-fe-proponen-la-castracion-quimica-para-violadores-104813.html>

Estas iniciativas tienen por fundamento la gran necesidad de encontrar un método seguro que logre prevenir la reiteración de este tipo de delitos contra la integridad sexual, partiendo de la presunción de irrecuperabilidad y peligrosidad de dichos autores.

Puede apreciarse que los distintos proyectos tienen por fin sumarle a la pena privativa de la libertad por delitos contra la integridad sexual, un tratamiento con fármacos que comience antes de recuperar la libertad y continúe post libertad, que permita lograr una reinserción favorable del reo y contribuya a disminuir la reincidencia.

El debate se genera entre aquellos que critican este método por considerarlo ineficaz y que atenta contra los principios básicos de la humanidad y quienes se pronuncian a favor de esta medida sosteniendo que reduce la reincidencia en violaciones de menores.

Analizada la castración química desde la ciencia médica, en todo lo relativo a su concepto, forma de aplicación, efectividad, efectos secundarios, desde la psicología, psiquiatría, sobre si existe la peligrosidad sexual, antecedentes en el derecho comparado, reacciones jurídico-penales en el derecho comparado, proyectos legislativos, resta determinar si el tratamiento en cuestión es compatible con nuestra constitución nacional, y los tratados incorporados a ella, si resulta viable en nuestro derecho atendiendo a los fines de la pena, a la dignidad humana, a la integridad física, y al derecho a la salud, al derecho de obtener la reparación plena e integral del daño sufrido.

Capítulo VII

Análisis Constitucional

ANÁLISIS CONSTITUCIONAL.

El derecho penal guarda relación con todas las disciplinas jurídicas, pero antes que con cualquier otra se vincula con el derecho constitucional, que abarca los principios fundamentales del Estado y del Derecho, hay una concreta relación del derecho penal Argentino con el derecho constitucional Argentino de la que se deriva la adaptación del primero a los preceptos del segundo, conforme al principio de supremacía constitucional.³⁵

Vivimos en un Estado de Derecho, en el cual impera la igualdad ante la ley, por lo tanto, estamos sometidos a normas jurídicas de las más diversas clases, las cuales limitan nuestro accionar, dado que los derechos constitucionales no son absolutos, sino que están sujetos a leyes que reglamentan su ejercicio Art 14 (CN)³⁶. Me pregunto ¿Hasta qué punto hay que soportar una injerencia en nuestros derechos por parte del estado en su afán por controlar la convivencia, la paz social? la respuesta, claro está, solo la puede tener la Constitución Nacional, nuestra ley fundamental, que establece un límite, al poder punitivo y en consecuencia toda la diversidad normativa que se dicte debe adecuarse a ella en virtud de la supremacía constitucional Art.31 (CN)³⁷.

Finalidad y función del Derecho Penal

35 Eugenio R. Zaffaroni, *tratado de Derecho Penal, parte general*, tomo I, Editorial Ediar, Bs As, 1995, p. 183.

36 *Constitución de la Nación Argentina Art 14*: Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

Según Ricardo Núñez en su tratado de derecho penal, el mismo no nació como teoría, sino como una manera de proceder de los individuos frente a las ofensas ajenas que se desarrolló en etapas progresivas, que persiguiendo distintas finalidades prácticas, alcanzaron el punto más alto en su codificación. La venganza fue la primera finalidad del castigo de las ofensas a la persona y a los derechos por manos de terceros, en las remotas tradiciones la idea de pena nació en los hombres primitivos del sentimiento de la venganza que es una manifestación espontánea del carácter humano frente a ofensas de otros seres.

El talión fue la expresión de una venganza y su concepto está claramente expresado en el Éxodo, XXI, 23-25, cuando dice “pagara vida por vida y en general se pagara ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura” el principio se encuentra en el código de Hammurabi, en la legislación mosaica y en la ley de la XII tablas.

El libro titulado “Trattato dei delitti delle pene” (1764) refleja el fruto de ese inmenso esfuerzo de la razón contra los excesos y desvíos de las legislaciones penales imperantes. Beccaria proclamó que “solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos” y que “esta autoridad debe residir en el legislador” enunciando así el principio de legalidad de los delitos y sus penas, afirmando que “el daño hecho a la sociedad es la verdadera medida de los delitos”. También señaló Beccaria que el fin práctico del derecho penal es la defensa de la sociedad y esta defensa no se realiza mediante penas cuyo fin sea atormentar y afligir a un ente sensible y deshacer un delito ya cometido, sino sirviéndose de las penas cuyo fin sea “impedir que al reo causar nuevos daños a sus conciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales” subrayando así la prevención especial y general como finalidad de la pena. “no se

37 *Constitución de la Nación Argentina Art. 31*: Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859

puede llamar precisamente justa la pena de un delito cuando la ley no ha procurado con diligencia el mejor medio posible de evitarlo en las circunstancias existentes de una Nación” por lo que resulta que el derecho represivo no es el primer medio para evitar el delito, sino el ultimo, cuando todos los demás han fracasado.³⁸

La humanidad en el medio penal sirve como parámetro para no adoptar como castigo medidas que hieren los sentimientos normales de piedad y respeto a la persona, aun la del criminal, el Estado no debe adoptar los procedimientos de un resentido, ni excitar los complejos inferiores del sadismo. La moralidad implica que se debe tender al mejoramiento del individuo y la igualdad debe significar lo mismo para todos los que la sufren.³⁹

Como señala Núñez en su tratado, que en los tiempos primitivos la venganza era el medio para recomponer el daño, la misma era un derecho individual de la victima a tomar represalia, pero con el correr del tiempo y el aporte de filósofos el derecho penal fue cambiando el objetivo, su finalidad, es decir de hacer sufrir al reo consecuencias directas en su persona (venganza), hacia una defensa de la sociedad, tomando como base la prevención, es preocupante que en los últimos años se hayan presentado proyectos de ley de este tipo, ignorando este avance, este progreso del derecho penal, hacia la humanidad de las penas y que denotan un total desconocimiento tanto de la Constitución, como de la normativa Internacional como lo son los tratados de Derechos Humanos incorporados en nuestra Constitución Nacional y a su misma jerarquía, que reprimen este tipo de penas, considero que con este tipo de medidas retrocedemos en el tiempo a la ley del talión, a la época de la venganza.

Bien dice Soler por encima de todo está la humanidad, lo humano de cada ser, y el criminal, independientemente de su actuar lesivo, por mas reprochable que este sea, sigue siendo un humano y someterlo a medidas que atenten contra su dignidad,

38 Ricardo C. NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal*, parte general, tomo I, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1960, p. 42, 43, 44, 45.

39 Sebastián SOLER, *Derecho Penal Argentino*, Editorial La Ley, Bs As, tomo II, p. 408.

integridad, salud, se aparta de los parámetros establecidos por nuestra legislación actual. La implementación de la “castración química” en nuestro derecho contradice los preceptos constitucionales y no tiene en cuenta la finalidad de la pena, lo que lleva a que cuestione el tema desde lo constitucional. Considero necesario comenzar haciendo referencia al Art. 75 inc.22 de nuestra Constitución Nacional luego de la reforma de 1994, por la cual se reconoció jerarquía constitucional a los tratados incorporados a ella.

Según Zaffaroni la función del derecho penal, no es legitimar el poder punitivo, sino contenerlo y reducirlo, elemento indispensable para que el Estado de Derecho subsista y no sea reemplazado por un Estado totalitario. Considero que el derecho penal no tiene la función de legitimar la aplicación de algo irracional, como lo es la pena, sino establecer límites a ese poder que tienen agencias jurídicas a la hora de reprimir y castigar el delito.

Bloque de Constitucionalidad Federal

La nueva redacción del inc. 22 perteneciente al art. 75 (CN)⁴⁰ modifica radicalmente el sistema de fuentes del orden jurídico Argentino. El reconocimiento de la jerarquía

40 *Constitución de la Nación Argentina* Art 75 inc. 22: Corresponde al congreso: aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la santa sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

constitucional de manera directa a once instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la posibilidad de otorgar igual jerarquía en el futuro a otros "tratados y convenciones" sobre la misma materia consagran una clara apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos. De esta manera los argentinos quedamos regidos no solo por nuestra Constitución Nacional sino que también por la normativa proveniente de estos tratados, es decir que el dictado de normativa interna además de tener como parámetro la Constitución, tiene que observar también los tratados, y en el decreto, como en los proyectos de ley analizados esto no ocurrió.

La reforma de 1994 establece una jerarquía hasta entonces inédita en nuestro medio respecto de las citadas normas. Como consecuencia de esta nueva redacción, en nuestro ordenamiento jurídico la clásica pirámide kelseniana se transformó en una especie de trapecio al achatar el triángulo superior. En la cúspide, el reinado de la constitución dejó de ser absoluto y exclusivo para constituirse en un gobierno mancomunado junto a instrumentos internacionales que pasan a tener su misma jerarquía. Ello no significa, de ningún modo, sacrificar la noción de supremacía constitucional, pues dichos instrumentos alcanzan la máxima jerarquía normativa por una habilitación directa de la propia constitución. En otras palabras, fueron las propias normas constitucionales las que invitaron a ciertas normas convencionales internacionales a compartir la cúpula del orden jurídico local, y no estas últimas, las que impusieron a las primeras la jerarquía constitucional. La constitución continúa siendo, en esta inteligencia, la norma fundante, esto es, la norma que configura todo el sistema como, por caso, determina qué jerarquía tienen normas no constitucionales como las normas convencionales internacionales. En esta particularidad radica su supremacía. Así, la constitución ha renunciado a ejercer en soledad la función de concordancia, ha renunciado a ser fuente única de la validez jurídica del resto de las normas que forman parte del sistema. Para entender las dimensiones del cambio copernicano que se produce en el sistema de fuentes se debe precisar que, a partir de la última reforma constitucional, un conjunto de normas convencionales internacionales ingresan en lo que denominamos fórmula primaria de validez. Dicha fórmula agrupa las normas con mayor jerarquía dentro del sistema, por ello hasta entonces sólo formaban parte de ella las normas constitucionales. La función de este conjunto normativo es determinar tanto

los criterios de concordancia material (o sea los contenidos normativos inferiores) como los criterios de concordancia formal (o sea la competencia para la sanción de normas inferiores). En este sentido hablamos de normas básicas de referencia para identificar las normas que habitan en la fórmula primaria de validez.

Dentro de esta lógica, son válidas jurídicamente en el ordenamiento argentino sólo las normas que resulten concordantes, material y formalmente, con las apuntadas normas básicas de referencia. La determinación de dicha validez, como vemos, requiere de un ejercicio previo de interpretación jurídica a cargo de quien es el "órgano de aplicación del derecho". Dicho ejercicio constituye lo que conocemos como "control de constitucionalidad", el cual actúa en defensa de las normas básicas de referencia. El control de constitucionalidad, asume el valor de una garantía a favor de las normas jurídicas que en razón de su máxima jerarquía condicionan la validez de las restantes normas que forman parte del orden jurídico.

Ahora bien, ¿cómo arriba el órgano de aplicación del derecho al juicio de validez jurídica?: siguiendo los aludidos criterios de concordancia material y formal. Dicho en otras palabras, siguiendo las normas que encabezan el ordenamiento o, lo que es igual, las normas con capacidad para determinar el resto del conjunto normativo.

El control jurídico, entonces, al procurar establecer la validez jurídica, aplica componentes del elemento común que hilvana cada norma uniéndola a un solo entramado (el orden jurídico). La validez es una característica omnipresente en todo el sistema. Para decirlo de otro modo: cualquier norma dentro de un sistema jurídico necesita estar en concordancia con las normas básicas de referencia para ser tenida como válida jurídicamente. En nuestro ordenamiento jurídico la fórmula primaria de validez presenta un carácter mixto, es decir está formada no sólo por normas constitucionales sino por normas foráneas (las citadas normas convencionales internacionales con jerarquía constitucional). Por lo tanto, una norma jurídica es válida en el orden jurídico argentino siempre que no se oponga tanto al articulado constitucional como al articulado de los instrumentos internacionales que comparten su jerarquía, (parece ser que la castración química se opone a normativa internacional). Este conjunto normativo que opera como sistema de fuentes es reconocido por la doctrina como Bloque de Constitucionalidad Federal, el mismo, es definido por Bidart

Campos como “un conjunto normativo que tiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la constitución documental, y tiene como fin ser parámetro para el control de constitucionalidad de las normas infra-constitucionales”.

De lo dicho hasta aquí surge que la fórmula primaria de validez del orden jurídico argentino, esto es, la fórmula a partir de la cual acredita que normas son válidas jurídicamente queda como sigue:

FPV =	BCF =	CN	+ IJC.
Formula primaria de validez	Bloque de Constitucionalismo Federal	Constitución Nacional	Instrumentos Internacionales con jerarquía constitucional

El Bloque de Constitucionalidad Federal está formado entonces por dos subsistemas, uno, el articulado constitucional (CN), otro, los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (IJC).⁴¹

Si sometemos el decreto del gobierno mendocino y los proyectos de ley analizados a la formula primaria de validez, a ese control de constitucionalidad, observamos que tales iniciativas serán declaradas inconstitucionales, por cuanto no solo no se adecuan a la propia Constitución, sino que tampoco al denominado bloque de Constitucionalidad Federal “esos principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la constitución documental” (Bidart Campos). Ya que tratados incorporados a nuestra Constitución Nacional hacen referencia a la dignidad, integridad de la persona, a no ser objeto de injerencias arbitrarias, a la resocialización y considero que la castración química para disminuir y evitar la reincidencia en delitos sexuales, afecta cuestiones contempladas en dichos tratados.

⁴¹ Véase. Bloque de Constitucionalidad federal. Disponible en <http://www.interfederal.com.ar/Contenido.aspx?id=48>

La declaración universal de derechos humanos (1948) emplea más de una vez el término dignidad, como cualidad que corresponde a los seres humanos. Lo hace en su preámbulo “considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca de todos los miembros de la familia humana, la dignidad y el valor de la persona humana” y en su artículo 1, todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derecho. Pero cualquiera sea el fundamento que se invoque esta significativa cualidad de la naturaleza humana es la razón eficiente para reconocerle la titularidad de todos los derechos que le permitan satisfacer los requerimientos en sus distintas dimensiones, moral, afectiva, intelectual y física.

