

## El tratamiento de los Enfermos Mentales en el Código Penal Argentino



### Proyecto de Investigación Aplicada

Medidas de Seguridad y Habeas Corpus Correctivo. Su aplicación a los inimputables

*“Probablemente cometió un hecho delictuoso grave.*

*Probablemente es peligroso procesalmente.*

*Probablemente todo esto sea una gran equivocación”*

Fabián Ignacio Balcarce

María Alejandra Debarbora

Carrera Abogacía

Año 2016

**Resumen.**

El presente trabajo se encuentra orientado a determinar en primer lugar, cuáles son las condiciones de aplicabilidad de las medidas de seguridad dispuestas en el Art. 34 de nuestro Código Penal, si las mismas son congruentes con los principios y garantías estatuidos en nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados a ella, y en segundo lugar, afrontar el tema que se resume en la siguiente pregunta: según la normativa vigente ¿La persona declarada inimputable a quien se le ha impuesto una medida de seguridad, puede interponer la acción de habeas corpus correctivo?. Así, a lo largo del desarrollo investigativo y sin pretender abarcar ni agotar el asunto, nos pareció interesante analizar el tratamiento que nuestro Código Penal brinda a los inimputables, como así también si éstos tienen legitimación para interponer la acción de habeas corpus correctivo frente al agravamiento indebido de las condiciones de internación dispuestas en base a una medida de seguridad.

**Palabras clave:** Imputabilidad, Culpabilidad, Medidas de seguridad, Peligrosidad criminal, Salud mental, Hábeas corpus correctivo.

---

**Abstract**

This paper is oriented to determine first, what are the conditions of applicability of the security measures provided in Art. 34 of our Criminal Code, if the same are consistent with the principles and guarantees of our Constitution and international treaties incorporated into it, and secondly, address the issue that is summarized in the following question: according to the current regulations Does the person declared legally immune to whom has imposed a security measure, you can file habeas corpus correctivo?. Thus, throughout the research development and without attempting to cover not exhaust the subject, it seemed interesting to analyze the treatment that our Criminal Code provides criminally responsible, as well as whether they have standing to bring the action of habeas corpus against the worsening improper conditions of internment disputes based on a security measure.

**Keywords:** Liability, Guilt, Security, criminal threat, Mental Health, Habeas corpus correctivo

## **Introducción**

La investigación que desarrollaremos a lo largo del presente trabajo se encuentra orientada a realizar un análisis normológico a fines de determinar en primer lugar cuáles son las condiciones de aplicabilidad de las medidas de seguridad dispuestas en el Art. 34 de nuestro Código Penal, si las mismas son congruentes con los principios y garantías estatuidos en nuestra Constitución Nacional - ley suprema que se erige en el marco normativo de referencia insoslayable, regulador y limitador del sistema de control social- y en segundo lugar, para luego afrontar el tema de investigación que proponemos el cual se resume en la siguiente pregunta: según la normativa vigente ¿La persona declarada inimputable a quien se le ha impuesto una medida de seguridad, puede interponer la acción de habeas corpus correctivo?.

A lo largo del presente trabajo y sin pretender abarcar ni agotar el asunto, nos pareció interesante analizar el tratamiento que nuestro Código Penal brinda a los inimputables, y también, si éstos tienen legitimación para interponer la acción de habeas corpus correctivo frente a las medidas de seguridad aplicadas al imputado en un proceso penal, ya que consideramos que es una cuestión que no ha sido desarrollada en profundidad por la doctrina. Pensamos que ello se debe en gran parte a que generalmente asociamos a la acción de habeas corpus correctivo con la privación de la libertad impuesta a personas que se encuentran sometidas a un proceso penal o que ya han sido condenadas por un tribunal, debiendo cumplir la pena impuesta en Establecimientos Penitenciarios. Razón por la cual, resulta una consecuencia lógica que, tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, exista mayor cantidad de información y material sobre habeas corpus correctivo interpuesto por, o en favor de, personas privadas de su libertad alojadas en complejos carcelarios; que de personas que han sido declaradas inimputables y se encuentran internadas en instituciones psico-asistenciales, en razón de que, al momento de cometer el ilícito, no pudieron comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones, sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia no imputables, y que además resultan peligrosos para sí o para terceros (art. 34 C.P.).

Sin embargo, no por darse con menor frecuencia en la práctica resulta una cuestión de menor importancia, sino todo lo contrario, ya que como se verá hacia el final de la presente

presentación, se trata de una situación diríamos hasta más delicada y preocupante que en el caso del habeas corpus interpuesto por un procesado o condenado, en pleno dominio de sus facultades mentales.

Durante el desarrollo del presente, trataremos de analizar las distintas posturas doctrinarias y jurisprudenciales sobre las que los magistrados encargados de la aplicación de la norma objeto de análisis cimentan sus resoluciones en torno a la internación de sujetos que han sido declarados inimputables del hecho que se les enrostra, qué características personales del imputado sopesan a la hora de ordenar su internación, si éstas resisten el balancín test aplicable en torno a los principios de **legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, previsibilidad, igualdad y tutela judicial de las condiciones de encierro forzoso** que erigen como marco normativo de nuestro sistema del derecho penal en relación al delito cometido y su vinculación con la Ley 23.098 de Habeas Corpus, a fines de poder determinar si es viable la interposición del hábeas corpus correctivo cuando existen condiciones de encierro en el marco de la aplicación de medidas de seguridad.

Consideramos que el autor del injusto debe ser penado por el hecho cometido y no por su condición patológica y que una medida de carácter penal como la analizada, en tanto manifestación de un derecho penal de acto y no de autor debe fijar en el hecho los límites de su intervención y a su vez brindarle las mismas posibilidades de protección que a los procesados o detenidos que se encuentran privados de su libertad en un Establecimiento Penitenciario. La temática planteada no se suscita frecuentemente, sin embargo, dada la normativa vigente no resulta una cuestión de menor importancia- circunstancia que motiva el presente trabajo-. Por el contrario, y como se verá hacia el final del mismo, se trata de una situación más delicada y preocupante que el caso del Habeas Corpus Correctivo interpuesto por un procesado o condenado, en pleno dominio de sus facultades mentales.

En torno a ello, nuestro objetivo general será analizar si en la normativa vigente es viable la aplicación de la figura de habeas corpus correctivo a un inimputable a quien se le ha aplicado una medida de seguridad. Para concretar el mismo, consideramos importante proponernos como objetivos específicos los siguientes:

- Identificar la figura de las Medidas de Seguridad y Habeas Corpus Correctivo en el sistema jurídico argentino y en su tratamiento para los enfermos mentales;

- Analizar las distintas posturas doctrinarias que se han desarrollado sobre la temática;
- Identificar las deficiencias que presenta el sistema normativo vigente a la luz de los tratados internacionales incorporados a nuestra Constitución tras la Reforma de 1994
- Analizar y comparar la recepción del instituto en el Anteproyecto de Código Penal
- Analizar los fallos jurisprudenciales más trascendentes.

En cuanto a la metodología empleada en ésta investigación, en primer lugar, analizaremos algunos conceptos que consideramos centrales para el desarrollo de la temática, entre los que encontramos el concepto de delito, imputabilidad, culpabilidad, punibilidad y medidas de seguridad, y la acción de Habeas Corpus, las cuales servirán para entender de manera acabada la problemática a tratar. Pretendemos poder captar la complejidad del fenómeno investigado de manera analítica, desde el estudio de las funciones y elementos que componen el tema investigado, examinando también su capacidad operativa en el marco del complejo normativo del que forma parte. El término analítico en este trabajo, debe ser interpretado como un método de selección y ordenación de elementos integrantes de la problemática a investigar, para poder abordar el todo, previo estudio de sus partes. La investigación es de naturaleza teórica descriptiva y de carácter cualitativa, lo cual nos permitirá captar la complejidad del instituto analizado.

Dentro de este marco conceptual, iniciaremos el presente trabajo desarrollando en el **Primer Capítulo** un análisis sucinto de la Teoría General del Delito y su evolución a través de las diferentes escuelas penales, para luego avanzar hacia el estudio del concepto de Delito, al cual definiremos como aquella *acción típica, antijurídica y culpable*, siendo éstas las características que debe reunir un hecho para ser considerado tal, concebido por parte de la doctrina como los sucesivos estadios que debe superar el poder punitivo del Estado, legitimando la sanción penal contra un individuo, y sucintamente precisaremos las derivaciones de dicha definición, esto es los conceptos de imputabilidad, culpabilidad, punibilidad y los límites al poder punitivo del Estado diseminados a lo largo del art. 34 del de nuestro Código Penal, .

En el **Segundo Capítulo** nos centraremos en la Culpabilidad, la cual será analizada en sus dos aspectos, como principio constitucional y como presupuesto de la pena. Desarrollaremos como ha sido receptada la culpabilidad en nuestro Código Penal, deteniéndonos en el análisis del tipo penal del artículo 34 inc. 1ro. donde expondremos los conceptos de imputabilidad e inimputabilidad.

En el **Tercer Capítulo** estudiaremos a las Medidas de Seguridad, entendiendo a estas como la consecuencia jurídica del injusto cometido por el autor (hecho típico y antijurídico), en orden a la peligrosidad del mismo (acciones con capacidad de lesionar o poner en peligro intereses protegidos penalmente, cfr. De la Rúa, 1997, p. 475). Trataremos de elucidar someramente en qué casos y bajo qué condiciones los jueces pueden ordenar la internación en un establecimiento psiquiátrico de la persona que ha sido declarada inimputable, examinando dicho instituto bajo el prisma de los derechos reconocidos en la Constitución Nacional y pactos internacionales de jerarquía constitucional incorporados a nuestro plexo normativo tras la reforma constitucional del año 1994, analizando a su vez si existe contradicción de la figura analizada con los principios de **legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, previsibilidad, igualdad y tutela judicial de las condiciones de encierro forzoso.**

En el **Cuarto Capítulo**, nos adentraremos al estudio de la figura del Habeas Corpus Correctivo, entendiendo a este como una acción rápida y eficaz para asegurar la vigencia efectiva de la libertad individual, y como remedio para terminar con actos u omisiones que agraven indebidamente la situación de una persona detenida legalmente (cfr. Zarini, p. 204/208).

En el **Quinto Capítulo** realizaremos un análisis jurisprudencial respecto a la aplicación de los institutos analizados a nivel local y nacional a lo largo del tiempo, centrándonos además en la fundamentación efectuada por los tribunales en cuanto al mantenimiento de las mismas a lo largo del tiempo.

Finalmente, en el **Sexto Capítulo** se expondrán las conclusiones a las que arribamos, en base a los tópicos analizados.

Las medidas de seguridad previstas en la legislación penal para los enfermos mentales autores de conductas típicas y antijurídicas, declarados inimputables y por ende no punibles, es el tópico que abordaremos durante el desarrollo de nuestro trabajo. Los magistrados, al momento de aplicarlas, y parte de la doctrina penal coinciden en invocar razones de prevención especial para justificar que el derecho penal mantenga el control de las personas enfermas mentales que cometieron un hecho típico antijurídico y resultaron exentas de responsabilidad penal; concibiéndose a las mismas, como tratamiento del autor del hecho punible con miras a su curación y reinserción social y, a la vez, como seguridad para la sociedad de que él no va a reincidir en su comportamiento delictivo.

Intentaremos demostrar de qué manera esta situación se contrapone con los propósitos garantistas estatuidos en la Constitución Nacional de 1994, siendo aquella la ley suprema que se erige en el marco normativo de referencia insoslayable, regulador y limitador del sistema de control social.

Asimismo, desarrollaremos además si los inimputables a los que se les ha impuesto una medida de seguridad, poseen legitimación activa para interponer la acción de Habeas Corpus Correctivo, con el objeto de mejorar las condiciones de encierro forzoso a las que se encuentran sometidos.

Para ello, trataremos de identificar de qué forma y con qué extensión son aplicadas las medidas de seguridad del art. 34 del C.P. y la acción de Hábeas Corpus, mediante los siguientes interrogantes:

- ¿Qué significa la Imputabilidad?
- ¿Qué es el derecho penal de autor y en qué se diferencia con el derecho penal de acto?
- ¿Que son las medidas de seguridad? ¿En qué se diferencian de las penas?
- ¿Es constitucional la aplicación de medidas de seguridad para enfermos mentales declarados inimputables?
- ¿Es viable la interposición de un Habeas Corpus Correctivo en las Medidas de Seguridad?

- ¿Qué importancia tienen los tratados internacionales con jerarquía constitucional como mecanismo de control ante las condiciones de encerramiento forzoso?
- ¿De qué manera las medidas de seguridad con receptadas en otros ordenamientos jurídicos y en el Anteproyecto de Código Penal?
- ¿Cuáles son las posturas jurisprudenciales más relevantes?

La temática a desarrollar es de naturaleza teórica y será abordado utilizando el tipo de investigación descriptiva la cual “*trabaja sobre realidades de hechos, su característica y preocupación primordial radica en descubrir algunas características fundamentales de conjuntos homogéneos de fenómenos (...) De esta manera se puede describir y obtener los datos que caracterizan a la realidad estudiada*” (Sabino,1986; p. 51). Pretendemos poder captar la complejidad del fenómeno investigado, buscando el significado del tema y sus interrelaciones con otras categorías afines (v.g.: la pena), lo cual haremos analíticamente ya que nuestra pesquisa pretende el estudio de las funciones y elementos del tema investigado como así también su capacidad operativa en el marco del complejo normativo del que forma parte.

El término analítico en esta investigación, debe ser interpretado como un método de selección y ordenación de elementos integrantes de la problemática a investigar, para poder abordar el todo, previo estudio de sus partes. El presente trabajo, será entonces de naturaleza teórica descriptiva y cualitativa, ya que pretende captar la complejidad del fenómeno investigado, buscando el significado del tema y procurando advertir las interrelaciones del mismo con otras categorías afines.

Nuestras fuentes primarias de información, son la Constitución Nacional Argentina, el Código Penal, La ley 23.098, y la ley de Salud Mental N° 26.657, de otro costado, como fuente secundaria analizaremos las diferentes opiniones doctrinarias, artículos de revistas especializadas, opúsculos y textos de autores especializados en la materia (vg. Fabián Balcarce, Maria F. Hegglin entre otros).

## **CAPITULO N° I**

### **La Evolución de la Teoría General del Delito. Breve Reseña.**

#### **I) Generalidades**

A lo largo de éste capítulo, desarrollaremos algunos de los aspectos centrales de la temática elegida, los cuales se ubican dentro del concepto de Delito, haciendo referencia a los elementos estructurales: la imputabilidad, culpabilidad y punibilidad, los cuales son necesarios a los fines de poder comprender acabadamente el alcance y significación del tema específico a tratar, las Medidas de Seguridad, como parte del elemento del elemento punibilidad.

Creemos necesario antes de avanzar en el desarrollo del concepto de delito, por cuestiones metodológicas analizar sucintamente la evolución de la teoría del delito para luego de esta forma iniciar el desarrollo de nuestro trabajo adoptando una escuela específica desde la cual abordaremos la temática planteada en el párrafo anterior. Para ello, debemos tener en cuenta que la Teoría Del Delito es un sistema categorial clasificatorio y secuencial, en el que, peldaño a peldaño, se va elaborando a partir del concepto básico de la acción, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito. La Teoría Del Delito sirve para verificar si están dados los elementos del delito para requerir a los tribunales o jueces penales una respuesta que habilite el ejercicio de poder punitivo del Estado (ZAFFARONI, R. E., ALAGIA, A., SLOKAR, A., página 288).

