

Inexigibilidad de la comprensión de la antijuricidad proveniente de la incapacidad psíquica

Imputabilidad en la Teoría del delito

Pablo Antonio Matkovic¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Concepto, fórmulas y lugar de ubicación de la inimputabilidad; III.- Imputabilidad disminuida; IV.- Análisis de la “*actio liberae in causae*”; V.- Medidas de seguridad; VI.- Bibliografía

RESUMEN: El presente artículo se ocupa de lo que se ha llamado “el fantasma errante” (por su “deambular” por los distintos estratos de la división que se hace del delito) de la Teoría, esto es, la inimputabilidad. El concepto que entraña el tema de la imputabilidad penal es esencial para comprender toda la Teoría y aun sus presupuestos filosófico-ideológicos. Se trata nada menos que de averiguar y caracterizar quienes tienen (o no tienen) capacidad para ser culpables. Allí advertiremos las dificultades que encierra hacer la división correspondiente entre aquellos que sí pueden ser culpables de aquellos otros que no pueden serlo. Estos temas se entroncan con el debate actual sobre la edad de imputabilidad de los menores. MATKOVIC incursiona además en las consecuencias jurídicas que conlleva la declaración de inimputabilidad y valientemente opina que las medidas de seguridad tuteladas por la Justicia penal son en realidad “penas” que no deben aplicarse a quienes, por definición, no han cometido delitos (aunque sí hechos dañosos) y, por tanto de ellas tendría que ocuparse la Justicia civil. Este trabajo responde a los siguientes interrogantes ¿qué significa la capacidad de ser culpable?

¹ Defensor Federal. Ex Docente de la UNLZ.

¿Existen causas que impidan que alguien sea culpable de todos los delitos posibles? O, acaso, ¿existen supuestos en que se puede ser culpable (imputable) por algunos delitos y no por otros? ¿Las causas de inimputabilidad son permanentes? ¿o pueden ser también transitorias? ¿Qué debe hacerse con alguien que ha cometido un acto injusto y no puede ser penado (por no haber cometido delito)? ¿Si la respuesta es “debe aplicarse una medida de seguridad” ¿ésta debe ser estipulada por un juez penal o por un juez civil? ¿Debe estar mensurada de acuerdo al daño producido o debe ser determinada con independencia de éste? ¿Los inimputables deben ser considerados enfermos y ser tratados como tales? ¿Existen causas de inimputabilidad que no se vinculen a estados patológicos? En el caso de los menores de edad que cometen actos dañosos (muchas veces irreparables) ¿deben ser considerados enfermos? El tratamiento de las causas de inimputabilidad debe considerarse como “todo o nada” ¿o puede existir lo que ha dado en llamarse “imputabilidad disminuida”? ¿El Código penal argentino recepta la “imputabilidad disminuida”?

Oscar Félix Salvadores²

PALABRAS CLAVE: inimputabilidad -teoría del delito- culpabilidad- minoridad- medidas de seguridad- antijuricidad- ley de salud mental ley Kendra

I.- Introducción

Antes de empezar quiero recordar el caso de Louis Althusser que grafica a mi modesto modo de ver como se ve la relación entre locura y delito, así los detractores del gran pensador francés expresaban luego de su desgraciada vida “*Althusser es aquel que ya no existe, porque ha quedado sin posibles lectores. ¿Quién podrá volver a leer con ojos limpios a un asesino al que la justicia, los médicos y algún que otro periodista han condenado a la locura?*”³, lo apuntado marca la complejidad que esconde este estrato de la teoría del delito que debe ser entendido como un escalón para distinguir a quien castigar y quien no y no un elemento legitimador de castigo encubierto.

² Por Oscar Félix Salvadores, *in memoriam*, abogado 1951- 2021, ex titular de Cátedra de Derecho Penal Parte General UNLZ.

³ Cruz Manuel, Historia del pensamiento Edit. Orbis fascículo. 98 pág. 269 Profesor de Historia de la filosofía en la Facultad de Filosofía de la Universidad de Barcelona. 1980

Así en el análisis de la teoría del delito antes de entrar en el último de los “elementos” del delito, es decir, la “culpabilidad”, debemos ocuparnos del llamado “el fantasma errante” (por su “deambular” por los distintos estratos de la división que se hace del delito) de la Teoría, esto es, la *inimputabilidad*.

El concepto que entraña el tema de la imputabilidad penal es esencial para comprender toda la Teoría y aun sus presupuestos filosófico-ideológicos. Se trata nada menos que de averiguar y caracterizar quienes tienen (o no tienen) capacidad para ser culpables.

Allí advertiremos las dificultades que encierra hacer la división correspondiente entre aquellos que sí pueden ser culpables de aquellos otros que no pueden serlo. Estos temas se entroncan con el debate actual sobre la edad de imputabilidad de los menores, además de las consecuencias jurídicas que conlleva la declaración de inimputabilidad y las *medidas de seguridad* aplicadas por la Justicia penal, que son, en realidad, “penas” que no deben imponerse a quienes, por definición, no han cometido delitos (aunque sí hechos dañosos) y, por tanto, de ellas tendría que ocuparse la Justicia civil.

La idea de este ensayo es desentrañar cuando existe la capacidad de ser culpable, si existen causas de inimputabilidad que no se vinculen a estados patológicos, y en el caso de los menores de edad que cometen actos dañosos (muchas veces irreparables) ¿deben ser considerados *enfermos*? El tratamiento de las causas de inimputabilidad ¿debe considerarse como “todo o nada”? ¿o puede existir lo que ha dado en llamarse “imputabilidad disminuida”? ¿El Código penal argentino recepta la “imputabilidad disminuida”?

Por otra parte, el profesor Mariano SILVESTRONI ha expresado que “*el sujeto es capaz de ser culpable, o imputable, cuando reviste las condiciones personales mínimas que le permiten motivarse en la norma, comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones conforme a derecho*”⁴. Así en la imputabilidad se juegan diversas cuestiones relacionadas con la vigencia de las normas constitucionales.

II.- Concepto, fórmulas y lugar de ubicación de la inimputabilidad

Concepto

⁴ *Teoría Constitucional del Delito* Edit. Editores del Puerto Bs. As. Argentina 2004

El delito requiere determinada capacidad psíquica del agente cada vez que en uno de sus niveles analíticos se demanda la presencia de un aspecto o contenido subjetivo: es necesaria cierta capacidad psíquica para que haya conducta o lo que es lo mismo hay incapacidad psíquica tan profunda que elimina directamente la acción (involuntabilidad). También el dolo puede faltar a causa de una incapacidad psíquica del sujeto para reconocer los elementos requeridos para configurar la finalidad típica lo que genera un error de tipo psíquicamente condicionado y **por último la culpabilidad exige capacidad psíquica de culpabilidad o imputabilidad lo que completa el panorama general de la capacidad.**

Así concretamente la imputabilidad podría ser definida como una *"aptitud, capacidad o calidad del sujeto; un estado biosicológico que lo hace capaz de ser culpable"* siendo su objeto *"el de señalar firmemente las condiciones personales mínimas de carácter anímico espiritual, exigidas por la actual conciencia jurídica que brinden la ulterior posibilidad de formular un juicio de reproche ético social sobre la conducta delictiva"*⁵.

En palabras de Raúl ZAFFARONI *"la imputabilidad es la capacidad psíquica de ser sujeto de reproche compuesta de la capacidad de comprender la antijuridicidad de la conducta y adecuar la misma a esa comprensión"*⁶.

Ubicación sistemática dentro de la teoría del delito

Asimismo, se ha debatido mucho sobre la ubicación que corresponde a las llamadas causas de inimputabilidad, FRANK la calificó (según ZAFFARONI, acertadamente) como un fantasma errante (por su "deambular" por los distintos estratos de la división que se hace del delito).

