

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN MATERIA PENAL JUVENIL (Security measures in juvenile criminal law)

Licda. Mayra Campos Zuñiga
Fiscal Adjunta
Poder Judicial de Costa Rica
mcamposz@Poder-Judicial.go.cr

Omar Vargas Rojas
Juez de Juicio
Poder Judicial de Costa Rica
ovargas@Poder-Judicial.go.cr

Recibido para publicación	23-08-2005
Aceptado para publicación	17-12-2005

SUMMARY

Currently, there has been an arduous discussion about penalties in juvenile criminal law, topic which becomes especially relevant when we are faced to criminal conducts from people who are underage, in which their condition of not guilty or drug addict has been determined from the conclusions of respective expertise. The question leads up to two possible solutions: first, face it like a health problem and exclude it from criminal law; second, keep the traditional line, in which the criminal law can punish the criminal conduct, imposing a security measure. If we admit the first solution, the laws applicable are the Code of Childhood and Adolescence, contemplating the possibility of applying protection measures towards those who are in a vulnerable situation, in which we would put the cases of the not guilty and the drug addicts; this would imply admitting “security or protection” measures with a juridical nature of administrative sort. Position that would imply not only a weakening of rights, but would also violate what the Constitutional Chamber has said, when studying the scope of Article 39 of the Political Constitution, that the imposition of punishments and security measures have the guarantee of law reserve, which makes its nature jurisdictional and exclusive to when a crime is committed. The only possible solution, in order to respect this law reserve, is to apply, according to Article 9 of the Law of

Juvenile Criminal Justice, the legislation applicable to adults and to admit the imposition of security measures in juvenile criminal justice.

KEY WORDS

Security, penalties, measures, juvenile criminal law, not guilty, drug addict, weakening of rights.

RESUMEN

En la actualidad existe una ardua discusión sobre las sanciones dentro del derecho penal juvenil, tema que cobra especial relevancia cuando nos enfrentamos a conductas delictivas cometidas por personas menores de edad en las cuales se ha determinado su condición de inimputables o toxicómanos a partir de las conclusiones de las pericias respectivas. El cuestionamiento nos lleva a dos posibles soluciones: una darle un abordaje como un problema de salud y excluirlo del derecho penal y otra, mantener la línea tradicional, en la cual se faculta al derecho penal sancionar la conducta delictiva, imponiendo una medida de seguridad. Si se admite la primera posición, la normativa aplicable lo constituye el Código de la Niñez y la Adolescencia, el cual contempla la posibilidad de imponer medidas de protección para quienes están en una situación de vulnerabilidad, dentro de las que se ubican los casos de inimputables y toxicómanos, esto implica admitir medidas de “seguridad o protección” con una naturaleza jurídica de carácter administrativo. Posición que implicaría no sólo una vulneración de derechos sino que contraviene lo señalado por Sala Constitucional, la cual al desarrollar el alcance del artículo 39 de la Constitución Política, ha señalado que la imposición de las sanciones y por ende de las medidas de seguridad gozan de la garantía de la reserva de ley, destacando su naturaleza jurisdiccional y exclusivamente ante la comisión de delitos. La única solución posible en aras del respeto de esta reserva legal, es aplicar, conforme al artículo 9 de la Ley de Justicia Penal Juvenil la legislación penal de adultos y admitir la imposición de medidas de seguridad en la justicia penal juvenil.

PALABRAS CLAVE

Seguridad, sanciones, medidas, ley penal juvenil, inocente, drogadicto, vulneración de derechos.

INTRODUCCION

El tema de las medidas de seguridad dentro del derecho penal es uno de los aspectos más controvertidos. Su análisis implica cuestionarse diversos tópicos que van desde su naturaleza jurídica hasta la legitimación de su existencia dentro de un derecho penal democrático. Discusión que cobra especial relevancia cuando nos enfrentamos a conductas delictivas cometidas por personas menores de edad en las cuales se ha determinado su condición de inimputables o toxicómanos a partir de las conclusiones de las pericias respectivas. Esta polémica toma auge en nuestro medio a raíz de los fallos reiterados del Tribunal de Casación Penal^[1] en donde establece que conforme al “...*principio de legalidad, consagrado en el artículo de la Constitución. Política., así como en los instrumentos internacionales de derechos humanos, impide privar de libertad a las personas, mayores o menores, ya mediante prisión o una pena alternativa, ya mediante una medida de seguridad, si esos efectos no se encuentran previstos en la ley –bajo reserva de ley-. En materia de afectación a la libertad de menores, la Ley de Justicia Penal Juvenil (L.j.p.j). no previó la peligrosidad criminal generadora de medidas de seguridad [...]* No resulta legítimo aplicar

[1] Ver los siguientes votos del Tribunal de Casación Penal: Voto N° 2002-04441 de las 9:45 horas del 20 de junio de 2002, Voto N° 2002-0469 de las 9:30 horas del 1 de julio de 2002. Voto N° 2002-0470 de las 9:35 horas del 1 de julio de 2002. Voto N° 2002-0471 de las 9:40 horas del 1 de julio de 2002. Voto N° 2002-0472 de las 9:45 horas del 1 de julio de 2002. Voto N° 2002-0474 de las 10:05 horas del 1 de julio de 2002. Voto N° 2002-0475 de las 10:10 horas del 1 de julio de 2002. Voto No: 2002-0476 de las 10:15 horas del 1 de julio de 2002. Voto N° 2002-0538 de las 8:50 horas del 18 de julio de 2002. Voto N° 2002-0579 de las 10:10 horas del 1 de agosto de dos mil dos. Voto N° 2002-0854 de las 9:45 horas del 17 de octubre de 2002.

subsidiariamente los artículos 97 y 102 del Código Penal, por cuanto atentaría contra el principio de legalidad en materia penal sustantiva”.^[2]

Partiendo de la posición de la jurisprudencia podemos derivar varios cuestionamientos. El primero de ellos es acerca de la respuesta que da el ordenamiento jurídico costarricense a aquellos casos en los cuales, luego de practicarse las pericias psicológicas y psiquiátricas, se llega a concluir que una persona menor de edad realizó los hechos delictivos bajo un estado de inimputabilidad o de imputabilidad disminuida. Para comprender este concepto debemos obligatoriamente definir el concepto de culpabilidad desde la concepción jurídico-penal^[3]. Esta

[2] Tribunal de Casación Penal, Voto N° 2002-0579 de las 10:10 horas del 1 de agosto de 2002.