#### **II) Las Escuelas Penales**

La Teoría del delito surge a partir de la dogmática jurídica, entendiéndose sea ésta como la explicación sistemática de los principios jurídicos que se encuentran en la base de un orden jurídico o de alguna de sus partes y en palabras de Roxin, es aquella disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho Penal. La dogmática como tal, ha tenido y tiene una evolución a través de los autores y de las épocas que han tenido que ver esencialmente con esa idea básica que agrupa cualquier sistema y por otra, como esa idea se ha dado en el tiempo.

De alguna manera cada época, solo responde a un esquema, y estos sistemas no se han dado de una manera matemática, sino debido a una evolución. Siguiendo a Donna en este

temática, detallaremos someramente las siguientes escuelas: a) El naturalismo, que tiene su auge a principios del siglo XIX; b) El Neokantismo, que funcionó hasta la entrada en juego de la época del nazismo; c) El llamado irracionalismo, que tiene su terminación junto con la caída de Hitler en 1945; d) La teoría de Welzel o Teoría de la Acción; e) Las llamadas teorías normativas de Claus Roxin que conviven en la actualidad con las llamadas teorías funcionales, pero cuyo auge se da en la década de los ´80; g) El funcionalismo con sus diversas concepciones; g) Las actuales posiciones que pueden ser dos: la escuela de Frankfurt y el regreso a las ideas Kantianas.

Para entender la posición adoptada, es necesario hacer un resumen de sus ideas, que no pretende abarcarlas, como es obvio, sino poder posicionarlos a los efectos de entender los caminos de la dogmática penal.

## **II.a El naturalismo o Positivismo**

A grandes rasgos, podemos decir que el naturalismo o positivismo, es entendido como un estadio científico de la humanidad que limita el conocimiento a aquello que es perceptible por la observación empírica, esto es, aquellos hechos y conexiones causales de esos hechos (solo cuenta como objeto de conocimiento lo que puede ser comprobado en la experiencia sensible). Por ende, la teoría jurídica solo debe ocuparse del llamado Derecho positivo. Así lo grafica Donna cuando cita al autor Bergbohm, quien sostiene que *“la existencia del Derecho es una cosa, y su valor o falta de valor, otra. Una ley efectivamente existente es una ley, aun cuando provoque nuestra censura (...). Solo lo que funciona como Derecho es Derecho, y todo esto es Derecho, sin excepción alguna”*. Esta doctrina intentó reproducir en el sistema del derecho penal los elementos “naturales” del delito (Donna:2010; p 24).

Para los positivistas, la determinación de un delito era idéntica al juicio existencial relativo a la concurrencia de hechos perceptibles por los sentidos y descriptibles en un sistema de conceptos físicos y biológicos. El pensamiento en su conjunto es mecanicista y el fundamento de todo este pensamiento es la causalidad, es así como toma el delito es definido como acción típica, antijurídica y culpable, estructura que se han mantenido hasta el día de hoy, ello se debe al concepto de causalidad como eje del tipo penal, como acontecimiento exterior. La base de dicho sistema fue la acción entendida como un movimiento corporal, con prescindencia del sentido de suceso, esto es, sin interesarle el contenido de la voluntad del agente que se estudiaba en la culpabilidad. Von Liszt completó

este concepto de acción agregándole la perceptibilidad de los sentidos, la modificación en el mundo externo y además, la relación de causalidad entre acción y resultado.

El sistema positivista funcionó en base a un concepto de causalidad que tenía como fundamento la teoría de las equivalencias, que sostenía que todas las condiciones eran causa del resultado y además, tenían el mismo valor, con lo cual la tipicidad quedó reducida a una mera causación física de un daño al bien jurídico. La principal crítica que tuvo este sistema estuvo en creer que todos los problemas estaban relacionados por la ley, por una parte, en el sentido de que no había problemas que no hayan sido contemplados por el legislador y por ende, que lo nos haya solucionado y por otra que en esta concepción, la ley aparecía sin límites, esto es cualquier cosa podía ser su contenido.

Así, una vez comprobada la existencia de la acción se debía analizar si ella era a su vez típica y antijurídica y el autor culpable. En esta sistemática, la distinción de los elementos del delito fue en base a criterios formales basados en el criterio de acción (el tipo en sentido objetivo-descriptivo, la antijuridicidad de manera objetivo-normativa, y la culpabilidad vista desde el punto de vista psicológico). Por otra parte, se distinguía entre los elementos objetivos y subjetivos del delito, encontrándose el aspecto objetivo en la tipicidad y la antijuridicidad, dejando en la culpabilidad todos los elementos subjetivos.

Ya en torno a los elementos que componen al concepto del delito, los naturalistas entienden a la tipicidad como la descripción de las características externas de la acción que proporcionan la imagen rectora del tipo de delito y al cual se refieren la antijuridicidad y la culpabilidad. La antijuridicidad no era otra cosa que la contradicción al derecho positivo. Así el sistema funcionaba analizando las causas que excluían la antijuridicidad, centrando el estudio de los mismos en las causas de justificación. En cuanto a la culpabilidad, abarcaba todos los acontecimientos espirituales y psíquicos que se realizan con referencia al hecho en la persona del autor. Los elementos subjetivos eran la relación psíquica entre autor y el hecho externo. El presupuesto de la culpabilidad era la imputabilidad, el dolo y la culpa son formas de culpabilidad y el estado de necesidad era causa de exclusión de la culpabilidad.

## **II.b El neokantismo.**

La estructura clásica del delito, luego de la primera guerra mundial, sufrió una transformación importante, ya que la lógica legal abstracta -comprendida dentro de los límites del positivismo científico-, fue sustituida por un sistema teleológico el cual orientaba al Derecho hacia fines político-criminales. Es así como siguiendo esta metodología, la primera modificación que se observa en relación al sistema positivista aparece en el concepto de acción; y se incorpora así el concepto de Bien Jurídico Protegido, como valor rector en el ámbito de la tipicidad siendo éste el punto de partida desde el cual se realiza todo tipo de interpretación (ya no se va a aceptar un concepto tan neutro que no tenga en cuenta el problema del valor).

Los cambios más relevantes para esta corriente, en contraposición al sistema naturalista, estuvieron dados en el ámbito del tipo y la antijuridicidad. Por un lado, la idea de un tipo descriptivo fue sacudida por los llamados elementos normativos del tipo y por la entrada en juego de las características subjetivas del tipo. En tanto que la teoría de la antijuridicidad, frente al problema de los bienes o valores fue analizada, desde el punto de vista material como lo socialmente perjudicial. De este modo afirma Jescheck: *“ahora pudo con trascendencia la concepción modificada considerarse a lo injusto desde dos puntos de vista, formalmente como contradicción a lo ordenado por la norma, materialmente como violación del bien jurídico. En este ámbito, tuvo particular trascendencia la concepción modificada de las relaciones entre tipo y antijuridicidad. El tipo ya no se presentaba como descripción carente de valor de un suceso cualquiera, sino como el recurso del legislador para señalar las características de lo injusto peculiar del tipo de delito”* (Donna:2010 p. 41).

Para esta corriente, las características materiales del delito siguen siendo la antijuridicidad y la culpabilidad, en tanto al tipo solo se le asigna la tarea formal de determinar en la ley penal las características de la antijuridicidad. El delito se expresa ahora en la fórmula binaria acción típica-antijurídica y culpable. El concepto de culpabilidad también sufrió modificaciones, así se pasó de un concepto psicológico de culpabilidad a un concepto normativo de culpabilidad, en el cual se incluye en su análisis junto con el dolo y la culpa, la idea de las circunstancias de hecho concomitantes, y con ello la posibilidad del reproche al autor de la acción antijurídica. Se afirma entonces, que las circunstancias normales deben ser tenidas en cuenta para la culpabilidad, que aparecen en el estado de necesidad. El

reproche solo es posible cuando el hecho le es desaprobado al autor y esto será sobre la base de una valoración. Así la reprochabilidad pasa a ser el concepto fundamental de la culpabilidad.

### **II.c El irracionalismo: el nacionalsocialismo.**

La ciencia penal durante los años 30 estuvo fuertemente marcada e influenciada por las ideas del nacionalsocialismo, el cual tras la toma de poder conquistó por completo la dogmática jurídico-penal, la cual estuvo fuertemente influenciada por las ideas políticas e ideológicas de la época.

Las principales influencias de dicha doctrina, estuvo marcada por los conceptos jurídicos de la nueva Alemania, siendo el principal cambio el liberar al derecho de toda influencia extranjera -a diferencia del Derecho Romano-. Para esta doctrina, el principio madre del derecho penal de *nullum crimen nulla poena sine lege*, fue horadado por la analogía y se admitía la retroactividad de la ley penal. Quedaba en vigencia la ley contra los delincuentes habituales peligrosos y sobre las medidas de seguridad y de mejoramiento. Por último, en cuanto a la pena el sistema alemán, sostiene que la misma debe ser intimidatoria. La prevención era la base del sistema y con ello la eliminación del enemigo.

Asimismo, y en relación al tema elegido consideramos necesario recalcar como el sistema alemán, se penalizaba incluso la voluntad de agente, no el acto e introduce una especie de criterio de peligrosidad similar al positivismo de Italia. Así se afirma, en cuanto al problema de los enfermos mentales y el tema de la capacidad de culpabilidad, que *“Conceder a los anormales el beneficio de la reducción de la pena, sería simplemente un exceso de la vieja tendencia individualista, siempre presurosa de favorecer la personalidad del reo, en lugar de los intereses de la comunidad. En los términos de la nueva dirección en cambio, la sociedad debe exigir que aquel que, a consecuencia de la propia disminuida capacidad de distinguir y de inhibirse, constituye un peligro para los asociados compense su defecto con un mayor esfuerzo de autodisciplina. Si el no busca realizar esta compensación y cae en consecuencia en el ilícito, la comunidad no le debe permitir tomar ventaja de su capacidad disminuida de autodeterminarse.”* (Donna:2010:p49).

### **II.d La teoría de Welzel o Teoría Final de la Acción**

Luego del sistema alemán, y en respuesta al período del nacionalsocialismo, empiezan a tomar vigor las ideas de Hans Welzel, quien cambia fija como punto de partida para el análisis de su sistema, en el hecho de que el legislador tenía límites en su accionar los cuales estaban en estructuras lógico-objetivas que se debían respetar para que el derecho fuera algo coherente. Surge de esta forma, como los conceptos más relevantes de éste período el concepto ontológico de la acción humana, la culpabilidad y su relación con el error de prohibición, y la relación lógico-objetiva de la participación.

En ese sentido, esta doctrina fija como el centro de la estructura lógico-objetiva del derecho Penal a la acción humana en su concepto final, entendiendo a éste como la capacidad específica del ser humano de prever en determinada medida, y sobre la base de su saber causal, cuáles son las posibles consecuencias de su actividad, y de marcarse por ello, objetivos diversos y de dirigir aquella actividad con arreglo a un plan hacia la obtención de dichos fines. En torno a ello Welzel, sostiene que la dogmática penal debía construirse a partir de los fenómenos y de las estructuras de la realidad y no apoyarse en productos artificiales puramente normativistas, y por ello la estructura de la acción no debía resultar de valoraciones jurídico penales, sino del análisis de la estructura de acciones humanas, ya que los comportamientos humanos no se agotan en conductas penalmente relevantes.

Siguiendo esta estructura, el tipo que configuraba materia de prohibición, ya no podía permanecer reducido a la descripción de un proceso objetivo del mundo exterior, sino que había que aprehender también la estructura final de la acción humana, elemento específico de la tipicidad. Así esta teoría produjo el reconocimiento de un “tipo subjetivo” que aparecía junto al tipo objetivo. El tipo penal se deduce de la estructura de la acción que se debía aprehender esa actividad final.

Esto lleva a sostener que el finalismo es una teoría subjetiva del injusto que interpreta la voluntad de actuar como objeto del juicio de antijuridicidad. De ahí la consecuencia fundamental del dolo, como característica general subjetiva del injusto pertenezca al tipo de la acción punible. La acción no podía agotarse en un puro proceso causal sino que era un proceso dirigido por la voluntad humana. Esta voluntad de la acción sería en el delito doloso, igual al dolo de tipo. En el delito imprudente también existiría una acción involuntaria aunque la voluntad de acción no se dirigiría hacia el resultado típico (aceptando que el resultado no pertenece a la acción) la atención debía ser prestada a la

acción violatoria del deber de cuidado, de modo que el resultado debería ser considerado como una condición del delito, aunque separado de la acción delictiva.

La antijuridicidad también se subjetiviza, ya que al ser transportado el fin al dolo, tiene como consecuencia en la teoría del injusto el cambio del criterio tradicional de acuerdo con lo cual la acción es materialmente antijurídica exclusivamente por el perjuicio social. También se subjetivizan las causales de justificación. Esto significa que en el caso de la legítima defensa no alcanzará con los elementos objetivos de la legítima defensa, sino que será necesario el elemento subjetivo, saber que existen la agresión ilegítima y la voluntad de defenderse.

En el ámbito de la culpabilidad se depuran los elementos psicológicos y solo queda exclusivamente compuesta de elementos normativos. La culpabilidad se reduce al estudio de la conciencia del ilícito, a la formación de la voluntad contraria al ordenamiento jurídico, y eso es lo que se reprocha. Entonces, la culpabilidad va a ser un reproche personal en contra del autor (él pudo omitir la acción antijurídica y sin embargo actuó).

Los elementos de la teoría del delito que han quedado como cuestión permanente para esta escuela, se sintetizan en las siguientes: 1) El concepto personal de lo injusto; 2) la previsibilidad del resultado en el delito imprudente; 3) la moderna teoría del error (error de tipo y error de prohibición: la diferencia del dolo y la conciencia de la prohibición); 4) la autoría: el dominio del hecho. La accesoriedad limitada, 5) la tentativa: si el dolo está en el tipo, en la tentativa era más que claro.

## **II.e La teoría de Roxin**

Esta escuela, afirma que el derecho penal es un elemento de control y de incidencia social por lo que, sin abandonar la idea de sistema, esta escuela trata de establecer la conexión entre el análisis jurídico y el análisis empírico y valorativo, entre el ordenamiento penal y la realidad social, abriéndola a las consideraciones político criminales, con la meta de soluciones viables en la práctica. Roxin parte de la concepción de Von Liszt, pero avanzando con la idea de que la política criminal debe penetrar en el Derecho Penal. En ese sentido, se otorga prevalencia a las consideraciones teleológico-normativas en el sistema jurídico del delito, produciéndose la sustitución del modelo ontologista del finalismo de Welzel por los paradigmas funcionalistas de Claus Roxin y Gunther Jakobs.

Este modelo introduce razonamientos político -criminales en cada una de las categorías de la teoría del delito, para acercar el derecho penal a la realidad social. Por ello, en el campo de la teoría del ilícito, las categorías básicas del delito permanecen, pero deben contemplarse, desarrollarse y sistematizarse a partir de la función político criminal. En esta línea asocia al tipo, como motivo central, la determinabilidad de la ley penal conforme al principio *nullum crimen*; a la antijuridicidad el ámbito de soluciones sociales de los conflictos, y a la culpabilidad, la necesidad de pena resultante de consideraciones preventivas.

En ese sentido, la dogmática penal debe cumplir con una doble finalidad, seguridad y fiabilidad en la aplicación del Derecho Penal y reducción de la intervención penal hasta los límites necesarios por fines de prevención. Roxin entiende que lo decisivo para el concepto de acción es que debe tratarse de una conducta que importe la exteriorización de la personalidad humana (las reacciones reflejas no dominables por la voluntad y la conciencia son penalmente irrelevantes), decide sobre la estructura de la conducta humana y su relevancia jurídico-penal.

