

Cambios en la imposición y subsistencia de las medidas de seguridad en la Provincia de

Bs. As. .

Por Juan Fernando Gouvert¹

“La razón de mantener las medidas de seguridad penales para incapaces psíquicos tiene relación con un prejuicio que no ha desaparecido en la opinión pública y que se fundamenta en el miedo al distinto, al loco, al que sale de lo normal. Entonces, el poder punitivo entra en crisis cada vez que se absuelve a un incapaz. La sociedad se siente desprotegida, y busca encerrar a ese sujeto que, en libertad, percibe como una amenaza que no está dispuesta a soportar”².

Luciana Irigoyen Testa

La ley 14.296³ realizó varias y auspiciosas modificaciones en el código Procesal y la ley de Ejecución Penal Bonaerenses, entre las que se destacan la demorada y harto necesaria clarificación e intensificación de control sobre la imposición, vigencia y cese de las medidas de seguridad.

En la controvertida y por cierto farragosa materia de las mediadas de seguridad de índole “curativas”⁴ estipuladas en el art. 34 inc 1 del C.P.⁵-, donde le área penal debe coordinarse con la civil⁶- la ley en glosa vino a detallar y clarificar en forma expresa los

¹ Abogado y mediador. Especialización en Derecho Penal de la UBA (Tesina pendiente de rendición). Autor de más de ochenta artículos sobre Derecho Penal y Procesal Penal. Autor del libro: “Reformas del proceso penal bonaerense: Comentario práctico de las leyes 13,943, 13,954 y 14.128 reformatorias del ritual punitivo bonaerense.”, Editorial Scotti., noviembre 2010.

² Conf. Irigoyen Testa, Luciana, “Problemas constitucionales a partir de la indeterminación temporal en la medida de seguridad de reclusión manicomial prevista en el art. 34 inc. 1º del código penal argentino”, disponible en <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/07/04medidas.pdf>.

³ Promulgación: decreto 1317/11 del 25/8/11. Publicación 8/9/11 BO N° 26.669 (suplemento).

⁴ La jurisprudencia de encargo de distinguir las: “En nuestro derecho existe una "zona común" en la cual se confunden las penas y las medidas de seguridad, pasando estas últimas a revestir el carácter de aquellas, debiendo distinguirse: a) la reclusión contemplada en el art.34 inc.1, párrafos 2 y 3 del C.P. de carácter "curativo"; b) las medidas "educativas" previstas en el decreto-ley 22278/80, para menores y jóvenes adultos; y c) la reclusión por tiempo indeterminado del art.52 del C.P., cuya índole "retributiva" prevalece en ella como en cualquiera de las penas que enumera el art.5 de este Código. (SCBA, Ac 2704 del 7-5-1985 , CARATULA: A.,R. s/ Conmutación, SCBA, P 32882, CARATULA: M.,E. s/ Robo 28-11-1986 ,entre otras.

Entre otras de carácter “curativo” de destacan las de la ley 23.737: “Desde que en el veredicto y sentencia surge la calidad de drogadependientes de los imputados, la imposición de la medida de seguridad establecida en el artículo 16 de la ley 23737, resulta imperativa para los jueces de grado, e incensurable en casación, pues descansa en la labor pericial ponderada (artículos 210 del Código Procesal Penal y 16 de la ley 23737). (TCPBA, Sala III, caratula “O.,V. s/ Recurso de casación”, n° 9623 RSD-104-5 S, 5-4-2005)

⁵ **Las medidas de seguridad se apoyan en la peligrosidad y no en la culpabilidad, por cuya razón se mantiene la distinción con la pena aspecto que significa la aplicación del sistema dualista: en principio las medidas de seguridad se aplican en base a la peligrosidad a quienes jurídicamente están incapacitados para ser receptores de la pena, precisamente porque falta en ellos los requisitos de la culpabilidad, con lo cual el delito deja de ser la razón de la imposición para convertirse en su circunstancia ocasional de fijación .**

⁶ En efecto: “... entiendo que de acuerdo a una interpretación hermenéutica de la norma del art. 34 inc. 1º del Código Penal, ésta no resulta inconstitucional en sí misma; a diferencia de si se la aborda desde una

requisitos esenciales para su establecimiento e incremento su control y transparentó la forma de resolver su vigencia y/o cese.