[3] Desde el punto de vista de la psicología, estos conceptos de imputabilidad y culpabilidad tienen una acepción más amplia. “**Imputabilidad.** Este concepto, aunque es eminentemente jurídico se sustenta necesariamente, en una teoría psicológica; es decir, debe poseer cierta normalidad psíquica o capacidad para comprender y ejecutar el acto ilícito o bien, características suficientes para que sus facultades le permitan ejecutar sus acciones con libertad y escoger entre las opciones que le ofrecen las circunstancias, voluntad de finalidad para obtener el resultado armónicamente estructurado, para poder, mediante las funciones mentales superiores correspondientes, alcanzar la comprensión plena de la acción que ejecuta, y así encontrarse en actitud para dirigirla. Integrando lo jurídico, diríamos que es imputable quien posea la capacidad psíquica, la responsabilidad y la culpabilidad de acto expresamente tipificado así por los componentes formales. **Culpabilidad.** La culpabilidad está asociada a dos elementos integrados en la definición misma de delito. Como construcción social, la culpabilidad, desde lo psicológico, se refiere al reproche o injustificación que se establece producto del consenso social, ante una conducta inaceptada culturalmente, en un contexto histórico particular (antijuridicidad) y a menudo, a los elementos normativos o leyes que reconocen ese consenso, y que tipifican o describen una conducta ilícita según el derecho (tipicidad). Destacamos el “a menudo”, debido a que no siempre coincide lo normativo con el consenso

culpabilidad es equivalente al juicio de reprochabilidad por la realización de un hecho delictivo. *“Culpable, en ese sentido, es aquel que, pudiendo, no se ha motivado ni por el deber impuesto por la norma, ni por la amenaza penal dirigida contra la infracción de la misma”*.^[4] Contrario sensu, es inimputable quien no tenga la capacidad de culpabilidad. Lo anterior implica que el concepto de culpabilidad se compone de dos niveles básicos. Por un lado, la capacidad de comprender el carácter ilícito del acto que realiza y, por otra, la posibilidad de adecuar su conducta de acuerdo a esa comprensión.

Esta capacidad de motivarse en la norma es de naturaleza estrictamente jurídica. *Sin embargo, existe una estrecha relación con las cuestiones de carácter psiquiátrico y psicológico. “Las definiciones legales de la capacidad de motivación hacen referencia a dos momentos: Por un lado fijan los presupuestos biológicos (p.ej. enfermedad mental, etc.) que condiciona la exclusión de la capacidad y por otro establecen las consecuencias normativas que deben producir tales presupuestos psicológicos (incapacidad de comprender la desaprobación jurídico-penal y de dirigir el comportamiento de acuerdo con su comprensión). Se trata por lo tanto de las llamadas fórmulas mixtas de la “imputabilidad” biológico-normativas, o*

del reproche social, primero porque como construcción social, las normas poseen elementos subjetivos; por esto, lo ilícito puede cambiar de una cultura a otra; y segundo, porque hay temas normados aunque no poseen la contundencia del consenso social”. Lin Ching Céspedes, Ronald. Psicología Forense: Principios Fundamentales. San José, Costa Rica. EUNED 2002. Pág. 62.

^[4] Bacigalupo, Enrique, Lineamientos de la Teoría del Delito. Segunda Edición. Editorial Juricentro. 1985. pág. 85.

también psiquiátrico-psicológico-jurídica”^[5].

Dentro de estas causas o circunstancias, siguiendo a BACIGALUPO, se incluyen la enfermedad mental, el desarrollo mental insuficiente y la grave perturbación de la conciencia.^[6]

En segundo lugar, con esa decisión legislativa y jurisprudencial, en el caso de las personas menores de edad, se está admitiendo la naturaleza administrativa y no jurisdiccional de las medidas de seguridad para este sector de la población. Ambos cuestionamientos nos obligan a realizar un análisis paralelo del Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N° 7739, publicada en la Gaceta del 6 de febrero de 1998, la cual introduce dentro del ámbito administrativo la imposición de medidas de protección a favor de las personas menores de edad cuando se encuentran en alguna situación de vulnerabilidad provocada por sí mismos o por terceros. El numeral 135 incisos d) y e) establece que se podrá dictar las siguientes medidas de protección: *“...d) Orden de tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico en régimen de internación en hospital o tratamiento ambulatorio. e)*

^[5] Bacigalupo, Op. Cit. Pág 93.

^[6] Cfr: Bacigalupo, Op. Cit. pág 94-96. De acuerdo con el artículo 42 del Código Penal costarricense *“Es inimputable quien en el momento de la acción u omisión no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, a causa de enfermedad mental o de grave perturbación de la conciencia, sea esta o no ocasionada por empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes”*. Art. 43 del Código Penal señala: *“Se considera que actúa con imputabilidad disminuida quien, por efecto de las causas a que se refiere el artículo anterior, no posea sino incompletamente en el momento de la acción u omisión, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión.”*

Inclusión en programas oficiales o comunitarios de auxilio, que impliquen orientación y tratamiento a alcohólicos o toxicómanos”.

Como corolario, tanto de la posición jurisprudencial como de la legislación existente podemos plantear como problema lo siguiente: Si el derecho penal juvenil no tiene establecida ninguna respuesta penal ante los inimputables y la legislación de protección de la niñez contempla la posibilidad de imponer medidas de protección para quienes están en una situación de vulnerabilidad, dentro de las que se ubican los casos de inimputables y toxicómanos, es posible la imposición de las mismas adquiriendo tales medidas una naturaleza jurídica de carácter administrativo, en razón de lo cual se rompe con el esquema tradicional seguido por nuestro ordenamiento en cuanto a la imposición de medidas por razones de peligrosidad.

DELIMITACION CONCEPTUAL

Para comprender la problemática planteada, es necesario definir y caracterizar qué son las medidas de seguridad, hacia quiénes van dirigidas y cuál es su fundamento filosófico, político y social.

De acuerdo con ANTOLISEI, las medidas de seguridad tienen como finalidad “...readaptar al delincuente para la vida libre en sociedad, es decir, para promover su educación o curación, según sea la necesidad de la una o de la otra, poniéndolo de todos modos en la

imposibilidad de causar daños”.^[7] Su aplicación se remonta al año 1893, cuando se introdujo en el proyecto de Código Penal para Suiza.

Desde el punto de vista teórico y relacionando las medidas de seguridad con las penas, existen dos corrientes doctrinales. La primera, denominada monista o unitaria, considera que no existen diferencias sustanciales entre unas y otras. En tal sentido Rodríguez, citado por SANABRIA señala que “...los sustentadores de este punto de vista no admiten diferencias entre pena y medida de seguridad, considerando que su fin es el mismo (la defensa social), que se trata de una limitación o suspensión de derechos y que buscan la prevención del delito y la readaptación del delincuente, siendo posible sustituir una por otra”.^[8] Desde la acera de enfrente, los dualistas consideran que existen importantes diferencias entre unas y otras. Dentro de las principales diferencias se encuentran la ausencia de un reproche moral en las medidas de seguridad, mientras que ello es esencial en la pena. La finalidad de la medida de seguridad es la protección social, mientras que la pena busca restaurar el orden jurídico roto. El fundamento también es distinto. La pena debe ser proporcional al hecho y a la culpabilidad del autor, mientras que la medida de seguridad se sustenta en la peligrosidad. La medida no intimida, mientras la pena sí lo hace.^[9] Partiendo de la finalidad curativa, su justificación más que afflictiva es correctiva y tiene como

[7] Antolisei, Francesco. Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Temis, Bogotá Colombia, 8ª edición, 1988, pág. 553.