Así la imputabilidad fue ubicada como una cuestión previa al análisis de la acción, conforme lo sostenido por autores como Binding, von Hippel, Gerland entre otros, asimismo ha sido ubicada a nivel analítico en la teoría de la pena, o bien dentro de la teoría del autor, en nuestra posición consideramos acertado

⁵ FRÍAS CABALLERO, Jorge, citado por José F. ARGIBAY MOLINA, en *La Imputabilidad disminuida en el Proyecto Soler*, publicado en Revista La Ley; tomo 110; pág. 976.

⁶ ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, Derecho Penal. Parte General, Ed. Ediar 2da edición.2000 pág. 422

analizar la imputabilidad como un “presupuesto de la culpabilidad” en este sentido⁷:

Fórmulas de análisis

Los Códigos penales han utilizado distintas fórmulas para determinar la inimputabilidad, observando los diversos modelos hoy vigentes, se puede hablar de tres tipos básicos de fórmulas legales de inimputabilidad, explica Nicolás LAINO, en *Dilema Acerca de la Imputabilidad*:

1) **Fórmulas biológicas o psiquiátricas puras**, que disponen que los alienados o afectados con alguna enfermedad mental cualquiera, son inimputables, conforme al criterio médico y sin considerar las consecuencias psicológicas de dichas patologías sobre el hecho imputado.

Es el caso del Código Penal francés, artículo 64; y los Proyectos de Código Penal para nuestro país de 1891 (artículo 59 inciso 1) y de 1906 (artículo 41 inciso 1).

2) **Fórmulas psicológicas puras**, que disponen la exclusión de la imputabilidad sobre la base de la perturbación psíquica producida por la alienación. Vemos un claro ejemplo en el Código Penal de la República Checa del año 1952.

3) **Fórmulas mixtas**, que prevén las causas psicopatológicas y las consecuencias psicológicas que aquellas debieron provocar, que serán valoradas por el juez en cada caso, al momento de realizar el juicio de reproche.

Es la que predomina en la mayoría de los códigos actuales. Así, nuestro Código Penal vigente desde 1921, artículo 34 inciso 1, y el Código Penal español de 1995, en su artículo 20.

El art. 34 inc. 1 del Código Penal Argentino establece que no es punible ***“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 inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”***.

Como claramente surge de su literalidad, el artículo emplea una fórmula mixta: psiquiátrica-psicológica-valorativa, en cuanto ***“...prevé las causas***

⁷ MAURACH, R.; Tratado de Derecho Penal, t. II; pág. 101 y SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, t. II, pág. 20.

*psicopatológicas que deben ser valoradas por el juez en cuanto pudieran haber privado al individuo de la comprensión de la criminalidad del acto o de la posibilidad de dirigir sus acciones según esa comprensión...”*⁸

La fórmula mixta de inimputabilidad, a diferencia de las otras, se basa implícitamente en el pensamiento de que la estructura óptica de la persona humana está integrada por cuerpo, alma y espíritu.

Estructura óptica que se refleja en la triple dimensión del concepto de imputabilidad y en su contenido estratificado⁹

Jurisprudencia

Asimismo a nivel jurisprudencial la mencionada fórmula también ha sido reconocida, así: *“...La fórmula de determinación de la capacidad de culpabilidad que utiliza el código penal es mixta ya que prevea las causas psicopatológicas y las consecuencias que deben haber privado al sujeto de la comprensión del acto y o la posibilidad de dirigir sus acciones conforme a esa comprensión...”* Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VI, R.J. A. 30/09/2005.

Niveles de análisis dentro de la culpabilidad

A nivel dogmático se han distinguido distintos niveles de análisis de la imputabilidad, entendiendo a esta como capacidad de culpabilidad distingue dos niveles:

- **Capacidad de comprender la antijuridicidad.** (Si se carece de esta capacidad no habrá culpabilidad por ausencia de la posibilidad de exigir la comprensión de la antijuridicidad, **momento cognoscitivo, intelectual**)
- **Capacidad de adecuar la conducta a la comprensión de esta antijuridicidad.** (Si falta esta capacidad, hay un estrechamiento del ámbito de autodeterminación del sujeto que proviene de su propia incapacidad psíquica, **momento volitivo**)

⁸ TOZZINI, Carlos A., *Elementos de imputabilidad penal*, p. 52.

⁹ FRÍAS CABALLERO, Jorge, “Algo más sobre la inimputabilidad de las personalidades psicopáticas en el Código Penal argentino”. En *La Ley*, 1987-B, Sección Doctrina, pp. 975 y ss.

Cuando a falta de madurez o como consecuencia de un estado mental, no se da alguno de estos momentos señalados, el autor no es capaz de culpabilidad, es decir, es *inimputable*.

Incapaces de culpabilidad son las personas que se encuentren en:

A) Minoridad.

B) Estados mentales anormales o anomalías o alteraciones psíquicas que impidan la posibilidad de comprensión de la antijuricidad o bien adecuar la conducta a la comprensión de esta antijuricidad

En este sentido, Hans WELZEL, indica que sólo aquello respecto de lo cual el hombre puede hacer algo voluntariamente, le puede ser reprochado como culpabilidad.

Jurisprudencia

Asimismo a nivel jurisprudencial se ha manifestado lo siguiente:

“Sin embargo, no surge de estos informes la inimputabilidad que pretende la defensora. En ninguno se discute la capacidad de L. para comprender la criminalidad de sus actos y los trastornos de personalidad que registran los profesionales actuantes, no justifican la invocación del inc. 1° del art. 34 del Cód. Penal, pues no elimina los dos requisitos esenciales de la reprochabilidad, esto es, la comprensión de la antijuricidad del acto y la dirección de sus acciones”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VI L., E. A. 17/02/1993

Mirada funcionalista

Por su parte, Claus ROXIN desde una mirada funcionalista considera que ***“Mientras que con el predicado de la antijuricidad se enjuicia el hecho, desde que el mismo infringe el deber ser jurídico penal y que está prohibido como socialmente dañino, la responsabilidad significa una valoración desde el punto de vista del hacer responsable penalmente al sujeto”***¹⁰.

En tal sentido, agrega que respecto al concepto normativo de culpabilidad, ha de perfeccionarse en la dirección de concepto normativo de responsabilidad.

Utiliza un método psíquico-normativo de constatación de la inimputabilidad.

¹⁰ ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, ed. del Puerto, 2000 pag. 791

Entonces:

1° se debe constatar determinados estados orgánicos (trastorno psíquico patológico, trastorno profundo de la conciencia, la oligofrenia o la anomalía psíquica grave).

2° si el sujeto debido a alguno de esos estados, fue incapaz de comprender el injusto del hecho o de actuar conforme a esa comprensión.

Jurisprudencia

Asimismo a nivel jurisprudencial se ha manifestado lo siguiente:

“La acción antijurídica es reprochable al autor cuando este pueda estar motivado en la norma, y en consecuencia tenga el deber jurídico de no realizar la acción. La responsabilidad por el incumplimiento de la orden, del mandato normativo, supone fatalmente que el sujeto a quien se dirige tenga la posibilidad de cumplirla, lo que en términos jurídicos penales se ha dado a llamar capacidad de motivarse en la norma. En el análisis de la capacidad de dirigir sus acciones, es decisivo ponderar si el autor es capaz de contrarrestar sus impulsos mediante inhibiciones. Si el imputado careció de dicha posibilidad en razón de un acto irreflexivo, irreductible, que la voluntad no pudo controlar o inhibir, corresponde sobreseerlo” Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala V, N.F.19/07/2002

Posición analítica sobre la imputabilidad

El profesor Raúl Eugenio ZAFFARONI en sentido técnico y estricto, indica que la imputabilidad es una característica del acto aunque provenga de una capacidad del sujeto¹¹.