Los dos aportes más importantes de Roxin a la teoría del delito son: 1) La inclinación por criterios de valoración jurídica y retoma la teoría de la imputación objetiva y en adelante lo decisivo para la imputación del resultado en el tipo objetivo pasará a ser la creación por medio de la acción de un riesgo no permitido dentro del fin de protección de la norma; 2) Introduce como categoría la responsabilidad en la cual se trata de saber si el sujeto individual merece una pena por el injusto que ha realizado. Para Roxin, el presupuesto más importante es la culpabilidad del autor, el cual se configura cuando éste se encuentra en condiciones de ser motivado por la norma. Pero a la vez debe mediar una adecuada y mutua vinculación entre culpabilidad y prevención, en la función de la pena como unidad sistemática entre derecho penal y política criminal (este sistema sostiene que la imposición de la pena debe estar justificada en la medida de necesidad preventiva de punición, pero las necesidades preventivas están limitadas por la culpabilidad).

Roxin, si bien mantiene el esquema de Welzel del tipo penal complejo ( tipo objetivo y tipo subjetivo), avanza más hacia la afirmación del concepto de bien jurídico. Por otra parte, para dicho autor la tipicidad se divide en dolosa e imprudente. En este sentido aparece con fuerza la idea del principio de legalidad y en el ámbito del tipo objetivo, en donde irrumpe

con fuerza la teoría de la imputación objetiva (la imputación sostiene que la causación de un resultado típico solo realizará el tipo objetivo de un delito si el autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado, que posteriormente será concretado en el resultado típico).

La antijuridicidad es el ámbito de la solución social de conflictos, entre intereses diversos. En el análisis de las causas de justificación se mantiene el elemento subjetivo. En relación a la culpabilidad, tal como lo reseñáramos en el párrafo anterior, Roxin le cambia el nombre por el de responsabilidad, se debe decidir en qué circunstancias y bajo qué condiciones existen supuestos de necesidad de pena. Se ensambla la culpabilidad con las finalidades preventivas, de tal modo que la culpabilidad y las necesidades de prevención se limitan recíprocamente y sólo conjuntamente dan lugar a la responsabilidad penal del sujeto que desencadena la imposición de la pena. Interesa la posibilidad del sujeto de determinarse en base a motivos, pero siempre en base a criterios de política criminal y a la idea de necesidad de pena.

## **II.f El funcionalismo de Jakobs**

Esta posición tiene su base en las teorías sociológicas de Luhman, y afirma como postulado que, al momento de desarrollar la teoría del delito, se debe combinar sociedad y Derecho Penal, por ello vincula los elementos del delito directamente con los fines de la pena en el concepto de acción y, por ende, solo habría acción frente a lo socialmente inadecuado, cometido por una persona responsable.

Para el funcionalismo, el concepto de acción surge de la sociedad y no antes de la misma, (como lo sostenían los positivistas con su diferenciación entre lo físico y lo psíquico, o de lo ontológico como sostenía Welzel). En ese sentido, sólo habría acción frente a lo socialmente inadecuado cometido por una persona responsable. En el ámbito del concepto de acción lo decisivo será interpretar la realidad social, para hacerla comprensible en la medida en que está relacionada con el Derecho Penal y para ello el penalista alemán Jakobs parte del concepto de persona como portadora de un rol, como un ciudadano perfecto entendiendo a la acción como la objetivación de la falta de reconocimiento de la vigencia de la norma y es así es como partiendo de dicha constatación, dirige nuestra atención a la evitabilidad individual de la conducta como parte del injusto, se obtiene que aquella no es individual sino objetiva.

Ahora bien, el comportamiento debe ser objetivamente imputable, evitable y culpable. Lo que queda es lo que crea riesgos no permitidos, esto es lo que causa una lesión de la vigencia de la norma en caso de concurrir evitabilidad y culpabilidad. Se pierde la diferencia entre acción y omisión, ya que en ambos casos se trataría de la atribución de un suceso a un ser humano que comunica en la sociedad, o sea una persona. De este modo la persona porta roles y éstos exigen deberes (importa lo normativo, la defraudación de expectativas y la expresión de un modelo distinto). Para la perspectiva funcional, el indiferente debido a su negación de rol, debería merecer mayor pena que el escrupuloso que conoce el rol pero que calcula mal (imprudente) y por lo tanto no expresa un modelo a seguir.

En cuanto a la antijuridicidad, Jakobs sostiene que la misma depende del estado de la sociedad. En relación a ello, este autor analiza las causas de justificación, las cuales agrupa bajo tres principios, que combinan el principio de ausencia de interés preponderante o el principio del derecho preponderante con el de ausencia del injusto. En primero de ellos anuncia que la justificación es consecuencia de un comportamiento de organización de la víctima de la intervención., siendo su fundamento el principio de responsabilidad o de ocasionamiento por parte de la víctima de la intervención, como por ejemplo en el autoauxilio, el derecho de resistencia contra agresores. El segundo principios sigue el principio de la definición de intereses por parte de la propia víctima de la intervención; en tanto que el tercer principio esboza como fundamento de la justificación al principio de solidaridad, ya que se recurre a la víctima de la intervención en interés de otras personas. En el ámbito normativo los derechos o los bienes existen o no, y los sujetos titulares los pueden hacer valer indiscriminadamente o no, sin que nada, desde el punto de vista normativo, obligue a una u otra decisión. Los límites surgen desde fuera, en consideración a la racionalidad jurídica de criterios utilitaristas.

Sobre la culpabilidad Jakobs afirma que el concepto de culpabilidad ha de configurarse funcionalmente, es decir, como concepto que rinde un fruto de regulación, conforme a determinados principios de regulación (de acuerdo con los requisitos del fin de la pena), para una sociedad de estructura determinada. El fin de la pena es de tipo preventivo general, se trata de mantener el reconocimiento general de la norma. Jakobs rechaza el tradicional concepto de la culpabilidad como posibilidad de actuar de otro modo. Se

requiere un alto nivel de uniformidad en el marco de roles claramente delimitados, especialmente dentro del rol de ciudadano que respeta las normas de Derecho Penal. La expectativa de uniformidad es el reverso de la libertad de comportamiento.

Para la teoría funcional de Jakobs la culpabilidad barajaría todo, las demás categorías penales no pasarían de ser conceptos auxiliares para entender mejor a la culpabilidad. El concepto normativo de la culpabilidad mediría el cumplimiento de los roles de la persona. La mayor o menor culpabilidad de los sujetos reconocidos como personas va a depender de la perturbación del orden. Si esta no existe, la conducta solo se podrá imputar a la naturaleza, si fuera parcial se disminuye la culpabilidad y por ende la pena, si se perturba el orden, la culpabilidad es completa (Donna, 2010 pág. 95).

## **II.g La escuela de Frankfurt**

La sociedad actual ha sido calificada como *sociedad del riesgo*, concepto acuñado por el sociólogo alemán Ulrich Beck en 1986 en su obra *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, es así como éste sociólogo introduce dicho concepto para referirse a una nueva forma de organización y estructuración de la sociedad, que empieza a emerger a finales de la década de los 70 en todos sus niveles. Dicha *sociedad se caracteriza* fundamentalmente por su complejidad, transnacionalidad, dinamismo en su economía, multiplicidad de interconexiones causales y existencia de una alta intervención de colectivos. En definitiva, una sociedad en la que los avances científicos y tecnológicos, así como el fenómeno de la globalización, entre otros factores, favorecen la aparición de nuevos peligros ante los que el ciudadano medio se siente amenazado.

Ante tales coordenadas se afirma que el *Derecho penal actual* es un Derecho en expansión como respuesta a dicha *sociedad del riesgo*, de manera que lo que viene en calificarse como *expansión del Derecho penal* se vincula básicamente a su utilización para defender a la sociedad moderna de esos nuevos peligros que comporta la actual era post-industrial.

Para situar el debate político-criminal en un contexto que facilite su posterior análisis es importante abundar en *dos puntos* de suma relevancia que ya se han puesto de relieve. El primero, que las *actividades generadoras de esos nuevos riesgos* que se derivan de la sociedad moderna suelen *entrecruzarse unas con otras*, de manera que su control es muy difícil. Al igual que lo es la concreción de los sujetos de quienes dependen, lo que en la

práctica implica serias dificultades a la hora de atribuir la responsabilidad por ellos. Y, el segundo, que como consecuencia de su aparición, se ha instalado en la sociedad un *sentimiento de inseguridad exagerado*.

En torno a ello, las nuevas tendencias surgidas como reto a la sociedad moderna tienden a la reducción al mínimo de los límites del Derecho penal. Así es como en dicha línea doctrinal, encontramos la tendencia de resistencia a la modernización o tendencia reduccionista más destacada es la representada por la Escuela de Frankfurt en Alemania cuyo máximo exponente es Hassemer. Dicho autor sostiene que el Derecho penal no debe encargarse de la defensa de la sociedad ante los nuevos riesgos y aboga por mantener intacto el sistema conceptual del Derecho penal clásico, resultando inaceptables las transformaciones que debe sufrir para darles cobertura, porque las mismas suponen el abandono de los principios del Derecho penal clásico, privándolo de sus señas de identidad, y desvirtuando su carácter de *ultima ratio*. Fundamentalmente, tales transformaciones comportan *dos consecuencias negativas*: una, la desnaturalización que supone la protección generalizada de bienes jurídicos de carácter supra-individual o colectivo; y, otra, la flexibilización que sufren los criterios dogmáticos tradicionales de imputación de la responsabilidad (relación de causalidad, imputación objetiva, imputación subjetiva, autoría...) y las garantías político-criminales, tanto materiales como procesales, sobre las que se asientan los anteriores criterios (principio de legalidad, principio de taxatividad, principio de irretroactividad, principio de analogía in malam partem o principio de culpabilidad).

Para ésta escuela el Derecho penal debe reducir su objeto de protección al derecho penal tradicional, nuclear o básico, mediante el que se tutelarían, exclusivamente, los bienes jurídicos individuales más importantes, quedando conformado por delitos tales como los delitos contra la vida, lesiones, contra la libertad sexual, contra la libertad, los patrimoniales más graves, etc. Por lo que respecta a los bienes jurídicos universales, deben ser precisados del mejor modo posible y funcionalizados desde el punto de vista de los bienes jurídicos individuales.

Pues partiendo de que la intervención del Derecho penal sería ineficaz contra los nuevos riesgos (desplegando únicamente unos efectos simbólicos) y, además sería ilegítima, propone, crear un nuevo Derecho de intervención para evitar la desnaturalización del

Derecho penal clásico y, a su vez, satisfacer las necesidades de la sociedad del riesgo. Se trataría de un Ordenamiento sancionador que estaría ubicado entre el Derecho penal y el Derecho sancionatorio administrativo, entre el Derecho civil y el Derecho público, con un nivel de garantías procesales inferior al del Derecho penal, pero también con menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos.

En ese sentido, el Derecho penal tendría que reaccionar en una medida equivalente a la dañosidad social frente a las formas específicas de ésta que se habrían formado en la sociedad industrial desarrollada, y esto requeriría de un cambio de perspectiva hacia las clases media y alta, de una cuidadosa explicación de los bienes jurídicos colectivos puros para diferenciarlos de meros bienes jurídicos aparentes, y de una puesta de relieve de aquellos sectores de distribución colectivos a los que tiene que conectarse el Derecho penal para garantizar la necesaria protección de bienes jurídicos.

En contraposición a la Escuela de Frankfurt, encontramos a Schünemann, quien efectúa una apasionada crítica de la misma y a las posiciones de Hassemer, así como a la de Jakobs, pues entiende que constituyen sendos obstáculos a la modernización del Derecho penal. Estas dos corrientes, nos dice, suponen dos callejones sin salida que cortan la ulterior evolución de la ciencia del Derecho penal. En particular, el individualismo de Frankfurt está abocado a exprimir en demasía un único principio, convirtiéndolo así, en vez de en un elemento positivo, en un obstáculo. En cuanto al normativismo de Jakobs, necesariamente conduce a una capitulación incondicional ante la práctica política imperante en cada momento en la actividad del legislador o de la jurisprudencia.

Schünemann estima que la concepción sociológica de la sociedad es tan multiforme como imprecisa y se nos presenta en la variante más conocida de Beck (sociedad del riesgo, por tanto), de modo claramente unilateral. Para sustentar lo que parece un rechazo a la noción de sociedad del riesgo, pone como ejemplo que los riesgos vitales del individuo son hoy en día mucho menores que al comienzo de la Edad Moderna, en que la vida era un constante riesgo, y que la dimensión específica de los grandes riesgos industriales ya aparecía claramente en el siglo XIX.

En su opinión, si se busca el rasgo característico dominante de la sociedad actual, en realidad ha de hablarse con mucha mayor razón de una *sociedad de despilfarro, de malgasto y de disipación*, ya que el volumen de la puesta en peligro de recursos es muy

esencialmente inferior al de la destrucción de recursos. Entiende que, desde la perspectiva del Derecho penal del riesgo, la peculiaridad de la sociedad industrial actual estriba únicamente en el *extraordinario incremento de las interconexiones causales*, pues debido a la extremadamente densa red de industrialización existente, en muchos ámbitos resulta imposible explicar, por ejemplo, la producción de daños en la salud de los habitantes de una determinada zona a través de una sola relación de causalidad, con base en la cual pudiese identificarse, por

Para Schünemann, cuando la *Escuela de Frankfurt* postula la reconducción, por principio, del Derecho penal a los delitos de resultado, está abogando por una negativa a la modernización del Derecho penal, negativa que necesariamente ha de fracasar en la finalidad del Derecho penal de proteger bienes jurídicos, al ignorar las condiciones de actuación de la sociedad moderna. En definitiva, la anatemización del delito de peligro abstracto constituye un callejón sin salida; sólo si éste se evita consecuentemente, quedara abierto el camino para la necesaria aportación constructiva que la ciencia del Derecho penal debe ofrecer a la modernización legislativa del Derecho penal.

Finalizamos así el abordaje de la Teoría General del delito, lo cual nos permite entender el desarrollo de la temática siguiendo una de las posturas desarrolladas, por ello avanzaremos ahora en el desarrollo del concepto de delito.

### **III) El Delito. Elementos estructurantes.**

En el presente acápite consideramos necesario desarrollar el concepto de delito desde la visión del reconocido autor argentino, Ricardo Nuñez quien se enrola dentro de la escuela causalista. Sobre dicha temática, el autor citado nos enseña que *“si bien el hecho, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad del autor representan los conceptos estructurantes del ente jurídico delito, la limitación de la definición dogmática a esos elementos olvidaría que a la ley penal no le interesa como objeto principal el delito en sí, sino el delito como expresión de los presupuestos legales de la procedencia de la pena. A la ley penal no le interesa el delito en sí, sino el delito punible, vale decir, el delito que además de sus elementos estructurantes, admite que se lo castigue en el caso concreto por satisfacer las otras condiciones establecidas por la ley para que proceda el castigo. Esta exigencia se trasluce en el derecho vigente en la necesidad de que el hecho sea perseguible penalmente (...) y que no esté excusada la responsabilidad del autor...Con arreglo a lo*

*dicho hasta aquí, el delito, como hecho punible, se puede definir como el hecho (acción en sentido amplio), típico, antijurídico, culpable y punible”<sup>1</sup> (Nuñez, 2009, p. 120/ 121).*

Para esta corriente, el delito es toda “*acción, típica, antijurídica y culpable*”, siendo los elementos reseñados precedentemente los elementos estructurantes que debe reunir un hecho para ser considerado tal. Cada uno de estos elementos, como lo sostiene y grafica D’Alessio, representan los diferentes “filtros” o peldaños que debe superar el poder punitivo del Estado para que éste pueda aplicarlo contra un individuo.