[8] Rodríguez Manzanares, citado por Sanabria Rojas, Rafael. Op. Cit. pág. 27.

[9] Cfr: Sanabria Rojas, Rafael, Op. Cit. Pág 28.

fundamento el criterio de peligrosidad de la persona a la cual se le impone. Conforme a dicha finalidad, doctrinalmente se ha intentado distinguirla de las penas, aduciendo que en aquellas se busca la rehabilitación, a saber, la reinserción social del condenado, mientras que en estas hay un alto contenido retributivo. Sin embargo, esta discusión -que es estrictamente teórica- se encuentra ampliamente superada, ya que ambas tienen finalidad de prevención especial positiva, procurando la incorporación del sentenciado a la sociedad.^[10]

Sobre el particular, al discutir el tema en el año 1992 la Sala Constitucional señaló que en la práctica no existía ninguna diferencia en la aplicación de las medidas de seguridad en relación con las penas. Sin embargo, considerando tanto la doctrina como la legislación vigente en nuestro país, la Sala destacó como elemento diferenciador entre ambas los criterios de culpabilidad y peligrosidad. *“...existe marcada aceptación en la doctrina para tener como fundamento de la pena a la culpabilidad, mientras que las medidas lo hacen en la peligrosidad. La culpabilidad permite una función garantista a la pena, pues limita al Estado en cuanto a la reacción por la*

^[10] Nuestro Código Penal en su artículo 51 establece: *“La pena de prisión y las medidas de seguridad se cumplirán en los lugares y en la forma que una ley especial lo determine, de manera que ejerzan sobre el condenado una acción rehabilitadora...”*. En el mismo sentido la Ley de Justicia Penal Juvenil en el artículo 123 refiere: *“Las sanciones señaladas deberán tener una finalidad primordialmente educativa y aplicarse, en su caso, con la intervención de la familia y del apoyo de los especialistas que determine.”* Por su parte la Convención Americana Sobre derechos Humanos, suscrita en San José el 22 de noviembre de 1969, en su artículo 5 inciso 6 dispone que: *“Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”*

comisión de un hecho delictivo, al tanto de culpabilidad, mientras que la peligrosidad no puede cumplir ese cometido, dado que para “superarla” se necesita someter al sujeto a un “tratamiento” o intervención por tiempo indeterminado; la gravedad del hecho, la importancia del bien jurídico afectado y el grado de culpabilidad demostrado en la comisión del hecho, pierden importancia [...]”^[11] ante las situaciones de peligrosidad. Además de esta distinción sustancial, la Sala Constitucional, de conformidad con el artículo 39 de la Constitución Política, ha señalado que la imposición de las sanciones y por ende de las medidas de seguridad gozan de la garantía de la reserva de ley, destacando su naturaleza jurisdiccional y exclusivamente ante la comisión de delitos.

Mediante resolución número 322-92 de las quince horas con cuarenta y cinco minutos del once de febrero de 1992, la Sala Constitucional al analizar el artículo 39 constitucional señaló: *“A su vez el numeral 39 de la Constitución establece, en lo que interesa: “Artículo 39.-A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior”. Al disponer el constituyente que no se hará sufrir pena sino por delito sancionado por ley anterior, no puede estimarse el término pena lo utilice en sentido estricto, sea para referirse únicamente a las que aparecen en el artículo 50 del Código Penal. El término se utiliza como sinónimo de sanción y dentro de esta institución es indudable que encontramos a las medidas de seguridad...”*

^[11] Sala Constitucional. Voto N° 88-92 de las 11:00 horas del 17 de enero de 1992.

Partiendo de los anteriores pronunciamientos cabe preguntarse: ¿es posible la aplicación de medidas de protección a personas menores de edad, sin que se haya demostrado la comisión de un injusto penal, equiparando tales medidas a las de seguridad? O, por el contrario, ¿es posible admitir que tales medidas, de naturaleza administrativa, no son medidas de seguridad, sino medidas de protección con un contenido diferente a aquellas? ¿Admite el ordenamiento jurídico, con respecto a las personas menores de edad, una peligrosidad predelictiva?

Dentro de la doctrina se ha mantenido una posición uniforme en el sentido de que, para aplicar las medidas de seguridad es necesario cumplir con dos requisitos fundamentales:

- “a) La comisión de un hecho previsto por la ley como delito y
- b) la peligrosidad del reo”^[12]

En cuanto a la comisión de delitos, ya mencionamos que guarda relación con el principio de legalidad, conforme al cual “...la única fuente creadora de delitos y penas es la ley; se extiende a las causas de agravación y a las medidas de seguridad...”^[13].

Entendemos por peligrosidad o estado peligroso, “la condición de un individuo o de una situación que dirige el potencial o actuación nociva contra una persona, comunidad u orden social”^[14]. Dentro del

concepto de peligrosidad y desde el punto de vista médico legal se incluyen los casos de retardo mental que podría generar “peligrosidad social” según el grado de “déficit intelectual y de su afectividad”^[15].

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Constitucional, ya citada, las medidas de seguridad únicamente proceden contra aquellos sujetos que, habiendo cometido un delito, sean señalados como inimputables. Al respecto, el artículo 98 inciso 1) del Código Penal dispone: “*Obligatoriamente el juez impondrá la correspondiente medida de seguridad:*

1) Cuando el autor de un delito haya sido declarado inimputable o tuviere disminuida su imputabilidad”.

Por su propia naturaleza, en doctrina se ha admitido que las mismas tengan una duración indeterminada y dependa de una valoración técnica la determinación de si ha desaparecido o no el estado de peligrosidad que originó la medida. En nuestro país, el artículo 100 del Código Penal recoge esta concepción al señalar que “*Las medidas curativas de seguridad son de duración indeterminada*”.

Como lo expone SANABRIA, dentro de la doctrina y la legislación se han clasificado las medidas de seguridad en eliminatorias, de control, patrimoniales, terapéuticas, educativas, restrictivas de derechos y privativas de libertad. Dentro de nuestro sistema se destacan las medidas curativas, de internación y de vigilancia.^[16] Dentro de las curativas, el artículo 101 del Código Penal enumera

^[12] Antolisei, Francesco, Op. Cit. pág.59.

^[13] Rodríguez Devesa citado por Sanabria Rojas, Rafael Angel. Las Medidas de Seguridad. Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial, noviembre 1993. pág. 51.

^[14] Goldzdand citado por Vargas Alvarado, Eduardo. Medicina Legal. Compendio de Ciencias Forenses para Médicos y Abogados. Lehmann editores, 3º edición, 1983, San José, Costa Rica. pág. 337.

^[15] Cfr: Vargas Alvarado, Eduardo. Op. Cit. pág. 346.