Así: **no hay una clasificación de las personas en imputables e inimputables**, sino que **se debe analizar en cada caso**; es decir, hay injustos que son imputables y otros que no, y ello por razones de incapacidad psíquica del autor. En este sentido autos “SAENZ VALIENTE, M.A” Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VI, 11 de febrero de 1986.

Se deberá verificar al menos la existencia de una anormalidad del autor que haya incidido en su capacidad de motivación, disminuyendo su entendimiento de la desaprobación jurídico-penal.

¹¹ Ob cit pag 702 y ss

En este sentido se puede traer el caso del débil mental que tiene capacidad de pensamiento concreto (el cual le permite comprender el contenido del injusto de un robo) pero no tiene capacidad de pensamiento abstracto, por lo que no le permite comprender el contenido de un delito cambiario.

Análisis concreto de las causas de inimputabilidad

A) Minoridad

La ley argentina establece que **no son imputables los niños, niñas y adolescentes menores de 16 años** y dispone un sistema de juzgamiento para los adolescentes entre 16 y 18 años. Conforme la Ley 22.278

El tema de responsabilidad penal de menores de edad no es nuevo y hoy se encuentra absolutamente en boga, Emilio GARCÍA MÉNDEZ¹² indica que han pasado tres grandes etapas:

- 1) **Penal indiferenciado**, que se extiende desde el nacimiento de los códigos penales de corte netamente retribucionista del siglo XIX hasta 1919, esta etapa se caracteriza por considerar a los menores de edad prácticamente de la misma forma que a los adultos. Con la única excepción de los menores de siete años que eran considerados incapaces absolutos y siguiendo la tradición del derecho romano eran equipados a animales. Así para los menores de 7 a 18 años la única diferenciación consistía en la disminución de un tercio de la pena en relación con los adultos.
- 2) **Carácter tutelar**: tiene origen en EE.UU. a fines del siglo XIX y respondió a una profunda indignación moral por las condiciones carcelarias y particularmente frente a la promiscuidad del alojamiento de menores y mayores en las mismas instituciones. Así esta experiencia influyó en Europa y de allí a Latinoamérica. El modelo se basó en la intervención estatal coactiva cuando un menor se encontraba en abandono moral o material lo cual abrió ampliamente el campo de criminalización, sin garantía procesal alguna.
- 3) **Sistema de responsabilidad de los adolescentes**: este sistema busca responsabilizar a los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal. A fin de evitar la criminalización indiscriminada y sin control que el sistema tutelar bajo el ropaje de protección que había generado. Por otro

¹² En Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, pág. 262 y ss

lado, no faltan quienes con tono vindicativo propician la baja de la edad de imputabilidad.

Así concretamente más allá, de los intentos de reforma que se han intentado en el contexto argentino y la sanción de la ley 26.061, que deroga la vieja ley de patronato, complementaria a la ley 22.278 del Régimen Penal de Menores, todavía nos encontramos ante un sistema predominantemente tutelar, que como ya dijimos establece que **no son imputables los niños niñas y adolescentes menores de 16 años** y un sistema de juzgamiento para los adolescentes entre 16 y 18 años que son inimputables relativos ya que tienen capacidad de culpabilidad para la comisión de hechos de mayor gravedad.

En ese sentido la Provincia de Buenos Aires implementó el **Sistema de responsabilidad Penal Juvenil para juzgar a los adolescentes entre los 16 y 18 años, Ley 13634, que establece un sistema de garantías para los procesos que se lleven en contra de adolescentes en conflicto con la ley.**

Por último, debe destacarse que el momento de consideración de la edad es el de la comisión del hecho y no el de la sentencia.

Jurisprudencia

Asimismo a nivel jurisprudencial se ha manifestado lo siguiente:

*“Por ello es que la afirmación de que los hechos presuntamente delictivos revestirían gravedad no alcanza para sostener que el joven imputado G. es autor penalmente responsable de los hechos endilgados, ya que las personas menores de 16 años de edad son penalmente no punibles, precisamente por disposición del art. 1 de la ley 22.278. En efecto, tal como señala la señora Jueza a quo, A. E. G. era menor de 16 años de edad al momento de los hechos imputados, ya que nació el 27 de marzo de 1992 (ver fs. 15 y 16 vta.), y los hechos se dicen ocurridos el día 11 **de** noviembre de 2007.”* Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal de San Isidro, sala III G., A. E. 13/02/2009

Ello así, en virtud del criterio sentado en autos "Giménez Bueno, Omar J. s/ casación", causa n° 7458, rta. el 25 de febrero de 2008, reg. n° 11.428, donde se sostuvo que "...la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado in re 'Maldonado' (M.1022.XXXIX), ocasión en la que señaló que '...la ley 22.278, que es la pieza fundamental nacional en la materia, prevé un sistema que se caracteriza por un gran poder para el juez de menores, quien luego de haber comprobado la responsabilidad penal del menor respecto en el hecho investigado, está facultado para absolverlo, para aplicarle una pena disminuida, en la escala de tentativa (art. 4)...' (confr. Considerando 24

del voto de la mayoría). Cámara Nacional de Casación Penal, sala II C., H. 25/09/2008

Para el Profesor Enrique BACIGALUPO esta exclusión de responsabilidad se apoya en la presunción “juris et de jure” de que aún no han alcanzado la madurez necesaria para comportarse conforme a derecho. Por eso, considera que no debería ser vista la minoría de edad como una causal que excluye la capacidad de motivación sino como una excepción personal al régimen de derecho penal puesto que en el caso de España esta exclusión se aplica a los menores de 18 años y su gran mayoría conoce la desaprobación jurídico penal del hecho.

Así en el caso español el mayor de 14 y menor de 18 se debe constatar la imputabilidad en cada caso concreto, mientras que en los adultos se presupone la imputabilidad y sólo por excepción se excluye.

El profesor Claus ROXIN concluye que esta exclusión de culpabilidad se puede basar en que el niño todavía no era normativamente asequible o bien, que no existe ninguna necesidad preventiva de punición. No obstante, la impunidad de tales delitos, no debe conducir a la ausencia de toda reacción estatal. Ej. Dictar medidas de protección¹³.

Jurisprudencia

Asimismo a nivel jurisprudencial se ha manifestado lo siguiente:

“Corresponde ordenar a un menor de 16 años que habría cometido un ilícito a cumplir con la materia educativa que adeuda, a presentar mensualmente fotocopia de su boletín de calificaciones y asistencias de la escuela a la que concurre, a presentarse periódicamente ante la psicóloga y la psicopedagoga del Cuerpo Médico Forense y a realizar actividades deportivas o de recreación, ello en virtud de la nueva impronta legislativa, la Convención de los Derechos del Niño y Leyes de Protección Integral a fin de ofrecer al ofensor la posibilidad de reflexionar sobre las consecuencias de sus propias acciones y más cuando se trata de la población más vulnerable como es la niñez.” Juzgado Correccional y de Menores Nro. 2 de Posadas B., E. H. 08/06/2009

B) Estados mentales anormales o anomalías o alteraciones psíquicas

¹³ Ob cit. Pág. 848.

Las clasificaciones de las causas de los estados mentales anormales o las anomalías o las alteraciones psíquicas varían según el autor que realice las mismas, los conceptos se moldean según el modo y la posición dogmática que se tenga. Así a continuación se expondrán a grandes rasgos los lineamientos generales de los principales autores que ha expuesto sobre el tema.

Así el profesor Hans WELZEL explica que la capacidad de reconocer el injusto y de obrar en consecuencia, presupone la integridad de las fuerzas mentales superiores de una persona. Cuando estas fuerzas quedan eliminadas por causales indiferentes al sentido, desaparece la capacidad de culpabilidad. El juicio que se hace para determinar ello es de carácter judicial y no médico.