Así la reforma tiende a robustecer – junto con otras modificaciones- el necesario e impostergable control jurisdiccional de la vigencia y subsistencia de las conflictivas medidas de seguridad, que si bien fue tangencialmente mencionada en la audiencia oral del art. 168 bis⁷, **al ser impuestas por un Juez por netas razones de peligrosidad⁸ – por ende ajenas de toda noción de culpabilidad⁹ y/o proporcionalidad- y por ende ser indeterminadas temporalmente constituyen** “un intento de neutralizar la posible peligrosidad criminal del autor puesta de relieve presuntamente en el hecho típico realizado, entendida ésta como probabilidad de comisión de futuros delitos”¹⁰; **siendo pertinente la oralización para debatir su eventual subsistencia y/o caducidad operada por la norma.**

Diferenciadas desde la ley y en la jurisprudencia de la penas¹¹ – aunque no hace mucho quedaban zonas grises¹²- y aunque su constitucionalidad es frecuentemente

exégesis histórica, pues, su genealogía se remonta a una época en la que tanto la psiquiatría como la psicología, por cierto, no contaban con el grado de desarrollo y refinamiento actuales, lo cual implicaría, en su caso, caer en un anacronismo jurídico, pues la inteligencia que llevara al legislador a promulgarla en su momento, ciertamente varió en relación a la teleología con que debe aplicársela hoy en día. Así, pues, a partir de una conjugación armónica de las disposiciones del ordenamiento civil y reglas propias del proceso penal bonaerense, no podría afirmarse que la internación dispuesta por la jurisdicción penal implique necesariamente un encierro de por vida ni que la actuación de ésta en función de aquélla norma suplante necesaria y automáticamente las reglas de actuación previstas en el ordenamiento civil. En este orden de ideas, pues, no corresponde sino interpretar ambos ordenamientos como exclusivos o excluyentes, sino, antes bien, como complementarios, desprendiéndose como implicancia necesaria de ello la exigencia de su interpretación armónica.” (TCPBA, Sala III, Causa n° 14.511 (Reg. de Pcia. n° 49.995) “D. S., P. s/ hábeas corpus”, 1/12/11, voto del Juez Carral)

⁷ EL art. **168 bis. dispone** que: “Antes de resolver el dictado de la prisión preventiva, su morigeración, la imposición de alternativas a ésta, **la internación provisional del imputado, o la caducidad o cese de cualquiera de ellas**, a pedido de parte interesada o por propia decisión, el Juez de Garantías fijará audiencia, debiendo notificarse la misma con cuarenta y ocho (48) horas de anticipación. (es mía la negrita)

⁸ En efecto: “La medida curativa contemplada en el artículo 34 inciso 1° del código fonal, atento su esencia, no debe guardar proporción con la infracción cometida, sino con la peligrosidad del sujeto debidamente constatada, del cual la gravedad del ilícito cometido es sólo un indicio. Vale decir, entonces, que el límite de la duración de la medida se encuentra en relación directa y unívoca sólo con la persistencia del estado de peligro. (TCPBA, Sala I, 24112 CARATULA: P.,P. s/ Recurso de casación , RSD-223-8 S, 18-3-2008, voto del Juez Piombo)

⁹ Expresa Claus Roxin que la diferencia entre las penas y las medidas de seguridad radica en lo siguiente: “toda pena presupone culpabilidad del sujeto cuando cometió un hecho en el pasado, y en cambio toda medida de seguridad presupone una continuada peligrosidad del sujeto para el futuro” (ROXIN, Claus, Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, traducida de la 2ª edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 2003, pág. 42.)

¹⁰ Conf. Irigoyen Testa, Luciana, “Problemas constitucionales a partir de la indeterminación temporal en la medida de seguridad de reclusión manicomial prevista en el art. 34 inc. 1° del código penal argentino”, disponible en <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/07/04medidas.pdf>.

¹¹ Así: “Si la pena y la medida de seguridad poseen o no igual naturaleza es cuestión abstracta ante nuestro sistema jurídico, ya que éste distingue entre ambas. Así resulta de la enumeración del art.5 del C.P. por un lado y de su confrontación con los regímenes legales de las llamadas medidas "educativas", "curativas" y "eliminadoras" por el otro. (SCBA, Ac 2704 del 7-5-1985; P 32882 del 28-11-1986; entre otras)

Empero, “La reclusión manicomial, más allá de su denominación por la doctrina, como medida de seguridad, es pena respecto de una persona sobre la cual, la jurisdicción penal declara su irresponsabilidad con

confirmada¹³ por los tribunales, cierto es que la subsistencia y funcionamiento concreto de las medidas de seguridad -sobre todo a los absueltos y/o sobreseídos- generaron y generan fuertes tensiones¹⁴, cuando no grietas, en elementales principios de un derecho penal liberal, lo que convierte a esta materia en una ciénaga positiva de contornos difusos donde los vaivenes normativos y molicie judicial suele ser moneda corriente.