Se considera que derechos humanos son el conjunto de facultades que corresponden a todos los seres humanos como consecuencia de su innata dignidad, destinados a permitirle el logro de sus fines y aspiraciones en armonía con los de otras personas, y que deben ser reconocidos y amparados por los ordenamientos jurídicos de cada uno de los estados. Los derechos humanos por consiguiente pertenecen a las distintas personas por su propia naturaleza, siendo ella igual en su esencia, corresponden a todos sin excepción a fin de que los disfruten con las limitaciones necesarias para permitir el uso que de ellos hagan las demás personas.⁴²

Si analizamos la frase “sujeto a limitaciones necesarias”, esta refiriéndose a restricciones legales de todos los derechos reconocidos constitucionalmente. Pero, la castración química resulta ser una limitación legal, es la pregunta a responder.

Otro punto, qué pasa cuando las limitaciones de esos derechos no provienen de las leyes, sino, por parte de otro ciudadano, un violador, en el caso de los delitos sexuales y esa armonía se rompe, por cualquiera de estos delincuentes que privan a una persona, en el peor de los casos, de su vida, ¿continúan estos delincuentes siendo titulares de derechos humanos?, o por el contrario, pierden esos derechos por no respetar el de los demás y quedan a merced de cualquier tipo de medida sobre su

⁴² Miguel M. PADILLA, *Lecciones sobre Derechos Humanos y Garantías*, 2ª edición ampliada y actualizada, Editorial Abeledo Perrot, p. 23, 24, 33, 34.

persona. La respuesta a esta pregunta puede fundamentar o no la imposición de torturas, pena de muerte, penas mutilantes, aflictivas u otro trato. Al tener los derechos humanos el carácter de vitalicios determina que no se pierden y que estos acompañan a la persona por el resto de su vida, implicando que por más que la paz social se encuentre perturbada por delitos de este tipo (sexuales) e identificado el agresor, el mismo continua siendo titular de esos derechos, por ende solo pasible de sanciones acorde (luego de la reforma constitucional del 1994), al Bloque de Constitucionalidad federal que prohíbe todo tipo de medidas que atentan contra la dignidad humana y demás.

Normativa Internacional incorporada a nuestra Constitución Nacional.

Además de la Constitución, los Derechos Humanos se ven receptados en nuestro derecho interno gracias a los 11 Instrumentos Internacionales que enumera el Art. 75 inc.22 (CN). En la ciudad de San José, Costa Rica, el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve, se firmo el pacto “San José de costa rica”, (Convención americana sobre Derechos Humanos) el cual adquirió jerarquía constitucional.

Pacto de San José de Costa Rica, Artículo 5: Derecho a la Integridad Personal.

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores pueden ser procesados, deber ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Las personas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.⁴³

Artículo 11: Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.⁴⁴

Vemos que a nivel internacional existe normativa que contempla una protección a esos derechos como la dignidad, la honra, la integridad personal, por considerarse estos derechos fundamentales del ser humano, de los que no puede ser privado, y cuando se prive a un delincuente de su libertad, la finalidad será esencialmente su readaptación social, es decir brindarle una nueva oportunidad de rehacer su vida respetándole su dignidad e integridad tanto física como moral, considero que los proyectos de ley en estudio, están en contradicción de lo que prescribe esta normativa incorporada a

⁴³ Pacto San José de Costa Rica. (Convención Americana sobre Derechos Humanos) art 5.

⁴⁴ Pacto San José de Costa Rica. (Convención Americana sobre Derechos Humanos) art 11.

nuestra Constitución nacional y a su misma jerarquía. Por cuanto constituyen injerencias arbitrarias en la esfera privada, ataques a la honra y la dignidad correspondiente al ser humano, por ende lesivos del concepto de persona.

Siguiendo a Ekmekdjian nos dice que el derecho a la dignidad es el más importante y primero en el orden jerárquico de los derechos fundamentales y que si bien todas las constituciones, declaraciones, tratados, se refieren de uno u otro modo a la dignidad humana, ninguno la caracteriza apropiadamente ni le da la jerarquía de un derecho esencial.⁴⁵ Considero que, partiendo de este derecho esencial, como lo es la dignidad, cualquier proyecto de ley que tenga por finalidad implementar una medida de seguridad, una pena, en su afán de buscar prevenir delitos, en este caso, contra la integridad sexual, debe tener presente de que será tachado de inconstitucional por afectar este la dignidad.

Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura

Reafirmando que todo acto de tortura u otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes constituyen una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios consagrados en la carta de organización de los Estados Americanos y en la carta de las Naciones Unidas y son violatorio de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la (declaración americana de los derechos y deberes del hombre) y en la (declaración universal de derechos humanos) señalando que para hacer efectiva las normas pertinentes contenidas en los instrumentos universales y regionales aludidos, es necesario elaborar una convención interamericana que prevenga y sancione la tortura.

Dicha convención en su Artículo 2 determina: Se entiende por tortura “todo acto realizado intencionalmente por el cual se infrinjan a una persona, penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como

45 Miguel A. EKMEKDJIAN, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Depalma, Bs As, tomo II, p. 372.

castigo personal, como medida preventiva, como pena o cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no cause dolor físico o angustia psíquica.⁴⁶

Observamos que el artículo de la convención determina que por tortura no se entiende solo aquellos actos destinados a causar dolor físico irresistible, sino que también constituyen o se entienden como tortura todo acto destinado a anular la personalidad de la víctima que a su vez disminuyen también su capacidad física o mental. Descriptos los efectos que genera la castración química en la persona sobre la cual recae el tratamiento, se puede encuadrar dicho tratamiento en este artículo.

Derechos reconocidos por nuestra Constitución Nacional, que considero afectados:

Nuestra constitución en su (Art 16)⁴⁷ determina el derecho a la igualdad, la palabra igualdad que en lenguaje común parece de claro significado, jurídicamente denota un concepto difícil y polémico para el derecho constitucional. Por tal razón es difícil elaborar un concepto totalizador, que abarque en todo su contenido y sus numerosas consecuencias. Según Aristóteles el principio de justicia se traduce en la igualdad.

La igualdad jurídica garantizada por el artículo en análisis, tiene ante todo un contenido negativo frente al estado: la prohibición de otorgar privilegios o de efectuar discriminaciones respecto a determinados grupos e individuos. Considero que con la aplicación de la castración química a determinados autores de delitos sexuales se está

⁴⁶ *Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura. Art 2.*

⁴⁷ *Constitución de la Nación Argentina Art 16:* La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella títulos personales ni de títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

afectando el derecho a la igualdad ante la ley. El distinto trato a categorías de individuo son validas en tanto sean razonables, esto es, no sean persecutorias, hostiles o estigmatizantes, (vemos que la castración química se opone a estos requisitos por ser persecutoria, hostil y estigmatizante, por recaer sobre sujetos o enemigos señalados de antemano) es decir que nieguen a unos lo que se concede a otros en iguales circunstancias. Ante un caso concreto no es sencillo diagnosticar si se viola o no el principio de igualdad.⁴⁸

La regla de igualdad no es absoluta ni obliga al legislador a cerrar los ojos ante la diversidad de circunstancias, condiciones o diferencias que puedan presentarse a su consideración, lo que aquella regla estatuye es la obligación de igualar a todas las personas afectadas por una medida, dentro de una categoría, grupo o clasificación que le corresponda, evitando discriminaciones arbitrarias u hostiles, la razonabilidad es la pauta para ponderar la medida de la igualdad, con lo que queda entendido que el legislador puede crear categorías, grupo o clasificación que irroguen trato diferente entre los habitantes, a condición de que el criterio empleado para discriminar sea razonable, las únicas desigualdades constitucionales son las arbitrarias, y por arbitrarias han de estimarse las que carecen de toda razonabilidad, las persecutorias, las hostiles, las que deparan indebidos favores o privilegios⁴⁹.

Considero que no es posible establecer una distinción en los delitos. Una persona con pena de prisión debe tener acceso a los beneficios de la pena, cualquiera sea el delito cometido, de lo contrario hay una desigualdad creada entre quien comete un delito contra la integridad sexual y quien comete un homicidio, aun cuando por las características del mismo pudiera, también, ser aberrante. ¿Qué va a determinar que se

48 Miguel A. EKMEKDJIAN, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Depalma, 1994, tomo II, p. 133, 134, 138, 139, 147.

49 Germán BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Tomo I. p. 259.

someta una persona a un tratamiento de castración química antes de recuperar su libertad?, (su peligrosidad), podría ser una respuesta, ahora bien, planteo lo siguiente, si por circunstancias ajenas a la voluntad no se logra consumar un hecho de violación, y se condena un abuso sexual simple. Dado que estos proyectos hacen referencia al delito de abuso sexual con acceso carnal (violación) el condenado por abuso sexual simple no tendrá que someterse al tratamiento para obtener los beneficios de la pena, pregunto, ¿la peligrosidad en este caso, es menor que la de quien logro consumar el delito? Ya que tenía la intención de violar, pero circunstancias ajenas a la voluntad lo impidieron. De esta manera se estaría dejando fuera de tratamiento a sujetos posiblemente más peligrosos y psicópatas que quien consumo una violación, lo cual denota incongruencia y falta de lógica, y la creación de, valga la redundancia, un peligroso “derecho de peligrosidad” como una especie de bola de cristal que sirve para adelantarse a los hechos.

Otro artículo que considero afectado es el 18 de la Constitución Nacional

El cual dice: Para que el penado pueda revertir su personalidad al mundo del valor, es menester, como primer y principal punto de partida, que las cárceles sean sanas y limpias para la seguridad y no para castigo (Art 18 C.N)⁵⁰. También sobre esto la constitución ha querido rechazar las crueldades de las leyes antiguas, y evitar que los jueces, los gobernantes y cualquier agente de la autoridad, puedan ejecutar con los reos acto alguno que no corresponda a la pena legal del delito, que es la privación de la

⁵⁰ *Constitución de la Nación Argentina* Art 18: Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

libertad. Todas estas son precauciones de la constitución contra las tiranías, colectivas o individuales, al poco tiempo que importan verdaderos progresos en la cultura nacional.⁵¹

El artículo 18 de nuestra constitución es normalmente conocido como el de las garantías individuales, porque en él se establecen ciertos instrumentos o mecanismos que otorgan cierta protección a los derechos individuales. En la actualidad estado de derecho es aquel en el que el espacio del poder se halla cercado por una serie de limitaciones jurídicas tanto constitucionales, como legales, y por tanto rígidas.

Los principios fundamentales de la organización carcelaria, los cuales pueden ser resumidos diciendo que las cárceles tienen como objetivo la defensa de la sociedad contra el delito y la readaptación del delincuente antes que su castigo. Exigiendo para ello que las cárceles sean sanas y limpias y que la organización carcelaria deba causar los mínimos perjuicios posibles a los internos, compatibles con su dignidad de seres humanos, más allá de los delitos que pudieran haber cometido. El sistema carcelario Argentino dista mucho de acercarse al modelo constitucional, al contrario, muchas voces se han alzado desde antiguo, criticando sus carencias y deficiencias. Los medios de comunicación social recogen permanentemente las quejas de los reclusos y de sus familiares por las condiciones de vida en las cárceles y el trato a las visitas, sin desconocer la existencia de internos “vip” que por ser figuras políticas o del espectáculo conocidas por el público, por sus medios económicos o por sus influencias políticas, tienen una atención privilegiada, diferente a los internos comunes, además de violar groseramente el derecho a la igualdad.⁵²

51 Joaquín. V GONZÁLEZ , *Manual de la Constitución*, s/f, p. 154

52 Miguel A. EKMEKDJIAN, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo II, Editorial Depalma, 1994, p. 271, 272, 372,373.

El derecho argentino se encuentra inmerso en un sistema en el cual el fin de la pena está basado en la resocialización. El art. 18 de la CN nos dice que las cárceles (siendo la prisión o reclusión la pena principal) no será para castigo sino para seguridad del reo. La pena de castración contraría el principio de humanidad de las penas, el Art. 18 CN, Tratados Internacionales de Derechos Humanos prohíben la aplicación de tormentos de penas crueles, también la castración química se opone a la finalidad de la misma, que es la readaptación social del condenado.

El derecho penal sanciona una conducta que ha lesionado un bien jurídico imponiéndole una pena por dicha conducta, lo que se quiere imponer con la castración química, es un sometimiento de la persona, por su potencial peligrosidad y no por su conducta. Los jueces, como representantes del Estado, me pueden castigar por lo que hice, no por lo que soy, ni mucho menos por lo que piensan que puedo hacer.

La castración química plantea neutralizar al delincuente, es decir, mantenerlo sometido, privado de ciertos derechos reconocidos constitucionalmente tan solo por el hecho de que puede hacer tal o cual cosa y esto también está en franca contradicción de lo que prescribe el (Art 18 CN).

Atreves del régimen penitenciario se pretende la “resocialización” del delincuente, la “socialización” es el proceso por cual un sujeto, aprende los valores, normas y orientaciones al grupo al cual pertenece, debiendo tenerse en cuenta que los tipos fundamentales de proceso de aprendizaje (socialización, aculturación y personalización) pertenecen a la temprana infancia. Conforme a ello la “resocialización” no puede ser entendida como una “reincorporación” a secas, del sujeto a la sociedad libre, sino como una “nueva incorporación”. La resocialización es en definitiva una integración social con lo semejantes, comprendida de este modo, se trata de una tarea sumamente difícil, que comparte las mismas dificultades con que debe enfrentarse el pedagogo y el psicoterapeuta, pero también revela que no es concebible la categoría del “incorregible” o sea del que no puede ser objeto de resocialización.

Dice Beristaín: “no existe una clase de delincuentes imposibilitada de antemano, para la resocialización. El hombre por su esencia se encuentra sometido, a lo largo de su vida a múltiples procesos de socialización más o menos acentuados, y en todo momento se desarrolla junto con otros y se amolda a las formas de la comunidad. El proceso de

socialización perdura en todas las edades, no limitándose a la juventud, pues este íntimo recrearse a sí mismos al contacto con los demás, pertenece a las categorías antropológicas fundamentales de la dimensión comunitaria del hombre, de notable importancia en cualquier fase del existir”.⁵³ Siguiendo a Beristaín considero que, si se somete a un delincuente a una medida neutralizante, inocuizadora como lo es la castración química, de alguna manera se está creando una especie de sujeto incorregible, que no tiene posibilidades de resocializarse, y lo peor de todo, es que se lo considera incorregible de antemano, es decir antes de que actué.