WELZEL hace las siguientes distinciones:

A. Trastornos transitorios de la conciencia de larga o corta duración, sean de naturaleza fisiológica o patológica. Ej: somnolencia, embriaguez.

B. Todas las psicosis en el sentido médico. Hay una tendencia a incluir en esta categoría a los estados pasionales agudos y según las circunstancias, acciones de “corto circuito”.

C. Las debilidades mentales: la oligofrenia (idiotia, imbecilidad y la debilidad) y perturbaciones patológicas de grado menor.

En palabras de Hans WELZEL la limitación de que solo en estos casos de actividad mental anormal se puede excluir la culpabilidad rige sólo para el elemento volitivo, cuando su voluntad no podía estar auto determinada y para el momento intelectual rigen las reglas del error de derecho, en el sentido de que el autor no estaba en condiciones de reconocer el injusto¹⁴.

Clasificación de anomalías mentales de BACIGALUPO

Enrique BACIGALUPO, hace una subclasificación respecto de las anomalías o alteraciones psíquicas de la siguiente manera:

a) Por **enfermedad mental**, las cuales pueden ser agrupadas según sus causas o sus síndromes. La enfermedad mental no se entiende igual que el concepto médico. En lo jurídico se deben incluir:

Según sus *causas*, las psicosis de origen exógeno y endógeno.

¹⁴ *Derecho Penal Aleman*, ed. Jurídica de Chile. 1969

1) Entre las exógenas (significa que penetra en el organismo desde fuera) están:

- Los delirios condicionados por parálisis esclerótica.
- Los que tienen sus orígenes en intoxicaciones.
- Estados psicóticos provenientes de tumores o lesiones cerebrales.

2) Endógenas (proceden del interior del cuerpo): fundamentalmente la esquizofrenia y la locura maniaco-depresiva, caracterizada también como ciclotimia.

La epilepsia es considerada dentro de lo jurídico como enfermedad mental, pero se suele rechazar su carácter de psicosis endógena.

BACIGALUPO considera que el carácter transitorio o permanente del trastorno mental no es esencial. Su concepto de enfermedad mental no coincide con el concepto positivista elaborado por SCHNEIDER, según el cual “un fenómeno espiritual morboso requiere ser condicionado por la existencia de una modificación enfermiza del cuerpo”. Ob. cit.450

b) Por insuficiencia de desarrollo mental:

Principalmente los casos de oligofrenia. La cual es la detención del desarrollo psíquico del individuo (idiocia, imbecilidad, debilidad mental). Se distinguen según el grado alcanzado por la afección en: a) debilidad mental, b) imbecilidad y c) idiocia. La relevancia jurídico penal que tiene esta insuficiencia es la exclusión de la capacidad de comprender la criminalidad del acto y de dirigir las acciones. Solo son inimputables los casos de b) y c). Las formas de distinción de estas afecciones se han hecho históricamente con los llamados “test de inteligencia” los cuales a su vez según la metodología implementada han sido criticados no por pocas voces.

c) Por grave perturbación de la conciencia:

Es la perturbación de la relación entre la autoconciencia y la conciencia del mundo exterior y por lo tanto una lesión de la autodeterminación.

BACIGALUPO considera que las perturbaciones no necesitan ser patológicas, pueden ser fisiológicas como el sueño o la hipnosis. Lo que se discute

es hasta qué punto la comprobación de un estado emocional es suficiente para tener por acreditado la exclusión de la capacidad de motivación. Se percibe una tendencia restrictiva respecto de las exigencias que debe cumplir. Se sostiene que en el momento del hecho el autor puede haber obrado sin capacidad de motivación, pero es necesario analizar si en el momento anterior al hecho, el estado emocional era inevitable al autor¹⁵.

Clasificación según ROXIN

Estados orgánicos:

A) **Trastorno psíquico patológico:** Al igual que BACIGALUPO, las divide en exógenas y endógenas.

Al explicar este trastorno hace referencia a la embriaguez y aclara que no se puede indicar un límite determinado que produzca automáticamente la inimputabilidad, sino que depende de las circunstancias del caso concreto donde se deberá hacer una valoración global psicodiagnóstica. Por ello, en el caso de la inimputabilidad producida por el alcohol, la persona no queda por regla, impune, sino que puede ser castigado por la embriaguez por una *actio libera in causa*. Si se mantiene la imputabilidad, el hecho es punible, pero se puede hacer una atenuación.

B) **Trastorno profundo de la conciencia:** designando a los trastornos de la conciencia no patológicos, “psicológicamente normales”, el resto de los casos queda comprendido por los “trastornos psíquicos patológicos”. Pertenece a este grupo por ejemplo: las acciones bajo hipnosis y determinadas formas de estados pasionales. No obstante, estos trastornos deben ser profundos, eliminando todos los trastornos que se mantienen aún dentro de los márgenes de lo normal.

Lo correcto para el profesor Claus ROXIN es estimar que cuando en el momento del hecho está absolutamente excluida la capacidad de control, no se puede negar la inimputabilidad por el hecho de que el propio estado pasional estuviera provocado culpablemente. Ello, puesto que la ley se fija en el trastorno durante la comisión del hecho. Aunque también es posible basar la responsabilidad jurídica de un sujeto que actúa en estado pasional, en su caso, en los principios de la *actio libera in causa*.

¹⁵ Ob cit. Pág. 453

C) La **oligofrenia**: entendida como una “debilidad intelectual congénita sin causa demostrable”. El menor grado es la debilidad, el grado medio es **la imbecilidad** que ya no permite llevar una vida independiente, sino que requiere atención familiar o institucional. El grado más severo, es **la idiocia** que necesita atención y custodia permanente.

D) La **anomalía psíquica grave**: es un trastorno psíquico de comparable gravedad al trastorno psíquico patológico. No se basan en enfermedades corporales, son desviaciones psíquicas respecto de lo normal. Las principales formas de manifestación son las psicopatías, neurosis y anomalías de los instintos.

ROXIN concluye que todo depende de la *falta de capacidad de control*, que es consecuencia de la falta de comprensión, pero también de otras circunstancias y en general de la combinación de distintos factores¹⁶.

Jurisprudencia

Asimismo a nivel jurisprudencial se ha manifestado lo siguiente:

“Puede considerarse que al momento de los hechos que se le imputaban se hallaba en insuficiencia de sus facultades (oligofrenia) y alteración morbosa de las mismas (trastorno del control de sus impulsos) que le impidió comprender el sentido de sus actos y dirigirlos en función de dicha comprensión (...) en esa dirección corresponde encuadrar su situación con los alcances de la fórmula del art. 34 inc. 1 del CP...” Juzgado Nacional de Instrucción nro. 31 Fernández .A. 21 de julio de 2009.

III.- Imputabilidad disminuida

La mayoría de los códigos modernos contiene un previsión para ciertos casos en que la exigibilidad de la comprensión de la antijuricidad no se halla totalmente excluida, aunque sensiblemente disminuida (esa comprensión) en el sujeto. Se llama a estos supuestos imputabilidad disminuida, aunque en realidad son casos de menor culpabilidad o menor reprochabilidad de la conducta.

En nuestro Código Penal no hay una forma general de culpabilidad disminuida. No obstante hay claros caso de culpabilidad disminuida en el mismo;

¹⁶ ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, ed. del Puerto, 2000. Pag.837.

uno de los cuales es **la emoción violenta** en el caso de homicidio del art. 81 inc, 1 del CP.

Atenuante de culpabilidad es la disminución en la capacidad de motivación. Cuando no alcanzo la medida requerida para excluir totalmente la culpabilidad desde la mirada funcionalista.