Entonces fijamos **como norte interpretativo y axiológico que la imposición y sostenimiento de una medida de seguridad dentro del ámbito punitivo debe realizarse con carácter restrictivo y excepcional, comprobado sus supuestos de aplicación por peritajes especializados -realizados por peritos oficiales y, de ser posible, de parte-, resuelta en forma fundada por un Órgano de Juicio garantizándose efectivamente el derecho de defensa del presunto incapaz en contradicción e igualdad de armas con el Ministerio Público con posibilidad de ser recurrida ante un Tribunal Superior, controlada obligatoria y periódicamente por un Juez, y mantenida con el ineludible requisitos: 1-persista la existencia y entidad de la enfermedad, 2- el comportamiento pesquisado configure o pueda configurar un delito punible¹⁵ (vgr. mientras las acción**

relación a un hecho delictual. De allí también que carezca de sentido, la sujeción a la jurisdicción penal de una persona que la ley civil identifica a menores de edad inimputables. Si el sistema penal no puede actuar, el carácter restrictivo de la ley penal hace razonable la intervención de la jurisdicción civil, por vía de la legislación psiquiátrica, para hacerse cargo del incapaz". (TCPBA, Sala I, LP 19912 RSD-64-7 S, CARATULA: C.,M. s/ Recurso de casación ,8-3-2007, voto minoritario del Juez Sal Llargues)

¹² Así: "En nuestro derecho existe una zona común en la cual se confunden las penas y las medidas de seguridad, pasando estas últimas a revestir el carácter de aquéllas. La medida de reclusión por tiempo indeterminado y las demás penas privativas de libertad (reclusión y prisión) están ubicadas en esta zona y es por ello que debe considerarse a la reclusión del art. 52 del C.P. como pena accesoria de la pena principal. (SCBA, P 3392 S 3-3-1987 , CARATULA: G.,R. s/ Solicita conmutación de pena)

Aunque todavía no fue derogado, el art. 52 del CP fue declarado inconstitucional por la Corte Nacional en el caso "Gramajo" (G. 560. XL – "Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa ,causa N° 1573,05/09/2006), por lo que prácticamente resulta inaplicable.

¹³En este sentido: "No repugnan al artículo 18 de la Constitución Nacional las medidas de seguridad previstas en el primer y segundo párrafo del artículo 34 del Código Penal, que autorizan la contención y el tratamiento psiquiátrico del inimputable, en función de que pretensamente permitirían aplicar una sanción de carácter indeterminado, toda vez que la pena y las medidas de seguridad de que se tratan no exhiben la misma naturaleza jurídica. En efecto, mientras la primera es retributiva y atiende a la prevención tanto general como particular, la medida de seguridad contenida en la norma en cuestión no es retributiva, sino que consiste en someter a tratamiento médico adecuado a personas que en estado de inimputabilidad han cometido una acción típicamente antijurídica y que resultan peligrosas, incluso para sí mismas, atendiendo a una finalidad tutelar y curativa. (TCPBA, Sala I, LP 19912 RSD-64-7 S, CARATULA: C.,M. s/ Recurso de casación ,8-3-2007, voto mayoritario del Juez Natiello)

¹⁴ En efecto: " se abordará lo relativo a la regulación de las medidas de seguridad para inimputables que prevé el art. 34 inc. 1° del Código Penal argentino, en tanto aparece en tensión con ciertas garantías constitucionales. Concretamente se genera conflicto con los principios de legalidad, igualdad ante la ley, proporcionalidad y dignidad humana y la necesidad de mínima intervención del Derecho Penal. Ello en función de la indeterminación temporal de las medidas de seguridad, pues es la reclusión la única medida de seguridad tipificada para cualquier entidad de lesión al bien jurídico. Asimismo, es cuestionable la diferencia de respuesta del sistema penal ante la absolución del sujeto inimputable y la condena de quien resulta imputable."Conf. Irigoyen Testa, Luciana, ob. cit.

¹⁵ Por lo que no se puede permitir que una medida de seguridad supere el máximo de la pena prevista para el delito perpetrado por un inimputable ya que se vulnera el principio de proporcionalidad que el art. 18 de

penal prescriba) y que nunca el plazo de internación bajo competencia penal supere el monto máximo de la pena previsto para el tipo enrostrado¹⁶ y 3- que la medida “sea el único medio disponible para impedir un daño inmediato o inminente al paciente o a terceros y que esas prácticas no se prolongarán más allá del período estrictamente necesario para alcanzar ese propósito”.17 Es claro entonces que para la legitimidad de la existencia y subsistencia de la medida de seguridad la enfermedad mental debe ser comprobada y debe revestir carácter o una amplitud legitimante de la internación forzosa y tal internación no puede prolongarse sin la persistencia de tal problema.

En este sentido: “atento a que el imputado ha permanecido internado, reitero, en una unidad carcelaria durante un lapso superior al que hipotéticamente le hubiera correspondido en caso de recaer la pena máxima aplicable de haber resultado imputable, habiendo en tal caso cesado ya la competencia del juez penal, bien podría derivarse que actualmente, en el caso de la medida de seguridad, a la vez no subsiste el delito ni la posibilidad de su imputación, y por ello tampoco parece razonable que subsista la *jurisdictio* penal para sostener con su *imperium* la prosecución de la medida de seguridad dentro de una cárcel, sin perjuicio de la decisión que corresponda adoptar en la sede correspondiente”¹⁸.