No se debe partir de la presunción de que en todos los casos en que un condenado por delitos sexuales obtenga la libertad condicional, esto traiga consecuencias negativas para la sociedad, nuestra constitución protege la vida privada, la autodeterminación de las personas, CN (art.19).⁵⁴

El alcance de la moral pública está definido por el propio (Art. 19 CN), que presupone que las acciones que la ofenden son coextensivas con las acciones que perjudiquen a terceros. La moral pública es la moral intersubjetiva. Stuart Mill, liberalista, considera que cuando una conducta no afecta los intereses de terceros debe haber perfecta libertad, jurídica y social para realizar la acción y atenerse a sus consecuencias. De acuerdo con Mill: “Una acción es inmoral si y sólo si sus consecuencias implican más frustración que satisfacción de los intereses y deseos del mayor número de gente”. El Art. 19 provee un derecho subjetivo y la noción de éste incluye “establecer límites a la persecución de fines sociales conjuntos. El derecho no será abusivo si y sólo si no

53 Eugenio R. ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal, parte general*, Editorial Ediar, 1995, Buenos Aires, tomo I, p. 61, 62, 74, 75,76.

54 *Constitución de la Nación Argentina Art 19*: Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solos reservadas a dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe.

produce perjuicio en terceros. Este derecho estará vinculado con las acciones privadas del Art. 19 CN. Una conducta está exenta de toda interferencia estatal cuando ella es susceptible de ser valorada por el agente como relevante a su plan de vida libremente elegido, y no implica un riesgo apreciable de generar causalmente perjuicios que afecten intereses legítimos relativos a terceros.⁵⁵

Según Zaffaroni, “la garantía del derecho penal de acto, se establece, al igual que todas las garantías, como un límite al poder punitivo, no debe hacerse derecho penal de autor para agravar consecuencias penales mas allá de la culpabilidad por el acto⁵⁶.”

Considero que si el artículo hace referencia a que las “acciones privadas de los hombres que no ofenden a la moral pública, ni perjudican a terceros quedan reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados” surge de ello que la ley no tiene derecho a prohibir mis acciones en tanto no perjudiquen a la sociedad, todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena. El artículo consagra la nuestro actuar privado, la determinación de nuestras acciones, la pena de castración, no tiene por fin castigar el hecho sino el autor, por determinadas circunstancias que todavía no han sucedido, pero dada su personalidad “pueden” llegar a suceder, o presumir que sucederán. Este actuar es un ejemplo de Derecho Penal de Autor, violatorio del principio de exterioridad de la acción (art.19 CN). Tratar de implementar la castración química como requisito para obtener beneficios, como lo plantean algunos proyectos, constituye una forma de entrometerse en la esfera privada, imagínense que usted es autor de un delito sexual, y cumplió una condena con pena privativa de la libertad, con toda la implicancia que esto tiene en nuestro sistema carcelario, por el estado de las cárceles, y al obtener la libertad el poder punitivo le dice: bueno, ya cumplió la condena, pero consideramos que usted es peligroso, y para poder reinsertarse a la sociedad, tiene, antes, que someterse a un

55 Véase. Art. 19 Constitución Nacional Argentina. Disponible en <http://www.aquileana.wordpress.com/2007/09/08/articulo-19-constitucion-nacional>.

56 Eugenio R. ZAFFARONI, *El Enemigo en el Derecho Penal*, Editorial Dykinson, 2006, p. 96, 97.

tratamiento que consiste en...(castración química). A esta altura del trabajo ya puede sacar su propia conclusión.

¿Cuál es la función que cumple la pena?

Aparte de los derechos constitucionales afectados por la implementación de este tipo de soluciones, que plantean tener controlado el deseo sexual del delincuente para que no vuelva a reincidir, considero necesario hacer referencia a la pena, a que se entiende por pena, en qué consiste y cuál es su función, para poder determinar si la aplicación de este método de castración tiene un justificativo que se adecue a la función de la pena, y a la finalidad por sobre todo. Teniendo en cuenta que nuestra constitución nos menciona que lo principal es la reinserción social del reo, al buscar recuperarlo y nuestra ley de ejecución penitenciaria (ley 24.660) así lo determina.

Según Carlos Parma el gran debate sobre el fin y función de la pena aún no finaliza. *Las denominadas teorías absolutas propugnaban que “un mal se pague con otro mal”, dicho de otra manera sería “la moneda con que la sociedad le paga al delincuente el mal cometido”.*

Lo medular entonces estaba dado en que la pena tendría carácter retributivo, lo que implica un pago por el mal uso de la libertad o bien por violentar la norma, precisamente en un hombre con capacidad de decidir libremente entre el bien y el mal. Por todo esto la pena a aplicar debe ser justa, es decir proporcionada al mal causado.

Las teorías relativas de la pena intentan contestar la siguiente pregunta: ¿para qué sirve la pena, cuál es su utilidad? Dicho de manera más simple ¿vale la pena la pena?

Lo nuclear entonces pasa a ser “la prevención”, se suelen subdividir estos seguidores. Unos aceptan la “prevención general”, donde la pena se dirige a toda la sociedad para que “se abstengan a delinquir”, en tanto la “prevención especial” apunta al delincuente mismo, ya sea enmendándolo para que no vuelva a reincidir en el camino del crimen o bien neutralizándolo en tal sentido.

Zaffaroni enseña que “si bien el poder punitivo utiliza múltiples limitaciones a la libertad ambulatoria, la más grave de ellas es la que tiene lugar cuando somete a una persona a una institución total, en cuyo ámbito cerrado realiza la totalidad o la parte más importante de su actividad cotidiana (pernoctación, alimentación, trabajo, estudio, recreación, etc.). Esta forma punitiva de institución total es la prisión, caracterizada también como institución de secuestro

(Foucault)". Reafirma el maestro: "ante el fracaso de las ideologías de la resocialización resulta que en la realidad la prisión se convierte en un mero local de depósito de seres humanos deteriorados, se trata de una tendencia genocida que, en definitiva, se afilia a la prevención especial negativa, es decir a la idea de prisión como pena de muerte eventual (suicidio, enfermedad, etc.) o como pena neutralizadora por morbilidad o deterioro psicofísico.

Nuestro legislador Argentino ha seguido puntualmente la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que oportunamente adoptara la Constitución Nacional a propósito de la reforma del año 1994 en su artículo 75 inciso 22. Pues bien, el texto internacional referido, en su artículo 5 inc. 6 dice que: "las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados".

Resulta a todas luces compatible con fines preventivos y no retributivos de la pena la orientación seguida por nuestra ley penitenciaria (24.660) en concordancia con todo el plexo normativo vigente. Esta ley, además de indicar explícitamente sus fines artículo 1 pone de manifiesto en la práctica una serie de medidas que coinciden con la prevención, a saber: las salidas transitorias y los regímenes de semilibertad previstos en la etapa de prueba de la ejecución penitenciaria, la prisión discontinua (similar a la prisión del "fin de semana"), el trabajo comunitario, la libertad asistida, la libertad condicional, etc.

Por esto, con justeza se ha afirmado que "esta Ley Penitenciaria Nacional, basada en los documentos recomendados por Naciones Unidas, contempla un avance importante en cuanto a sus objetivos penitenciarios de asistencia, tratamiento, prevención e individualización".

Véase que la finalidad entonces está dirigida a la resocialización, a la readaptación, reincorporación o reinserción del condenado al medio social, precisamente para que no vuelva a cometer delitos.⁵⁷

Particularmente comparto la opinión de Carlos Parma, en donde la finalidad de la pena tiene una función de prevención especial resocializadora.

Considero que como seres humanos nacemos libres e iguales en derechos, y todos somos parte de un contrato social en el que debemos respetar el derecho de los

57 Véase. Reflexiones sobre la pena. Disponible en http://www.carlosparma.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=59:reflexiones-sobre-la-pena&catid=39:parte-general&Itemid=27

demás, el hecho de cometer un delito, incumpliendo, apartándose de ese contrato, indudablemente tiene que tener una sanción, esa sanción debe tener por finalidad recuperar a ese individuo y no castigarlo, pero como contraprestación el delincuente debe pagar con la pérdida de un bien, esos bienes a perder tienen que ser elocuentes con la normativa propia de un Estado Liberal como el nuestro.

Y me permito disentir de la opinión de Zaffaroni, cuando dice que la cárcel es un depósito de seres humanos y que apartándolos de la sociedad es condenarlos a una eventual pena de muerte, que en el afán por tachar de ineficaz el encierro del delincuente, y exponer que las teorías positivas de la pena son falsas, esta de alguna manera dejando de lado, o más precisamente dándole poca importancia a la víctima y a su familia (independientemente de que ni el derecho penal tiene en cuenta la víctima) en muchos casos también es pasible de enfermedad, dolor y sufrimiento como consecuencia del delito, todo delincuente está avisado de antemano las consecuencias de su actuar culpable, (prevención general), si bien es cierto que el estado de las cárceles Argentinas dista mucho de lo que prescribe nuestra Constitución en cuanto a “sanas y limpias”, son necesarias primero, para hacer efectiva la sanción de pérdida de un bien (la libertad) absolutamente legítimo y segundo para abordar las causas de su actuar culpable, e inculcarle normas y valores de conducta para su segunda oportunidad, reinserción social, respetándole al delincuente todas las garantías constitucionales con que cuenta, luego de haber fallado la prevención general.

Según Núñez, en su tratado de derecho penal, define a la “pena como un mal consistente en la pérdida de un bien impuesta a una persona como retribución del delito cometido”, quedando así señalados los dos elementos que dan el concepto jurídico de pena. La “pérdida de bienes” que representa su consistencia material, y la “imposición retributiva” que representa la razón de ser de esta pérdida. La pena ha consistido siempre en la pérdida de un bien de la persona y tienen ese carácter la muerte o el daño corporal impuestos como venganza privada o divina, la privación de la libertad, el tormento el exilio, etc. Y esta pérdida de bienes es un mal porque significa la privación a la persona de algo de lo que goza, la pena no es directamente reparatoria porque no compone la ofensa en que el delito consiste, ni se impone para lograr ese objetivo.

Desde el punto de vista del delincuente, la pena es la moneda con la que el delincuente paga su delito y la misma tiene una doble tarea: un fin individual que propone apartar al delincuente del delito en el futuro, readaptándolo socialmente y otro fin general que no mira al delincuente que le ha sido impuesta, sino a los demás miembros de la sociedad.⁵⁸

Siguiendo a Núñez en su explicación de que la pena consiste en un mal consistente en la pérdida de bienes como retribución por haber violado el deber de no delinquir, guiándonos por esto, se podría imponer a una persona que cometió una violación, un mal, que puede consistir en la pérdida de un bien y ese bien podría ser su integridad, su salud física o psíquica, su vida, etc. De este modo estaríamos dentro del concepto de pena, en que sufra un mal por su actuar culpable, privándolo de algo de lo que gozaba antes de cometer el hecho, quedaría justificada así la imposición de la castración química que consistiría en un “mal”.

Me pregunto si fuera de los casos de sujetos inimputables, es decir, aquellos que en momento del hecho se hallaban en un estado de incapacidad psíquica por el cual no podían comprender la criminalidad del acto que realizaban, se puede aplicar medidas pre-delictuales, o sea, sin que se haya cometido delito alguno, pero que el “estado peligroso” de determinada persona hace presumir que acontecerá. Considero que imponer medidas de este tipo a sujetos ya condenados e imputables, es una medida que no guarda relación con la culpabilidad del autor, ni con el injusto cometido, el delincuente ya pago por su actuar con un mal que en nuestro derecho consiste en el peor de los casos con la pérdida de la libertad, si a pesar de este mal sufrido, hay probabilidad de que en el futuro vuelva a cometer un delito, la sociedad debe asumir un riesgo, porque nuestro sistema normativo así lo determina, cuando expresamente dice que los condenados tienen el derecho a reinsertarse en la sociedad, les está dando una segunda oportunidad provista de derechos fundamentales como seres humanos que

58 Ricardo C. NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal, parte general*, Marcos Lerner Editora Córdoba, tomo II, p. 345, 346, 348, 349.

siguen siendo, a pesar de que esto resulte muchas veces inentendible desde el sentido común.(este tema fue analizado en el capítulo V)

A parte de lo que significa la pena, hay que tener en cuenta su finalidad, es decir para que se impone una pena, que se busca con ello.

Si miramos la pena en sus dos momentos, el de la amenaza y el de la aplicación, se distingue que ella es un mal, cuya finalidad es evitar el delito, ese fin de la pena es el fin inmediato, que comprende a todos los demás como restablecer la tranquilidad social, intimidar, corregir, etc. No se trata con la pena de evitar un delito determinado, si no de evitarlos en general. De esto se distinguen dos funciones: una especial y otra general que se refiere a los destinatarios del efecto preventivo. El primer fin de la pena es el de prevenir la comisión de delitos en “general” y solo a través de obstáculos psíquicos (amenazas), no pudiendo emplear medios físicos, este principio de prevención general puede ser criticado, pero no se puede negar que una ley que prohíbe una acción e intenta evitarla, debe contener una amenaza y que no se puede amenazar ofreciendo un bien, sino prometiendo un mal y ese mal es la pena. Ahora cuando la pena tiende a la necesidad de suministrar a ese sujeto motivos psicológicos y sociales de buena conducta futura, se lo llama prevención especial.⁵⁹

Comparto la opinión de Soler en que el fin inmediato de la pena es la prevención, y solo podemos prevenir desde la amenaza psíquica, mira que si haces esto, hay tal consecuencia, que según la cultura y el sistema adoptado por cada país puede diferir ese mal que consiste en la pérdida de bienes. Considero una vez producido el delito, hay que abordar a esa persona, al autor del delito, en su conducta humana sobre las causas que motivan su actuar, dándole a esa persona motivos psicológicos y conductas sociales aprobadas, este es el fin de la pena que comparto, el de prevención y no el de que sufra un mal por el daño que causo, venganza.

Coincido con Carlos Parma cuando expresa, el bien del criminal es tan bueno como el de cualquiera, sólo que verá limitada temporalmente sus posibilidades de elección de

59 Sebastián SOLER, *Derecho Penal Argentino*, Editorial la Ley, Bs As, tomo II, s/f, p. 410, 412

esos bienes básicos, mientras dure la condena y hasta restablecer la ventaja tomada a espaldas de los demás que fueron respetuosos de las reglas de coordinación. En muchos casos llegará a la pérdida de la propia libertad física lo que implica una más severa restricción de las posibilidades de elección.⁶⁰

Considero que reflejar la imposición de la pena con un fin de privación de elegir durante un lapso de tiempo, que es el de la pena, de ciertos bienes, como una manera de compensar la ventaja obtenida por fuera del contrato social, restableciendo así la igualdad, parece que más que buscar la igualdad, tiene una finalidad absolutamente talionaria, retributiva, negativa de la pena, en la toda medida recae sobre el delincuente que es el sujeto a neutralizar, obedeciendo a un concepto puramente materialista.