El profesor Hans WELZEL agrega que cuando los estados mentales anormales no excluyen la capacidad de culpabilidad, sino que solo la afectan gravemente, el juez podrá atenuar la pena.

Jurisprudencia

Asimismo a nivel jurisprudencial se ha manifestado lo siguiente:

“Si el procesado padece un retraso mental, sin resultar alienado ni peligroso en el sentido del art. 34 del Cód. Penal, trátase de un caso de los que la doctrina llama de imputabilidad disminuida, que nuestro Código Penal no recepta en forma expresa y que según los casos dará lugar a una disminución de la reprochabilidad o conducir al campo de la inimputabilidad.”
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VI P., D. A.08/07/1988

Embriaguez

En relación a los **trastornos transitorios** se puede distinguir a la embriaguez, así la interpretación médico legal de las cifras de alcoholemia se hace con la más exquisita prudencia, para cubrir las posibles diferencias individuales de sensibilidad frente al alcohol.

De acuerdo según el criterio jurisprudencial establecido, basado en los trabajos de Auch Albert PONSOLD¹⁷ las conclusiones generalmente aceptadas, en cuanto a la valoración médico legal de la alcoholemia, son las siguientes:

1. Una alcoholemia inferior a 0.5 gramos de alcohol por mil c³ en sangre no indica necesariamente que el sujeto haya consumido bebidas alcohólicas.
2. Entre 0.50 y 1.0 gramos de alcohol por mil c³ en sangre, las posibilidades de que haya intoxicación van aumentando, pero sin que pueda asegurarse que existan alteraciones clínicas y en qué grado. En Argentina por encima de 0,50 gramos por 1.000 c³ está prohibido conducir vehículos

¹⁷ *Manual de Medicina Legal*, traducida y anotada pro Miguel Sales Vázquez, Edit. Científico Medica: Barcelona,1955 pág. 428 y ss

automotores (a choferes particulares) ya que se considera de acuerdo a los nuevos dispositivos legales vigentes crearía un factor de riesgo.

3. Una alcoholemia comprendida entre 1.0 y 2.0 gramos por 1.000 se corresponde con la fase ebriosa de la intoxicación alcohólica, pero para ser valorada jurídicamente debe ir acompañada de los correspondientes signos clínicos de la intoxicación. Dicho de otro modo, debido a las diferencias individuales en el modo de responder al alcohol, con estos valores no hay seguridad de cuál era el estado del sujeto y por ello deben coincidir los datos clínicos y los bioquímicos para establecer el diagnóstico de embriaguez.
4. Por encima de 2 gramos de alcohol por 1.000 c³ en sangre puede afirmarse la realidad de la embriaguez, aún en ausencia de todo dato clínico, por lo que concretamente se deberá evaluar acorde las circunstancias fácticas, si podía o no *comprender la criminalidad del acto*.
5. Cifras alcoholémicas de 4 a 5 gramos por 1.000 c³ se encuentran constantemente durante el estado de coma alcohólico completa inconsciencia de los actos.

Sobre el grado de alcoholización influye de distinta manera en las personas, ya que sujetos con gran susceptibilidad a los efectos del alcohol pueden presentar estados graves de embriaguez con total incapacidad para sus acciones, mientras que otros, con una tolerancia al alcohol superior a lo normal, apenas acusarían los efectos de la bebida y podrían conducirse con plena conciencia del valor de sus actos.

Jurisprudencia

Asimismo a nivel jurisprudencial se ha manifestado lo siguiente:

No corresponde descartar la inimputabilidad del procesado sólo porque la alcoholemia no alcanzó la cuota de los 0,80 ‰ c.c. de sangre, dejando de lado numerosos claros y concordantes indicios, presunciones y pruebas, pese a que tan grave situación fue ignorada por la justicia a lo largo de la investigación. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VI, Quiroga, Omar.29/12/1989.

Para finalizar desde nuestro punto de vista debemos destacar que si bien los estudios sobre la salud mental de un sujeto los deben hacer los profesionales médicos, sólo los jueces son quienes determinen si el mismo "comprendió la criminalidad del acto", asimismo debe entenderse que no existen cuadros estancos y

predeterminados sobre esta problemática y siempre se debe estudiar la particularidad del caso.

IV.- Análisis de la “*actio liberae in causae*”

Respecto de la *actio liberae in causae* el profesor Mariano SILVESTRONI afirma que lo determinante para definir esta cuestión “*es la imposibilidad de afirmar desde un ángulo valorativo (no se trata de una cuestión causal probatoria sino de un problema de atribución) una vinculación objetiva entre el acto libre de comenzar a colocarse en estado de inimputabilidad y el acto no libre de llevar a cabo el injusto penal. Si la libertad (o la no ausencia de libertad) que fundamenta el juicio de culpabilidad es considerada un elemento esencial del delito, es por la relación existente entre ella y el injusto. El ilícito que se origina en un acto libre es un ilícito responsable por contraposición al que se cometió en ausencia de libertad. El Estado confía en la libertad de los ciudadanos (principio de confianza) y por ello los castiga cuando, en ejercicio de la libertad, defraudan las expectativas.*”¹⁸

Por ello, sostiene que considerar el injusto *no libre* que puede haber sido determinado por una decisión *libre* anterior importa negarle incidencia a la libertad sobre el ilícito, ya que existiría un tramo del suceso no decidido con libertad. Siguiendo este análisis, constituiría una contradicción afirmar por un lado que no existe libertad en el momento de la inimputabilidad y por otro que ese momento puede ser vinculado con un acto libre anterior, que no existiría.

Afirmando la relevancia como fundamento del reproche penal de una decisión no libre que vincula una decisión libre anterior con el injusto se estaría negando implícitamente la importancia de la libertad como fundamento del reproche de culpabilidad. El reconocimiento moral del ser humano como un ser libre de autodeterminación debe ser consecuente con sus postulados y no puede renunciar a ellos ni siquiera como excepción.

Para SILVESTRONI esto no implicaría que casos de *actio liberae in causae* queden impunes, sino sólo que no se puede vincular objetivamente el suceso cometido en estado de inimputabilidad con la acción libre de colocarse en ese estado para cometerlo, lo que impide la imputación por el delito consumado. De todos modos, sostiene que la conducta de colocarse en estado de inimputabilidad para ejecutar en ese estado el ilícito, podría constituir en sí misma el comienzo de

¹⁸ Ob cit. Pág. 339

ejecución de la conducta típica por lo que la imputación por tentativa sería procedente. Sin embargo, “*ésa es la única imputación posible, aun cuando se haya producido el resultado, ya que la conexión entre la acción libre con éste no se puede establecer mediante un razonamiento constitucionalmente válido*”¹⁹.

El profesor Eugenio Raúl ZAFFARONI analiza el caso de la *actio liberae in causae* y trae para ello dos tesis (aristotélica hasta la década del 60 y la posterior: *actio liberae in causae*) Aristóteles consagró el “*versari in re illicita*”, cuando el agente se embriagaba voluntariamente, por completa que sea su embriaguez, ésta era irrelevante, y como conforme a ello, quien quiso la causa quiso el efecto, debía reprocharse el resultado del injusto culpable. Hasta los años sesenta, esta teoría dominaba la jurisprudencia argentina. No importaba si al recuperarse de la intoxicación, no tenía el menor recuerdo de lo sucedido, debía ser penado como si no hubiese estado ebrio.

Luego, desde el siglo XIX se sostuvo otra tesis, la ACTIO LIBERAE IN CAUSA, (A.L.I.C), ensayada por la doctrina italiana medieval. Parte de la premisa de que la acción no es libre en el momento del hecho, pero lo es en su causa, por lo que la culpabilidad se traslada a ese momento previo, esto es a la conducta realizada para colocarse en **ese** estado y a la **voluntad que existía en ese momento previo**.