En esta línea el Máximo Tribunal tiene dicho: “la medida de privación de la libertad del paciente debe ser revisada judicialmente mediante procedimientos simples, expeditivos, dotados de la mayor celeridad y, si correspondiera prolongarla por razones de terapéuticas, ello debe ser objeto de un minucioso control periódico jurisdiccional obligatorio de los motivos de la internación, a los efectos de estudiar si las condiciones que determinaron su reclusión se

la Constitución Nacional recepta al prohibir las penas crueles. Si no puede ser cruel la consecuencia jurídica penal de un delito -pena-, con mayor razón no puede serlo la consecuencia no penal -administración y asistencia- de la presencia de caracteres parciales de un delito.

¹⁶ En efecto: “...si ante la imposición de una pena perpetua el justiciable puede obtener la libertad condicional transcurrido el plazo previsto por el art. 13 del Código Penal, forzoso es concluir que si la internación en tanto medida de seguridad se prolonga aun más allá del tiempo máximo de la escala penal prevista para el delito que motivara la toma de conocimiento del caso por parte de la jurisdicción penal, por ese mismo hecho y a la luz de las máximas constitucionales de referencia, su competencia no debe sino cesar en pos de la civil o tutelar, independientemente de que experticias médico-psiquiátricas tanto anteriores como ulteriores aconsejen, y así se resuelva, la continuidad de un tratamiento con internación; más no ya bajo la órbita del sistema penal, claro está.” (Conf. TCPBA, Sala III, Causa n° 14.511 (Reg. de Pcia. n° 49.995) “D. S., P. s/ hábeas corpus”, 1/12/11, voto del Juez Carral.)

¹⁷ Conf. principio 11.11 de los “Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental” adoptados por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, por resolución n° 46/119 del 17 de noviembre de 1991, aplicables también a las personas que han sido detenidas durante el transcurso de procedimientos penales efectuados en su contra y que, según se ha determinado, padecen una enfermedad mental (Principio 20.1)

El principio 16.1.a) exige que toda internación involuntaria debe sustentarse exclusivamente en el padecimiento de una afección mental susceptible de internación en tanto, en un contexto terapéutico, represente la posibilidad de evitar que se concreten actos dañosos graves, inmediatos o inminentes para esa persona o para terceros o bien que la terapéutica requiera ineludiblemente el asilamiento del paciente durante algún tiempo.

¹⁸ Conf. TCPBA, Sala III, Causa n° 14.511 (Reg. de Pcia. n° 49.995) “D. S., P. s/ hábeas corpus”, 1/12/11, voto del Juez Carral.

mantienen o se modificaron en el tiempo, y siempre en el marco de los principios y garantías constitucionales mencionados. De no ser así, la internación se convierte en los hechos en una pena privativa de la libertad sin límite de duración... En esa inteligencia, resulta imperioso insistir en que apenas hayan cesado las causas que determinaron la internación, el paciente tiene derecho al egreso, sin que ello implique dar por terminado el tratamiento ya que él mismo puede optar por continuarlo, conforme es su derecho”.¹⁹

Dicho esto, comentaremos las reformas concretas.

Por empezar, al final el art. 1 del Ritual Penal se agrega que : “La imposición de medidas de seguridad en los términos del artículo 34 inciso 1° del Código Penal requiere la previa observancia de las normas relativas al juicio previstas en el Libro III de este Código.”, **por lo que expresamente se excluye la posibilidad de imponer medidas de seguridad sin previamente cumplir con los recaudos del juicio previo ante un Juez Correccional o Tribunal Criminal, lo que a priori fortalecería la jurisdiccionalidad y el derecho de defensa.**

El vocablo “imposición” se refiere a la fijación **definitiva** de la medida de seguridad por Órgano de Juicio que las facultades estipuladas en el art. 34 inc. 1 del Código Penal²⁰, o sea, cuando el proceso habría llegado a debate oral.

Es que el nuevo inc. 5 del art. 323 dispone que se dictará sobreseimiento cuando medie una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absolutoria, **“siempre que no proceda la aplicación de una medida de seguridad en los términos del artículo 34 inciso 1° del Código Penal”²¹. Similar impedimento se estableció en el art. 341**, o sea, la facultad del Órgano de Juicio de dictar sobreseimiento posterioridad a la oportunidad dispuesta en el artículo 338 y cuando por nuevas pruebas resultare evidente – no

¹⁹ Fallos: 331:211, Expte. Letra “C” N° 1195 XLII “R., M. J. s/insania”

²⁰ El art. 34 inc 1 del C.P. dispone que no son punibles: “El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. **En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieron peligroso;**”(es mía la negrita).

Por ende, el inimputable que ha cometido un hecho antijurídico típico no queda, en principio, fuera del derecho penal. El efecto es la sustitución de la pena por la medida de seguridad que es regulada por el artículo 34 del Código Penal, que distingue entre dos situaciones: 1) Si la causa puede ser catalogada como enajenación el juez puede ordenar la internación en un manicomio; 2) Si se presentan otros casos procederá a la internación "en un establecimiento adecuado". En ambos casos el fundamento de la medida depende del carácter de "peligroso" del sujeto, pues en uno y otro la duración de la internación se hace depender de la desaparición de dicha característica. Esta peligrosidad depende del peligro de que el agente se dañe a sí mismo o a los demás.