^[16] Cfr: Sanabria Rojas, Rafael Angel. Op. Cit. págs. 11-18.

las siguientes: “1) *El ingreso en un hospital psiquiátrico.* 2) *El ingreso en un establecimiento de tratamiento especial educativo.* 3) *Someterse a un tratamiento psiquiátrico*”. Por su parte, el artículo 102 señala que las medidas de seguridad se aplicarán así: “a) *En servicios psiquiátricos idóneos o establecimientos de tratamiento especial educativo, se internarán los enfermos mentales, toxicómanos habituales, alcohólicos y sujetos de imputabilidad disminuida que hayan intentado suicidarse.*”

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y JUSTICIA PENAL JUVENIL

Como lo hemos venido exponiendo, la jurisprudencia ha mantenido la posición de que dentro de la justicia penal juvenil no es posible la imposición de medidas de seguridad a las personas menores de edad declaradas inimputables o con imputabilidad disminuida. Para comprender la posición debemos necesariamente repasar algunos aspectos de la ley de Justicia Penal Juvenil, tanto de carácter sustancial como procesal.^[17]

En primer lugar, se trata de una legislación especial que establece los principios básicos del debido proceso para el juzgamiento de las conductas delictivas cometidas por personas menores de edad, con edades comprendidas entre los doce y menos de dieciocho años.

Dicha normativa desarrolla la doctrina de la protección integral, la que tiene como fundamento filosófico el marco de los derechos humanos, partiendo de la

^[17] Ley N° 7576 publicado en la Gaceta N° 82 del 30 de abril de 1996.

premisa de que las personas menores de edad son sujetos de derechos y obligaciones; asimismo que su condición de minoridad obliga a que en toda actuación e intervención pública o privada se aplique el interés superior^[18] y se procure la formación integral y la reinserción en la familia y la sociedad^[19]. A partir de esos principios, la ley contempla un catálogo de sanciones distinto al modelo tradicional de prisión y multa que rige en el sistema penal de adultos. El elenco de sanciones penales juveniles, se clasifica en tres tipos: Sanciones socioeducativas (amonestación y advertencia, libertad asistida, prestación de servicios a la comunidad, reparación de daños a la víctima), órdenes de orientación y supervisión (vivir en un lugar determinado, abandonar el trato de ciertas personas, evitar la visita a ciertos lugares, incorporarse a un sistema educativo formal o informal, adquirir trabajo, abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicos que produzcan adicción o hábito, ordenar el internamiento para tratamiento ambulatorio en un centro de salud, público o privado, para desintoxicación o tratamiento de la adicción a las drogas) y las sanciones privativas de libertad (internamiento domiciliario, durante el tiempo libre o en centro especializado).^[20] Como se deriva de dicha normativa, el

^[18] Entendemos como interés superior, que en cada respuesta –sea pública o privada- se deben considerar las condiciones psicosociales particulares del sujeto involucrado.

^[19] Sobre este particular el artículo 7 de la Ley de Justicia Penal Juvenil señala: “ *Serán principios rectores de la presente ley, la protección integral del menor de edad, su interés superior, el respeto de sus derechos, su formación integral y la reinserción en su familia y la sociedad...*”

^[20] Cfr. Artículo 121 de la Ley de Justicia Penal Juvenil.

legislador no resolvió de forma expresa la hipótesis de las personas menores de edad, autores de un delito y que se encuentren en condición de inimputabilidad o imputabilidad disminuida. Sin embargo, en virtud de la naturaleza penal de esta regulación, el legislador estableció una norma genérica por medio de la cual autorizó la supletoriedad de la legislación penal y procesal de adultos.

En efecto, el artículo 9 de la L.j.p.j. establece: “En todo lo que no se encuentre regulado de manera expresa en la presente ley, deberán aplicarse supletoriamente la legislación penal y el Código Procesal Penal. Sin embargo, al conocer el caso concreto, el Juez penal juvenil siempre deberá aplicar las disposiciones y los principios del Código Penal, en tanto no contradigan alguna norma expresa de esta ley”.

La discusión se centra, entonces, en determinar si esa remisión supletoria legítima para que en materia penal juvenil, teniendo por acreditado el hecho punible y la inimputabilidad, sea posible aplicar una medida de seguridad. Para abordar este tema, lo primero que debemos recordar es que la L.j.p.j., si bien contiene algunos elementos de fondo como las sanciones, los principios, las medidas alternas, lo cierto es que no contiene ninguna referencia a otros aspectos importantes, tales como la acción, la autoría, la participación, los concursos, la culpabilidad, antijuridicidad, los errores y en general los diversos aspectos propios de la teoría del delito. Incluso, en lo que se refiere a los tipos penales, los mismos deben buscarse en el Código Penal y en las distintas leyes especiales. No obstante esa

omisión, no ha existido ninguna discusión o polémica en cuanto a su aplicación supletoria.

En segundo lugar, debe advertirse que las medidas de seguridad, en nada contrarían los principios rectores de la materia, en especial, el interés superior, que es el eje sobre el cual gravitan los demás principios. Dentro de la doctrina de la protección integral, el concepto de interés superior parte del presupuesto que las personas menores de edad son sujetos de derechos y deberes. Si bien el Código de la Niñez y la Adolescencia no define este principio, en su artículo 5 contempla algunos parámetros que permiten darle contenido. En efecto, dicha norma dispone que “*La determinación del interés superior deberá considerar: a) Su condición de sujeto de derechos y responsabilidades. B) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales. C) Las condiciones socioeconómicas en que se desenvuelve y d) La correspondencia entre el interés individual y el social*”^[21]. Es decir, que el interés superior para el caso concreto debe contemplar todas las circunstancias psicológicas, sociales y económicas particulares de la persona menor de edad. “*Como bien lo indica Carlos Tiffer, en el nuevo modelo se parte de que la impunidad no es conveniente ni sana para la sociedad, como tampoco lo es para el adolescente o la adolescente.*”^[22]

[21] Código de la Niñez y de la Adolescencia, art. 5.

[22] Tiffer, Carlos, citado por Llobet Rodríguez, Javier. El principio del Interés Superior del Niño en la Justicia Penal Juvenil EN Tiffer, Llobet, Dünkel Derecho Penal Juvenil. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S.A., San José, 2002, pág. 121.