Por lo tanto la regla sería:

- 1. Se incapacitó accidentalmente –no hay culpabilidad–.**
- 2. Se incapacitó por puro gusto, pero no pudo prever las consecuencias –no hay culpabilidad–.**
- 3. Si se incapacitó, pudiendo prever el resultado –hay responsabilidad culposa–.**
- 4. Si lo hizo *para* causar el resultado –hay responsabilidad dolosa–.**

Esta es la tesis de la jurisprudencia argentina que reemplazo a la “*versari in re illicita*” (que significa algo así como “quien se comporta ilícitamente deberá cargar con **todas** las consecuencias de su acto –las haya o no podido haber previsto–)

Sin perjuicio de que para ZAFFARONI es mejor que la anterior, no tiene dudas de que es insostenible y explica (con mucha razón) que “no se puede con dos conductas diferentes armar un delito”, tomando la pretendida culpabilidad de una acción atípica (beber, por ejemplo) y completarla con la tipicidad de un injusto

¹⁹ *Ob cit pag. 340*

inculpable (lesionar). El ánimo no puede convertir el acto de beber en una tentativa de homicidio por ejemplo.

Concluye con que la *actio liberae in causae* es una aplicación particular de la culpabilidad de autor y que la ley es clara al exigir la capacidad en el momento del hecho y no antes o después²⁰.

Por otro lado BACIGALUPO se pregunta si se establece un tipo penal autónomo mediante el que ¿se sanciona el ponerse en estado de incapacidad para cometer un delito o sin el cuidado debido al respecto? Si se sanciona el estado generador del peligro ya no quedarán casos en los que sea necesario recurrir al “*actio libera in causa*” porque directamente el estado de incapacidad sería entendido como una condición objetiva de punibilidad, pero si no se quiere vulnerar el principio de culpabilidad, el autor debería ser punible con una pena distinta por haber cometido el acto en estado de incapacidad y aquí viene la “solución de tipo” postulada por la jurisprudencia española.

Así, se considera que el fundamento de la punibilidad no es el estado de incapacidad, sino el haber determinado dicho estado, dado que el estado anterior es causal de la realización del tipo.

Claus ROXIN explica que en la *actio libera in causa* pueden suceder dos situaciones distintas: si el hecho de haberse embriagado (por ejemplo) fue para vencer sus inhibiciones y dar una paliza a su enemigo en estado de inimputabilidad, la doctrina y jurisprudencia acuerdan ampliamente en que se debe castigar por lesiones dolosas. Pero si imprudentemente el sujeto no repara en que durante la embriaguez empleará violencia, se lo juzgará por lesiones culposas. Lo que se discute según ROXIN es como se puede fundamentar jurídicamente ello²¹.

Hay dos opiniones sobre la fundamentación del *actio liberae in causae* :

“El modelo de la excepción”- seguida por Hans WELZEL y el “modelo del tipo” seguido por Enrique BACIGALUPO.

En el modelo de excepción —es una excepción justificada por el derecho consuetudinario— al principio de que el sujeto ha de ser imputable durante la comisión del hecho. Se le castiga por la conducta anterior, pese a que no era imputable *en ese momento*.

²⁰Ob cit pág. 712

²¹ Obra cit. Pag 850-851

En el modelo del tipo (predominante en jurisprudencia y doctrina) la imputación no se conecta con la conducta durante la embriaguez, sino con el hecho de embriagarse, que se interpreta como causación dolosa o culposa y por ende punible del resultado típico. La conducta previa es que el autor se representa la realización típica culpable en el momento de la comisión.

Postura del profesor Claus ROXIN: el modelo típico. Critica duramente al modelo de la excepción, y explica que atenta contra el principio “*nullum crimen sine lege*”. Además, contra el principio de culpabilidad puesto que “...si se prescinde de la conexión causal de la conducta previa con el resultado como base de la imputación, el dolo y la imprudencia pierden relación con el hecho...”. Establece así que la *actio liberae in causae* choca con la vigencia del principio de culpabilidad penal²².

Jurisprudencia

Asimismo a nivel jurisprudencial se ha manifestado lo siguiente:

“Ahora bien, en materia de estupefacientes, esos supuestos que la doctrina ha bautizado bajo el nombre de “actio libera in causa”, son abarcados legislativamente por los actos contemplados en el art. 13 de la ley 23.737, mediante los cuales se prevé la punición del consumo de droga en la medida en que ellos guarden una concreta y estrecha relación con la comisión del acto mismo que se reputa ilícito”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala I Ávila, Claudio Fabián 02/12/2008

“Concretamente, asevera que la víctima se suicidó en un estado de ebriedad completo y voluntario, esto es, sin discernimiento. Sin embargo, a fin de establecer su imputabilidad y culpabilidad, es dable aplicar al caso, por analogía, la teoría de la actio libera in causa. Ello así, porque, si dicha teoría sirve para definir la responsabilidad penal del ebrio (art. 34 inc. 1ro. C.P.), y para establecer su responsabilidad civil por actos ilícitos (art. 1070 C.Civ.), “... no se advierten razones sustanciales que obsten a su aplicación analógica para derivar la concurrencia causal por parte de la víctima sin discernimiento en un determinado resultado dañoso”. Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala penal Lescano, Víctor Hugo 03/07/2008.

²² Ob cit. Pag.851

Así las cosas y desde nuestro punto de vista creemos que la “Actio libera in causae” choca con los pilares básicos de nuestra constitución ya que con el único objeto de ampliar el campo punitivo, retrotraen la conducta incriminada a un momento anterior al comienzo efectivo de la ejecución, todo se cual se postula en contra de un derecho penal mínimo y de los principios de *pro homine* y por libértate.

V.- Medidas de seguridad

Concepto y crítica

En general los códigos penales establecen sistemas de *doble vía* de reacción. Frente al delito, el Estado aplica una pena al autor del injusto si es culpable o una medida de seguridad si el autor es declarado inimputable.

El Código Penal realiza una distinción, según exista o no enajenación. El segundo párrafo del artículo 34 inciso 1 prevé la internación manicomial del enajenado; mientras que el tercero prevé que ***“En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el Tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso”***.

Para ZAFFARONI el control psiquiátrico “encierra iguales o mayores riesgos” que el punitivo, puesto que ***en general, el psiquiatrizado es excluido o inferiorizado. Pasa a ser un incapaz jurídico, de ciudadano pasa a ser un tutelado***²³.

La inimputabilidad puede acarrear privaciones de libertad más extensas (hasta perpetuas) y deteriorantes que las de la pena formal, con el nombre de “medidas de seguridad”. Además en general **no guardan proporción con la gravedad del injusto cometido**.

El 2º párrafo del inc. 1º del Art. 34 del C.P, (en mi opinión y en correlación con lo dicho por ZAFFARONI) posibilita que la declaración de inimputabilidad, signifique una privación de la libertad mayor a la propia pena de prisión perpetua, dejando la vida del inimputable en manos del juez. Me pregunto cuánta distancia hay entre ello y la pena capital.

²³ Ob. Cit pág. 694

Máximo SOZZO en “Delito y Sociedad”, año 8 n° 13, pág. 149 Revista de ciencias Sociales, Santa Fe UNL, trae una idea de Rossela SELMINI analizando esta situación: “Las medidas llamadas curativas por tiempo indeterminado, en las instituciones psiquiátricas son formas extremadamente más aflictivas y deshumanizantes que la detención ordinaria”

Jurisprudencia

Asimismo a nivel jurisprudencial se ha manifestado lo siguiente:

“Al inimputable se le condena de por vida a permanecer en un establecimiento de seguridad, sin la esperanza mínima de salir de ese sitio”.
(Del voto en disidencia del doctor Donna) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VI S. V., M. A.11/02/1986

Reglas básicas que establece Zaffaroni²⁴

- El poder punitivo en ningún caso, puede ser habilitado ilimitadamente, sea la persona capaz o incapaz. (por eso la crítica al Art. 34 inc. 1. 2° párrafo.)
- Hay situaciones en las que las condiciones psíquicas de una persona hacen que nadie le pueda reprochar que no actuó conforme a derecho.
- Cada vez que sea necesario discutir la capacidad jurídica del paciente psiquiátrico deben ser escuchados por los jueces.