Siguiendo a Zaffaroni en su libro “El enemigo en el Derecho penal”, el mismo hace referencia a que el poder punitivo siempre discrimina a seres humanos y le depara un trato punitivo que no corresponde a la condición de personas. Dado que solo los considera como entes peligrosos o dañinos. Se trata de seres humanos a los que se los señala como enemigos de la sociedad y se les niega el derecho a que sus infracciones sean sancionadas dentro de los límites del derecho penal liberal, esto es, de las garantías que hoy establece universal y regionalmente el derecho Internacional de los derechos humanos.⁶¹

En el caso de los delincuentes sexuales, considero que es donde más se refleja el pensamiento de Zaffaroni, ante un hecho de esta característica, no solo socialmente, sino también desde el mismo establecimiento penitenciario se señala, al agresor sexual, como el enemigo público número uno, y se vio esto reflejado en los distintos proyectos de ley analizados en el presente trabajo, buscando soluciones incompatibles con un

60 Véase. La sanción obedece a un principio de justicia. Disponible en http://www.carlosparma.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=92:el-fin-de-la-sancion-penal&catid=39:parte-general&Itemid=27

61 Eugenio R. ZAFFARONI, *El Enemigo en el Derecho Penal*, Editorial Dykinson, 2006, p. 11.

derecho penal liberal, creando reformas penales y alteraciones dirigido a una clase especial de delincuentes, vulnerables y estigmatizados por su proceder.

Según Zaffaroni no existe un concepto más o menos generalizado y pacífico de pena, que es la pena y para qué sirve son preguntas que se han respondido y se siguen respondiendo de muchos modos diferentes. Respecto de la pena se han sostenido teorías positivas que creen que el castigo es un bien para la sociedad o para quien sufre la pena. Así se dice que la pena tiene una función de prevención general dirigiéndose a quienes no delinquieron para que no lo hagan y de prevención especial que se dirige a quien delinquiró para que no lo reitere.

Teorías positivas de la pena:

Absolutas: venganza (la finalidad de la pena como una manera de venganza, de retribución talionaria, en los tiempos presentes perdió espacio frente a otras teorías)

Relativas: a) Prevención general (sociedad como destinataria)

b) Prevención especial (individuo como destinatario) puede ser positiva o negativa.

Considero necesario analizar a continuación, la teoría sobre prevención especial positiva y negativa, para concluir sosteniendo una u otra teoría que de alguna manera justifique la imposición de ciertas medidas.

Prevención especial positiva: (busca la socialización)

Se pretende legitimar al poder punitivo asignándole una función positiva de mejoramiento sobre el propio infractor, es decir (todas las medidas a tomar deben recaer en el infractor) está demostrado que la criminalización secundaria⁶² deteriora al criminalizado y más aun al prisionado, la prisión comparte las características de las demás instituciones totales, (manicomios, conventos, cuarteles, etc.) y se coincide en

⁶² Criminalización secundaria: Acción punitiva ejercida sobre una persona concreta, es el acto de poder punitivo por el cual este recae sobre una persona como autora de un delito.

su efecto deteriorante. Se conoce su efecto regresivo al condicionar a un adulto a controles propios de la etapa infantil y eximirle de las responsabilidades propias de su edad. No es posible mejorar condicionando roles desviados y fijándolos mediante una institución deteriorante donde su población es entrenada en el recíproco reclamo de esos roles. Se trata de una imposibilidad estructural que hace irrealizable todo el abanico de las re (resocialización, reeducación, reinserción, repersonalización, reincorporación, etc.) estas ideologías se hallan tan deslegitimadas frente a los datos de la ciencia social.

Pienso que son necesarias las cárceles y que si bien condicionan a la persona recluida en ellas, es porque esa persona merece un tratamiento diferente y el poder punitivo tiene recaer sobre ella, sino sobre quien me pregunto, porque actuó culpablemente a pesar de esa amenaza, intimidación psíquica determinada por las normas penales y como esto no fue suficiente, privarlo de la libertad para con ello inculcarle normas de conducta aprobadas (cosa absolutamente legítima) como una manera de resguardar la seguridad de la sociedad, parece ser el bien mayor a proteger. No olvidemos que el condenado fue autor de un delito y que ese delito puede haber tenido como consecuencia víctimas fatales, menores violados, etc. Y a la cárcel cualquiera sea la función que se le asigne, (me inclino por la resocialización) mantendrá por lo menos ocupado a esa persona autora de un delito, dando tranquilidad a la sociedad de que al menos durante un tiempo la sociedad permanezca un poco más tranquila y a la vez, en teoría, buscando su futura incorporación al medio, este es el objetivo de la prevención especial positiva, reincorporarlo a la sociedad.

Cuando las estadísticas muestran que los riesgos de homicidio y suicidio en prisión son más de diez veces superiores a los índices de la vida libre, en una violenta realidad de motines, violaciones, corrupción, carencias médicas, alimentarias, higiene, difusión de infecciones, surge de este modo que la prisionización asume la forma de pena corporal y eventualmente de muerte impuesta la mayor parte de las veces sin sentencia condenatoria.

Entiendo que cuando el código penal amenaza, por ejemplo de 8 a 25 de prisión por homicidio, está reflejando que el autor de un homicidio, pasara un tiempo de su vida,

privado de derechos, de comodidades, de calidad de vida, etc. Obviamente que esta privación de derechos va a traer aparejado consecuencias negativas, si tuviera consecuencias positivas tal vez convenga vivir encerrado, pero no por ello se puede decir que la privación de la libertad sea una eventual pena de muerte, si comparto que las carencias estructurales, los motines y enfermedades son una cuestión de suma importancia, pero, no privar de la libertad a delincuentes, de manera que sigan con su vida normal, sin internalizar conductas apropiadas, sin trabajo, sin pautas de comportamiento y que sea la propia naturaleza la que se encargue de su resocialización, no parece ser una alternativa viable. Particularmente considero que no hay otra solución o alternativa a la privación de la libertad (absolutamente legítima) por lo que las cárceles siguen siendo necesarias.

Prevención especial negativa: (neutralización, eliminación física)

Para esta teoría la pena también opera sobre la persona criminalizada, pero no para mejorarla sino para neutralizar los efectos de su inferioridad a costa de un mal para la persona, pero que es un bien para el cuerpo social, cuando las ideologías “re” fracasan se apela a la neutralización y eliminación de los incorregibles, en la realidad social como las ideologías “re” fracasan la neutralización no es más que una pena atroz impuesta por selección arbitraria. Vemos que para esta teoría lo principal es, controlar al delincuente, la “castración química” es una manera de controlarlo, de tenerlo bajo la lupa, porque es una cosa molesta, algo que no encaja en la sociedad, entonces para tranquilidad de los ciudadanos es una buena opción, y más sencilla que el proceso de resocialización que requiere de mayores esfuerzos y cuidados. Sin duda tienen éxito preventivo especial, la muerte y las mutilaciones son eficaces para impedir conductas posteriores del mismo sujeto o las que este realizaba con el miembro imputado. Para el liberalismo jurídico y político resulta incompatible la idea de una sanción jurídica con la creación de un pro-obstáculo mecánico o físico, porque este no motiva el comportamiento sino que lo impide lo que lesiona el concepto de persona (art. 1 Declaración Universal de derechos Humanos y art. 1 de Convención Americana) por ello mismo cae fuera del concepto de derecho, lo importante es el cuerpo social, o sea que responde a una visión corporativa y organicista de la sociedad que es el verdadero

objeto de atención, siendo las personas meras células que cuando son defectuosas y no pueden corregirse deben eliminarse, el delincuente es un animal peligroso que anda suelto y es necesario detener, incluso antes de que cometa algún delito.⁶³

Como dice Zaffaroni, buscar impedir futuros comportamientos creando obstáculos físicos, es decir afectando la integridad física del condenado, es una absoluta violación del concepto de persona, y con este método más que buscar una solución controlando futuros comportamientos, estaríamos en presencia de una fábrica de incapaces, que de ninguna manera se podrán reinsertar a la sociedad con plenitud, salud, ganas, sabiendo que son personas que tienen puesta la mirada encima por ser células deterioradas y a la sociedad implorando que no falle el método tendiente a anular su personalidad. También se podría pensar en darles pastillas a los ladrones que se le adormezcan las manos, que le produzcan una especie de calambre, cosa que al recuperar la libertad no puedan tomar objetos ajenos, al autor de delitos de “cuello blanco” tratar de buscar un medicamento que de alguna manera les retrase mentalmente y así no puedan razonar y por ende realizar evasión impositiva, esto parece ser un absurdo total, y la castración química esta dentro de este concepto, pero de alguna manera con este sistema se podría hablar de igualdad ante la ley. (Por parte de los delincuentes).

Derecho penal de autor y de acto

El derecho penal de autor imagina que el delito es síntoma de un estado de autor, siempre inferior al resto de las personas consideradas normales, este estado de inferioridad se puede sostener desde el espiritualismo o desde el materialismo mecanicista. Para el espiritualismo el ser humano incurre en delitos (desviaciones) que lo colocan en un estado de pecado penal, esta caída se elige libremente, pero cuando mas permanece en ella e insiste en su conducción de vida pecaminosa, mas difícil le resulta salir y menos libertad tiene para hacerlo, el delito es fruto de ese estado de el cual el humano ya no es libre en acto, pero como fue libre al elegir el estado continua

63 Eugenio R. ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal, parte general*, Editorial Ediar, Bs As, 2005, p. 33, 46, 47, 48.

siendo libre en su causa, porque quien eligió la causa eligió el efecto, por ende se le reprocha ese estado de pecado penal y la pena debe adecuarse al grado de perversión pecaminosa que haya alcanzado su conducción de vida. No se reprocha el acto, sino la existencia de la persona, o sea no lo que hizo, sino lo que supone que es.

Para el derecho penal de autor con base mecanicista, el delito es signo de una falla de un aparato complejo, pero que no pasa de ser una complicada pieza de otro aparato mayor que es la sociedad, esa falla del mecanismo pequeño importa un peligro para el mecanismo mayor, es decir, indica un estado de peligrosidad. Las agencias jurídicas constituyen aparatos mecánicos determinados a la corrección o neutralización de piezas falladas y dentro de esta corriente, ni los operados ni los criminalizados son personas, sino cosas complicadas destinadas por sus fallas a sufrir la criminalización. Independientemente de que si el estado de inferioridad sea de base espiritualista o mecanicista lo importante es que el derecho penal de autor, degrada el concepto de persona, la dignidad humana más precisamente, e irracional manera de actuar, discriminatoria, violatoria de derechos, persecutoria y estigmatizante, desconociendo el principio "nom bis in idem" que nos dice: que no se puede castigar a una persona dos veces por el mismo hecho, y la "castración química" es un claro ejemplo de ello, ya que el futuro sometido al "tratamiento" ya fue castigado por su actuar culpable.

A la inversa el derecho penal de acto, concibe al delito como un conflicto que produce una lesión jurídica, provocado por un acto humano como decisión autónoma de un ente responsable (persona) al que se le puede reprochar. Tiene ventajas sobre el anterior:

- a) Requiere que los conflictos se limiten a los provocados por las acciones humanas (nulla crimen sine conducta). Vemos que requiere acción es decir un comportamiento exterior voluntario que cause un resultado, si no hay acción, prevalece la esfera privada, en el caso de delincuentes sexuales, mientras no haya abusos, no están cometiendo delito y por ende exento de la autoridad.
- b) Exige una estricta delimitación de los mismos en la criminalización primaria, porque no reconoce ningún delito natural (nullum crimen sine lege) se refiere

a la tipificación de los delitos en un código, de manera que quede preestablecido que conductas son punibles.

- c) La culpabilidad por el acto opera como límite de la pena (nullum crimen sine culpa) no cabe duda de quienes asumen estos principios deciden con menor irracionalidad y violencia que el resto.⁶⁴ Es decir que se pague por el actuar culpable, doloso y no por su peligrosidad.

Considero que los jueces en nuestro Estado de Derecho, juraron aplicar el derecho penal de acto, que resulta la manera más racional de ejercer el poder punitivo y el que más se adecua al conglomerado de normas Nacionales e Internacionales que rigen nuestras relaciones, es la manera de perseguir a infractores que mas respeta las garantías constitucionales.

Las penas por no delitos

Según Zaffaroni, se supone que las penas se aplican, a quienes cometieron delitos por el delito cometido, pero el poder punitivo no tiene límites, y quiso ir mas halla y aplicarlos también a personas molestas aunque no hubieran cometido ningún delito o que el delito cometido ya hubieran sido penado, verbigracia (castración química, se busca su imposición a personas ya penadas) las personas que molestan a la burocracia deben ser eliminadas. Desde que la mayoría de la población se centra en ciudades, las personas molestas para la policía y demás burocracias estatales son las que alteran el paisaje humano.

Independientemente de que molestan quienes cometieron delitos, también molestan los sospechosos, pero que no se les puede probar delito y para penar a estas personas molestas que no cometieron delitos o por delitos que ya han sido penados, lo que se hizo fue cambiarle el nombre a las penas por medidas de seguridad (medidas de

64 Eugenio R. ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal, parte general*, Editorial Ediar, Bs As, 2005, p.49, 50.

tratamiento, corrección y educación) las mismas rebautizadas como medidas se clasifican en:

- a) Medidas para inimputables cuando su destinatario son locos o lunáticos.
- b) Post-delictuales cuando se destinan a quienes cometieron delitos, pero no por delitos cometidos sino por molestias que le causan a la sociedad.
- c) Pre-delictuales cuando están dirigidas a la gente sospechosa.

Esto es una enorme fuente de explotación que degrada el sistema penal. Las penas (medidas pos-delictuales) son penas que se imponen en razón de las características del autor que no guardan relación con la culpabilidad del acto ni con el contenido del injusto del delito, con un simple cambio de denominación se eluden todas las garantías y límites del derecho penal. Se imponen en razón de tipos normativos de autor que suelen denominarse reincidentes habituales, incorregibles, etc. En general violan también la prohibición de doble condena y de doble punición, siendo inconstitucional debido a que excede la medida del injusto y de la culpabilidad del acto, viola el “nom bis in idem” y responde a un tipo de autor.