Así, en primer lugar, encontramos a la *acción*, que es toda aquella actividad voluntaria desplegada por el Hombre la cual se exterioriza en el mundo (Von Liszt), o bien, como afirma Jescheck- quien propone el concepto social de la acción-, diremos que la misma es todo aquel “comportamiento socialmente relevante”. (D’Alessio, 2009, p.322).

En cuanto al resultado, diremos que este consiste en un cambio en el mundo exterior causado por la manifestación de voluntad o la no manifestación de ese mundo externo por la acción esperada y que no se ejecuta. El hecho así considerado, implica la necesaria exteriorización o materialización de la conducta humana en el mundo terrenal, lo cual engloba a la conducta humana manifestada como actividad (acción) o inactividad (omisión), siendo ello el principio sobre el cual el derecho positivo asienta el derecho penal y que se encuentra detallado en el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional que reza “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan el orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados*”.

Entonces, determinada que sea la acción, la conducta humana ya objetivada nos hace avanzar al siguiente “filtro” dentro de la teoría analítica del delito: la tipicidad, la cual nos permitirá conocer si aquella conducta socialmente relevante, encuadra dentro del supuesto de hecho abstracto que describe el legislador en el tipo penal, tanto en sus aspectos objetivos y subjetivos.

Nuñez sostiene que el tipo penal no es en sí mismo el hecho punible, sino uno de sus elementos, ya que el hecho punible comprende al hecho como soporte real del delito y todos los caracteres que lo convierten en el presupuesto legal de la aplicación de la pena.

---

<sup>1</sup> Ricardo Nuñez, Manual de Derecho Penal Parte general, 5ta Edición, Córdoba, Lerner, 2009

En ese marco contextual, el tipo se limita a la determinación conceptual de la figura formal del hecho punible. En tanto que la tipicidad es el resultado de un juicio u operación mental llevada a cabo por el intérprete o juez que permite determinar que la conducta objeto de examen coincide con la descripción abstracta contenida en la ley penal.

El tipo se construye mediante la descripción objetiva-subjetiva de la conducta realizada por el legislador, comprendiendo el tipo en su aspecto objetivo, todo el aspecto externo del comportamiento humano prohibido por la norma, el cual abarca su descripción abstracta y otras valoraciones; en tanto que el tipo subjetivo incluye todos aquellos aspectos que se encuentren situados dentro de la esfera anímica del autor.

Asimismo, la descripción de la conducta puede ser dolosa o culposa. Así en el tipo doloso la realización del tipo es querida por el autor, de modo tal que existe coincidencia entre los dos niveles que integra al tipo (objetivo y subjetivo). El sujeto es plenamente consciente de que su actuar lesiona el Bien Jurídico y quiere afectarlo. Lo sucedido debe haber sido conocido y querido por el autor. En cambio, en el tipo culposos no existe tal correspondencia entre lo ocurrido y lo conocido y querido por el sujeto. El agente no pretende lesionar el bien jurídico, pero su conducta descuidada produce su afectación. Por otra parte, encontramos los tipos activos y omisivos los cuales se diferencian a raíz de la estructura asignada a la infracción.

Luego, el próximo estrato jurídico a analizar será la Antijuridicidad y para ello, es absolutamente necesario, partir de los textos constitucionales particularmente, del art. 19 de nuestra Constitución Nacional, cuya última parte expresa: **“Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”**. De este mismo texto, se puede concluir en que: todos los habitantes de la Nación, están obligados a hacer lo que manda la ley, y de abstenerse de hacer, lo que ella prohíbe. De esto se deduce que, si la ley no prohíbe que algo se haga, o no obliga a que algo se haga, el hecho cometido no podrá ser considerado como una acción contraria a la ley, sino un hecho que, al no ser prohibido, su ejecución es permitida. Entonces, deberemos analizar si la acción típica se adecúa o no a algunas de las causales de justificación dispuestas por el legislador las cuales se hallan dispersas por todo nuestro ordenamiento jurídico, atento a que la misma, tiene por objeto impedir que un hecho típico sea contrario a derecho.

Por su parte, si una acción es típica y antijurídica, el próximo filtro a sortear para el poder punitivo del Estado, es determinar si el autor del hecho es Culpable, para lo cual se deberá determinar si el sujeto que cometió el ilícito al momento del hecho comprendía la criminalidad del acto o no pudo dirigir sus acciones, sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia y que además resultan peligrosos para sí o para terceros (art. 34 C.P.), siendo éste tópico de suma importancia en el desarrollo de este trabajo que será analizado en el capítulo siguiente.

Como corolario, y a modo de cierre del presente capítulo diremos entonces que será punible, es decir, pasible de sanción toda acción, típica, antijurídica y culpable.

## **CAPITULO N° II**

### **La Culpabilidad.**

#### **I) Concepto**

El tema que abordamos en el presente Capítulo, ha sido analizado desde distintas perspectivas doctrinarias y jurisprudenciales a lo largo de los años, siendo el punto de inflexión aquí la Reforma Constitucional que tuvo lugar ya hace 20 años, mediante la cual se incorporaron a nuestro plexo normativo Tratados de Derechos Humanos, y es así como a partir del año 1994, el principio de culpabilidad asumió jerarquía constitucional, de manera expresa, en virtud del art. 75 inc. 22 C.N. y de los artículos 1ro de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 8° y 11 del Pacto de San José de Costa Rica.

El problema del principio de culpabilidad es el destino mismo del derecho de castigar. Su violación implica el desconocimiento de la esencia del concepto de persona. Como todos los principios garantizadores del Derecho Penal, nació con una óptica expansiva, para poder entenderlo cabalmente, debemos apelar a las teorías sobre el fundamento y fin de la pena. Para la concepción retribucionista cuyos principales expositores son Kant y Hegel, la pena apela al pasado, se castiga porque se pecó. El origen de la teoría de retribución se encuentra en la idea metafísica de justicia que implica que a todo delito debe seguir una pena (hecho punible- persecución- sanción retributiva). Para esta teoría, el delito es la negación arbitraria del Derecho Penal y la pena una negación de esa negación, en especial el restablecimiento positivo de la estremecida autoridad del Estado y del Derecho. Ella es un derecho del delincuente por medio de cuya aplicación y ejecución se expresa que también el delincuente ha actuado como ser racional y responsable.

A diferencia de esta postura, las teorías de la prevención apuntan a la idea de utilidad social. Es en la evitación de hechos punibles donde se puede poner atención sobre el autor individual (prevención especial) con el objeto de que no vuelva a delinquir, sea a través de la intimidación, la corrección o el aseguramiento (negativa) o su resocialización (positiva), proponiéndose en la actualidad la menor desocialización posible del agente, ante la verdad inconcusa de que nadie puede aprender a vivir en libertad privado de todas las libertades. Pero también se puede influir en la colectividad, a fin de contrarrestar la comisión de hechos punibles (prevención general) mediante la intimidación de la colectividad o en

relación a sus potenciales transgresores o haciendo prevalecer el efecto de integración o de estabilización de expectativas sociales o de fidelidad al Derecho.

Las teorías mixtas no fueron más que teorías retribucionistas, matizadas con ciertos criterios de prevención. La pena se impone a partir de criterios de utilidad pública, de prevención general y obtención de la menor desocialización posible, producida prioritariamente por la privación de la libertad, a través de la puesta a disposición del ciudadano condenado de los medios para lograr su inserción y la comprensión de la sociedad.

En un estado de derecho la imposición de una pena será legítima en tanto y en cuanto la violencia que con ella se esgrime sea inferior a la violencia que surge del delito, a la que se pretende evitar en el futuro y de la que se genera como venganza contra el individuo enrostrado, la cual puede provenir de la víctima o de los demás integrantes de la sociedad, facilitando de ésta manera la estabilización de expectativas sociales ( prevención general) mediante el consenso relativo a la validez de la norma con la menor desocialización posible para el penado.

La retribución muta en una repercusión del principio de culpabilidad, transformándose en una garantía para el ciudadano: no debe haber más pena que la exigida por la culpabilidad. El contenido del principio de culpabilidad se ha mantenido tradicionalmente y a partir de la teoría clásica del delito, como *nulla poena sine culpa*.

En ese sentido, el catedrático Mir Puig en relación a la temática aludida expresa que *“En su sentido más amplio, el término “culpabilidad” se contrapone al de “inocencia” o desde un punto de vista lógico a la “ no culpabilidad”. En este sentido, bajo la expresión “principio de culpabilidad” pueden incluirse diferentes límites al ius puniendi, que tienen de común exigir, como presupuesto de la pena, que pueda culparse a quien la sufra del hecho que la motiva. Es preciso, en primer lugar, que no se haga responsable al sujeto por delitos ajenos: principio de personalidad de las penas. En segundo lugar, no pueden castigarse formas de ser, personalidades, puesto que la responsabilidad de su configuración por parte del sujeto es difícil de determinar, sino solo conductas, hechos, principio de responsabilidad del hecho”* (Mir Puig, 1996, p. 95)

Siguiendo esta lógica, no basta que el hecho sea materialmente causado por el sujeto para que pueda hacérsele responsable de él; es preciso además que el hecho haya sido querido (dolo) o se haya debido a imprudencia. Para que pueda considerarse culpable del hecho doloso o culposo a su autor ha de poder atribuírsele normalmente a éste, como producto de una motivación racional normal: principio de imputación personal. Ella no sucede cuando el sujeto del delito es inimputable. La culpabilidad es individual y tradicionalmente se adscribe a la persona física (la pena debe ser personal y no trascender la persona del delincuente).

Es así como la admisión del principio de culpabilidad como un presupuesto de la pena, reconoce al delincuente la categoría de persona, sujeto capaz de conducirse racionalmente, cuya responsabilidad jurídica no reposa solamente en la naturaleza lesiva de su comportamiento, sino en su actitud espiritual. Por ello, las consecuencias más importantes que se derivan del principio de culpabilidad son la responsabilidad por el hecho propio, la responsabilidad penal de acto y la responsabilidad penal subjetiva, que exige que el sujeto sea imputable y tenga la posibilidad y la aptitud de conocer que con su comportamiento contraría la norma.

En su otra acepción, la culpabilidad como elemento del delito, es la actitud anímica jurídicamente reprochable del autor respecto de la consumación de un hecho penalmente típico y antijurídico (concepción normativa). Para esta concepción, la culpabilidad es un juicio de valor sobre la reprochabilidad de la conducta antijurídica cometida por el autor, - en razón de que al mismo le era exigible otra conducta distinta-, fundado en la libertad del autor para obrar, en el fin perseguido por él y en el conocimiento del significado de su conducta.

La culpabilidad en nuestro Código Penal, se traduce en la actitud anímica jurídicamente reprochable del autor respecto de la consumación de un hecho penalmente típico y antijurídico. En ese sentido, Nuñez señala que *“el reproche se funda: a) En la Capacidad del autor para comportarse con arreglo a las exigencias del derecho penal (imputabilidad); b) en la conciencia del autor del significado de lo que hace y su voluntad de hacerlo (dolo) o en su falta de precaución (culpa) y c) en su libertad de decisión (inexistencia de coacción)”* (Nuñez, 2009, p. 186).

Como lo analizamos en el capítulo anterior, la definición tradicional del delito lo delimita como una *acción típica, antijurídica y culpable*, siendo éstas las características que debe reunir un hecho para ser considerado delito, como presupuestos de la imputabilidad- la capacidad para ser penalmente culpable- lo cual presupone madurez, salud mental y conciencia, que facultan al autor para comprender la criminalidad y dirigir sus acciones al momento del hecho.

Nuestro Código Penal vincula la culpabilidad a un delito determinado, y así encontramos en la parte general el artículo 34 inciso 1ro., el cual hace se refiere a la comprensión de la criminalidad del acto por el autor del hecho, que será desarrollado en el acápite siguiente, mientras que en la parte especial se refiere la culpa, a la causación del hecho cometido, adoptando nuestros legisladores el criterio de una culpabilidad por el hecho cometido y no una culpabilidad de autor, sin embargo veremos durante el desarrollo de nuestra exposición, como en muchas ocasiones lo teórico no se condice con la realidad de los hechos.

## **II) Recepción de la Culpabilidad en el Código Penal. El tipo penal del Artículo 34**

Funcionando como límite al poder punitivo del Estado, encontramos la norma contenida en el art. 34 del C.P.A. que reza:

*“No son punibles:*

*1-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 absolviere 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 hicieran peligroso (...)*

Deteniéndonos en el estudio del artículo transcrito, nos centraremos en el análisis de la imputabilidad, entendiendo a ésta como la capacidad o posibilidad genérica de comprender una conducta y dirigirla conforme a dicha comprensión. Así, se ha dicho que la imputabilidad ha de ser entendida como la capacidad de culpabilidad, es decir, la aptitud del sujeto para auto-determinarse ante las exigencias jurídicas; en la terminología del artículo analizado significa “*estar en condiciones de comprender la criminalidad del acto o de dirigir sus acciones*”, lo cual implica que el sujeto tenga la capacidad de que la norma se concrete en él y, por lo tanto, tenga éste el deber jurídico de obrar conforme a ella.

Cuando analizamos la conducta de un sujeto que ha cometido un hecho ilícito, debemos detenernos en su imputabilidad, ya que para excluir la punibilidad en virtud de su incapacidad de autodeterminarse en las exigencias normativas, es preciso que esa cualidad se encuentre presente al momento en que se cometa el hecho. La declaración de imputabilidad debe tomar en consideración el estado del agente al momento del hecho, en el caso, su normalidad se encuentra acreditada con posterioridad a su detención por el informe médico que lo ha encontrado orientado en tiempo y espacio.

Nos señala Donna<sup>2</sup> que nuestro Código Penal, adopta un criterio psiquiátrico mixto para el desarrollo de la figura, que combina elementos psiquiátricos-biológicos, psicológicos y jurídicos a fines de evaluar esta condición en el sujeto. Así es como, en el sistema de inimputabilidad adoptado en el inc. 1 del artículo 34 del Código Penal primero debe acreditarse no solo la existencia de uno de los estados de enfermedad o anormalidad mental en él especificados, sino también que esa enfermedad, además haya incapacitado al sujeto en el mismo momento de la comisión del hecho, en la comprensión de la criminalidad del acto o dirección de sus acciones de acuerdo con esa comprensión.

Con relación a ello, se ha sostenido que no sólo integran la fórmula, las enfermedades clasificadas por la psiquiatría, sino también aquellos síndromes o manifestaciones que permiten determinar la presencia de una alteración de una intensidad tal, que le impide al sujeto dominar su voluntad, y como consecuencia, dirigir las acciones conforme a los términos de la norma. Pero, no basta la sola dolencia o causal psiquiátrica enumerada para que ésta actúe automáticamente, determinando la inimputabilidad del sujeto, sino que es necesario comprobar que ella tuvo consecuencias funcionales en él, afectándole

---

<sup>2</sup> Donna, E.A. (2006), Derecho Penal Parte General, tomo 2, Santa fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni

específicamente la comprensión, o sea, la valoración no solo de las cosas, sino de la normativa penal en particular. De esta manera, la cuestión de la imputabilidad, al igual que las causales que la excluyen, constituyen conceptos psíquico normativos en la fórmula legal del artículo 34 inc. 1 del Código Penal.