²¹ E mía la negrita

siendo necesario el debate oral a tal efecto- que **el imputado obró en estado de inimputabilidad.**

Así, la facultad de dictar sobreseimiento del Juez de Garantías del art. 323 inc. 5 aparece ceñida a que no proceda la aplicación de una medida de seguridad, o sea, cuando se comprobó que el imputado es peligroso para sí o para los demás²²; en cambio podrá desvincular al justiciable del proceso cuando la causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o la excusa absolutoria no conlleva o significa los supuestos del art. 34 inc. 1 del CP. Igualmente, las facultades de sobreseimiento del art. 341 del Órgano de Juicio aparecen restringidas **sólo cuando la causal de inimputabilidad** -y no las restantes especificadas en el mismo artículo²³- implica necesariamente la aplicación de una medida de seguridad **en los términos del artículo 34 inciso 1º del Código Penal.**

En resumen, **ante la eventual procedencia de una medida de seguridad, tanto el Juez de Garantías como el Órgano de Juicio no podrán sobreseer al imputado, debiendo dirimirse los supuestos del art. 31 inc. 1 del CP en debate oral.** Empero, en la oportunidad del art. 323 inc. 5 o del art. 341 los Magistrados conservan incólumne la facultad de declarar ininmutable y sobreseer al Justiciable que no es peligroso para si o terceros (art. 34 inc. 1 en sentido contrario) y no es merecedor por tanto de la imposición de una de seguridad.

Vemos entonces como la declaración de inimputabilidad antes del debate oral esta contrapuesta con imposición de una medida de seguridad: el magistrado que declaró inmutable al imputado y lo sobreseyó es porque no constató que es peligroso para sí o terceros²⁴ empero, si primero lo interna provisionalmente (art. 168 del CPP) y estima que es procedente una medida de seguridad, no puede sobreseerlo por ser inmutable (arts. 323 inc.5 y 341 del CPP).

Insistimos, el Juez puede declarar internar provisionalmente o sobreseer por inimputabilidad al imputado, pero no ambas ni conjunta ni sucesivamente ya que ahora son excluyentes; lo que no implica que el Órgano de Juicio al sentenciar determine la inimputabilidad del justiciable e imponga las medidas de seguridad pertinentes según el art. 34 inc. 1 del CP.

Empero, los alcances difusos y problemáticos de las medidas de seguridad aparecen con las internaciones “provisionales” estipuladas en el art. 168²⁵ y su coordinación con los

²²Conf.art. 34 inc. 1 del CP.

²³ O sea, la falta de tipo, una causal de justificación, de inculpabilidad o una causa extintiva de la acción penal

²⁴(art. 34 inc. 1 del CP en sentido contrario).

²⁵El cual dispone: “Art. 168.- **Internación provisional.**- El Juez de Garantías, a pedido de parte, podrá ordenar la internación del imputado en un establecimiento asistencial, cuando a los requisitos para la prisión

sobreseimientos estipulados en los reformados arts. 323 y 341 del Digesto Ritual. **El término "podrá" que señala el art. 168 del CPP indica que el juez cuenta con la facultad de ordenar la internación llamada manicomial, o remitir las actuaciones a la justicia civil para que, en el marco de la insania, se resuelva lo vinculado con la internación del enajenado.**

En este sentido se dijo: “A poco que se observe que la internación prevista por el artículo 168 del ritual, que instrumenta la declaración a que alude el artículo 34, inciso 1°, del Código Penal, reviste el carácter de provisional, es decir como una internación limitada a las resultas del proceso penal, si el imputado recupera su capacidad, podrá continuarse el trámite; si la incapacidad es definitiva e irreversible, la causa se cerrará con el dictado del sobreseimiento, oportunidad en que de no existir un impedimento de peso, no existe óbice para la sola intervención de la justicia civil.”²⁶

Entendemos que las “internación provisional” dispuesta en el primer párrafo del art. 168 se subsume en los supuestos del art. 34 inc. 1 del CP por lo que el Juez de Garantías, habiendo ejerciendo la facultad de internarlo provisionalmente, no podrá sobreseer al imputado (art. 323 inc. 5), siendo competente para entender en las consecuencias de su internación²⁷ hasta que se eleva la causa a juicio²⁸ y el Órgano de Juicio dilucide la configuración o no del art. 34 inc 1²⁹ del CP³⁰.

Del mismo modo, cuando no concurren los presupuestos para imponer la prisión preventiva y se comprobó que el imputado es peligroso para sí o terceros, **la facultad de remitir a la Justicia Civil de las actuaciones** (art. art. 168 2° párrafo del CPP) **no hace**

preventiva se agregare la comprobación por dictamen de peritos oficiales de que el mismo sufre una grave alteración o insuficiencia de sus facultades mentales, que lo tornan peligroso para sí o para los demás. Regirán, análogamente los artículos que regulan el trámite de la prisión preventiva.