Según Zaffaroni ninguna de las teorías positivas de la pena, que creen que pueden definirla por sus funciones fue verificada en la realidad social, no se sabe cuál es la función del poder punitivo (hacer pelar a los excluidos y marginados permite sacarse de arriba algún enemigo poderoso, proporciona votos y tranquiliza la opinión pública), esta multiplicidad de funciones hace que sea imposible su definición positiva. Y si el concepto de pena útil al derecho penal no se puede obtener de modo positivo (a partir de sus funciones reales) que son desconocidas y muchas veces delictivas, esto impone la necesidad construir un concepto “negativo de pena”. Y considerar a la pena como una coerción, que impone una privación de derechos o un dolor, que no repara ni restituye, tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes. El concepto así enunciado se obtiene por exclusión.⁶⁵

65 Eugenio R. ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal, parte general*, Editorial Ediar, Bs As, 2005, p. 52, 53.

Nos enseña Zaffaroni, que no se puede sacar nada positivo de la pena, ya que la misma no repara las consecuencias sufridas por la víctima, por más que el agresor sexual sea condenado, la víctima de violación no verá que se recompone automáticamente su integridad sexual, pero desde otro punto de vista, considero que la pena, si cumple con los fines constitucionales, si se impone por el acto cometido y no por las características del autor, por su peligrosidad, se puede extraer algo positivo en ella. Ya que de alguna manera la justicia según filósofos “el arte de dar a cada uno lo suyo” tiene mucha importancia y la víctima, sus familiares sienten que se hace justicia cuando el autor del delito, es condenado, dándole lo “suyo” por su actuar contrario a derecho.

En el caso de delitos contra la integridad sexual, las únicas penas previstas en nuestra legislación penal, son la de reclusión, prisión, multa e inhabilitación, (art. 5 CP)⁶⁶. Por imperativo constitucional quedan abolidas en nuestro derecho la pena de muerte y las penas corporales. Las penas de reclusión y prisión importan privación de la libertad del condenado siendo lo peor que puede sufrir el agresor sexual y en la actualidad los jueces tienen la posibilidad de aplicarlas al caso concreto y cualquier otro tipo de pena o medida que no sea de las tipificadas en la actual legislación, que aparte de ello, no se adecue a la normativa constitucional en su conjunto, deviene totalmente ineficaz y por ende Inconstitucional.

Derechos y garantías implícitos: “La salud”.

No olvidemos que nuestra Constitución Nacional en su (Art. 33)⁶⁷ conocido como el de los “derechos implícitos” hace referencia a esos derechos que no tienen mención

⁶⁶ *Código penal de la nación Argentina* Art 5: Las penas que este código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación.

⁶⁷ *Constitución de la Nación Argentina* Art 33: Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

expresa en su texto, pero, que gozan de protección ya que implícitamente los reconoce, porque nacen de la soberanía popular y de la forma republicana de gobierno. Siguiendo a Ekmekdjian el objetivo de esta cláusula es limitar el poder del gobierno, haciéndole presente que tiene la obligación de respetar los derechos de los habitantes, aun cuando no estén enumerados expresamente en el texto constitucional.⁶⁸

Considero que la aplicación de la “castración química” dado los efectos colaterales que genera, afecta el derecho a la salud del futuro ser sometido al tratamiento. Derecho implícito reconocido constitucionalmente.

Derecho a la reparación del daño

El debate sobre la viabilidad de la castración química en nuestro derecho nos lleva a introducirnos en el derecho de daños, dado los efectos colaterales del tratamiento, este atenta contra la integridad, provoca un daño en la integridad física, un daño moral, actual y futuro en la persona sobre quien recae el tratamiento y legitima activamente a la víctima para reclamar el resarcimiento del daño frente al Estado, determinando así su responsabilidad.

La aplicación de una pena o medida de este tipo, también puede dar lugar a responsabilidad del Estado ante tribunales Internacionales por contradecir los Tratados en que Argentina es parte, los cuales están incorporados a nuestra Constitución y a su misma jerarquía según surge del (art 31 CN)⁶⁹.

68 Miguel A. EKMEKDJIAN, *Tratado de Derecho Constitucional*, editorial Depalma, Bs As, 1995, tomo III, p. 371.

69 *Constitución de la Nación Argentina* Art. 31: Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

Se entiende por Responsabilidad: “la obligación de reparar todo daño injustamente causado (o sufrido) con motivo de la violación al deber general de no dañar a otro o del incumplimiento obligacional”. Comprende también todas las cuestiones o funciones, las cuales se encuentran vinculadas con la prevención, la reparación del daño y eventualmente, con la punición y el pleno desmantelamiento del ilícito dañoso.⁷⁰ De esta manera el estado sería responsable por su actuar y sujeto pasivo del eventual reclamo que tendría por el resarcimiento del daño. El derecho a la reparación del daño injustamente sufrido es un derecho constitucional, y ha sido establecido por la Corte Suprema en numerosos fallos (21/9/2004, Aquino, Isanio c. Cargo Servicios Industriales .A., CS, 5/8/66, Santa Coloma, Luis F. y otros v. Ferrocarriles Argentinos, fallos, 308:1160 y JA, 1986-IV-625, CS, 5/8/86.

⁷⁰Daniel R. PIZARRO y Carlos G. VALLESPINO, *Instituciones de Derecho Privado, Obligaciones*, Tomo II. 1ª Edición, Editorial Hammurabi, Bs. As, 1999. p 462.

Capítulo VIII

Conclusión

Luego de haber estudiado en profundidad el tema, llego el momento de exponer las conclusiones a las que me permite arribar el presente trabajo.

Antes que nada, hare referencia a la salud, que fue uno de las primeras cuestiones a tener en cuenta al plantear y delimitar el problema, la “castración química” ¿afecta la salud? Me pregunte al iniciar este estudio sobre el tema.

La salud, la integridad, son derechos garantizados constitucionalmente, es decir todos tenemos derecho a la salud, incluso aquellos que están privados de su libertad, este derecho sigue presente, como ser humano que sigue siendo el delincuente, entonces, si atreves de una iniciativa legislativa o un decreto, se busca imponer una medida de seguridad, como lo nombran la mayoría de los proyectos analizados, que como dice Zaffaroni, en realidad son verdaderas penas que rebautizadas con otro nombre se están afectando derechos constitucionales.

Como se les puede pasar por alto a legisladores, gobernadores, la Constitución Nacional y tratados de derechos humanos, que son ley en nuestra Nación, y que prohíben este tipo de medidas, totalmente violatorias de derechos garantizados por nuestra constitución.

Con respecto del derecho a la salud, proponer resocializar un condenado a prisión por violación, atreves de un tratamiento que tenga por finalidad anular los pensamientos eróticos, su perversión, reduciendo la libido sexual, manteniendo controlado sus impulsos, inyectándole hormonas femeninas y con el paso del tiempo transformando las características físicas masculinas en femeninas, no parece ser una buena medida, sin duda no lo es. Tiene graves efectos secundarios, no es efectiva en muchos casos, lo cual constituye prueba suficiente para su rechazo.

Otra consideración, o crítica que merecen los proyectos de ley analizados, es que, en el mejor de los casos, que lo plantean como requisito para obtener la libertad condicional, de manera que sea el delincuente quien opte por someterse voluntariamente al tratamiento para poder recuperar su libertad condicional, parece ser más que una condición, un chantaje, cambiar el encierro, por deterioro de la salud, de la integridad

personal, no parece ser un buen negocio, pero en fin, si una salida a la libertad anticipada, pensarán los legisladores que crearon estos proyectos.

La igualdad ante la ley, Art. 16(CN) determina que no es posible hacer distinciones. Una persona con pena de prisión debe tener acceso a los beneficios de la pena, cualquiera sea el delito cometido, de lo contrario hay una desigualdad creada ante quien comete un delito contra la integridad sexual y quien comete un homicidio, aun cuando por las características del mismo pudiera, también ser aberrante.

Este tipo de leyes, constituyen irracionalidades legislativas, que reflejan un total desconocimiento de la legislación vigente y actual en nuestro derecho, por parte de legisladores o personas que ocupan la función pública.

Considero, que ni por más “estado de necesidad” que impere en la sociedad, queda justificado el dictado de este tipo de medidas, ya que son absolutamente irracionales e inconstitucionales.

Cuestión importante en el trabajo y que no se puede pasar por alto, es el tema de la peligrosidad, porque la “castración química” fue producto de ella, es decir, su intento de implementación obedece a la peligrosidad del violador en que repita su conducta al obtener la libertad.

Como dice Zaffaroni, vendría ser una especie de pena por no delito, porque lo que se busca con la castración química es penar a quien no cometió delito, pero lo pudo llegar a cometer.

Esto lleva a crear un “derecho de peligrosidad” y el interrogante de su predicción.

La discusión es, si a un sujeto considerado peligroso se lo puede condenar antes de que cometa un delito, porque dada su peligrosidad puede llegar a ocurrir, entonces esto permitiría actuar antes del hecho.

Soy de los que piensan, que cuando la ley hizo todo lo posible para reinsertar a los penados en la sociedad, respetando las garantías que tiene todo ciudadano, y esto es lo que hay que tener en cuenta, las garantías constitucionales, que son una realidad, la

sociedad debe correr un riesgo, porque es una situación inevitable de la vida, en todo ámbito, siempre alguien tiene que ceder, si nadie cede, la convivencia se torna imposible y triunfa la guerra.

Considero un absurdo imponer una sanción antes que ocurra el hecho. Someter a castración química a un condenado por violación por su peligrosidad, es crear un nuevo derecho, el “derecho de peligrosidad” violatorio de amplias garantías constitucionales y un claro ejemplo de derecho penal de autor, estigmatizando a una determinada clase de sujetos vulnerables y que no se adecua ni al injusto cometido, ni a la culpabilidad del autor, pagando el penado dos veces por el mismo hecho cometido, también prohibido constitucionalmente.

Respecto de la finalidad de la pena, hay que tener presente que el paso del tiempo produjo en el derecho penal, un cambio, y este cambio se vio reflejado fundamentalmente, en la humanización de las penas, dejando atrás penas inhumanas, aflictivas, resguardando la integridad física, psíquica y la dignidad correspondiente a todo ser humano.

El derecho argentino, se encuentra inmerso en un sistema en el cual el fin de la pena está basado en la resocialización, al establecer el Art. 18(CN) que las cárceles no serán para castigo, sino para seguridad de los reos. Tratados internacionales, también prohíben este tipo de medidas.

La resocialización como fin, (prevención especial positiva), hace recaer sobre el penado todas las medidas tendientes a inculcándole patrones de conducta aprobados por la sociedad, para que pueda reincorporarse al medio y rehacer su vida con dignidad e integridad.

Para cumplir con esa finalidad, se deben dejar de lado medidas neutralizantes, inocuizantes, (prevención especial negativa) que afectan su condición de persona y que no tienen por fin reinsertarlo, sino mas bien tenerlo controlado.

A los delincuentes sexuales, violadores, abusadores, hay que brindarles un tratamiento adecuado para su reinserción social, en la etapa de ejecución de la pena, alojarlos en celdas separadas al resto de los internos para evitar que sean sujetos pasivos de

abusos sexuales que tornen más gravosa su situación, otorgarle los beneficios de la progresividad de la pena a quienes cumplan con los requisitos de la legislación vigente, habiendo antes tratado su problema con métodos que no vulneren su condición de persona humana, ni traigan aparejado efectos secundarios en la salud del condenado, ni se prolonguen mas allá de la pena, como lo determina nuestra legislación.

Es importante tener en cuenta el Art. 19(CN), hace referencia a las acciones privadas de los hombres que no ofenden la moral pública, ni perjudican a terceros. Surge de ello que con la implementación de la “castración química” también se afecta este derecho. El deseo sexual, la perversión sexual, mientras no se exteriorice y afecte derechos de terceras personas es una situación del ámbito privado, e imponer el tratamiento a quien no exteriorizo sus acciones fundado en que las puede llegar a exteriorizar, está prohibido por la Constitución Nacional Argentina.

Para terminar, cuando el poder punitivo es ejercido abusivamente, y se toman medidas neutralizantes como en este caso, porque lo único que se persigue con la castración química es anular y controlar personalidades.

Considero que se ve reflejada la incapacidad del Estado para cumplir con el objetivo constitucional de reinsertar a los condenados a la sociedad, también para resolver los conflictos sociales. Y este abuso se traduce en dictado de normas absolutamente inconstitucionales, irracionales, generando una contraposición de normas entre sí, por lo que concluyo expresando, que luego del estudio del tema en profundidad, se debe dar prioridad a la Constitución Nacional (ya que la misma resuelve como norma fundamental, la validez de toda otra norma que no se adecue a su articulado). También se de tener en cuenta al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que luego de la reforma constitucional fue incorporado a nuestra constitución por lo que forma parte de nuestro derecho, por lo tanto, se deriva de ello que la “castración química” es inconstitucional e inviable en nuestro Estado de Derecho.

Capítulo IX

Anexos

Entrevista a joven Canadiense que fue sometido a castración química.

Pero, ¿cómo es la vida para aquellos que se sometieron a este proceso?

Jesse es un canadiense de 30 años que fue castrado mediante este método. En 2004 fui condenado por violación y posesión de pornografía infantil. En ese momento me encarcelaron por un periodo de unos 17 meses, durante ese tiempo, me internaron en un centro donde descubrí la existencia de ese tipo de medicación gracias a otros internos. Al principio, mi médico tenía dudas de iniciar el tratamiento, pero se convenció cuando le dije que me asaltaban pensamientos "desviados" que podrían derivar en un riesgo de suicidio, cuando le dices a tu médico que vas a matarte, suele sentirse en la obligación de actuar. El tratamiento es simplemente una inyección que se aplica cada cuatro o seis semanas en el hospital local, Yo empecé a sentir los efectos de manera intensa al cabo de unas seis semanas. Básicamente, elimina por completo tus deseos sexuales.

Inicié el tratamiento en Navidades y sentí que mis pensamientos sexuales caían por completo hasta el punto de no tener ninguno, normalmente, antes, cuando veía la televisión tenía una fantasía sobre la persona que estaba en pantalla, pero después de unos minutos me di cuenta de que eso no estaba sucediendo, así que pensé que las medicinas estaban funcionando y decidí mantener el tratamiento después de mi liberación puedo recordar de manera muy gráfica cómo eran mis instintos anteriormente, de esto hace casi cinco años y estoy contento de no haber vuelto a pensar de aquella manera. Estas medicinas cambiaron mi vida por completo. Ya no soy la persona que era, creo que podría dejar el tratamiento y seguramente lo haré en algún momento.