Ahora bien, y en torno a la determinación de la capacidad, jurisprudencialmente se ha aceptado, más allá de las enfermedades psiquiátricas, otros casos que también inciden al momento de la determinación de la capacidad de culpabilidad, como son los supuestos de la llamada imputabilidad disminuida, por un lado y del trastorno mental transitorio, por el otro, los cuales representan una problemática al momento de evaluar la imputabilidad del sujeto que ha cometido un hecho ilícito, particularmente debido a la dificultad que conllevan estos supuestos para determinar si el sujeto que los padece, al momento del hecho, pudo o no comprender la criminalidad de su acto y dirigir acciones conforme a esa comprensión. A continuación, esbozaremos brevemente cada uno de estos supuestos:

### **II.a) Imputabilidad Disminuida**

Se ha afirmado que nuestra legislación no contempla la llamada “imputabilidad disminuida” sino que solamente es causa de exculpación la verdadera imposibilidad de comprender los actos al momento que se llevan a cabo o dirigir las acciones, conforme a esa comprensión y que el imputable disminuido, es penalmente responsable mientras no se demuestre que haya atravesado por un verdadero estado de inconciencia, lo que conlleva a ser una atenuante en la mensuración de la pena pero no de la imputabilidad.

### **II.b) Trastorno mental transitorio**

Contrariamente, el llamado trastorno mental transitorio implica un estado de inconciencia que anula completamente la inteligencia y la voluntad, resultando incompatible con el recuerdo más o menos completo de los hechos. Dicho estado puede encontrarse presente en sujetos psicológicamente normales y constituyen causas de inimputabilidad, siempre que su consecuencia haya sido la falta de capacidad de comprender o dirigir las acciones conforme a esa comprensión. Asimismo, también se sostiene que la capacidad mental provocada por una reacción vivencial de desesperación que lleva a un estado crepuscular de la conciencia o trastorno mental transitorio incompleto es otra causa de inimputabilidad que afecta de modo tal al sujeto impidiéndole comprender y dirigir sus acciones.

### **III) Causas de Inimputabilidad enumeradas en el artículo 34 Inc. 1°.**

#### **III.a) Insuficiencia de las facultades**

La insuficiencia de las facultades implica una falta de madurez de la persona con relación a su edad; se da un supuesto de discordancia entre la edad biológica y su desarrollo intelectual, volitivo y afectivo. La excepción la marca el régimen de menores en el que la inimputabilidad a partir de una determinada edad obedece a cuestiones de política criminal.

Cuando la ley habla de insuficiencia de facultades, se refiere a la falta de crecimiento o de desarrollo de éstas acorde a la edad física de la persona, también es menester tener presente que bajo el vocablo “facultades mentales” se hace alusión a aquellas insuficiencias que abarcan toda la personalidad, quedando comprendidas dentro de dichos conceptos aquellas que sean transitorias o permanentes, patológicas o no.

#### **III.b) Alteración morbosa de las facultades**

En el ámbito de inimputabilidad no es necesaria otra cosa que la verificación de una alteración morbosa en la personalidad del acusado (que impida la comprensión de la criminalidad o dirigir su conducta) entendida en su acepción más amplia y moderna de alteración enfermiza o por enfermedad que afecta al ser humano en su totalidad psicofísica.

Respecto a los distintos grados de debilidad mental se ha dicho que la regla en la materia consiste en que no basta la sola debilidad mental para que prospere una declaración de inimputabilidad por cuanto quien actúa con ese grado de insuficiencia comprende lo que hace; pero ella admite la excepción solamente, en aquellos casos muy especiales en los que la deficiencia es de un grado tal que colinda con la imbecilidad o la idiocia. La debilidad mental leve y la condición de analfabeto del procesado no son suficientes para considerarlo inimputable. La debilidad mental debe calibrarse en cada caso concreto.

### **IV) Imposibilidad de Comprender la Criminalidad del Acto o dirigir sus acciones.**

Nos enseña el Dr. Edgardo Alberto Donna<sup>3</sup> que éste es el elemento normativo de la capacidad de culpabilidad, el cual exige que las causas antes mencionadas provoquen en el

---

<sup>3</sup> Donna, Capacidad de culpabilidad o imputabilidad, Revista Jurídica N°31 , 1996, Buenos Aires.

autor la incapacidad de comprender el injusto de su acto, o de actuar conforme a ese entendimiento.

No se trata de un problema perceptivo por parte del sujeto, que tiene relación con el error de tipo, sino que lo que está en crisis es la capacidad del sujeto para orientarse de acuerdo a valores (capacidad o no del sujeto de motivarse de acuerdo a las normas).

La comprensión de la criminalidad se refiere, por lo tanto, al ámbito de lo ético-normativo. El sujeto debe haber captado, al examinar la realidad, si su acto violaba la norma, que protege el bien jurídico, con lo cual se está diciendo que el sujeto debe tener conciencia de la antijuridicidad material, esto es, el disvalor de su acto y, por ende, la posibilidad de motivarse en la norma. Lo que está en juego es la capacidad de la persona para entender las consecuencias de su acción en el ámbito normativo y, si, en base a esa comprensión, el sujeto igualmente decidió llevar a cabo la conducta. Tal captación del sentido del acto, está dirigida por la libertad del sujeto, que se encuentra amenazada por esa decisión, entonces para que el sujeto sea inimputable, la enfermedad o las causas psiquiátricas o biológicas, deben haber comprometido la libertad en relación a la valoración del hecho.

La dirección de las acciones significa que el sujeto debe tener la capacidad para dirigir sus actos, de modo que, si por las causas antes enumeradas, ello es impedido, tampoco será capaz de culpabilidad. La capacidad de dirigir las acciones comenzará a ser relevante a los efectos de la inimputabilidad, cuando alguna de las causas enumeradas, del llamado apartado biológico del art. 34 inc. 1, se ha verificado, que el autor no ha podido conformar su voluntad a la posible comprensión. Por lo tanto en el análisis de la capacidad de dirigir las acciones, es decisivo ponderar si el autor era capaz de contrarrestar los impulsos, mediante las inhibiciones.

Por último, hay que afirmar que, como la fórmula es normativa, es el juez, quien debe analizar, con la ayuda de los peritos, si la capacidad de culpabilidad existió en el momento del hecho. Este juicio, no debe ser delegado en el perito médico ya que si así lo hiciera, el juez le estaría transfiriendo su responsabilidad al perito, situación que además de ir contra la ley, provocaría una confusión de roles en el proceso penal.

Hasta aquí desarrollamos el primer párrafo de la norma analizada, que prevé las hipótesis de la insuficiencia en las facultades para comprender la criminalidad del acto o dirigir las

acciones, la alteración morbosa de las facultades para comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones, el estado de inconciencia y el error o la ignorancia. Ahora nos detendremos en el segundo párrafo del art. 34 inc. 1° del Código Penal, el cual contiene dos clases de medidas de seguridad para inimputables: la reclusión manicomial y la reclusión en establecimiento adecuado. En ambos casos, dichas medidas implican la internación del paciente, esta situación una facultad del juez, quien puede ordenar la internación de la persona ha cometido un delito y ha sido declarada inimputable, en un establecimiento psiquiátrico, siempre que el enajenado sea peligroso para sí o para terceros, siendo aquella consecuencia, -la internación-, lo suficientemente grave como para asimilarla a los efectos de las penas, al restringir y privar los derechos básicos de las personas, en este caso, la libertad personal. (D'Alessio 2009:p330).

Es así como, mientras que por intermedio de la pena la ley concreta su interés de prevención atendiendo exclusivamente al grado de culpabilidad demostrado por el sujeto activo de un delito durante su participación en el hecho, las medidas de seguridad tienen - por un lado- una función de socialización, educación o tratamiento del sujeto peligroso y - por el otro- de protección a la comunidad. Asimismo, su imposición debe ajustarse al principio de proporcionalidad, para revertir el estado de peligrosidad de quien es sometido a ella.

El primer requisito exigido para su vigencia es la previa y expresa declaración de inimputabilidad por parte de un órgano jurisdiccional y la constatación de la peligrosidad del agente. Atendiendo a su finalidad de preservar a la persona y a la seguridad de terceros, el alcance de esta clase de injerencia estatal no se adecua tanto al delito cometido sino a las condiciones personales de la persona a la que le es aplicada, razón por la cual ella debe depender y ser proporcional a la peligrosidad demostrada y no a la escala penal del delito que en su momento se le atribuyera a la persona declarada inimputable. Las medidas de seguridad pueden ser aplicadas incluso en casos en que se absuelva al procesado luego de determinarse que el estado de ebriedad que le ocasionó la inimputabilidad transitoria fue voluntario.

Vemos así como el principal problema que subyace sobre la sistemática esbozada es “*que no reconocen como presupuesto un delito. La doctrina dominante resuelve el problema recurriendo al argumento de que, entendidas tal como parece regularlas la ley, no se trata*

*de penas sino de medidas, con lo cual pierden todas las garantías de las penas. El recurso es ingenioso aunque grosero, porque cambiando el nombre a las penas logra que sobre algunos incapaces de delito se ejerza una variante del poder punitivo que se sustrae de los límites del restante. No es más que el viejo embuste de las etiquetas al que se refirió Kohlrausch respecto de las llamadas medidas. No es exagerada la afirmación de que las medidas de seguridad son consideradas la más alta expresión del derecho penal, pero en verdad son su tumba... Sin duda, el entendimiento textual de las disposiciones legales cae en la inconstitucionalidad, porque se trata claramente de un ejercicio del poder punitivo sin el presupuesto de un delito, sin contar con que se trata de una pena que se funda en la pura peligrosidad” (Zaffaroni, 1999; p 413).*

Por otro costado, la norma determina que estas durarán hasta que haya “*desaparecido el peligro de que se dañe a sí mismo o a los demás, o hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que lo hicieren peligroso*”, pudiendo ocurrir que una vez alcanzado ese límite, y habiendo perdido el juez legitimidad para mantener la privación de libertad, el enfermo mental todavía podría ser calificado de peligroso y resultar necesario continuar con la intervención estatal, obteniéndose como resultado una internación *sine die*. Al respecto, la doctrina nacional ha cuestionado la indeterminación temporal de las internaciones, doctrinarios de la talla de Zaffaroni-Alagia-Slokar, han expresado que “*Las llamadas medidas de seguridad para las personas incapaces de delito que protagonizan un conflicto criminalizado, particularmente cuando se trata de una internación manicomial, implican una privación de libertad por tiempo indeterminado, que no difiere de una pena más que en su carencia de límite máximo y, por ende, por la total desproporción con la magnitud de la lesión jurídica causada...Habiendo en la actualidad disposiciones legales de derecho psiquiátrico, no es racional sostener que una persona, por el azar de haber puesto en funcionamiento las agencias del sistema penal, resulte sometida a esa potestad con la posibilidad de sufrir una pena indeterminada, que incluso puede ser perpetua*” (Zaffaroni-Alagia-Slokar, 2002; p. 927).

En ese sentido, a nivel local la vocal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Dra. Aída Tarditti aborda la cuestión en uno de sus opúsculos, y propone como paliativo a fines de evitar la prolongación de las internaciones *sine die*, la aplicación de la “*analogía in bonam partem, como sería la extensión de las reglas de la condena condicional y de la*

*libertad condicional, suspendiendo la ejecución de la internación a prueba con la obligación de realización de un tratamiento bajo supervisión de un familiar responsable, por ejemplo, o de una institución gubernamental o no*<sup>4</sup>, siempre que, las circunstancias de internación se hayan modificado y terapéuticamente sea aconsejable sustituirla por otras alternativas.

Vemos así como, la norma examinada no resiste análisis si esta se estudia bajo el prisma de los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, los demás pactos internacionales de jerarquía constitucional incorporados a nuestro plexo normativo tras la reforma constitucional del año 1994, con la Ley de Protección de la Salud Mental N° 26.657, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, su protocolo Facultativo dictado por las Naciones Unidas, y con los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental dictado por la Asamblea General de la Onu, mediante resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991, habiendo quedado desajustado el Art. 34 inc. 1ro., frente a las directrices internacionales respecto a las medidas de seguridad y su cese.

Ahora, si bien nuestro Código Penal en la teoría, asume la culpabilidad por el hecho cometido y no por la culpabilidad del autor, tal como lo expresáramos más arriba, en la práctica judicial se imponen medidas al imputado no por lo que hace sino por lo que es, fundándose en un derecho penal de autor, no de acto, siendo el principal objeto de examen **la peligrosidad del imputado** a partir de sus condiciones personales y en estudio de la evolución de la enfermedad mental que padece, sin que la medida guarde relación o reconozca como límite el delito penal cometido por el justiciable. Así se ha expresado nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el reconocido fallo Tufano, cuando expresa 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*

---

<sup>4</sup> Tarditti A. Los Inimputables adultos: invisibles del sistema jurídico, en Pensamiento Penal y Criminológico-Revista de Derecho Penal Integrado, Año II, N° 2 2001, Mediterránea, Córdoba.

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 tuitiva de los derechos fundamentales de la persona con sufrimiento mental, cumpliendo para ello un rol preponderante la actividad jurisdiccional. Los pacientes institucionalizados, especialmente cuando **son reclusos coactivamente -sin distinción por la razón que motivó su internación-**, son titulares de un conjunto de derechos fundamentales, como el derecho a la vida y a la salud, a la defensa y al respeto de la dignidad, a la libertad, al debido proceso, entre tantos otros. Sin embargo, deviene innegable que tales personas poseen un estatus particular, a partir de que son sujetos titulares de derechos fundamentales con ciertas limitaciones derivadas de su situación de reclusión. Frente a tal circunstancia desigual, la regla debe ser el reconocimiento, ejercicio y salvaguardia especial de esos derechos de los que se derivan los deberes legales del sujeto pasivo -sea el Estado o los particulares- y que permiten, a su vez, promover su cumplimiento (...) los principios de **legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, igualdad y tutela judicial de las condiciones de encierro forzoso, -sea por penas, medidas de seguridad o meras internaciones preventivas y cautelares de personas sin conductas delictivas con fundamento muchas veces en la peligrosidad presunta y como una instancia del tratamiento-**, actualmente se ven fortalecidos y consolidados en la **Constitución Nacional (arts. 16, 17, 19, 33, 41, 43 y 75, incs. 22 y 23)**, instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 25, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. XI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 7, 8 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 7, 9, 10 y 14, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y otros convenios en vigor para el Estado Nacional (Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada por ley 25.280 y en vigor desde el 14 de septiembre de 2001).<sup>5</sup> (el destacado nos pertenece).

Sumado a ello, uno de los principios fundamentales que adopta la Ley de Salud Mental 26.657 vigente en nuestro país, es el de asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con

---

<sup>5</sup> "Tufano Ricardo Alberto s/ internación" S.C. Comp. N1 1511, XL,CSJN, 19/02/2008

padecimiento mental (art. 1), y a lo largo de su articulado establece que la internación involuntaria de una persona debe concebirse como un recurso terapéutico excepcional en caso de que no sean posibles los abordajes ambulatorios y solo podrá realizarse cuando a criterio del equipo de salud mediare situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros (art. 20).

Resulta relevante destacar que si bien la ley de Salud Mental incluye dentro de su ámbito de aplicación a todas las personas con padecimientos mentales, la misma no deroga disposición alguna del Código Penal, y así lo dispone el artículo 23 de la citada norma, el cual establece que si bien el alta o la externación no requieren autorización judicial, quedan exceptuadas de esta directiva las internaciones involuntarias realizadas a tenor del art. 34 del Código Penal. Ahora, ello no significa que los principios generales que iluminan el nuevo paradigma en materia de salud mental puedan ser descuidados u omitidos, es más, el control judicial de las medidas de seguridad impuestas a inimputables adultos por enfermedad mental, a tenor del art. 34 inc. 1° del Código Penal, debe realizarse teniendo en cuenta específicamente los criterios que inspirados en directrices internacionales, guían la normativa específica.

En síntesis, la ley de salud mental no solo garantiza el ejercicio de los derechos humanos de las personas con padecimientos mentales vinculadas a los servicios de salud, sino que también destaca como **objetivo principal** de estas internaciones recuperar y preservar la salud del paciente y no una internación prolongada en el tiempo, máxime si el equipo de salud tratante considera que ha cesado la situación de riesgo cierto e inminente que determinó la internación.