Cuando no concurren los presupuestos para imponer la prisión preventiva se reunieren las demás circunstancias a que se alude precedentemente, el Juez informará al Tribunal competente para resolver sobre su incapacidad e internación y pondrá a su disposición a quién estuviera detenido, de conformidad a lo dispuesto por el Código Procesal Civil y Comercial en la materia”

²⁶ Conf. TCPBA, Sala III, Causa n° 14.511 (Reg. de Pcia. n° 49.995) “D. S., P. s/ hábeas corpus”, 1/12/11, voto del Juez Carral.

²⁷En este sentido: “Es oportuno considerar que el Código Penal establece las medidas de seguridad básicamente para los inimputables y éstas tienen como presupuesto y fundamento la peligrosidad, según se desprende de lo establecido por el art. 34 inc. 1°, párrafos 2° y 3°. Esta Corte ya ha resuelto que, el magistrado que debe velar por el cumplimiento de la medida de seguridad dictada en los términos del art. 34 inc. 1, párrafo 2° del Código Penal es el juez que la dispuso.”(SCBA, Ac. 96.811,"A., C. A. Robo agravado. Inc. de competencia e/Juzgado de Garantías n° 4 y Tribunal de Familia 2 de San Isidro", 8 /2/2006).

²⁸Conf. art. 34 inc. 1.

²⁹ Además recordamos que el justiciable no podrá salir del establecimiento sin una resolución judicial, con audiencia del Ministerio Público y dictamen de peritos, que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás (conf. art. 34 inc. 1)

³⁰**Antes de la reforma se podría mantener la internación provisional del imputado (art. 168 1° párrafo del CPP) aún en el caso de sobreseimiento dictado por causal de inimputabilidad; ahora ambas posibilidades son contrapuestas.**

fenecer su competencia ya que esta impedido de sobreseerlo por inimputable (arts. 323 inc. 5 y 341 del CPP), debiendo la cuestión resolverse en debate oral³¹.

En ambos casos, o sea la internación manicomial o intervención de la justicia civil³² se deberá establecer si el justiciable resulta apto para comparecer y/o comprender la acusación³³.

En concordancia con lo anterior, **se eliminó del art. 325 la prerrogativa de apelar la imposición de una medida asegurativa por parte del Juez de Garantías**, resorte ahora exclusivo del Órgano de Juicio. Estimamos que esta eliminación tendría que haberse acompañado de la expresa inclusión de la facultad de apelar el uso por parte del Juez de Garantías de las facultades en el art. 168 Ritual ya que deja inerte al presunto “peligroso” de cuestionar ante la Alzada su internación provisional.

Por otro lado, el nuevo art. 517 Ritual que El Juez de Ejecución sólo vigilará la ejecución **definitiva**- antes también abarcaba la provisional- de una medida de seguridad , la que por la modificación operada en el art. 518 establece que deberá ser informado acerca del estado de la persona sometida a la medida o sobre cualquier circunstancia de interés e en un plazo **“que no podrá ser superior a los seis (6) meses”**. Estimamos sumamente adecuado la fijación expresa de un plazo –antes no lo había- para que el Juez de Ejecución tenga una información actual y periódica sobre el estado, evolución y necesidades del tutelado³⁴.

Empero, la ley en glosa opero otras de las importantes modificaciones en la ley de 12.256 de Ejecución Penal Bonaerense plasmando una verdadera la mejora en el control y dotando de transparencia en la resolución del cese y/o subsistencia de las medidas de seguridad.

En efecto, el nuevo art. 3 de ley 12.256 dispone que para resolver el **cese provisorio o definitivo de las medidas de seguridad referidas al art. 24 de la misma ley** no se seguirá el procedimiento escrito normado en los arts. 497 y cc del Ritual Penal, **sino que obligatoriamente deberá observarse un sistema de audiencia orales rigiendo los**

³¹ Antes de la reforma la declaración previa de inimputabilidad sin internación sí hacía fenecer la competencia penal: “La situación hubiese sido diferente si la inimputabilidad no fuera acompañada de la internación y se remitieran las actuaciones por insania a la justicia civil, en función de la expresión "podrá" que menta la norma involucrada para el caso. Entonces, en ese supuesto, resultaría pertinente que el tribunal de familia sea el que intervenga en la internación, tratamiento y eventual egreso del causante, circunstancia distinta a la acaecida en autos”. SCBA, Ac. 96.811,"A., C. A. Robo agravado. Inc. de competencia e/Juzgado de Garantías n° 4 y Tribunal de Familia 2 de San Isidro", 8 /2/2006).