He estado trabajando con mi médico y la idea es desarrollar una relación sana con alguna persona de mi misma edad, alguien que comparta mis mismos intereses, como lo hacen miles de personas cada día en todo el mundo. Conocí a una mujer y quiero ver cómo evoluciona nuestra relación, con la ayuda de mi médico decidimos una fecha para dejar la medicación y ver qué pasa, aunque de momento ella no conoce mis

antecedentes, espero contárselo pronto. A partir de ese momento, le pediré que vigile ciertos síntomas y que me avise si empieza a percibirlos. No tener nadie a quién contarle mi situación ni ningún lugar al que recurrir fue uno de los problemas que tuve en el pasado, no sabía que existía un tratamiento y tenía miedo de que si se lo decía a alguien pudiera acabar en la cárcel sin haber hecho nada, al principio, la medicación tiene efectos secundarios como dolor en las rodillas y aumento de peso. Si alguien me dijera que soy un riesgo por no estar en la cárcel, respondería que pienso que todo el mundo merece una segunda oportunidad.

Imponer a alguien el tratamiento hace que esa persona se sienta furiosa y eso puede ser un obstáculo para el tratamiento, si me hubieran obligado a medicarme, quizá el resultado hubiera sido el mismo, pero mi forma de pensar sería diferente. Si las cosas no marcharan como están planeadas, volveré a la medicación, pero tengo confianza en que todo saldrá bien.⁷¹

Entrevista realizada por Clarín a la doctora Eva María Jiménez González.

¿La castración química sirve para evitar delitos sexuales? –No creo que sirva ni para el 10 por ciento de los condenados. Con la castración química, a lo mejor se puede detener la relación sexual, pero el sujeto puede golpear y agredir de cualquier otra forma que no sea sexual.

¿Cuál ha sido la experiencia en España? –Desde hace dos años estamos aplicando el programa de intervención en Granada, Andalucía. La reincidencia ha bajado muchísimo: el 90 por ciento de los ex violadores tratados no han vuelto a cometer el delito.

¿Cómo lo consiguieron? –Con un seguimiento social y psicológico. Ayudando a estas personas a que aprendan a relacionarse de otra forma. Desarrollar la responsabilidad,

71 Disponible en <http://noticiasve.terra.com.ve/tecnologia/interna/0,,O14111012-E110785,00.html>

controlar su impulsividad, su agresividad y evitar que vuelva a reincidir en el abuso sexual.

¿Hay un seguimiento tecnológico para quienes están en la etapa extramuros? –Lo nuestro es terapia social. El condenado no lleva ningún tipo de pulsera electrónica, ni utilizamos la castración química.

¿Sabe si el método con aplicación de fármacos es utilizado en algún país de Europa? – Que yo sepa, no se está aplicando en España ni en ningún país de Europa.

¿Por qué? –Porque los problemas no se resuelven con disminuir el impulso sexual. Eso sería realmente intentar matar pájaros con tiras chinas (con una gomera). El violador ataca por la clandestinidad, por ganas de dominio, o simplemente por la necesidad. Estimo que la utilización de fármacos para disminuir la libido podría exacerbar la actividad agresiva.

¿Qué podría producir? –La persona podría canalizar su instinto violento por otros medios, tanto o más violentos que el de la violación propiamente dicha.

¿Por qué aceptó trabajar para el gobierno de Mendoza si no está de acuerdo con el método? –Enviamos una propuesta de capacitación que sólo incluye el abordaje psicológico y social. Me han dado libertad plena para que aplique el programa, como crea. En lo personal, no voy a tratar la castración química.⁷²

Entrevista a Rubén Contreras

Empecemos por el final, porque hay una confusión muy grande: en síntesis, ¿de qué se trata todo este asunto?

Es un proceso complejo, no se trata simplemente de inhibir farmacológicamente a alguien. Acá lo importante es transmitir que el delincuente sexual no es un psicópata, sino que está rodeado de un montón de situaciones que lo han llevado a cometer ese delito, como por ejemplo abusos sufridos por él mismo y situaciones de inseguridad y

72 Disponible en http://www.clarin.com/policiales/Mendoza-duras-criticas-castracion-quimica_0_306569433.html

baja estima que suelen caracterizarlos. El que ataca sexualmente no lo hace para satisfacer un goce sexual, sino para expresar su violencia.

Y el proyecto lo que hace es prácticamente obligarlo a someterse a un tratamiento de castración...

Cuando una persona cae presa, accede a la progresividad de la pena. O sea: a los beneficios luego de dos tercios de condena cumplida, si tiene buena conducta. Con este decreto, el individuo no podrá acceder a beneficios si no se somete al tratamiento.

O sea que no le va a quedar otra que someterse...

Si opta, sí, pero no se trata solamente de lo farmacológico, el tratamiento comienza cuando ingresa a la cárcel. Esto no es un beneficio como algunos creen, sino una condición más para acceder al beneficio. En los medios está apareciendo lo de la castración, pero se trata de un abordaje interdisciplinario para el criminal, con impronta en lo social, lo inclusivo, farmacológico, lo psicológico y lo psiquiátrico.

El seguimiento de la situación social es importante, pero jamás lo trabajan debidamente desde el Estado.

En la historia de los delincuentes sexuales hay una integración de lo social en sus conductas que resulta definitoria de sus acciones. Está claro que ellos no integran sus acciones adecuadamente con las pautas sociales. Por eso, digo que en todo esto la castración es un tema más dentro de un proceso terapéutico.

Van a tener que cambiar la ley Nacional 24.660 y su correspondiente provincial, porque según ellas también los delincuentes sexuales tienen derecho a obtener beneficios si tienen buen concepto.

Ahora habrá un cambio: van a poder acceder a la progresividad de la pena, a los beneficios, siempre que estén dentro de un tratamiento. La medida es optativa, se pueden acceder o no. Ahora, además de portarse bien, tendrán que seguir un tratamiento. Aparte, si es drogadicto o alcohólico esto se suma a su tratamiento. En síntesis, esto es una condición, no un beneficio y no facilita la salida, sino que la condiciona aún más.

¿Cuándo empezarán a tomar las pastillas o a inyectarse los inhibidores?

Cuando comiencen a hacer salidas domiciliarias, luego de cumplir con los dos tercios de sus condenas y con el tratamiento previo aprobado. Antes de esto, hay todo un

proceso, un diagnóstico inicial y todo un tratamiento desde que ingresa a la institución. Se los abordará desde lo penitenciario y desde lo específico de cada caso. Hablamos tal vez de entre 4 y 8 años dentro de un tratamiento específico antes de llegar a la medicación.

¿Quiénes no ingresarían aunque lo quieran?

Los intratables, los psicópatas. Y tampoco los inimputables, los sicóticos, que están alojados en un neurosiquiátrico y no en cárcel.

¿Qué supone el tratamiento desde lo farmacológico?

Se trata de suministrar psicofármacos, bloqueadores hormonales u hormonas femeninas, según lo que cada caso requiera.

¿Son pastillas o inyecciones?

Son pastillas o inyecciones, que pueden actuar a nivel de los neurotransmisores o pueden ser bloqueadores hormonales o directamente actuar en los testículos.

¿Es verdad que luego de tres semanas sin medicación el organismo vuelve a cero, como si nada hubiese pasado?

Técnicamente sí, porque las hormonas se recuperan. Si el individuo pasa entre 15 y 21 días sin medicación, vuelve a cero.

Y si ya está en libertad, con su pena cumplida, ¿puede dejar el tratamiento?

Si quiere, no la toma más, pero el asunto es que tanto él como su familia y su barrio tomen conciencia. Seguir el tratamiento o no corre por su cuenta. Lo importante es que el individuo reconozca cómo es. Normalmente, se trata de gente impulsiva, agresiva, machista, quizás con rasgos sádicos respecto del sexo femenino o impotente e inseguro. En todos los casos, el objetivo no es la satisfacción orgásmica. Este no es el eje, sino, por ejemplo, la liberación de la violencia.

Si está medicado y su libido se encuentra disminuida, ¿no se corre el riesgo de que en lugar de violar a la víctima desee matarla?

El tratamiento integral busca que el agresor se frene antes de cometer el delito. La violación más frecuente es la impulsiva, es como una descarga, casi siempre neurológica. Son personas que tienen dificultades en el temporal izquierdo y el frontal y que manifiestan la impulsividad. La intención es que, directamente, no cometan el

delito.

Ya tienen interesados...

Efectivamente, hay once personas interesadas. Seguramente habrá abogados que presentarán a sus clientes y habrá que evaluar los tratamientos en cada caso. Estos tratamientos serán llevados a cabo por profesionales del Ministerio de Salud, porque la faceta más importante comenzará cuando estas personas ya estén en libertad.⁷³

Proyectos de ley:

Santa fe

LA LEGISLATURA DE LA PROVINCIA DE SANTA FE SANCIONA CON FUERZA DE LEY PROGRAMA INTERDISCIPLINARIO PARA LA PREVENCIÓN DE LA REINCIDENCIA DE AUTORES DE DELITOS DE ÍNDOLE SEXUAL

Artículo 1º: Creación. Créase el Programa Interdisciplinario de Prevención denominado “Programa Interdisciplinario para la Prevención de la Reincidencia de Autores de Delitos de Índole Sexual”, en adelante “el Programa”, en el ámbito del Ministerio de Seguridad.

Artículo 2º: Aplicación y Objetivos. La aplicación del “Programa Interdisciplinario para la Prevención de la Reincidencia de Autores de Delitos de Índole Sexual” será de carácter civil, no punitivo, y tendrá por objeto garantizar en la jurisdicción local, mayor seguridad pública, tratando que los autores de delitos de índole sexual puedan tener una normal convivencia con la comunidad, no presentándose como peligro para la misma ni para sí mismos.

Artículo 3º: Alcances. “El Programa”, estará constituido por un equipo interdisciplinario integrado por sexólogos, endocrinólogos, psicólogos y psiquiatras, para la implementación del método de castración química, mediante el suministro de fármacos

⁷³ Disponible en <http://www.mdzol.com/mdz/nota/197031>

que propenden a la disminución de la testosterona. El mismo actuará como complementario de un adecuado tratamiento psicoterapéutico.

Artículo 4º: Sujetos. Previo prestación de consentimiento, las personas con sentencia condenatoria firme por delitos tipificados en el Libro II, Título III (Delitos contra la Integridad Sexual), Capítulos II y IV del Código Penal, podrán ser tratadas por “el Programa”.

Artículo 5º: Acceso a la Información. La autoridad de aplicación otorgará la información correspondiente de las personas sujetas a “el Programa” a autoridades municipales, escolares y toda aquella entidad que así lo solicite acreditando un interés legítimo. Asimismo, la autoridad de aplicación podrá informar al juez, a petición de este, de las personas que se encuentran sometidas al tratamiento integral de castración química. Los datos obrantes en “el Programa”, serán comunicados a la Policía de la Provincia de Santa Fe, la que deberá instrumentar un sistema de notificación y provisión de esos datos a sus respectivas seccionales. A su vez, las Seccionales Policiales deberán informar al Programa de toda novedad referida en el párrafo anterior.

Artículo 6º: Seguimiento y Evaluación. Las personas sujetas al tratamiento deberán ser evaluadas por el equipo interdisciplinario de “el Programa”, quienes estarán a cargo del tratamiento psicoterapéutico, la administración farmacológica y de la evolución clínica de los mismos.

Artículo 7º: Sentencia Condenatoria. Modifícase el Artículo 333 del Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe (Ley Nº 12.734); el que quedará redactado de la siguiente manera:

“art. 333: Requisitos de la Sentencia.

La sentencia deberá contener:

- 1) Lugar y fecha en que se dicta, el nombre y apellido del Juez, Fiscales, querellantes y defensores, las condiciones personales del imputado, y la enunciación del hecho que haya sido objeto de la acusación respetando la regla de la congruencia;
- 2) Decisión sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con los fundamentos en que se basa y la motivación en elementos probatorios incorporados legalmente al debate;

- 3) La parte resolutive, con mención de las disposiciones legales aplicadas;
- 4) El cómputo de la pena impuesta, si se estimara conveniente practicarlo sin aguardar la intervención del Juez de la Ejecución,
- 5) Si el imputado estuviere privado de su libertad y la sentencia fuera absolutoria dispondrá la libertad, salvo que el mismo estuviere a disposición de otra autoridad competente. En igual forma se procederá en caso de sentencia condenatoria a pena privativa de libertad de ejecución condicional o que diere por compurgada la pena con la preventiva sufrida;
- 6) Cuando la condena recaída, lo sea por los delitos comprendidos en el Libro II, Título III, Capítulos II y IV del Código Penal, y se encuentre firme la sentencia, se ordenara la inscripción de la misma en el “Programa Interdisciplinario para la Prevención de la Reincidencia de Autores de Delitos de Índole Sexual”;
- 7) La firma del Juez.”

Artículo 8º: Políticas de Educación. Los Ministerios de Justicia y Derechos Humanos, de Seguridad, de Desarrollo Social, de Salud y de Educación, implementarán planes de información y concientización, respecto de los beneficios del tratamiento integral previsto en “el Programa”, en miras a evitar la reincidencia en las conductas delictuales de que se trata.

Artículo 9º: Presupuesto. El Poder Ejecutivo deberá prever en el presupuesto anual de gastos los recursos necesarios para desarrollar “el Programa”.

Artículo 10º: Reglamentación. El Poder Ejecutivo reglamentara la presente Ley en un plazo de sesenta, (60) días, desde su publicación.

Artículo 11º: De forma.

Decreto N°308 “Castración Química” Autor: Celso Jaque, Gobernador Mendocino.