Entendemos que aquí debe haber un punto de inflexión, y la peligrosidad debe comportarse entonces como un límite frente a la intervención estatal, ya que las garantías constitucionales en el proceso penal, procuran asegurar que ninguna persona pueda ser sometida por el Estado, y en especial por los tribunales, a un procedimiento ni a una pena arbitraria. En consecuencia, la privación de libertad no solo debe producirse por causas y métodos calificados de legales sino que además, ellos no deben ser arbitrarios, y deben resultar compatibles con las ideas de **razonabilidad, previsibilidad y proporcionalidad**.

No podemos dejar de señalar que el enfermo mental acusado de la comisión de un injusto, tanto el declarado inimputable como el que aún no ha sido declarado tal, -pero que ha sido sometido a proceso-, se encuentra protegido por una serie de garantías judiciales contempladas en nuestra Carta Magna y en los pactos internacionales con jerarquía constitucional, entre los que encontramos el derecho a ser oído con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la ley, el derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, la garantía a una comunicación previa y detallada de la acusación formulada, el derecho de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección, el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo y el derecho al recurso ( Art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Por todo lo expuesto, sostenemos que el autor del injusto debe ser penado por el hecho cometido y no por su condición patológica, que la medida de carácter penal como la analizada, en tanto manifestación de un derecho penal de acto y no de autor, debe fijar en el hecho los límites de su intervención. La intervención penal prevista para contrarrestar la peligrosidad del enfermo mental no solo es inconstitucional por ser contraria a un derecho penal de acto, sino que además resulta ineficaz por no encontrar en la gravedad del hecho cometido un límite a su alcance y duración, siendo que las mismas, si bien no están sometidas al principio de culpabilidad como las penas y se hayan despojadas de todo sentido punitivo, si se encuentran sujetas al principio de proporcionalidad, por afectar derechos fundamentales del individuo al producir una considerable restricción de libertad.

### CAPITULO N° III

#### **Análisis de las Medidas de seguridad por alteración morbosa de las facultades mentales**

##### **I) Generalidades**

En éste capítulo nos iniciaremos en el estudio de las medidas de seguridad que se imponen a los inimputables con alteraciones morbosas de sus facultades mentales, no sin antes enmarcar las mismas dentro de lo expuesto en el Capítulo Primero, cuando hablábamos de la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad ya que, sin la capacidad para comprender la criminalidad del hecho, no es posible que el sujeto se mueva en el campo de los valores y llegue al juicio de reproche sobre el hecho causado, lo que nos lleva a destacar aquí el último filtro establecido como elemento estructurante del concepto de delito y como límite del poder punitivo del Estado, que es la *punibilidad*, el cual se traduce en todas aquellas condiciones de las que la ley hace depender la acción penal. Sobre la punibilidad, Ricardo Nuñez destaca que “*El castigo de un hecho típico, antijurídico y culpable está supeditado a dos condiciones, a saber: a) Que subsista una acción penal para perseguir al autor, y b) que no concurra a favor del autor una excusa absolutoria*” (Nuñez, 2009,p: 205).

Cuando el sujeto tiene la capacidad de saber qué es lo bueno y qué es lo malo y decide cometer un delito, la sanción tiene lugar a través de la pena, siendo su función la del restablecimiento del orden externo de la sociedad. La exigencia democrática de que sea posible la participación de todos los ciudadanos en la vida social, conduce a reclamar que el derecho penal evite la marginación de los condenados. Ello hace preferibles, en la medida de lo posible, las penas que no impliquen separación de la sociedad. Pero, cuando la privación de la libertad sea inevitable, habrá que configurar una ejecución de forma tal que no produzca efectos desocializadores, y que, además, fomente cierta comunicación con el exterior y facilite una adecuada reincorporación del recluso a la vida en libertad.

La resocialización constituye la finalidad de la ejecución de las penas privativas de la

libertad, conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de nuestra Ley Fundamental y en los Pactos Internacionales con jerarquía constitucional incorporados en la Reforma de 1994 en el artículo 75 inc. 22 (art. 10, ap. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 5º, ap. 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) Asimismo, el art. 1º, ley 24.660, también incorpora dicha finalidad al decir que “*La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad*”

Se postula, en adecuación a este principio, la importancia de trabajar en un «Programa de Readaptación Social Mínimo», concepción que tiene como eje central el respeto a la dignidad humana (art. 11, ap. 1 y art. 5º, ap. 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 10, ap. 1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; y art. 33 C.N., conforme interpretación de la C.S.J.N., caso «Costa»), por la cual pertenece a todo ser humano una capacidad personal que le permite adoptar libremente sus propias decisiones sobre sí mismo, sobre su conciencia y sobre la configuración del mundo que lo rodea.

La resocialización no puede estar orientada a *imponer* un cambio en el sujeto, en su personalidad y en sus convicciones a fin de *obligarlo* a adoptar el sistema de valores que el Estado tiene por mejor. Se trata de ofrecer al interno, a través del tratamiento penitenciario, una ayuda que le permita comprender las causas de su delincuencia, sin alterar *coactivamente* su escala de valores. Se busca hacer comprender al sujeto que ha delinquido (violando así las normas) las expectativas que dichas normas contienen, evitando en el futuro la comisión de nuevos delitos.

Recapitulando, sostenemos que el imputable puede ser destinatario de la pena porque al momento del hecho supo del bien y del mal, comprendió la criminalidad del acto. La pena consiste ahora en retribuirle con un mal que consiste en la pérdida de la libertad, de la propiedad o del ejercicio de un derecho. El imputable sabe que la pena es un mal que repercute en su persona o en sus derechos. La pena, entonces, se aplica por lo que se cometió, y persigue la readaptación o la resocialización del condenado abrigando como esperanza que el condenado no vuelva a delinquir, tal como lo expresáramos en los párrafos anteriores. Contrariamente a ello, vemos que nada de ello tiene sentido cuando se aplica sobre una persona que al obrar no comprendía ni lo bueno ni lo malo, y que frente al

castigo, tampoco adquirirá la capacidad de distinguirlo porque no tiene la capacidad de elaborar un juicio de valor sobre lo que la sociedad reprueba y castiga.

Las medidas de seguridad, como disposiciones atinentes al derecho penal, son relativamente modernas ya que surgen, con cierta sistematización, a fines del siglo XIX, no obstante que algunas disposiciones aisladas relativas a los dementes se encontraran, por ejemplo, en el Código Español de 1850, al disponer que éstos podían ser reclusos en hospitales cuando hubieran ejecutado un delito grave. Remotamente, encontramos en la legislación romana algo relativo a las medidas de seguridad, cuando el Digesto ordenaba medidas de corrección para el loco parricida, o medidas relativas a los dementes como la custodia hecha de manera diligente.

Dentro del marco de la punibilidad, el sistema elegido por nuestros legisladores incluye tanto a las penas como las medidas de seguridad, constituyendo ambas, la consecuencia jurídica del delito. Ello es así, porque nuestro sistema penal se adscribe a los denominados sistemas dualistas, dado que ante la comisión de un injusto prevé como consecuencias jurídicas la aplicación de penas y medidas de seguridad. Las primeras, estrictamente ligadas al principio de culpabilidad, mientras que las segundas, desligándose de éste, solo quedarían vinculadas a la peligrosidad del sujeto.

Algunos autores nos enseñan que las medidas de seguridad son un instrumento del Derecho Penal, que tienen por finalidad atacar la peligrosidad de un sujeto manifestada a través de la comisión de un delito, entendiéndola entonces como un medio asegurativo, que implica necesariamente, la privación de libertad o restricciones de derechos de la persona. Al ser la misma de carácter aflictivo debe exigirse para su imposición el cumplimiento de las mismas garantías que rigen para la pena, ya que mientras la razón fundante del proceso sea una imputación penal, rigen los mismos derechos y garantías constitucionales reconocidas a todos los habitantes como límites frente al poder punitivo del Estado<sup>6</sup>. La pena y la medida de seguridad tienen una finalidad distinta, la primera se dirige a que el sujeto adquiera la capacidad de respetar la ley, persiguiendo su readaptación o resocialización ( recordemos

---

<sup>6</sup> “Las medidas de seguridad para inimputables adultos y su indeterminación temporal”, de Bizzari José Luis, publicado en Actualidad Jurídica, revista N°142

el art. 1° ley 24.660); en tanto la segunda persigue el tratamiento del sujeto hasta que desaparezca su peligrosidad y ya no constituya una amenaza para sí mismo o para terceras personas, dándose en ambas una intervención coactiva del Estado, limitadora de derechos individuales, como la libertad. Constituyen, entonces, una reacción o respuesta coactiva del Estado como instrumento de control social. Mientras que por intermedio de la pena, la ley concreta su interés de prevención atendiendo exclusivamente al grado de culpabilidad demostrado por el sujeto activo de un delito durante su participación en el hecho, las medidas de seguridad tienen, por un lado, una función de socialización, educación o tratamiento del sujeto peligroso y, por el otro, de protección de la comunidad.

Según el pensamiento del Dr. Ricardo Núñez, las medidas de seguridad aplicables judicialmente se diferencian de las penas porque, a diferencia de éstas, no constituyen la retribución del mal causado por el delito, pues no se fundan en la violación por el autor, del deber de no delinquir sino que, según este autor, **son medios curativos sometidos al principio de legalidad**, que el juez le impone al autor de un delito en atención a su peligrosidad, para evitar que se dañe a sí mismo o a los demás (Nuñez, 1999, p: 331).

En nuestro Código Penal, se encuentran contenidas en el Libro I Disposiciones Generales Título V “Imputabilidad”, cuyo artículo 34 inciso primero, párrafos segundo y tercero. Se advierte de su lectura, como nuestros legisladores prescribieron dos clases de medidas de seguridad para los inimputables: la reclusión manicomial y la reclusión en un establecimiento adecuado; en ambos casos, la medida de seguridad implica la internación del inimputable. La base de la medida de seguridad de internación, es la peligrosidad del agente, teniendo como finalidad no una compensación retributiva por un hecho injusto, sino la seguridad futura de la comunidad. La extensión de las medidas de seguridad no se determina según la gravedad del hecho, sino de acuerdo con la peligrosidad del involucrado. (Romero Villanueva, 2007, p: 117)

Nos enseña Patricia S. Ziffer<sup>7</sup>, en relación a los problemas de legitimación de la aplicación de medidas privativas de libertad y los límites de los pronósticos de peligrosidad, que las privaciones de libertad apoyadas en la peligrosidad no son un fenómeno jurídico original. La autora citada sostiene que estas medidas privativas de la libertad basadas en la

---

<sup>7</sup> ZIFFER, Patricia, *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en Derecho Penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

peligrosidad del agente han sido legitimadas por las sociedades, con el objeto de restringir la libertad de quienes no son adultos o de quienes no son vistos como completamente responsables cuando esa medida aparece como necesaria por razones educativas o para la protección de su propio interés o el de los demás. En este sentido, desde el punto de vista constitucional, la sola invocación de la utilidad de la intervención o su aparente razonabilidad, no puede constituir una justificación suficiente, ya que toda injerencia estatal sobre derechos garantizados constitucionalmente debe estar justificada por un interés preponderante, debiéndose respetar además el principio de personalidad. En ese sentido, señala la autora, que este problema no se suscita en relación a las penas y la legitimación en torno a la aplicación de las medidas privativas de la libertad estaría resuelta, ya que la pena se apoya en la culpabilidad del autor, en la responsabilidad que a éste le cabe por el hecho cometido. Sin embargo, cuando hablamos de las medidas correctivas y de seguridad no debemos olvidar que éstas se encuentran desvinculadas de la culpabilidad, por lo que el problema de su legitimidad es mucho menos claro, ya que el hecho de simplemente encerrar a una persona porque se le considera peligrosa resulta problemática no sólo desde el punto de vista de la ética jurídica o de los valores constitucionales vinculados con la dignidad del hombre. Además sí se examinan estas afirmaciones desde la perspectiva de la falta de certeza de los pronósticos en materia de peligrosidad, se advierte que un juicio de éstas características ya empíricamente tiene un apoyo absolutamente endeble.

Doctrinariamente, la justificación de la privación de la libertad de un Estado de Derecho parte de la concepción de que es un deber básico del Estado, la protección de los ciudadanos y de su interpretación constitucional en el marco del principio de proporcionalidad: para la protección de la generalidad frente a los peligros que derivan de una persona, es posible restringir su libertad, cuando esta aparece como necesario, esto es, cuando el peligro no puede ser evitado de otra manera y cuando la restricción de la libertad mantiene una relación adecuada con la medida de la lesión que amenaza producirse. Es así como, se justifica la aplicación de una medida de seguridad, en pos de garantizar la seguridad de éste y de la sociedad, extendiéndose la misma hasta que el peligro desaparezca, lo que no obsta a que el paciente siga con tratamiento adecuado conforme su patología. Asimismo, atento al carácter coactivo que importa la internación, ésta sólo podrá

justificarse cuando no resulte procedente una medida menos lesiva de la libertad, a través de la cual pueda neutralizarse la peligrosidad del enfermo.

### **La Sujetos destinatarios de la reclusión manicomial**

En éste capítulo analizaremos en detalle quiénes son los sujetos destinatarios de las medidas de seguridad. Como venimos sosteniendo, con el término “medida de seguridad” se reconoce como destinatario a quien carece de la posibilidad de obrar o de actuar culpablemente. Si la pena se impone al sujeto culpable por lo que cometió, la medida de seguridad se impone a la persona por ser lo que ella es, siendo ello la base de nuestra crítica.

La medida de seguridad que el Código prevé en el artículo 34 inciso 1º, requiere por un lado que el sujeto sea inimputable, esto es que el agente haya cometido un hecho que sea típico y antijurídico, y que se trate, principalmente, de una persona peligrosa, en el sentido de que pueda dañarse a sí mismo o a los demás. Todas estas hipótesis deben hallarse presentes para que el juez pueda imponer la medida de seguridad. Cuando el segundo párrafo del inciso 1º del artículo 34 dice que en caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión, se refiere a que si el enajenado presenta “peligrosidad” será el juez quien dispondrá su internación en un centro manicomial, previo análisis relativo a la peligrosidad antes de ordenar la reclusión por tiempo indeterminado. La medida de seguridad legislada en forma de protección colectiva, sólo procede y debe proceder cuando se haga efectivamente cierto se infunde temor general y miedo por su magnitud.

Es una medida que afecta la libertad del inimputable porque se traduce, según el artículo 34, inciso 1º, en la internación manicomial, siendo dicha internación involuntaria porque la dispone el juez en cumplimiento de la ley, aunque el inimputable consienta que ello así suceda. Se sostiene así que la internación manicomial es, entonces, una medida privativa de la libertad que tiene por fin la seguridad del inimputable y de la sociedad, y que no cesará hasta tanto la peligrosidad haya desaparecido. El artículo 34, inciso 1º requiere de una pericia psiquiátrica por el cual el sujeto tiene una alteración morbosa de las facultades o tiene insuficiencia mental, y que además se trate de una persona peligrosa; por el contrario, para que la medida de seguridad pueda cesar, la pericia psiquiátrica deberá decir, tan sólo, que el paciente ya no es peligroso para sí o para la sociedad.

En ese sentido, parte de la doctrina afirma que la ley no requiere que el inimputable recobre la salud mental o adquiera la capacidad para comprender y respetar la ley; se satisface con el solo hecho de que los peritos declaren que ha dejado de ser un individuo peligroso, sin embargo, esto puede no suceder nunca, topándonos entonces con internaciones *sine die*.