³² Art. 168 1° y 2° párrafos respectivamente del CPP,

³³ Arts. 344 inc.5

³⁴ Si bien estas instrucciones son irrecurribles (art. 518 in fine) si son apelables las decisiones sobre su cese **provisorio o definitivo de las medidas de seguridad tomadas en la audiencia oral del art. 3 de la ley 12.256.**

principios de inmediación³⁵, contradicción, bilateralidad dando plena eficacia al derecho de defensa del justiciable.

Así, en inc. a del art.3 de la ley de Ejecución dispone que “Las resoluciones se adoptarán oralmente, previa audiencia pública y contradictoria, con la participación del imputado, su defensa y el Ministerio Público Fiscal”. La presencia del tutelado y su defensa técnica permitirá argumentar, más allá del contenido de los informes periciales, la conducencia del cese **provisorio o definitivo y/o otros beneficios – Vgr. alta a prueba- que morigeren existencia y/o entidad de la medida de seguridad impuesta, al mismo tiempo, permitirá** refutar concreta y circunstanciada los motivos por los cuales los peritos y/o el Ministerio Público postulan la subsistencia y/o clase de la internación en cuestión.

Así, en base al principio de proporcionalidad y sus derivados de idoneidad, necesidad y subsidiariedad, el la defensa y aún el mismo Juez resultará conveniente que pidan opinión a los peritos sobre la necesidad de mantener una medida que implica una severísima restricción de la libertad, que a veces se prolongan por mucho tiempo sobre la, disponibilidad de tratamientos o medidas alternativas igualmente idóneas, pero menos restrictivas.

Aunque la ley no lo prevé, nada obsta que el Juez de Ejecución de oficio o a pedido de parte cite a los peritos intervinientes para que den las explicaciones sobre la afección del imputado.

Los inc. b y c establecen que se labrará acta y dispondrá la grabación íntegra a los fines reglados por los artículos 105, 106 y 210 del Código Procesal Penal, y que los recursos de reposición y apelación se interpondrán oralmente en la misma audiencia lo que significa que la defensa **deberá manifestar oralmente y en el acto que tipo de impugnación opone y fundarlo, o sea, expresar su crítica razonada sobre los puntos resolutivos que les causa agravio³⁶**. El inc. d dispone que debido a la oralidad “El recurso de apelación se mantendrá, mejorará y resolverá en audiencia oral, pública y contradictoria, dentro del plazo del quinto

³⁵ Para fomentar la inmediación el Juez de Ejecución Penal, y también el abogado defensor respecto de su representado, debe procurar tomar contacto directo con los penados y con los agentes penitenciarios –lo que implica visitas semanales al instituto penitenciario-, conocer su expediente penal, su legajo criminológico, revisar si el procedimiento sancionatorio es respetuoso de las garantías procesales y constitucionales, revisar las calificaciones trimestrales de conducta y concepto y valorar la incidencia de las sanciones en las mismas, en supuestos de conflictos carcelarios, observar la actuación de los penados, etc., es decir, distintas actividades que le permitan conocer a fondo la persona, los operadores penitenciarios y el ámbito de interacción cotidiano a fin de arribar a una solución más equitativa y plasman la vigencia irrestricta de las garantías constitucionales del condenado en un Estado de Derecho.

³⁶ Recordemos que en el caso de la apelación el primer párrafo del art. 442 Ritual dispone: “*Forma:* El recurso se interpondrá ante el órgano jurisdiccional que dictó la medida impugnada mediante escrito que contendrá, bajo sanción de inadmisibilidad, la indicación específica de los motivos de agravio y sus fundamentos.”

día de radicación ante la Cámara”; **por lo que la defensa tendrá, sin perjuicio de lo expresado ante el Juez A quo, de ampliar y robustecer sus agravios ante la Alzada.**

Empero, lo más importante radica en la posibilidad efectiva del tutelado de cuestionar ante el Superior el rechazo del cese y/o morigeración de la medida de seguridad oportunamente impuesta.

El inc. e en lo que aquí importa, dispone -con reenvío al art. 24 de la ley de Ejecución- que ante la denegación del pedimento, los nuevos pedidos podrán tramitarse en forma escrita dentro del plazo de seis meses.

Finalmente, el nuevo art. 24 de la ley 12.256 dispone que **“El Juez de Ejecución o Juez competente deberá revisar la pertinencia de mantener la medida de seguridad con una periodicidad no mayor a seis (6) meses, a cuyo efecto regirán las disposiciones del artículo 3º de la presente Ley”**. Este deber legal del Magistrado controlar periódica e ineludiblemente y en audiencia oral la necesidad y entidad de la medida de seguridad palian su “evidente carácter punitivo análogo a la pena” pero agravado por su intrínseca y perjudicial indeterminación temporal.