Fecha De Ingreso u Aprobación: 15 De Marzo de 2010

Decreto N° 308

Mendoza, 3 de marzo de 2010

Visto el expediente N° 124-M-2010-00108 y

CONSIDERANDO: Que mediante Decreto N° 2456/09 se conformó el Consejo Asesor de Expertos para la Prevención de la Reincidencia en Delitos de índole Sexual en el ámbito del Ministerio de Gobierno, Justicia y Derechos Humanos siendo presidido por el Sr. Ministro de esa cartera;

Que entre las conclusiones elaboradas por el Consejo se recomendó la implementación de un "Programa Provincial para la Prevención de la Reincidencia de Autores de Delitos de índole Sexual";

Que el Programa de referencia estará destinado a sujetos condenados por delitos de índole sexual, en forma voluntaria, con consentimiento informado y previo diagnóstico especialmente realizado en cada caso concreto;

Que dada la temática específica y contemplando la necesidad de dar continuidad al mismo en las etapas de libertad condicionada y una vez agotadas las penas, se ha estimado conveniente que la coordinación del Programa esté bajo la órbita del Ministerio de Salud;

Que esta propuesta implica una alternativa multidisciplinaria para comenzar a dar respuestas al flagelo de la violencia sexual en un marco de pleno respeto a las disposiciones legales y constitucionales vigentes.

Por ello,

EL GOBERNADOR DE LA PROVINCIA DECRETA:

Artículo 1° - Créase en el ámbito del Ministerio de Salud de la Provincia de Mendoza el "Programa Provincial para la Prevención de la Reincidencia de Autores de Delitos de índole Sexual" de conformidad con lo establecido en el Anexo del presente decreto.

Artículo 2° - El Ministerio de Salud podrá dictar la normativa que estime corresponda a fin de asegurar la operatividad del Programa y la coordinación con los restantes Ministerios involucrados. La ejecución de dicho Programa deberá comenzar como máximo a partir de los ciento ochenta (180) días de publicación del presente decreto.

Artículo 3° - El presente decreto será refrendado por señores Ministros de Gobierno, Justicia y Derechos Humanos y de Salud.

Artículo 4º - Comuníquese, publíquese, dese al Registro Oficial y archívese.

CELSO ALEJANDRO JAQUE

Mario Daniel Adaro, Juan Carlos Behler

ANEXO

Programa Provincial para la Prevención de la Reincidencia de Autores de Delitos de Índole Sexual.

Introducción

Una opinión que prevalece en todo el mundo es que los agresores sexuales deben ser castigados y que el castigo servirá para disuadirlos. En muchas culturas se presta más atención al castigo como método disuasivo que a la prevención o a los tratamientos de rehabilitación.

El tratamiento indicado para disminuir la reincidencia en los delincuentes sexuales es una terapia de rehabilitación. No debe olvidarse que si bien, en muchos casos no se obtiene una curación definitiva, al menos se puede conseguir una rehabilitación parcial.

La asistencia consiste en tratar el comportamiento delictivo, la parafilia y cualquier otra alteración física o mental que pudiera haber contribuido a que cometieran el delito.

Diagnóstico

Como paso inicial debe reunirse información a fin de recomendar un tratamiento de rehabilitación. Resulta indispensable demostrar que efectivamente existe un trastorno y que sería conveniente para la sociedad intentar la rehabilitación por medio de un tratamiento.

Identificación del Tipo de Agresor

La literatura sobre los ofensores sexuales distingue entre ellos diversas categorías tipológicas. Es de vital importancia tener en cuenta que no existe un tipo único de infractor y que hay una amplísima variedad de delitos, motivaciones, rasgos de personalidad, estados de salud mental y aptitudes sociales.

Proceso de Diagnóstico

Para evaluar a un Sujeto que ha cometido un delito de índole sexual a quien se ha declarado culpable, es necesario reunir información de múltiples fuentes, entre ellas el infractor mismo, sus familiares, los informes de la policía y los tribunales y las

declaraciones de la víctima. Además del diagnóstico inicial, debe seguir evaluándose conforme la evolución en el curso del tratamiento.

Es necesario reunir la mayor cantidad de datos a fin de emitir un diagnóstico y determinar la tratabilidad del caso. Como los informes reunidos pueden ser contradictorios por la diversidad de fuentes, es necesario un criterio clínico de excelencia y una formación específica.

Pruebas Psicométricas

Ningún tipo de examen psicométrico basta para hacer la descripción completa de una persona. Sin embargo, las pruebas constituyen un instrumento valioso para obtener un panorama del funcionamiento psicológico del individuo y son auxiliares en el proceso diagnóstico. El resultado de los diversos recursos sólo debe interpretarse a la luz del perfil clínico.

Se debe tener en consideración que muchas veces el infractor no siempre se siente cómodo al revelar sus conductas sexuales y puede estar más predispuesto a hacerlo mediante un cuestionario. Otros no desean o no pueden responder nada por escrito.

Aún con una evaluación exhaustiva, es posible que recién se tenga una imagen clara de todas las situaciones sexuales en que el individuo ha participado durante el curso del tratamiento.

Evaluación Neurológica

Muchos agresores padecen lesiones o anomalías neurológicas que deben investigarse. Si no son evidentes o declarados, se investigan trastornos del aprendizaje, deficiencias neurocognitivas, síndrome cerebral orgánico, dificultades de concentración o de memoria, alteraciones psicomotoras y deficiencias sensoriales.

Deben determinarse anormalidades en el sistema límbico y en los lóbulos temporal y frontal a fin de descartar síndrome de Tourette, epilepsia del lóbulo temporal, lesiones suprasensoriales focales o anomalías epileptoides, malformaciones cerebrales y lesiones cerebrales post encefalopáticas.

Examen

Psiquiátrico/Psicológico

El diagnóstico de estos trastornos es fundamental para elaborar un plan de tratamiento. También es importante la detección de cualquier tipo de toxicomanía. El tratamiento de

las adicciones precede al de la conducta delictiva. Deben descartarse trastornos de la personalidad; es vital determinar si existe una personalidad antisocial.

Examen Físico

Debe consistir en una revisión exhaustiva por sistemas, así como pruebas de laboratorio. Debe determinarse la existencia de trastornos orgánicos para saber si contribuyen a la conducta delictiva y si el sujeto será capaz de llevar el tratamiento y si hay contraindicaciones medicamentosas.

Se descartan trastornos tiroideos y lesiones hepáticas así como anomalías o tumores endócrinos. Conviene determinar los niveles hormonales. En caso de diagnosticar trastornos orgánicos, se tratarán antes que la conducta delictiva, o de ser posible, al mismo tiempo.

El tratamiento psicológico puede basarse en distintas teorías y diversas modalidades: individuales, de pareja, familiar y de grupo. El objetivo común en todos los modelos es el de la rehabilitación de la persona para prevenir la reincidencia y evitar nuevas víctimas.

Por medio de la psicoterapia, el sujeto puede llegar a resolver las causas de sus trastornos, así como aprender mejores maneras de enfrentarse a la vida y medios más sanos para expresar su sexualidad y satisfacer sus necesidades.

Tratamiento Biomédico

Consiste en el empleo de fármacos para modificar las fantasías, los impulsos y las conductas erotosexuales.

La terapia medicamentosa incluye el abordaje psicofarmacológico y hormonal en los casos que así se determine. El objetivo del tratamiento biomédico es el de reducir la excitación y las fantasías sexuales, con lo que favorece un mayor control de los impulsos y la agresividad. El individuo se siente menos sujeto a su conducta sexual compulsiva o a sus fantasías parafilias.

Todo el proceso de tratamiento, para su mejor resultado, debe ser voluntario por parte del individuo y bajo estrictas condiciones de consentimiento informado.

Resulta indispensable un estricto seguimiento del proceso terapéutico y posterior al mismo, realizado por una junta de evaluadores externos compuesta por médicos,

psicólogos, trabajadores sociales y un control biomédico de los parámetros farmacológicos.⁷⁴

Proyecto de ley Sosa Carlos Alberto

Honorable Cámara de Diputados de la Nación

El Senado y Cámara de Diputados,...

Artículo 1º - Modificase el texto del artículo 5º del Código Penal por el siguiente:

"Art. 5.- Las penas que este código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación y castración química."

Artículo 2º.- Incorporase como artículo 5º bis del Código Penal el siguiente:

"Art 5º Bis: La castración química, conjuntamente con la pena privativa de libertad que corresponda, procederá para el caso previsto en el artículo 124 de este código."

Artículo 3º- Incorpórese al Código Penal como artículo 124 Bis el siguiente:

"Art 124 Bis: Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, con accesorias por tiempo indeterminado sujetas a la aprobación de exámenes psicológicos a fin de acogerse a los beneficios liberatorios que otorguen las normas sobre ejecución de las penas privativas de libertad, a aquel que fuera reincidente en la comisión de los delitos previstos en el Título III - Delitos Contra la Integridad Sexual - Capítulo II de este Código."

Artículo 4º - De forma.

FUNDAMENTOS

Señor presidente:

Las leyes de una nación deben reglamentar derechos y establecer pautas de convivencia y desarrollo entre los individuos que la habitan, ya sea en forma permanente o transitoria. Estas leyes deben ser ampliamente abarcativas y generales, para contemplar excepciones si se correspondieran, manteniendo un espíritu acorde con el fin de que sean útiles y necesarias, para que las leyes no se transformen en algo

74 Decreto n° 308, Mendoza 3 de marzo 2010, expediente n° 124-m-2010-00108

estático, ya que las sociedades experimentan cambios dinámicos en sí mismas, en sus estructuras, costumbres, desarrollo tecnológico, etc., y es por esto que se exige adecuar estas leyes a las realidades que toca vivir a diario a la sociedad.

Es así como las leyes sufren mutaciones, ajustes y cambios en el tiempo, posibilitando identificar los problemas actuales y darle la solución que el criterio y la necesidad de la sociedad Argentina está solicitando mediante su actuar y reacción.

Con el criterio de dar una respuesta a las demandas de la sociedad ante la problemática de la inseguridad, hay que reconocer que todos los crímenes por su propia naturaleza resultan jurídicamente reprochables mediante la aplicación de la correspondiente sanción penal por parte del estado; pero hay que tener presente que muchas veces, ciertos delitos por sus secuelas sobre la víctima, su grupo familiar y por la repercusión para la sociedad toda, se deben contemplar otras medidas que no siempre pueden ser catalogadas de ortodoxas.

Con lo sostenido en el párrafo anterior, me estoy refiriendo a las medidas a adoptar para intentar poner un freno efectivo a los ataques contra la libertad sexual de las personas, considerados estos delitos por la sociedad como los más abominables y condenables por los efectos que producen sobre las víctimas, sus familias y la sociedad.

Hoy en día, se ven innumerables casos de intentos de linchamientos y la destrucción de las viviendas de los presuntos autores de estos delitos, por parte de los vecinos y familiares de las víctimas, intentando suplir un vacío que consciente o inconscientemente deja el estado, porque está ampliamente demostrado, que los delitos contra la libertad sexual, tienen una característica que los distingue de la mayoría de aquellos que tipifica el Código Penal, esto es que la habitualidad es mucho más frecuente, la reincidencia se produce en porcentajes alarmantemente mayores que en los demás casos.

Ante esto, reconocidos estudios psiquiátricos demuestran que el delincuente sexual no es en general psicótico, ni un insano, ya que reconoce la calidad de sus actos, comprende su criminalidad y está en pleno uso de sus facultades al cometerlo, lo que le permite dirigir sus acciones con libertad, disfrutando lo que realiza.

Muchos estudios hechos en la materia, indican que estas personas no sólo no cometerían el hecho si hubiera alguien que lo viera, sino que tampoco lo haría si pensara que hay alguna posibilidad de ser apresado o sufra una consecuencia en su propio cuerpo.

Mediante este proyecto, instaurando como medida para estos casos la castración química, consistente en un método que busca reducir los niveles de testosterona (hormona que regula el deseo sexual) mediante la administración de una serie de compuestos químicos que se le suministran al paciente (en este caso a quien este condenado).

Las consecuencias de este método son la disminución del deseo sexual y de las erecciones, así como también la reducción de pensamientos eróticos.

El presente proyecto propone eliminar las erecciones y el deseo sexual, sin utilizar la vasectomía o alguna forma de castración entendida en el sentido tradicional, que elimina un elemento probatorio por excelencia en estos delitos, los rastros de semen, mediante los cuales se pueden obtener el ADN del agresor.

Así en general debe admitirse que quien comete estos crímenes sabrá de antemano las consecuencias de su actuar, y lograr el fin perseguido, que será disuasivo para quien se vea tentado a incurrir en tal conducta.

Mediante el presente proyecto, se tiene como objetivo prevenir y limitar la conducta de un sujeto que ha demostrado su potencial de peligrosidad para la sociedad toda, y evitar de esta manera posteriores lesiones graves o gravísimas o la muerte.

Ejemplos de las medidas aquí propuestas se pueden encontrar en países como Dinamarca, Australia, Alemania y Suecia y sus legislaciones ya contemplan esta decisión.

En Alemania, por ejemplo, la castración química se puede aplicar en delincuentes sexuales mayores de 25 años y en Suecia se aplican desde hace poco más de diez años con el aval del violador.

En algunos estados norteamericanos también aplican la castración química pero sobre aquellos que hayan agredido a los niños.

España también estudia tomar medidas de esta índole u otras similares; y en Francia se está estudiando esta clase de medidas.

Entre aquellos países sudamericanos donde se evalúa aplicar este tipo de medidas, y que además cuentan con una formación cultural y jurídica similar a la nuestra, encontramos a Costa Rica, Chile, Perú y Colombia.

Nótese que esta nueva medida propuesta para nuestra legislación, es para aquellos casos enunciados en el art 124 CP, o sea cuando se produzca la muerte de la víctima.

Para el caso de los reincidentes, mediante este proyecto se pretende instaurar un sistema, que garantice que, aquel condenado por los delitos previstos en el Título III, Capítulo II CP, cumplan efectivamente la pena impuesta, y para esto se instaura la aprobación de exámenes psicológicos a fin de obtener su libertad al momento que la ley sobre ejecución de sentencia así lo disponga.

En caso de la no aprobación de los exámenes psicológicos, seguirá el condenado bajo tratamiento psicológico hasta su aprobación, y así poder acogerse a los beneficios liberatorios que otorgan las normas sobre ejecución de las penas privativas de libertad.

Ante lo sostenido en los párrafos anteriores, es cierto que la propuesta de castración química, produce una colisión de derechos, entre los que se pueden nombrar a modo ejemplificativo, la intimidad de las personas, el derecho a la salud, a la seguridad, a la libertad sexual, y a la vida.

Siendo que el presente no es el único caso en que se produce tal impacto entre derechos, el criterio jurídico general es que aquel que revista mayor importancia social deberá imponerse sobre el otro, con las restricciones imprescindibles, para que el menoscabo sufrido por el derecho de menor cuantía, sea el mínimo indispensable.