En tercer lugar, las medidas de seguridad no son contrarias a los propósitos de la sanción en materia penal juvenil. De acuerdo con lo estipulado en el artículo 123 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, la pena tiene “una finalidad primordialmente educativa”. Como lo plantea LLOBET, en la aplicación del principio educativo dentro del derecho penal juvenil debe tenerse en cuenta que “...la finalidad que debe perseguirse no debe estar dirigida a obtener un cambio interior en el joven, ya que implica una violación al principio de dignidad de la persona humana. Más bien, el principio educativo debe dirigirse a evitar la reincidencia, o sea en sentido de la prevención especial positiva”.^[23] Compartimos con LLOBET, que ni el interés superior, ni los principios educativos pueden justificar la violación de derechos procesales y sustanciales de las personas menores de edad. Sin embargo, ello no ocurre con la aplicación supletoria del Código Penal, ya que si unimos ambas normativas y los principios citados cumpliríamos con las garantías que demanda la imposición de las medidas de seguridad. En primer lugar, se respeta el principio de legalidad, dado que es un aspecto de derecho sustancial que se omitió regular en forma expresa – situación que también ocurre con la mayoría de los institutos propios de la dogmática penal- dado que el mismo legislador a través de una norma^[24] autoriza la aplicación supletoria del Código Penal en el tanto no afecten los principios. En segundo lugar se cumple con las garantías del debido proceso para imponer una sanción –en sentido amplio- garantías que implican el tener por

^[23]Tiffer, Llobet, Dünke. Derecho Penal Juvenil...Op. Cit. pág 124.

^[24] Ver artículo 9 L.j.p.j.

demostrada la comisión de un hecho delictivo, así como la demostración de la inimputabilidad o de la imputabilidad disminuida.

Resulta peligroso, e incluso cuestionable, que en la actualidad los jueces penales juveniles, a raíz de los pronunciamientos del Tribunal de Casación, una vez que cuentan con el dictamen psicológico o psiquiátrico de la persona menor de edad, emitan una valoración sobre su capacidad cognitiva y volitiva y procedan a dictar una sentencia de sobreseimiento, remitiendo el asunto al Patronato Nacional de la Infancia, para que a la persona con retardo mental o alguna afectación de sus capacidades superiores se le imponga una medida de “protección administrativa” que establezca el tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico en régimen de internación o tratamiento ambulatorio.^[25] Como consecuencia de la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal, estimamos que lejos de convertirse en una situación favorable para la persona menor edad, más bien se ha debilitado su posición. Ello por cuanto, para la imposición de una medida de seguridad curativa, no bastaba la acreditación de la afectación de su capacidad de culpabilidad, sino que también se requería la demostración de la existencia y comisión del hecho delictivo por parte de la persona menor de edad. Aparte de ello, tal imposición se da dentro de un procedimiento jurisdiccional, con todas las garantías del debido proceso.

En la actualidad, sin la aplicación de un proceso con las garantías de rigor, y sin que sea necesaria la demostración de su

^[25] Artículo 135 del Código de la Niñez y de la Adolescencia.

participación en un injusto –e, incluso, sin que se requiera la comisión de un delito, se faculta a un órgano *administrativo* para que ordene restricciones similares a las contenidas en las medidas de seguridad.

LA INACAPACIDAD MENTAL DISMINUIDA Y EL JUICIO DE REPROCHE

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacionales, específicamente en los votos de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal de Casación Penal, se ha planteado la hipótesis de que los casos de imputabilidad disminuida no implican que el sujeto deba ser eximido de su responsabilidad, sino que tan solo permiten la atenuación del reproche y la imposición de la respectiva medida de seguridad.

Esta discusión se planteó recientemente, al resolverse un caso concreto en que se dictó el voto 2004-214 de las 11:07 horas del 4 de marzo de 2004, por parte del Tribunal de Casación Penal. En dicha resolución, el tribunal fue claro al señalar que los temas vinculados a la inimputabilidad deben discutirse durante la fase del contradictorio. Este aspecto resulta de gran importancia ya que obliga al juez penal juvenil a valorar las pruebas, incluyendo las pericias psicológicas y/o psiquiátricas^[26], las cuales, junto con los

^[26] “El psicólogo es uno de los expertos a los que recurren frecuentemente los jueces. El papel que desempeñan estos profesionales está relacionado íntimamente con la aportación de elementos encaminados a determinar si existen las condiciones mínimas tanto en los aspectos conductual, fisiológico o cognoscitivo en el sujeto sometido a proceso, para que, de ser así, le sean imputadas sus acciones...”. Silva Rodríguez, Arturo. Criminología y Conducta Antisocial. Editorial PAX, México, 2003, pág. 43.

demás elementos probatorios, le permitirán determinar aspectos tales como la capacidad cognitiva,^[27] volitiva^[28] y de juicio.^[29]

En este fallo, además de los aspectos ya indicados, el Tribunal de Casación Penal cuestiona la posición de la Sala Tercera, expuesta desde el año 1999 mediante resolución 1254-99 de las 14:36 horas del 8 de octubre de 1999, en la que esta última había resuelto: “...*En la especie quedó claro que la capacidad de comprensión del carácter ilícito de sus actos del señor...se encontraba disminuida por un padecimiento mental, la conducta por él desplegada –carente entonces de culpabilidad- no podría en ningún modo calificarse como delictiva,*

^[27] “**Capacidad Cognitiva.** En ella se incluye todas las actitudes con que el sujeto cuenta para incorporar la información del medio emite; por ejemplo, todos los procesos sensorio-perceptivos y la capacidad intelectual del sujeto. Estas aptitudes y capacidades que determinan uno de los mayores aportes de la psicología al derecho: la conciencia de la ejecución del acto. Este rubro se estipula si el individuo posee conciencia del carácter ilícito y de las consecuencias de su conducta” Lin Ching, Op. Cit. Pág. 70.

^[28] “**Capacidad Volitiva.** Comprende todos los aspectos motivacionales que subyacen una conducta, el psicólogo debe proveer a la autoridad judicial un panorama de las características del individuo, es sobre el conjunto de valores, aptitudes, sentimientos o afecto, costumbres, vínculos, etc., que determinan las reacciones de ajuste ante las exigencias del medio. Aspectos evaluados con miras a ofrecer un panorama general sobre la voluntariedad del individuo para ejecutar un acto determinado pero con la conciencia de que su información no es vinculante para la autoridad judicial. Ibidem.

^[29] “**Capacidad de Juicio.** Analiza la congruencia y adaptabilidad de la conducta que presenta un individuo en un momento determinado, en relación con la capacidad de juicio en el momento de ejecución del acto o capacidad de respuesta ante la resolución del problema o conflicto que se generan en el momento de cometer el acto. Generalmente, el psicólogo debe emitir criterio sobre la interpretación de hechos pasados para efectos de establecer grados de enajenamiento, u obnubilación de conciencia, contemplados en los casos de trastorno mental transitorio...” Ibidem.

de donde no era legalmente posible declararlo autor responsable de los hechos; condenársele a sufrir una pena; ni mucho menos ordenar la inscripción de la condenatoria en el Registro Judicial correspondiente”.