En el segundo párrafo se consigna que **“Si se determinase que ha cesado la peligrosidad a que se refiere el artículo 34 inciso 1) del Código Penal, deberá disponerse la libertad inmediata del detenido”**. **Dado que el dictado y prolongación de esta medidas sólo se explica, legítima y justifica solo cuando exista y, sobre todo, persista las condiciones que hacen peligroso para sí o terceros al justiciable, ante la desaparición de tal “peligro” la medida caduca, recobrando el ciudadano su plena libertad locomotiva.**

Por último, el tercer párrafo se establece que **“...previo informes que justifiquen y fundamenten que ha disminuido la peligrosidad de absueltos y sobreseídos definitivamente que se encuentren sometidos a una medida de seguridad, podrá disponerse su inclusión en un régimen terapéutico de externaciones transitorias o altas a prueba; o continuación con el tratamiento específico en otros establecimientos especializados y/o su egreso con el alta definitiva.”** **Es sin dudas la faceta mas controvertida y discutible de las ya medidas de seguridad: la continuación indefinida bajo la jurisdicción penal del justiciable que fue sobreseído, o aún peor, absuelto.**

Se dispone entonces una serie recomendable de alternativas y opciones³⁷ para los absueltos o sobreseídos sometidos a una medida de seguridad que hayan decrecido y/o su

³⁷ Similar criterio adopta la Ley Nacional de Salud Mental n° 26.657 cuando claramente dispone que la internación involuntaria de una persona debe concebirse como un recurso terapéutico excepcional en caso de que no sean posibles los abordajes ambulatorios, que sólo podrá realizarse cuando a criterio del equipo de salud

“peligrosidad”, las que serán aplicadas de oficio o a pedido de parte según la sana crítica del Magistrado, dando preponderancia a las instituciones dirigidas por médicos por sobre las penitenciarias³⁸. Creemos que el Juez debe tener un criterio receptivo para adecuar, reducir o finiquitar la entidad de la medida en estos casos en que se demostró – por absolución y/o sobreseimiento- la falta absoluta de reproche punitivo volviendo inconducente y hasta perjudicial la mera elongación de intervención del Juez Penal, siendo lo más recomendable aquí la intervención especializada de la Justicia Civil³⁹.

Completan las modificaciones el art. 25 del ley de Ejecución que establece en su final que el Magistrado resolverá el cese de la medida de seguridad de acuerdo al art. 24 del mismo cuerpo legal.

Por todo lo expuesto, estimamos que las reformas introducidas plasman una jurisdiccionalidad y transparencia tanto en la imposición como en el control de la necesidad de subsistencia en las medidas de seguridad dentro del ámbito punitivo.

La clarificación del ineludible juicio previo para su fijación definitiva–vía restricción de sobreseer al presunto inimputable- como la audiencia oral, periódica y obligatoria como para resolver el cese, modificación y/o subsistencia de las medidas asegurativas –con efectiva posibilidad de revisar ante la Alzada lo resuelto-, como también la previsión de alternativas menos gravosas introducidas por la reforma glosada configuran un panorama alentador que ojalá -pese al escepticismo empedernido del suscripto- palien mucho el criterio peligrosista -seudo preventista-, su consecuente indeterminación temporal y potencial arbitrariedad judicial en su fijación y sostenimiento que

mediare situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros y que toda internación debe ser lo más breve posible (arts. 14, 15 y 20 de la Ley 26.657).

³⁸Recordemos que las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, segunda parte establece: “Reglas aplicables a categorías especiales .B.- Reclusos alienados y enfermos mentales 82. 1) Los alienados no deberán ser recluidos en prisiones. Se tomarán disposiciones para trasladarlos lo antes posible a establecimientos para enfermos mentales. 2) Los reclusos que sufran otras enfermedades o anormalidades mentales deberán ser observados y tratados en instituciones especializadas dirigidas por médicos. 3) Durante su permanencia en la prisión, dichos reclusos estarán bajo la vigilancia especial de un médico. 4) El servicio médico o psiquiátrico de los establecimientos penitenciarios deberá asegurar el tratamiento psiquiátrico de todos los demás reclusos que necesiten dicho tratamiento.”

En el orden local el art. 7 de la ley 26.657 edicta: “El Estado reconoce a las personas con padecimiento mental, los siguientes derechos:... d) Derecho a recibir tratamiento y ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria.”

³⁹ Es que: “A los efectos de la subsistencia de una medida de seguridad dictada en el marco de un proceso penal es necesario que el comportamiento en virtud del cual se la estableciera subsista como delito, lo que implica que en los casos de sobreseimiento fundado en la inexistencia de delito, atipicidad o comisión por parte de un tercero, sumada la concurrencia de un supuesto de inimputabilidad, la competencia de la jurisdicción penal para imponer la pertinente medida de seguridad fenece ante la única subsistencia de un interés propio del orden público civil y tutelar” (TCPBA, Sala III, Causa n° 14.511 (Reg. de Pcia. n° 49.995) “D. S., P. s/ hábeas corpus”, 1/12/11, voto del Juez Carral.

hacen a las medias “asegurativas” del fuero punitivo un resabio impropio de un derecho penal verdaderamente liberal y republicano.

Juan Fernando Gouvert