En igual sentido, cuando el "violador" es un reincidente, la pena debe ser también la prisión o reclusión perpetua y la aprobación de un examen psicológico a fin de obtener la libertad en su momento, porque de acuerdo a la gran mayoría de los estudios psicológicos que se le han realizado a los violadores, en porcentajes muy altos, estos vuelven a cometer el mismo ilícito una vez que salen de la cárcel, por lo tanto a fin de evitar que las mismas personas que ya han tenido una condena, vuelvan a la sociedad a delinquir nuevamente y más aun a cometer delitos atroces como ser la violación, el estado debe tratar mediante la asistencia psicológica que cuando recobre su libertad, no vuelva a cometer estos delitos.

En este punto tenemos que ser conscientes que siempre debemos cuidar por sobre todas las cosas los derechos humanos de las personas, tanto del común de la gente, como también de los que delinquen, pero no hay que perder de vista que la oportunidad de cambio ya la tuvo, y si estos vuelven a cometer el mismo delito, deben afrontar las consecuencias por su actuar libre, porque ante esto debemos tender a proteger sobre todas las cosas, a la víctima, sin olvidarnos claro está del victimario, el cual deberá recibir un adecuado tratamiento psicológico, pero en una institución donde podrá ser ayudado mediante especialistas en el tema, que trataran de lograr su recuperación absoluta, y evitar mediante esto que sea un potencial peligro para la sociedad.

Este es un proyecto que tiende a evitar un flagelo que sufre nuestra sociedad, y que va creciendo en casos y en violencia hacia las víctimas.

Es por los motivos expuestos que solicito a mis pares la aprobación del presente proyecto de ley.⁷⁵

Proyecto de ley 8018-d-02. Autor: Elsa Lofrano

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,...

Artículo 1º – Agréguese como artículo 5º bis del Código Penal, el siguiente:

En los casos de los artículos 119, 120 y 124, se impondrá, además de la pena

⁷⁵ Proyecto de ley .iniciado: Diputados expediente 3746-d-2007 publicado en: trámite parlamentario n° 97 fecha 01/08/2007.

privativa de libertad que corresponda, la castración quirúrgica o química.

Art. 2º – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Elsa G. Lofrano.

FUNDAMENTOS

Señor presidente:

Con estupor e indignación, la sociedad argentina viene soportando el incremento de la comisión de delitos aberrantes contra la libertad sexual de las personas, sobre todo cometidos en perjuicio de menores, niños y niñas y mujeres indefensas.

Así, noticias sobre el particular, provenientes de uno u otro confín de nuestro territorio nos afligen y atormentan. Basta recordar el caso de la niña de Tandil, de la de Tres Arroyos, o el de la maestra jardinera violada y asesinada cuando llevó a su pequeño hijo a realizar una práctica deportiva a un club tradicional aquí, a no más de cinco cuadras del obelisco porteño, o el del espeluznante caso de la ciudad de Salta en que resultara víctima una niña de tan sólo ocho años, entre otros.

Y en casi todos los casos, estos delitos son cometidos por quienes ya tienen antecedentes en este tipo de conducta delictiva.

Es decir que pese a la sanción penal recibida oportunamente, se vuelve a insistir en la vejación ya castigada. La sociedad queda entonces indefensa y a merced del accionar de comportamientos ciertamente bestiales, cometidos las más de las veces, al amparo de solapadas asechanzas, difíciles de advertir o prevenir por parte de las futuras víctimas o de quienes están a su cuidado.

No en vano, dos de los principales matutinos de nuestro país han editorializado, en el mismo día (19/02/03), sobre la problemática de los delitos contra la libertad sexual.

Así el diario “La Nación” en su editorial del 19 del corriente expresa: “Algunos hechos criminales abominables que tomaron estado público en los últimos días han replanteado la necesidad de encarar estrategias eficaces para frustrar o prevenir los ataques a la libertad sexual de las personas. Delitos como la violación o los abusos contra menores se siguen reiterando, en la Argentina y en el mundo, sin que la sociedad haya encontrado todavía el modo de evitar o prevenir estos hechos perversos e indignantes, de los cuales resultan víctimas, casi siempre, los sectores más débiles y desprotegidos del cuerpo social: los niños, los adolescentes, las mujeres ocasionalmente solas”. Y continúa diciendo el editorial del prestigioso matutino que “las estadísticas indican que una de las características de los violadores y los corruptores de menores es su tendencia a reincidir en sus comportamientos delictivos”.

En tanto en el editorial del diario “Clarín” de la misma fecha, en conceptos que comparto plenamente, se expresa que “abusar física, sexual o emocionalmente de un niño es una de las aberraciones que más degrada la condición humana: sin embargo, la frecuencia con que se suceden episodios de abuso pone sobre el tapete la frágil protección de los derechos de las niñas y los niños, especialmente los de condición humilde y más vulnerables. Cuando las víctimas de los delitos son criaturas procedentes de hogares carenciados y sus victimarios pertenecen a sectores socioeconómicos acomodados, resalta la evidente degradación y desprotección a la que están sometidos los primeros, así como la actitud de impunidad con que acostumbran moverse los segundos.

”El violador es el producto imperdonable de una cultura que transmite la falsa idea de que la personalidad masculina ha de ir unida a la virilidad. Y a lo que ella implica: poder, dominio, violencia...” Con esta descripción cerraba Gloria Acín, inspectora del grupo de homicidios y agresiones sexuales de la Jefatura de Valencia de la Policía Nacional Española, el recorrido que trazó por los rasgos habituales del violador, en las Jornadas sobre Violencia de Género en la Sociedad Actual y que se llevaron a cabo no hace mucho tiempo en aquella ciudad europea.

Señor presidente: creo que respecto de esta problemática ha llegado la hora de tomar el toro por las astas y sancionar la tipología penal descrita por los artículos 119, 120 y 124 del Código Penal, con una pena que contemple acabadamente la imposibilidad de reincidencia por un lado, favoreciendo así la reconversión del delincuente y por otro, que coloque a la sociedad a buen resguardo de la comisión de este tipo de delitos.

Propongo entonces concretamente, disponer para los casos antes mencionados, y sin perjuicio de la aplicación de la pena privativa de libertad que corresponda al agresor, el establecimiento de la pena de castración quirúrgica o química.

Consistiendo la castración en la “extirpación quirúrgica de las gónadas (en este caso testículos) o su inhabilitación funcional por medicamentos, radiaciones, etcétera”, el establecimiento de ella como pena, y en la forma y para los efectos que la propongo no es ni ha sido ignorada en otras latitudes y otras legislaciones.

Así, existen antecedentes en California, primer estado de EE.UU. en legalizar la castración física o química de los condenados por violar o acosar sexualmente a menores de edad. En su oportunidad, la Cámara de Representantes estatal californiana aprobó con 51 votos a favor y ocho en contra, una ley en ese sentido que ya contaba con el visto bueno del Senado, informó la agencia EFE. (Cfr. diario “El Universal”, Caracas 1/09/96).

También la legislatura de Oklahoma aprobó una iniciativa de ley que autoriza la castración química de condenados por delitos graves. En este caso el diario “Hora de México” en su edición del 25 de mayo del 2002, reproduciendo un cable de Associated Press, expresaba que “la medida, aprobada en la Cámara de Representantes el jueves y que ya había sido aprobada en el Senado, permite que los jueces ordenen la castración química de personas culpables de violación en primer y segundo grado o relaciones sexuales homosexuales forzadas. Los reincidentes podrían ser castrados quirúrgicamente, de acuerdo con la legislación que pasará al gobernador Frank Keating

para su aprobación final. En el proceso de castración química se utilizan drogas para reducir la cantidad de la hormona testosterona en varones. El patrocinador del proyecto de ley, el senador Franck Shurden, había tratado de que fuera aprobado desde principios de la década de 1970. Dijo que la castración ha sido efectiva en Europa para reducir la reincidencia de delincuentes sexuales”.

En la República Dominicana a mediados del año 2001, la Comisión de los Derechos Humanos sometió al Congreso un proyecto de ley que modificaría el artículo 325 del Código Penal, para que a los culpables de violación de menores y adolescentes se los castigue con la castración química (Cfr. Listin diario, RD, 1/8/01).

Por otra parte, no deberíamos temer desde el punto de vista terapéutico los términos de mi propuesta normativa, toda vez que, al decir del doctor Michael Colgan, director del Instituto Colgan de Ciencias de la Nutrición en San Diego, “por primera vez en la historia, la ciencia médica posee suficientes conocimientos sobre el funcionamiento humano como para comprender la cascada hormonal que, fluyendo desde el cerebro controla la estructura del cuerpo, la energía, las emociones e incluso la calidad del pensamiento” y en este sentido, entiendo que serán las jurisdicciones locales, quienes debidamente asesoradas por sus cuerpos médicos forenses, los colegios médicos e instituciones científico-académicas de las distintas disciplinas de las ciencias de la salud, habrán de legislar o disponer sobre la forma y el procedimiento de la ejecución de la pena que propongo. Siendo lo verdaderamente importante que en esta instancia demos la puntada inicial para que se cuente con la norma adecuada en el código de fondo, y no nos digan después los jueces que carecen de la legislación acorde para aplicar en estos casos y cuya sanción es un clamor de la sociedad toda.

Asimismo, y para aventar todo tipo de reproches desde lo religioso y hasta lo filosófico podemos decir que “la mayoría de los teólogos y moralistas de casi todos los tiempos han reconocido la legitimidad teórica de usar la castración (así como otro tipo de mutilación) como castigo de determinados delitos. Entre otros, por ejemplo, Santo Tomás; también el magisterio la reconoce como recurso lícito para el culpable. La condición es que se trate de un sujeto ciertamente culpable y que la pena determinada cumpla las condiciones de ser vindicativa (que tienda a la compensación), medicinal (que sirva de correctivo para el mismo criminal) y ejemplar (que sirva para que los demás se aparten de tales crímenes) (Cfr. Qué decir de la castración química de los violadores, por el profesor Miguel Angel Fuentes: en www.iveargentina.org.ar)”.

Señor presidente: es necesario legislar con energía, sin miedos y sin ningún tipo de contemplaciones, normas conducentes y propicias para combatir con eficacia los problemas que nos están desbordando como sociedad, desborde que se origina –en gran medida–, por la carencia de las herramientas adecuadas para prevenir o evitar estos hechos degradantes para la persona humana y el cuerpo social en su conjunto.

Espero entonces, el acompañamiento de mis pares en la sanción del presente proyecto de ley.⁷⁶

76 Proyecto de ley 8018-D-02 Elsa Lofrano.

Capítulo X

Bibliografía consultada

Manual de derecho penal, Ricardo C. NÚÑEZ, parte especial, 2º edición actualizada por Víctor F. REINALDI, Marcos Lerner Editora Córdoba, edición 1999.

Código penal de la Nación Argentina, Néstor D. ROMBOLA, Lucio M. REBOIRAS, Editorial Ruy Díaz, Buenos Aires, edición 2009.

Código penal de la Nación Argentina

Código Penal Argentino, Parte General, De la Rúa, Jorge, 2 Edición.

Constitución de la Nación Argentina

Proyecto de ley .iniciado: diputados expediente n°3746-d-2007 publicado en: trámite parlamentario n° 97 fecha 01/08/2007.

Proyecto de ley n° 8018-D-02 Elsa Lofrano

Decreto n° 308, Mendoza 3 de marza 2010, expediente n° 124-m-2010-00108

Proyecto de Ley. Iniciador: Diputado Hugo Manuel Argerich. *Extracto*: Programa de Prevención de Reincidencia de Delitos Sexuales – Castración química de condenados por delitos de índole sexual. *Expte*: A-SP 0223-2010

La Constitución de los Argentinos, Daniel A. SABSAY, José M. ONAINDIA, 6º edición ampliada y actualizada, Editorial Errepar, Buenos Aires, edición 2004.

Lecciones sobre Derechos Humanos y Garantías, Miguel M. PADILLA, 2° edición ampliada y actualizada, Editorial Abeledo Perrot.

Pacto San José de Costa Rica. (Convención Americana sobre Derechos Humanos)

Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura.

Tratado de Derecho Constitucional, Miguel A. EKMEKDJIAN, Editorial Depalma, edición 1994, tomo I.

Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino, Germán BIDART CAMPOS. Tomo I.

Manual de la Constitución, Joaquín. V. GONZALES.

Tratado de Derecho Penal parte general, Eugenio R. ZAFFARONI, Editorial Ediar, edición 1995, Buenos Aires, tomo I.

Manual de Derecho Penal, parte general, Eugenio R. ZAFFARONI, Editorial Ediar, Buenos Aires, edición 2005.

El Enemigo en el Derecho Penal, Eugenio R. ZAFFARONI, Editorial Dykinson, edición 2006.

Instituciones de Derecho Privado, Obligaciones, Daniel R. PIZZARRO, y Carlos G. VALLESPINO, Tomo II. 1ª Edición, Editorial Hammurabi, Bs. As, edición 1999.

Páginas de internet

www.es.wikipedia.org/wiki/Investigaci%C3%B3n_cualitativa

www.eumed.net/rev/cccss/07/daa5.htm

<http://www.noticiasmedicas.es/medicina/noticias/483/1/inhibir-la-produccion-de-testosterona....acceso>

http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/science/newsid_6752000/6752103.stm

<http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/actualidad-juridica-aranzadi/738/comentario/la-castracion-quimica-para-pedofilos-un-problema-etico-y-penologico>

www.uclm.es/aidp/pdf/barbero1/39.pdf

<http://pensamientopenal.com.ar/01102009/ejecucion02.pdf>

<http://www.mdzol.com/mdz/nota/164638/>

http://www.clarin.com/policiales/Mendoza-duras-criticas-castracion-quimica_0_306569433.html

<http://www.mdzol.com/mdz/nota/197031>

<http://www.elancasti.com.ar/nota.php?id=76488>

<http://www.26noticias.com.ar/diputados-de-santa-fe-proponen-la-castracion-quimica-para-violadores-104813.html>

<http://www.aquileana.wordpress.com/2007/09/08/articulo-19-constitucion-nacional>

<http://www.jovenespenalistas.com.ar/Reflexiones-sobre-la-constitucionalidad-del-articulo-14-Natalia-Pacheco.pdf>

<http://sites.google.com/site/lomasapuntes/derecho-penal-i/resumen-zaffaroni/capitulo-xxi>

http://www.carlosparma.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=59:reflexiones-sobre-la-pena&catid=39:parte-general&Itemid=27