Para el Tribunal de Casación, contrario a lo sostenido por la Sala Tercera “...sí es posible sustentar un juicio de reproche en tales supuestos.” Para fundamentar esta posición, el Tribunal de Casación Penal, en el voto indicado, realiza un análisis de la dogmática jurídicopenal y el derecho comparado. Como parte de los fundamentos doctrinarios señala los siguientes: “*El reproche jurídico penal en que se basa la culpabilidad desde el punto de vista normativo, parte de un concepto antropológico del hombre, en su dimensión de ser libre, provisto de voluntad, volviéndose la vista hacia el criterio del libre albedrío. Tal concepto es el que está contenido, precisamente, en el artículo 42 del Código Penal, recogiendo las reglas para establecer la capacidad de culpabilidad. Con base en esta norma, se debe analizar en cada caso, si el sujeto realizó su conducta bajo alguna causa exculpatoria, si esa libertad de voluntad necesaria para hacer una imputación subjetiva, existió en el caso concreto, si no existió del todo o si se encontraba viciada por algún motivo, de ello depende que podamos concluir afirmando la existencia de un reproche jurídico penal. Se establecen así dos niveles de la culpabilidad claramente distinguibles: i- la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y ii- la capacidad de determinarse de acuerdo con dicha comprensión. Cuando cualquiera de estos niveles falte en una determinada conducta típica y antijurídica, se excluye la*

responsabilidad penal, por no haber culpabilidad. Estas dos capacidades, la de comprender el carácter ilícito del hecho, y la de determinarse de acuerdo con dicha comprensión, pueden estar limitadas y hasta eliminadas, por hipótesis de muy variada índole. Cuando esas capacidades no están del todo ausentes, sino tan solo limitadas, lo que habría sería una disminución del reproche...”.

En cuanto a la fundamentación con base en la legislación comparada, el Tribunal de Casación, en el voto 2004-214 mencionado, ha señalado: “*En efecto, al igual que existe uniformidad doctrinal en considerar que en los casos de imputabilidad disminuida, lo que existe es una reducción, pero no supresión, del reproche; las legislaciones, que incluso han sido fuente de inspiración de nuestra normativa, así regulan dicha consecuencia, basta a forma de ilustración, referirnos a los sistemas alemán y español, para dar sustento así a otra razón más que abona a este tipo de tratamiento en nuestro medio. En efecto, los §§ 20 y 21 del Código Penal Alemán, disponen: “**Exención de responsabilidad por trastornos mentales § 20** Actuará sin culpabilidad el que en la comisión del hecho, por razón de un trastorno mental, de una conciencia alterada o por razón de deficiencia mental o de otras anomalías mentales graves, esté incapacitado para apreciar la injusticia del hecho o para actuar con esta intención. **Culpabilidad atenuada § 21** Si la capacidad del autor para apreciar la injusticia del hecho o para actuar con esta intención en el momento de comisión del hecho, por las razones señaladas en el §20, se ve notablemente reducida, la pena podrá atenuarse de acuerdo al § 49,*

apartado I.” Vemos así que, en el sistema alemán, el autor de un delito que hubiese actuado con culpabilidad atenuada lo que obtiene es un reproche reducido, una pena menor según los parámetros del §49.I, pero sigue siendo autor responsable y punible del delito correspondiente. Igual consecuencia se da con el artículo 21.1ª del Código Penal Español, que dispone: “*Son circunstancias atenuantes: 1ª. Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.*” Cabe acotar que el capítulo anterior a que hace referencia esta norma, es el que se refiere a las “Causas que eximen de responsabilidad criminal”. Al comentar este numeral indica BACIGALUPO: “*El art. 21.1ª del Cód. Penal permite considerar como circunstancia atenuante que el grado de los presupuestos o de las consecuencias de ellos no haya alcanzado la medida requerida para excluir la capacidad de motivación. Ello es factible cuando la capacidad de motivación del autor se haya visto considerablemente reducida. Dada la gran diversidad de supuestos, es posible admitir aquí la imposibilidad de señalar reglas generales precisas. El tribunal, sin embargo, deberá establecer por lo menos la existencia de una anormalidad del autor que incida en su capacidad de motivación y que haya disminuido su entendimiento de la desaprobación jurídico-penal o su posibilidad de comportarse de acuerdo con él.*” (BACIGALUPO, Enrique, **Derecho Penal, Parte General**, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2ª Edición, 1999, pags. 455 y 456). Así también en España, los que hubieran actuado con una capacidad reducida, pero no suprimida,

serán autores de los correspondientes delitos, que se consideran, por esa situación, atenuados, pero cuyo reproche subsiste”.

Aparte de las argumentaciones doctrinarias y normativas, en el voto comentado, especialmente en la nota del juez SALAZAR, se determina la importancia de las pericias psicológicas y/o psiquiátricas, según el caso, para fijar la atenuación del reproche. “*En consecuencia, si en el caso se determinó una imputabilidad disminuida lo propio era resolver la causa en juicio para establecer en esa sede su responsabilidad penal. La otra razón por la que considero que debe anularse el sobreseimiento, es porque en tales casos el examen del grado de imputabilidad debe realizarse en la sede de debate, atendiendo al dictamen elaborado por los especialistas y a la particular limitación que pueda presentar el imputado, lo cual debe confrontarse con el hecho realizado y su comportamiento anterior y posterior al hecho, de manera que el juzgador debe valorar el dictamen y relacionarlo con todo el material que tiene a su alcance, lo que no ocurre en el caso como lo reclama la parte impugnante. No existe en el caso un análisis del dictamen y del hecho realizado lo cual es trascendente, especialmente en casos como el que se conoce, en que se atribuye disminución de la capacidad por retardo cultural; todo lo cual debe ser apreciado y definido por el Juez en sede de juicio. Así las cosas, corresponde anular el fallo recurrido.*”

De lo anterior consideramos que la aplicación supletoria del Código Penal, en su artículo 98, conforme lo dispone el artículo 9 de la Ley de Justicia Penal

Juvenil, constituye una interpretación sistemática, armónica con los principios del interés superior, principio educativo y la doctrina de la protección integral. La posición contraria nos lleva, inevitablemente, a la admisión de la existencia de medidas de protección -¿de seguridad?- de carácter administrativo, para cuya aplicación no es necesario cumplir con el requisito de la comprobación de la comisión de un hecho delictivo previo, lo que sí violenta las garantías constitucionales, sustanciales y procesales que pretende proteger el modelo de responsabilidad penal, dando un paso atrás hacia el modelo de la situación irregular, en el cual a la persona menor de edad se le limitaba su libertad en función de lo que es y no en función de lo que ha hecho, a saber, por el hecho delictivo denunciado.

EL CONSUMO DE DORGAS EN VIA PUBLICA Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Otro de los temas que ha producido gran polémica fue el relativo a los hechos de consumo de drogas en la vía pública y la aplicabilidad de la medida prevista en la Ley de Psicotrópicos. Inicialmente el Ministerio Público consideró que tales hechos constituían un delito, donde lo procedente era la imposición de una medida de seguridad. Sin embargo, nuevamente el Tribunal de Casación se pronunció al respecto y estimó que no era aplicable tal instituto, pues lo único que procedía era la sugerencia o recomendación a las autoridades del Patronato Nacional de la Infancia, para que, vía administrativa, el niño o adolescente fuese sometido a un proceso de desintoxicación.