### **I.b Cuestiones Procesales Vinculadas**

De las expresiones vertidas en el título anterior, vemos como a los fines de saber si la persona sometida a proceso debe ser considerada inimputable o no, no basta solo con la comprobación de alguno de los trastornos o alteraciones mentales conforme la apreciación que hagan los peritos médicos psiquiatras, sino que corresponde al magistrado interviniente determinar si la perturbación alegada ha afectado o no la capacidad de comprensión del acusado.

En cuanto a la forma de resolución en que se dispone la internación, la ley no establece ninguna forma en particular. Apelando a nuestra Constitución de la Pcia. de Córdoba y teniendo en cuenta que se trata de una privación de libertad ambulatoria, la misma deberá ser dictada por orden escrita y fundada del juez. Si el imputado fuera sometido a internación provisional- Artículo 287 del CPP- sus derechos de parte serán ejercidos por el curador o, si no lo hubiera por el Asesor Letrado, sin perjuicio de la intervención correspondientes a los defensores ya nombrados (art. 83 CPP). Estos, ejercen los derechos que como parte le corresponden en el proceso al presunto inimputable, que continúa en su condición de parte, porque sigue siendo la persona contra la que se dirige la acción penal. Para su cesación, la pericia psiquiátrica deberá indicar que el paciente ya no es peligroso para sí ni para terceros. Es decir, que, el tiempo de la reclusión está subordinado a la desaparición del peligro de daño que la motivó, no siendo necesaria la cura del paciente.

Por otro costado, antes de disponer la inimputabilidad de una persona sometida a proceso por la presunta comisión de un delito, el dictado de un auto de sobreseimiento y medidas de seguridad a su respecto es preciso, primeramente, haber determinado la comprobación del hecho y la calidad de autor de aquel sobre quien recae la medida. Sin embargo, en muchas ocasiones esta situación no es tenida en cuenta, por lo que a criterio de algunos autores, como Del Rosal Blasco sostienen que *“Dictar el sobreseimiento del imputado en base a su inimputabilidad e imponer en consecuencia, una medida de seguridad, conforme lo*

*pretendía la parte querellante, habría resultado una solución contraria a los principios de inocencia y legalidad. En efecto el principio de inocencia se habría afectado en tanto se habría impuesto una medida de restrictiva de libertad sin haberse realizado previamente juicio oral, contradictorio y respetuoso del derecho de defensa y de las garantías del debido proceso...la consecuyente no comprobación de la existencia del hecho, de la participación del imputado en su ejecución y de que este hecho fuera típico y antijurídico habría convertido a la medida de seguridad en una medida predelictual contraria al principio de legalidad”*<sup>8</sup>. La posición contraria sostiene que el proceso penal constituye un doloroso trance para el ciudadano, al margen de que finalmente sea declarado culpable o inocente, durante el cual puede sufrir la prisión provisional y, en todo caso, la estigmatización y la pesadumbre por cual haya de ser la decisión final de la jurisdicción, por lo que excluir a una persona del proceso a través del sobreseimiento pueda ser visto como el mejor favor que se le puede hacer al imputado.<sup>9</sup>

Asimismo, al ser el artículo 34 inc. 1 una norma de derecho común cuyo alcance es determinado por los jueces de la causa, el concepto de imputabilidad o inimputabilidad es susceptible de ser sometido a un control de legalidad por la vía de casación, como así también jurisprudencialmente se ha aceptado el control casatorio sobre aquella resolución que dispone la ejecución de una medida de seguridad impuesta a un inimputable.

Estas cuestiones serán retomadas al momento de realizar el análisis jurisprudencial de los fallos existentes a nivel nacional y local sobre la temática aludida y su vinculación con la Ley 23.098, específicamente el Hábeas Corpus Correctivo, que tiene como finalidad el mejoramiento de las condiciones de detención de las personas que se encuentran privadas de su libertad.

### **I.c Evaluación de la peligrosidad**

En cuanto al examen de la peligrosidad para que proceda o no la Medida de Seguridad, no se puede pretender certeza, ya que la evaluación del riesgo y/o peligrosidad implica un juicio de tipo diagnóstico basado en elementos presentes, no pudiendo realizarse un juicio

---

<sup>8</sup> Del Rosal Blasco, B., 1994, “Las consecuencias jurídicas de la inimputabilidad y de la imputabilidad disminuida en el derecho español”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p.258.

<sup>9</sup> Heglin, M.F., 2005 Los enfermos Mentales en el Proceso Penal, Bs. A.s, Argentina, Editores del Puerto S.R.L.

de tipo pronóstico ya que la conducta humana es en sí misma, impredecible, dependiendo de múltiples circunstancias.

Como es conocido por todos, el relativismo de la peligrosidad, tuvo su génesis en el Código de 1921 como una reacción en contra del positivismo peligrosista que consideraba o veía como peligrosa a toda persona enferma de la mente que cometía cualquier tipo de delito. La enfermedad era la que lo hacía peligroso por sí mismo, y sujeto de cuanto tratamiento fuera posible otorgar para que esa peligrosidad desapareciera. Claro que bajo un sistema de internaciones que, en última instancia, y no en tan última, se traducían en la pérdida de la libertad por tiempo indeterminado.

De otro costado, un sector doctrinario sostiene nuestro Código Penal no funda la internación manicomial por tiempo indeterminado en la sola causa biológica; vale decir, en la enfermedad psicobiológica y que la ley no hace referencia, para que la medida cese, que el enfermo se hubiese curado; esto es, que hubiese dejado de ser inimputable. Asimismo, se sostiene que nuestro sistema legal, se conforma con un tratamiento adecuado de la enfermedad que padece el sujeto inimputable; de ahí que disponga que la internación debe hacerse en un manicomio.

Conforme a nuestro entender, la medida de seguridad está limitada o condicionada a la existencia de peligrosidad criminal, por lo que de no demostrarse que el sujeto puede dañarse a sí mismo o a terceros, la medida de seguridad no procede, mismo que se haya demostrado su participación en el injusto, y aún cuando la medida de internación fuera justificada en términos terapéuticos, la falta de peligrosidad de la persona afectada debería impedir su aplicación. Puede suceder que como enfermedad, ella dure por el resto de la vida del paciente, pero no significa esa circunstancia, que la reclusión manicomial deba durar ese tiempo. Todo lo contrario, tal como lo expresáramos supra, la medida de seguridad se extiende hasta que el peligro desaparezca, y la patología del paciente puede seguir bajo el tratamiento que el médico sugiera.

Como se puede ver, sin una solución convincente de los problemas que plantean los pronósticos de peligrosidad, resulta prácticamente imposible encontrar un fundamento para la legitimación de las medidas. Si la peligrosidad de una persona no puede ser determinada

de alguna forma aceptable en un Estado de Derecho, todo el sistema de medidas carecería de base de sustentación.

En este sentido, es sabido que los pronósticos de peligrosidad son inseguros y las posibilidades de predecir conductas humanas es altamente problemática. Al mismo tiempo en que se pretende rechazar toda consideración peligrosista como el germen de un estado autoritario, se reclama la necesidad de base constitucional, de lograr la reinserción social de los condenados, o bien, de quienes son sujetos de una internación, perdiendo de vista que ninguna injerencia dirigida a la prevención de delitos, o bien, a la curación, es concebible en el marco de una supresión drástica de todo pronóstico.

Por otro lado, la renuncia a todo pronóstico de peligrosidad conduciría a derogar el sistema de medidas de seguridad penales. Esta solución por cierto no es inconcebible. En ese sentido, el Anteproyecto de Reforma del Código Penal, dichas medidas fueron morigeradas considerablemente, aunque lamentablemente el tratamiento del mismo en el Congreso ha sido dejado de lado, sobre este punto volveremos infra.

Por otro lado, la determinación de la peligrosidad de enfermos mentales es sumamente compleja e incierta, y en este sentido, no se trata de un problema específicamente “penal”. En todo caso, lo que está en cuestión es la determinación de la base legítima y de los límites de una injerencia estatal preventiva sobre la libertad del individuo, y en este sentido, la rama jurídica que se declare competente para su imposición resulta irrelevante.

Así, tal como lo adelantáramos al inicio de nuestro trabajo, para la protección de la sociedad, en definitiva, se paga un precio muy alto: la posibilidad del error. La perspectiva de las “víctimas potenciales” es definida como decisiva, y correlativamente, se asume el riesgo de un pronóstico errado, esto es, que el afectado no sea peligroso y que quizá no vuelva a cometer delitos.

Frente a una situación semejante se podría pretender, al menos, reducir las posibilidades de juicios erróneos al mínimo posible, restringiendo los juicios de peligrosidad a los casos de inimputables, respecto de los cuales, en la mayoría de los casos, cuando menos es posible invocar adicionalmente el propio interés del afectado. Esas serían auténticas medidas de seguridad.

Si bien buena parte de los problemas que las internaciones de inimputables plantean son propios de toda “medida preventiva”, las medidas del art. 34 inc. 1 del CP presentan ciertos rasgos particulares. En efecto, las necesidades de atención médica específicas de los inimputables, enfermos mentales, drogadependientes o alcohólicos crónicos, plantean problemas jurídicos particulares desde el punto de vista de las intervenciones preventivas de la libertad. Estos problemas alcanzan a aquel grupo de sujetos que debido a su enfermedad se convierten en un peligro para sí mismos o para quienes los circundan, pero también respecto de aquellos que no están en condiciones de comprender los riesgos implicados en su conducta, y que por alguna razón, vinculada o no a su enfermedad, rehúsan el tratamiento médico.

Según el art. 34 inc. 1°, segundo párrafo, en los casos de enajenación, el tribunal puede ordenar la reclusión manicomial. A su vez, el tercer párrafo de dicho artículo prevé la internación en “establecimiento adecuados” respecto de todos los demás supuestos en los que procediere la declaración de inimputabilidad, quedando incluidos, básicamente, los supuestos de ebriedad o intoxicación por estupefacientes. En ambos casos, el fundamento legal expreso de la medida es la constatación de la peligrosidad del afectado para sí o para terceros a partir del hecho antijurídico cometido. No basta con la comprobación de la enfermedad o el estado de alteración de las facultades, por lo que sin “peligrosidad”, la internación es improcedente.

Asimismo, el déficit en la capacidad de comprensión o dirección de la conducta debe ser el resultado de una falencia permanente y no un estado psíquico transitorio, pues la internación tiene por objetivo central el cuidado o cura de personas enfermas en un estado duradero. En consecuencia, la declaración de inimputabilidad no viene acompañada necesariamente de una medida de seguridad de internación, sino sólo en tanto la enfermedad mental permita afirmar la peligrosidad. La sola determinación de la enfermedad mental no basta para decretar la internación; es necesario, además que dicha alteración mental pueda reflejarse en un “peligro” para sí o para terceros. Sólo el peligro de hechos graves puede justificar el encierro del autor, en aquellos casos en los que las posibilidades de éxito de un tratamiento ambulatorio sean significativamente menores.

Presentar la cuestión de las medidas aplicadas a inimputables desde la perspectiva de una lesión al principio de culpabilidad apoyada en el supuesto “castigo” que representa la

internación es colocar el problema bajo una perspectiva que poco aporta al debate. Del mismo modo, sostener a partir de las deplorables condiciones bajo las cuales se ejecutan efectivamente las internaciones psiquiátricas que ellas constituyen un “castigo” incluso peor que el que representa una pena puede constituir un muy buen argumento en el intento de defender condiciones humanas de internación, pero desde el punto de vista de la interpretación normativa se trata de un problema diferente.

Desde otro punto de vista, con frecuencia se señala que aquel que es internado en un establecimiento psiquiátrico, suele contar, de hecho, con menos derechos que un detenido en prisión preventiva o un condenado penal. Por lo demás, no pocas veces, a igualdad de delito, el tiempo de internación es mucho más prolongado que el tiempo correspondiente a una pena. Mientras que el condenado penal cuenta con la protección limitadora del principio de culpabilidad, que es considerado un derivado de la “dignidad del hombre”, en las medidas de seguridad aplicadas a los inimputables, la cuestión de la dignidad del afectado es interpretada en otros términos, de tal manera que, en principio, sólo recuperará su libertad cuando los fines de prevención especial se encuentren satisfechos, cuando la curación se haya producido o cuando la peligrosidad haya cesado, cualquiera que sea la formulación que se prefiera. En efecto, al autor culpable le espera una pena temporalmente limitada, y con ello, con independencia de que los esfuerzos resocializadores durante la ejecución de la pena tengan éxito o no. Incluso aquel condenado respecto del cual pudiere afirmarse con seguridad que volverá a reincidir, una vez cumplida la pena, habrá de recuperar la libertad. Una situación que, en principio, no se plantea respecto de un enfermo psiquiátrico.

## **II) El tratamiento de los Inimputables en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal Argentino**

Estimamos pertinente tratar en este punto lo que consideramos un avance al momento del tratamiento de los inimputables, lo expresado por la Comisión encargada de la redacción del Anteproyecto de Reforma del Código Penal, en donde la problemática ha sido tratada incorporando los avances en la medicina psiquiátrica con nuevas pautas de valoración y límites para la imposición de las medidas para los jueces que ayudan a su mensuración, lo cual repercute favorablemente en los propios inimputables. En ese sentido, la Comisión inicia la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Reforma del Código Penal, con la

siguiente frase “*El presente Anteproyecto pretende cubrir una urgente necesidad y, al mismo tiempo, retomar la línea de una tradición legislativa codificadora nacional que se remonta a un siglo y medio y aún más lejos(...)*”.<sup>10</sup>

Si bien el Anteproyecto trata en los artículos 39 y 40 las medidas de seguridad y su aplicación a los inimputables, consideramos oportuno destacar también, los principios que rigen para la Aplicación de la Ley Penal y que los miembros de la comisión consideraron oportunos enumerar en el artículo 1 del Anteproyecto y así lo redactaron:

“ARTÍCULO 1º.- Principios

1. *Principios constitucionales y de derecho internacional.* Las disposiciones del presente Código se interpretarán de conformidad con los principios constitucionales y de derecho internacional consagrados en tratados de igual jerarquía.

2. Se aplicarán con rigurosa observancia los siguientes principios, sin perjuicio de otros derivados de las normas supremas señaladas:

a) *Legalidad estricta y responsabilidad.* Solo se considerarán delitos las acciones u omisiones expresa y estrictamente previstas como tales en una ley formal previa, realizadas con voluntad directa, salvo que también se prevea pena por imprudencia o negligencia.

No se impondrá pena ni otra consecuencia penal del delito, diferente de las señaladas en ley previa.

b) *Culpabilidad.* No habrá pena sin culpabilidad ni que exceda su medida. Para la determinación del delito y de la pena no se tomarán en cuenta el reproche de personalidad, juicios de peligrosidad ni otras circunstancias incompatibles con la dignidad y la autonomía de la persona.

c) *Ofensividad.* No hay delito sin lesión o peligro efectivo para algún bien jurídico.

Es así como, la comisión incorpora en el art. 1 los principios fundamentales para la aplicación de la ley penal. Se desprende del análisis de la norma, la incorporación específica en el inciso “b” de la Culpabilidad, la cual desarrolla la idea normativa general

---

<sup>10</sup> Anteproyecto de Código Penal de la Nación, 2014, 1ra. edición - Marzo 2014, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, p 43

asentada sobre el reproche por la conducta del hecho y no en la personalidad del sujeto, distinguiendo de manera concreta al derecho penal de acto y de autor.