Para este autor, en razón de que no existen sustancialmente diferencias entre las medidas de seguridad y la coerción que formalmente se denomina pena, corresponde realizar un control de constitucionalidad dirigido a preservar las garantías básicas del derecho penal.

Por lo expuesto, dice que el respeto por el principio de culpabilidad exige o bien que se califique de inconstitucional la imposición de medidas de seguridad a los inimputables o que se exija un grado o tipo de reproche específico para la aplicación de este tipo de medidas. Dice que ambas soluciones podrían coexistir y que deberían establecerse grados de culpabilidad para aquellos supuestos en los que se encuentre afectada la capacidad de culpabilidad, habilitando diferentes

²⁴ Derecho Penal. Parte General, Ed. Ediar 2da edición.2000 pág. 695 y ss.

reacciones punitivas e impidiendo reacciones de este carácter cuando la inimputabilidad sea absoluta.

Así respecto de quienes se encuentran en diferentes estados de incapacidad de culpabilidad, sólo puede aplicarse una medida de carácter punitivo en tanto exista un reproche jurídico que fundamente ese tipo de reacción. Si ese reproche no existe, la medida sólo podría aplicarse en el marco de un análisis de necesidad y disminuyendo a su mínima expresión su carácter punitivo. Ello requeriría, además, una compensación como la propuesta.

Más allá de los cuestionamientos, las medidas de seguridad que habilita el código penal, entiendo oportuno señalar el cambio de paradigma que ha operado en la materia. Éste surge en el ámbito internacional de los Derechos Humanos.

Actualmente se puede afirmar que los enfermos mentales en el derecho penal han dejado de ser “objeto de derecho” para transformarse en “sujetos de derechos”.

Este reconocimiento está plasmado con la inminente incorporación al derecho interno de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ratificada por la República Argentina el 30 de marzo de 2007 incorporado por la ley 26.321.

En el art. 14 de la Convención se prevé expresamente que “1. 1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás: a)... b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad. 2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables”.

En consecuencia, debe quedar claro que la persona que padece una enfermedad mental es un “sujeto de derechos” y no un “objeto que debe ser tutelado”

Más allá de las exigencias internacionales, nuestro sistema vigente no se ha actualizado. En él encontramos serios vicios y defectos, que en muchos casos,

posibilitan que a las personas que padecen una enfermedad mental, imputadas de la comisión de un delito, les sean vulnerados derechos fundamentales.

Más allá de la evidente oposición del art. 34 del Código Penal con el cambio internacional de paradigma respecto de la situación de las personas con discapacidad, no puede negarse que puede existir una interpretación ajustada de éste, pero solo en ***casos con patologías extremas en los cuales la medida de internación deba cumplirse a puertas cerradas.***

En este sentido “*no cualquier peligrosidad es suficiente para mantener la medida sino sólo cuando es de tal grado que el paciente debe permanecer internado. La única peligrosidad que justifica la intervención del Juez penal es aquella que hace imprescindible el régimen de internación.*”²⁵.

Quien debe controlar la medida de seguridad

Por otra parte se discute sobre quién debe controlar la medida de seguridad que se imponga, ya que el reconocimiento de los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidades los ejerzan plenamente y sin discriminación desvirtuó la visión del enfermo mental como un sujeto criminalmente peligroso, hacen replantear la cuestión sobre este control que ha estado siempre en las manos del juez penal.

Como ya hemos manifestado en los últimos tiempos se ha operado un cambio de paradigma respecto de los enfermos mentales; han dejado de ser considerados objetos del derecho penal, sometidos a tutela judicial, para transformarse en sujetos de derecho que merecen un trato diferenciado.

Esta nueva postura obliga a replantear la vigencia de las medidas de seguridad de los enfermos mentales inimputables en el ámbito del derecho penal, y trasladarlos hacia otro sistema jurídico que respete su condición y reconocimiento pleno de sus derechos fundamentales²⁶.

No es racional sostener que una persona por el azar de haber ingresado al sistema penal, resulte sometida a la potestad de sufrir una medida indeterminada,

²⁵ Cfr. DE LA FUENTE, Javier “Medidas de seguridad para inimputables”, publicado en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ad Hoc, Año IV, N° 8 a), pág. 286/324.

²⁶ Cfr. HEGGLIN, María Florencia “*Los enfermos mentales en el derecho penal. Contradicciones y falencias del sistema de medidas de seguridad*”, ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006, Pág. 144.

que vulnera elementales principios constitucionales, de los cuales gozan los demás sujetos criminalizados.

El tratamiento al cual debe sometérselos está regulado en disposiciones legales del ámbito de la psiquiatría, por lo tanto la agresividad de un enfermo mental no debe estar sometida a la intervención punitiva, sino a las características propias de la enfermedad, que deben ser valoradas en cada caso ***por un juez no penal.***

El principio de mínima intervención indica que debe prescindirse de la intervención estatal punitiva, siempre que, en el caso, ***se pueda recurrir a medios menos lesivos como medidas estatales de política social, medidas propias del derecho civil, administrativo, o incluso medios no jurídicos de control social***²⁷

Si el fin del control sobre los enfermos mentales es curarlos, respetando el carácter subsidiario del derecho penal, éste tiene que ceder su lugar de control social y dejar espacio para que de ello se encarguen otras instancias estatales. ***Fundamentalmente cuando, como en el caso, en función de las particularidades que rodean a la regulación de la situación del paciente, ya se encuentran actuando otros órganos jurisdiccionales.***

Jurisprudencia

En este sentido, resulta fundamental traer a estudio lo resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (“RMJ”. La Ley 1987-C, 411 - DJ 987-2, 875 - 30/12/1986), que dirimió el conflicto de competencia entre la jurisdicción civil y penal, otorgándole al magistrado civil el control sobre el resguardo y seguridad del insano.

El dictamen del asesor de menores de Cámara que intervino, acertadamente señaló: “...Ni del art. 34 del Código Penal, ni de las normas procesales y de fondo que regulan la declaración de incapacidad por insania, puede extraerse la conclusión de que luego de dictada la sentencia de interdicción por el juez civil, el insano que ha cometido un delito y que ha sido declarado inimputable por su falta de discernimiento a causa de la enfermedad que lo aqueja, deba ser controlado por dos jueces, uno en su aspecto físico y otro en su aspecto patrimonial. Esa responsabilidad la tiene exclusivamente el juez en lo civil (arts. 141 y concs., Cód. Civil -Adla, XXVIII-B, 1799-), se trate de dementes, interdictos mayores o menores de edad -menores

²⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María “Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo”, editorial Bosch, Barcelona 1992, pág. 242.

adultos se sobreentiende-. El fundamento de la interdicción radica en la necesidad de proteger al sujeto inapto para el gobierno de su persona y de sus bienes. Esta protección se logra con la incapacidad, a partir de cuya declaración y designación del curador, éste se hará cargo del gobierno de la persona y de los bienes bajo la dirección del juez civil competente (art. 404, Cód. Civil). Le corresponden pues a éste, todas las medidas que hayan de adoptarse con relación al interdicto (arts. 141 y conscs., Cód. citado -Adla, XXVIII-B, 1799-), así como la fiscalización del régimen de internación disponiendo la periodicidad de las visitas o de los informes del director del establecimiento, todo ello de conformidad con el art. 636 del Cód. Procesal y la ley 22.914 (Adla, XLI-C, 2975 ; XLIII-D, 3763), sobre el régimen general de internaciones y externaciones que obliga a la tramitación de oficio de dichas medidas...”.