Sobre el particular, el artículo 79 de la Ley de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas señala: *‘Medida de Seguridad’*: *‘Se promoverá y facilitará el internamiento o el tratamiento ambulatorio voluntario y gratuito con fines exclusivamente terapéuticos y de rehabilitación en un centro de salud público o privado, de quien, en las vías públicas o de acceso público, consume o utilice drogas de uso no autorizado; esta disposición tiene el propósito de desintoxicar al adicto o eliminarle la adicción. Cuando se trate de personas menores de edad, las autoridades estarán obligadas a comunicar dicha situación al PANI, para que gestione las medidas de protección necesarias, conforme al Código de la Niñez y la Adolescencia y al artículo 3º de esta Ley. Si se trata de personas menores de edad consumidoras de drogas de uso no autorizado en un sitio privado, el PANI, de oficio o a petición de parte, deberá intervenir y gestionar la medida de protección necesaria, conforme a las facultades otorgadas en el Código de la Niñez y la Adolescencia. Para el Tribunal de Casación Penal, “...dicha norma debe ser relacionada con el artículo 3 de la misma ley, que dice:*

“Es deber del Estado prevenir el uso indebido de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y cualquier otro producto capaz de producir dependencia física o psíquica; asimismo, asegurar la identificación pronta, el tratamiento, la educación, el postratamiento, la rehabilitación y la readaptación social de las personas afectadas, y procurar los recursos económicos necesarios para recuperar a las personas farmacodependientes y a las afectadas,

directa o indirectamente, por el consumo de drogas, a fin de educarlas, brindarles tratamiento de rehabilitación física y mental y readaptarlas a la sociedad.

Los tratamientos estarán a cargo del Ministerio de Salud, la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) y el Instituto sobre Alcoholismo y Farmacodependencia (IAFA), y de cualquier otra entidad o institución legalmente autorizada por el Estado. Si se trata de personas menores de edad, para lograr dicho tratamiento el Patronato Nacional de la Infancia (PANI) deberá dictar las medidas de protección necesarias dispuestas en el Código de la Niñez y la Adolescencia.

En todo caso, corresponde al IAFA ejercer la rectoría técnica y la supervisión en materia de prevención y tratamiento, así como proponer, diseñar y evaluar programas de prevención del consumo de drogas” (el subrayado no es del original).

“De la relación entre las dos normas citadas debe concluirse que la ‘medida de seguridad’ que se prevé en el artículo 79 de la ley de psicotrópicos con respecto a los menores de edad que consuman drogas en un lugar de acceso público se trata de una medida de protección y no propiamente de un delito, por lo que le es aplicable el procedimiento establecido en el Código de la Niñez y la Adolescencia (Art. 129 y ss.). Lo anterior queda totalmente claro del texto que fue subrayado arriba del artículo 3 de la ley de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y sustancias conexas, en cuanto indica que el Patronato Nacional de la Infancia es quien debe dictar las medidas de protección con respecto al tratamiento. El mismo artículo 79 de la

ley, según lo subrayado arriba, aunque no es tan claro como el artículo 3, indica que el PANI debe gestionar las medidas de protección necesarias con respecto a los menores de edad que sean sorprendidos consumiendo droga en un sitio de acceso público. La misma comparación con el artículo 79 de la ley actual, con el correspondiente de la ley anterior (No. 7786), deja claro que la nueva ley no prevé un delito, puesto que en la ley derogada se establecía que debía ponerse al joven a la orden del Juez Penal Juvenil, mientras la nueva indica que a quien se comunica es al Patronato Nacional de la Infancia. A mayor abundamiento debe indicarse que el artículo 79 citado no se encuentra dentro del capítulo sobre los delitos (artículos 57-78), no pudiendo por ello interpretarse que lo previsto en el artículo 79 sea un delito, ya que ello iría en contra del principio de legalidad (artículo 39 de la Constitución Política). Se une a todo lo anterior que la ‘medida de seguridad’ a la que se refiere el artículo 79 es de ‘internamiento o (...) tratamiento ambulatorio voluntario’ (el subrayado es del original). La voluntariedad no es una característica de una sanción penal, ya sea pena o medida de seguridad, puesto que estas siempre deben tener la posibilidad de ejecución obligatoria, o bien de traducirse en otro tipo de sanción en caso de incumplimiento. Una sanción cuyo cumplimiento es voluntario sería un contrasentido, lo mismo que un delito sin sanción no podría ser considerado un delito. A todo ello se agrega que no podría considerarse que el artículo 79 de la ley mencionada prevé un delito al que debe aplicarse una medida de seguridad, ya que en tal caso dicha medida devendría en inaplicable, ya que la Sala

Constitucional en diversos fallos ha negado la posibilidad de aplicación de medidas de seguridad a imputables (Véase: voto 1588-98 del 10 de marzo de 1998). A todo lo anterior hay que agregarle un argumento adicional por lo cual no puede acogerse el recurso de casación... ”^[31]

De lo expresado en la Ley de psicotrópicos, así como del voto del Tribunal de Casación Penal, se pueden deducir varios aspectos. En primer lugar, la voluntad del legislador, expresada en esa ley, es atacar uno de los problemas más graves que afronta nuestra sociedad, como es el consumo de drogas. Por esa razón otorga un tratamiento diferenciado entre el consumo en vía pública y el consumo en lugares privados. Dentro de la doctrina se han elaborado distintas teorías a favor y en contra de la punición.

Como lo expone REY HUIDOBRO existen dos posiciones al respecto: las teorías que abogan por la punición se sustentan en los siguientes criterios “a) *Se dice que el eslogan más difundido que manifiesta que el consumidor de drogas es un enfermo y no un criminal y que punirlo sería castigar una enfermedad, es discutible. El usuario, se convierte o se puede convertir en un enfermo, pero normalmente no lo es cuando se da las primeras experiencias por lo que hay que distinguir entre un toxicómano y vicioso. Este último se arriesga en un tiempo más o menos largo a alcanzar la toxicomanía, pero si quiere puede abandonar el consumo.*

Su no punición supondría privilegiar su comportamiento vicioso al poder usar su sustancia preferida cuando quiera, con la garantía de ser curado cuando incurriese en la toxicomanía. b) Se invoca igualmente que si toda sanción penal está condicionada a la producción de un daño o un peligro social que justifique la incriminación, el consumo de drogas afecta no solo el aspecto físico y psíquico de la persona individual que lo realiza sino el bienestar social, ya que el deterioro de la salud del sujeto se exterioriza a través de comportamiento antisociales del mismo... ”^[32] Como lo señala REY HUIDOBRO, existen antecedentes dentro de la normativa internacional que justifican una política de intervención represiva en el caso de los consumidores.

En 1957, el Comité de la OMS señaló que la criminalización del consumo de drogas cumplía tres funciones: “a) Como contención de los potenciales o actuales usuarios de drogas. Pueden ser muchas las personas que no se den a la droga por miedo a las consecuencias penales de su comportamiento. b) Como instrumento para simbolizar la desaprobación social del uso...; c) Como base para organizar todo el sistema de controles jurídicos. Discriminalizando el uso de la droga, se arriesga a caer en graves contradicciones a menos de no querer renunciar al control de ciertos peligrosos aspectos del fenómeno. Entre estos se halla la presunta relación entre toxicomanía y comportamiento criminal... ”^[33]

^[31] Tribunal de Casación Penal. Voto N° 2002-0854 de las 9:45 hora del 17 de octubre de 2002. En el mismo sentido véase: Tribunal de Casación Penal, voto N°2002-0423 de las 16:horas del 6 de junio de 2002.

^[32] Rey Huidobro, Luis. El Delito de Tráfico de Estupefacientes. Su Inserción en el Ordenamiento Penal Español. Editorial Bosh, Barcelona, 1987. pág. 11.

^[33] Ibidem.

Las que abogan por su no punición plantean su postura en función de los principios constitucionales de igualdad y de libertad, señalando que “...del respeto a la libertad individual, existe un verdadero derecho a la patología de cada uno, a rechazar la realidad y refugiarse en la autodestrucción”.^[34] Es decir, “... se reivindica, por lo tanto, la libertad de drogarse, libertad de la que se deriva la despenalización del consumo de estupefacientes, como expresión de la propia autodeterminación”.^[35]

Otro argumento que utilizan es que penalizar el consumo de drogas es volver a la confusión del derecho con la moral y sería sancionar “...el deber de tener cuidado de la propia salud”.^[36]

En otro orden de ideas, existen razones de política criminal que no aconsejan su punición, entre ellas que las sanciones represivas, en especial la cárcel, agravan la situación del consumidor, refuerzan la estigmatización y limitan su reinserción. También se ha puntualizado que la prohibición constituye un atrayente para aumentar su consumo y que los esfuerzos del Estado contra la lucha del tráfico de drogas permitirían que el consumidor sea un testigo que facilite la investigación. Por último se ha hecho hincapié en que “el considerar el consumo como delito vuelve más difíciles la prevención y la curación de los toxicómanos, pues sus familiares, sobre todo si son jóvenes, por medio a las consecuencias penales, preferirán no recurrir a los tratamientos

médicos que resultarían convenientes.”^[37]

La pregunta que nos hacemos es si las personas menores de edad pueden, bajo el principio de la autodeterminación y como una expresión de su libertad, refugiarse en la autodestrucción o si por el contrario, el Estado, en función de los principios de interés superior, educativo y en general la doctrina de la protección integral, debe utilizar todos los mecanismos que tenga a su alcance para lograr su cometido, dejando claro que no se pretende la represión mediante el uso de la pena privativa de libertad, sino mediante una medida de seguridad de naturaleza curativa que permita a las personas menores de edad construirse un proyecto de vida. La necesidad de la intervención del derecho penal radica en el elemento de coercitividad del que no gozan las medidas de protección que plantea el Código de la Niñez y de la Adolescencia.

A raíz de toda la problemática planteada y de los reclamos de impunidad generados por las interpretaciones a la Ley de Justicia Penal Juvenil, recientemente se emitió una reforma de ley al artículo 143 del Código de Familia, en el que se da un retroceso hacia la doctrina de la situación irregular; en dicha reforma se concede al juez de familia, facultades de “internamiento en un establecimiento adecuado, por un tiempo prudencial” cuando se requiera coadyuvar a los padres en la orientación del “menor”. Disposición que se le aplicará “a los menores de edad en estado de abandono, riesgo social o que no estén sujetos a la patria potestad”. Ese internamiento será

^[34] Rey Huidobro, Luis. Op. Cit. pág. 15.

^[35] Ibidem.

^[36] Rey Huidobro, Luis. Op. Cit. pág. 16.

^[37] Rey Huidobro, Luis. Op. Cit. pág. 19.

por tiempo indefinido “*se prolongará hasta tanto el tribunal no decida lo contrario, previa realización de los estudios periciales que se requieran para esos efectos...*”. Norma que sería de aplicación evidente tanto para los jóvenes consumidores de drogas como para aquellos que han cometido un hecho

delictivo y se hayan sido declarados inimputables o con imputabilidad disminuida. Reiteramos que tal intervención resulta más violatoria que admitir la aplicación de las medidas de seguridad bajo los presupuestos del derecho penal.

BIBLIOGRAFÍA

- Antolisei, Francesco. **Manual de Derecho Penal. Parte General.** Editorial Temis, Bogotá Colombia, 8° edición, 1988.
- Bacigalupo, Enrique, **Lineamientos de la Teoría del Delito.** Segunda Edición. Editorial Juricentro. 1985.
- Código de la Niñez y de la Adolescencia.** Ley N°7739, publicada en La Gaceta del 6 de febrero de 1998.
- Ley de Justicia Penal Juvenil.** Ley N° 7576 publicado en la Gaceta N° 82 del 30 de abril de 1996.
- Lin Ching Céspedes, Ronald. **Psicología Forense: Principios Fundamentales.** San José, Costa Rica. EUNED 2002.
- Rey Huidobro, Luis. El Delito de Tráfico de Estupefacientes. Su Inserción en el Ordenamiento Penal Español. Editorial Bosh, Barcelona, 1987.
- Sanabria Rojas, Rafael Angel. **Las Medidas de Seguridad.** Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial, noviembre 1993.
- Sala Constitucional.** Voto N° 88-92 de las 11:00 horas del 17 de enero de 1992.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto N° 1254-99 de las 14:36 horas del 8 de octubre de 1999.
- Silva Rodríguez, Arturo. **Criminología y Conducta Antisocial.** Editorial PAX, México, 2003.
- Tiffer, Llobet, Dünkel **Derecho Penal Juvenil.** Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S.A., San José, 2002
- Tribunal de Casación Penal.** Voto N°2002-0423 de las 16:horas del 6 de junio de 2002. Voto N° 2002-0441 de las 9:45 horas del 20 de junio de 2002. Voto N° 2002-0469 de las 9:30 horas del 1 de julio de 2002. Voto N° 2002-0470 de las 9:35 horas del 1 de julio de 2002. Voto N° 2002-0471 de las 9:40 horas del 1 de julio de 2002. Voto N° 2002-0472 de las 9:45 horas del 1 de julio de 2002. Voto N° 2002-0474 de las 10:05 horas del 1 de julio de 2002. Voto N° 2002-0475 de las 10:10 horas del 1 de julio de 2002. Voto No: 2002-0476 de las 10:15 horas del 1 de julio de 2002. Voto N° 2002-0538 de las 8:50 horas del 18 de julio de 2002. Voto N° 2002-0579 de las 10:10 horas del 1 de agosto de dos mil dos. Voto N° 2002-0854 de las 9:45 horas del 17 de octubre de 2002.
- Vargas Alvarado, Eduardo. **Medicina Legal. Compendio de Ciencias Forenses para Médicos y Abogados.** Lehmann editores, 3° edición, 1983, San José, Costa Rica.