En idéntico sentido resolvieron –por mayoría– los jueces del Tribunal Oral en lo Criminal n° 21 de la ciudad de Buenos Aires, en la causa “Duarte, Antonio Manuel s/hurto” el 28 de diciembre de 2008.

“El carácter de última ratio del derecho penal impone que se lo entienda como la última rama del derecho a la cual recurrir. Es que existen otras ramas del derecho a las cuales acudir, de manera más proporcional, con la posibilidad, inclusive, de obtener mejores resultados a través de medios menos intensos....no sólo el derecho penal dispone de medios coactivos. El carácter y los medios coercitivos les son propios a todas las ramas del ordenamiento jurídico (y) desde una perspectiva de política jurídica, la selección y acumulación de tales medidas están sometidas al principio de que una medida de mayor gravedad es injustificada, en tanto una de menor entidad permita confiar en la obtención del mismo resultado (y) en la selección de los medios estatales de poder, el derecho penal debería ser una verdadera última ratio y adquirir actualidad sólo cuando ello fuera indispensable para mantener la paz social²⁸”

En este precedente se determinó que la jurisdicción que debe controlar la medida de seguridad de un paciente con discapacidades mentales es la civil, por ser esta la que cuenta con la legislación específica y adecuada a los parámetros constitucionales²⁹.

Jurisprudencia

Asimismo a nivel jurisprudencial se ha manifestado lo siguiente:

Finalmente, recuerdo aquí lo expuesto en el reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos R.,M.J. s/ insania, resuelto el día 19

²⁸ Cfr. MAURACH, Reinhart; *“Derecho Penal. Parte general.”*, actualizada por Heinz ZIPF, Astrea, Buenos Aires, 1994, pág. 34.

²⁹ Cfr. fallo citado, voto mayoría – jueces Barrotaveña y Bossi- punto III en su totalidad.

de febrero de 2008 en cuanto a que “...la debilidad jurídica estructural que sufren las personas con padecimientos mentales de por sí vulnerable a los abusos, crea verdaderos “grupos de riesgo” en cuanto al pleno y libre goce de los derechos fundamentales, situación que genera la necesidad de establecer una protección normativa eficaz, tendiente a la rehabilitación y reinserción del paciente en el medio familiar y social en tanto hoy nadie niega que las internaciones psiquiátricas que se prolongan innecesariamente son dañosas y conllevan, en muchos casos, marginación, exclusión y maltrato y no es infrecuente que conduzcan a un “hospitalismo” evitable. En esta realidad, el derecho debe ejercer una función preventiva y tutiva de los derechos fundamentales de la persona con sufrimiento mental, cumpliendo para ello un rol preponderante la actividad jurisdiccional.”

Ley de Salud Mental 26.657.

Esta Ley fue promulgada en 2010 y reglamentada en 2013, fue debatida, pensada, reforzada y confirmada en el Código Civil de 2015, ella estableció el goce de distintos derechos para las personas con padecimientos mentales y también incluyó en esta ley las personas con usos problemáticos de drogas.

La norma estableció una serie de derechos entre los que se destaca:

1. A ser atendido en el hospital general. Si el hospital rechaza la atención por el solo hecho de tratarse de un problema de salud mental, comete un acto discriminatorio.
2. A recibir la alternativa terapéutica más conveniente, que limite menos sus derechos y libertades y que colabore para la integración familiar, laboral y comunitaria.
3. A ser acompañado antes, durante y luego del tratamiento por sus familiares.
4. A tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades.
5. A no ser objeto de investigaciones clínicas ni tratamientos experimentales sin su consentimiento.
6. A que nunca consideren su padecimiento mental como un estado que no se puede modificar.

Fijo por otro lado los estándares de cuándo se decide la internación de una persona que tiene padecimiento mental, así sólo puede indicarse la internación cuando aporte mayores beneficios terapéuticos y la misma debe ser lo más breve posible.

Asimismo, fijo que la internación debe darse en hospitales generales, eliminando la creación de nuevos establecimientos psiquiátricos y fijo un régimen de control de internación con intervención del juez y al órgano de revisión, por

otro lado la ley en práctica tendrá muchas críticas no siendo los pocos que pidan su reforma y con la inclusión de una norma similar a ley Kendra de EEUU (La Ley Kendra le permite a un juez ordenar tratamiento ambulatorio supervisado (AOT) para ciertas personas con enfermedades mentales que están capacitadas para vivir en la comunidad y no requieren estar hospitalizadas, pero que sin una atención o tratamiento de rutina podrían sufrir una recaída y volverse violentos, suicidas o requerir hospitalización. La necesidad de tratamiento ambulatorio obligatorio y supervisado debe probarse ante un juez en una audiencia y puede establecerse la internación involuntaria).

De todos modos, la Ley de salud mental fija este tema como un problema de salud pública e incluye a nuestro entender cómo tratar los casos en que la persona con padecimiento mental comete un hecho delictivo, de este modo no me caben dudas de que corresponde unificar el control en un solo órgano, (ya no juez penal y juez civil) sino delegando el seguimiento de la internación y su eventual cesación a la justicia civil.

En síntesis, desde nuestro punto de vista las medidas de seguridad impuestas en virtud de lo normado en el art. 34 del CP deben ser controladas exclusivamente a la justicia Civil para el seguimiento del estado de salud de la persona sometida a dicho control.

VI.- Bibliografía

- BACIGALUPO, Enrique *"Derecho penal, parte general"*, 2ª ed., Ed. Hammurabi, Bs. As, 1999.
- DE LA FUENTE, Javier *"Medidas de Seguridad para inimputables"* publicado en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año IV, N° 8, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires.
- FRÍAS CABALLERO, Jorge, *"Algo más sobre la inimputabilidad de las personalidades psicopáticas en el Código Penal argentino"*; en La Ley, 1987-B, Sección Doctrina.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *"Adolescentes y responsabilidad penal: un debate latinoamericano"*, en: Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, Año VI, No. 10, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

- HEGGLIN, María Florencia “*Los enfermos mentales en el derecho penal. Contradicciones y falencias del sistema de medidas de seguridad*”, ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006).
- ARGIBAY MOLINA José F., *La Imputabilidad disminuida en el Proyecto Soler*, en L.L.; 110, 1963
- LAINO, Nicolás en Dilema Acerca de la Imputabilidad: <http://www.pensamientopenal.com.ar/33laino.pdf>.
- CRUZ Manuel, *Historia del pensamiento* Edit. Orbis fascículo Barcelona 1980
- MAURACH, Reinhart; “*Derecho Penal. Parte general.*”, actualizada por ZIPF, Astrea, 1994.
- PONSOLD, Auch Albert *Manual de Medicina Legal*, Traducida y anotada por Miguel Sales Vazquez, Edit. Cientifico Medica: Barcelona. 1955.
- ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, ed. del Puerto, 2000 y *Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*”, ed. del Puerto. Bs.As., 1993.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María “*Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*”, editorial Bosch, Barcelona 1992.
- SILVESTRONI, Mariano *Teoría Constitucional del Delito* Edit. Editores del Puerto Bs. As. Argentina 2004.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino. Buenos Aires: Edit.TEA, Fecha 1951.*
- SOZZO, Máximo “Delito y Sociedad” Rev. de ciencias Sociales, Año 8, N° 13 Santa Fe
- WELZEL Hans, *Derecho Penal Alemán*, ed. Jurídica de Chile. 1969.
- ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ediar 2da edición, 2000.-