Cuando estudiamos los fundamentos esgrimidos por los integrantes de la Comisión, estos esbozan principalmente la necesidad de excluir expresamente el reproche de personalidad, -el derecho penal de autor-, reafirmando el carácter personal del derecho penal argentino, emergente de la Constitución Nacional, y así afirman *“El reproche penal debe concretarse al hecho: se reprocha por el ilícito cometido y no por la persona del infractor. Se deja claro que no será posible juzgar reemplazando a la culpabilidad por la peligrosidad... El único peligro a tener en cuenta siempre lo es de la conducta realizada, que se concreta en la lesión o en la puesta en peligro del bien jurídico, según la jerarquía de éste y la magnitud de la afectación efectiva producida por el hecho... Se apela a un enunciado general, porque en este momento no podemos imaginar todas las retorcidas especulaciones intelectuales que en un futuro —cercano o lejano— puedan tratar de pervertir a la culpabilidad para convertirla en peligrosidad, en razón de Estado, en necesidades políticas coyunturales o en defensa social. Los caminos del autoritarismo son inimaginables”*

Luego, al momento de tratar las medidas de seguridad, se incorporan de manera detallada en el Capítulo V titulado “De las Medidas”, los artículos 39, 40 y 41 del Anteproyecto, en relación a los sujetos inimputables y su internación que:

*“ARTÍCULO 39.- Internación en establecimiento psiquiátrico u otro adecuado*

- 1. Quien cometiere un hecho conminado con una pena cuyo máximo fuere superior a diez años, del que hubiese sido absuelto conforme al apartado h) del artículo 5° o por el que se le hubiere impuesto una pena atenuada en razón del inciso 3° del artículo 6°, será sometido por el juez a un examen de peritos que **verificarán si su padecimiento determina agresividad contra la vida, la integridad física o la integridad y libertad sexual**. En ese caso, el juez **dispondrá su control o internación en un establecimiento psiquiátrico u otro adecuado para su atención y contención**.*
- 2. Lo mismo se dispondrá cuando las circunstancias previstas en el inciso anterior sobrevinieren durante el cumplimiento de la pena de prisión.*
- 3. El control o la internación cesarán cuando se verificare la desaparición del riesgo creado por la agresividad, o cuando:*

a) *En el caso del apartado h) del artículo 5º se agotare el tiempo que el juez, en razón de la gravedad del hecho, hubiere fijado en la sentencia como límite máximo, el que no podrá exceder de la mitad del máximo de la pena conminada.*

b) *En el caso del inciso 3º del artículo 6º, si agotare el tiempo de la pena de prisión que se le hubiese impuesto.*

c) *En el caso del inciso 2º de este artículo, cuando se agotare la pena de prisión impuesta, computándose en ésta todo el tiempo de internación.*

4. *En los supuestos de los apartados b) y c) del inciso anterior, si desapareciere el padecimiento antes del agotamiento de la pena impuesta, el condenado cumplirá en establecimiento ordinario la pena remanente o le será reemplazada si fuere el caso.*

5. *El juez deberá dar intervención al juez civil competente respecto de personas incapaces en los siguientes supuestos:*

a) *Cuando la persona absuelta sufiere un padecimiento y no se reunieren los requisitos del inciso 1º para disponer su control o internación.*

b) *Cuando debiere cesar el control o la internación y la persona continuara sufriendo un padecimiento mental.*

6. *Cuando en la comisión del delito hubiere tenido incidencia la dependencia de alcohol o de alguna sustancia estupefaciente, el juez podrá disponer la internación del condenado en un establecimiento o lugar adecuado para su deshabitación, que cesará cuando se obtenga este resultado o se agote la pena.*

En ese sentido, respecto al control de las mismas, el artículo 40 detalla:

#### *ARTÍCULO 40.- Intervención judicial en medidas*

1. *Durante la ejecución de la sentencia el juez dispondrá, mediante procedimiento contradictorio:*

a) *El cese del control o de la internación cuando se hubiere verificado la desaparición del riesgo derivado de la agresividad.*

b) *La sustitución del establecimiento en que se cumple la medida, cuando lo considerare más adecuado para la persona o para el control de la agresividad.*

- c) *La suspensión provisoria del control o de la internación antes de su cesación definitiva.*
- d) *El reemplazo de la internación por la sujeción al control de un establecimiento o servicio especializado, con las posibilidades de salidas periódicas o de tratamientos ambulatorios. Éste se dispondrá de conformidad con la dirección del establecimiento o servicio, previa aprobación del programa de salidas periódicas o del tratamiento ambulatorio.*
2. *Antes de disponer el reemplazo, el juez oirá en procedimiento contradictorio a la persona en forma directa e indelegable.*
3. *En cualquier caso, el juez deberá analizar como mínimo una vez al año, el mantenimiento, cese, suspensión o sustitución de la internación, oyendo personalmente al interesado, proveyéndole de asistencia jurídica si no la tuviere.*
4. *Tratándose de hechos previstos en el Título I del Libro Segundo de este Código, o que hubieren debido pensarse conforme a las circunstancias del inciso 4º del artículo 18º, el juez sólo podrá disponer el reemplazo de la internación en las condiciones del inciso 6º del artículo 31º.*

De esta manera, el Anteproyecto regula las medidas de seguridad para incapaces psiquiátricos, modificando sustancialmente las escuetas líneas dedicadas a ella por el Código Penal vigente, procurando su compatibilidad con la legislación psiquiátrica vigente. En ese sentido, los autores del Anteproyecto, sostienen que las medidas de seguridad tal como se encuentran enunciadas en el Código Penal vigente, encierran un contenido punitivo pues implican la sanción de una pena sin culpabilidad, por este motivo es que consideramos atinado, el planteo efectuado por la Comisión en los artículos transcritos el cual junto a los principios contenidos en el artículo 1, aportan una visión moderna de la temática que la normativa vigente.

Estos artículos, fueron el resultado de una larga discusión de la Comisión, la cual se ve reflejada en sus fundamentos, de donde se desprende que sus integrantes discutieron incluso sobre la posibilidad de suprimir la regulación del 34. Sin embargo, los autores optaron por un camino intermedio, por razones prácticas y por el temor a dejar un vacío que pueda dar lugar a lo que los mismos llaman un “escándalo mediático”. En tal sentido, la comisión ha sostenido que *“se ha creído necesario mantenerlas limitadamente entre las*

*disposiciones penales, sin dejar de reconocer las dificultades de integración en el marco de un derecho penal de culpabilidad y la larga discusión acerca de su naturaleza y alcance. Son, pues, razones puramente prácticas las que deciden su permanencia, quizá como última reminiscencia de concepciones perimidas, pero que la realidad actual no permite cancelar”<sup>11</sup>*. Ello se traduce en el articulado cuando para la aplicación de las medidas hay fuertes limitaciones en vistas a su posible transitoriedad.

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa de la simple lectura y comparación de la normativa vigente, como en el Anteproyecto se han reestructurado las medidas, limitándolas en su aspecto material- circunscribiendo su aplicación a agentes de hechos realmente graves y para pacientes con padecimientos que representen riesgos para ciertos bienes jurídicos, y en su aspecto temporal, ya que el mismo artículo 39 enuncia las causas de su cese -no son indefinidas-. Asimismo, se produce el reemplazo del viejo criterio de *peligrosidad* por el más clínico y determinable de *agresividad*.

Respecto a las condiciones de aplicabilidad de las medidas, podemos decir que, en el Anteproyecto, las mismas quedan reservadas a personas que hayan protagonizado hechos de gravedad media o alta (conminados con penas superiores a los diez años de máximo), que hayan sido absueltas por inimputabilidad u otra incapacidad psíquica (apartado h del artículo 5°) o cuya pena concreta se haya atenuado en función de una imputabilidad disminuida (inciso 3° del artículo 6°).

Asimismo, la norma contempla específicamente la protección de determinados bienes jurídicos al momento de la valoración del padecimiento psíquico que determine agresividad, tales como la vida, la integridad física o la integridad y libertad sexuales. Sólo en los casos en que las características del padecimiento presente del paciente sean susceptibles de generar un riesgo para estos bienes jurídicos y no para otros, se hace viable la medida.

Por otro costado, en lo atinente al lugar o modalidad de medida de seguridad, se establece que la misma debe considerar a la internación como una modalidad excepcional la cual se podrá llevar a cabo no solo en un establecimiento psiquiátrico, sino también en otro que se señale técnicamente como adecuado para su atención, contención y control. Es dable

---

<sup>11</sup> Anteproyecto de Código Penal de la Nación, 2014, 1ra. edición - Marzo 2014, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, p 127.

destacar aquí que deberá realizarse una evaluación en el caso concreto a fines de determinar cuáles son las medidas necesarias para el tratamiento del paciente, conforme a su patología de base, para así adoptar la modalidad más afectiva.

Además, dando respuesta a algunas de las cuestiones planteadas en torno a la normativa vigente, respecto a internaciones sine die basadas en la peligrosidad del agente, se establece el cese de la internación por causas materiales y temporales, la primera de ellas vinculada específicamente a la desaparición de la agresividad, es decir, cuando la medida se tornare materialmente innecesaria, lo cual no requiere el cese del padecimiento, lo que en ocasiones sería una condición imposible, sino sólo el cese de la agresividad del paciente, que cimienta la aplicación de la medida. De no presentarse la antes señalada causa material (desaparición de la agresividad), la medida se extinguiría por el agotamiento de este plazo, que nunca podrá exceder de la mitad del máximo de la pena conminada en abstracto para el delito de que se trate. En ese sentido, también se establece que para supuestos de imputabilidad disminuida o de padecimiento sobreviniente, en los que media una pena de prisión impuesta por sentencia firme, y habiendo desaparecido el padecimiento que amerita la medida, aún restare una parte de la pena de prisión, ésta deberá cumplirse en el establecimiento penitenciario común que corresponda.

Vemos así como se limita la intervención del juez penal a los casos antes expuestos, de lo que se desprende que el resto de los supuestos de personas con padecimientos psíquicos o mentales se derivarían a la legislación psiquiátrica ordinaria cediéndole la competencia al juez civil o de familia que corresponda, conforme a cada organización judicial y procesal. A tal efecto se prevé que el juez penal no se limite a declarar extinguida o no procedente la medida, sino que tenga la obligación de dar intervención a esa autoridad competente, quedando la persona sometida a la legislación psiquiátrica en iguales condiciones que cualquier otro ciudadano afectado por un padecimiento de esa naturaleza.

Con respecto a lo establecido en el artículo 40-Intervención Judicial de la Medida-, se infiere de los fundamentos brindados por la comisión como la experiencia en la ejecución de estas medidas ha sido en algunos aspectos muy preocupante e incluso violatoria de derechos humanos y de garantías básicas. En ocasiones se han dispuesto por jueces de instrucción, sin la comprobación judicial de los hechos y ha habido casos de verdaderas internaciones casi perpetuas o de pacientes *olvidados* durante muchos años. Debido a esto

se ha pensado en rodearla de las debidas garantías procesales, sin perjuicio de las disposiciones de competencia provincial que se sancionen o rijan a su respecto.

Cabe observar una vez más que nuestro Código Penal vigente ha incorporado el conocimiento *de visu* previo a la sentencia (artículo 41 CP), que claramente es una disposición sustancial de naturaleza procesal de cuya constitucionalidad no se ha dudado nunca y de la que tantos beneficios se han derivado —y errores judiciales se han evitado— en tiempos en que en todo el país regían juicios escritos.

En base a ello, se establecen directivas mínimas que cada legislación procesal regularía o que cada jurisdicción haría efectivas en la forma en que mejor lo disponga y que, por ende, no invaden la competencia legislativa de las provincias. En consecuencia, el inciso 1º dispone el procedimiento contradictorio, ante casos de cese de internación o suspensión provisoria o de verificación de la desaparición de la agresividad del paciente, la sustitución del establecimiento donde se cumple la medida lo cual es un avance en relación a la normativa vigente en donde los jueces resuelven sobre el mantenimiento o no de las medidas o condiciones en las que fueron impuestas, sin escuchar a las partes o a los miembros de la institución donde se encuentra alojado, resultando en muchas oportunidades, el mantenimiento de la medida contraproducente con el tratamiento terapéutico del paciente.

Sobre ello, también recalca la Comisión en los fundamentos de la norma que *“la tendencia actual de la psiquiatría aconseja muchas veces la externación del paciente que ha superado los momentos de crisis del padecimiento, considerando que es parte del tratamiento su sometimiento al control de un servicio especializado o de un hospital de día o casa de medio camino, como también salidas transitorias y tratamientos ambulatorios con diferentes condiciones, según la técnica que se aplique de conformidad con los profesionales tratantes (parientes, acompañantes terapéuticos, etc.)”*<sup>12</sup> Siendo las mismas, verdaderas alternativas a la internación, ya autorizadas en la actualidad por los jueces penales, dado que no pueden desconocerse las indicaciones de los profesionales que actúan conforme a conocimientos y técnicas que son hoy universalmente aceptadas y forman parte de las reglas de su arte.

---

<sup>12</sup> Anteproyecto de Código Penal de la Nación, 2014, 1ra. edición - Marzo 2014, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, p.130.

Cuando la única alternativa disponible como tratamiento en la internación en instituciones psiquiátricas de puertas abiertas, la eventual fuga que pudiere provocarse -y con ella, la frustración de los fines del proceso- será un riesgo que habrá que procurar reducir pero en todo caso tolerar, priorizando el derecho del sometido al proceso a “*recibir la mejor atención disponible en materia de salud mental*”, según lo imponen los “*Principios para la protección de los Enfermos Mentales y el mejoramiento de la Atención de la Salud Mental*” ( ONU, Res. 46/119, 17/11/1991, principio 20.2).

Se sabe que el paciente psiquiátrico agresivo, convenientemente controlado con medicación, puede perfectamente pasar a ser un paciente ambulatorio, una vez lograda la estabilidad en su patología, ello sumado a un plan gradual de permisos provisorios a fines de promover a su resocialización y a que el paciente avance en un proyecto de vida para el mismo, será cuestión que deberá valorar el juez, mediante un procedimiento que debe garantizar la inmediación del juez con el caso y, en particular, con el paciente. De allí que se proyecte que el juez deba tomar conocimiento *de visu* del penado y se agrega que deberá oírlo, lo que exige que sea en forma directa y sin posibilidad de delegación en funcionarios judiciales o no judiciales. Igualmente, atento la protección de los bienes jurídicos que cimentan la imposición de las medidas, se dispone que el reemplazo sólo podrá ser acordado por el juez, previo informe de tres peritos como mínimo, designados respectivamente por el propio juez, el Ministerio Público y la Universidad Nacional más cercana.

Lamentablemente, pese a los significativos avances del Anteproyecto en la temática que nos convoca, destacamos que, si bien el mismo ha recibido tratamiento parlamentario, a la fecha ha sido dejado de lado por cuestiones políticas, por lo que nos atenemos al planteo del tema conforme la legislación vigente a la fecha.

En orden a todo lo expuesto, sostenemos que las objeciones a la imposición de medidas de seguridad dictadas respecto de sujetos inimputables en el marco del derecho penal, representa como lo refiriéramos durante el desarrollo del presente, una privación de libertad que debe estar sujeto a los límites constitucionales, lo cual nos lleva al planteamiento de la siguiente temática.

## CAPITULO IV

### El Habeas Corpus

#### I) Introducción al Análisis de la Figura

En el presente acápite, desarrollaremos la figura del Habeas Corpus en sus aspectos generales y su vinculación específica con el tema que nos convoca, esto es, si las personas declaradas inimputables a las cuales se les impone una medida de seguridad, pueden utilizar dicha figura a fines de mejorar sus condiciones de encierro, particularmente en las condiciones de internación en que la misma se desarrolla.

Para iniciar su análisis, debemos tener presente que dicha figura, se encuentra legislada por normas de Derecho Internacional, tales como el Pacto de San José de Costa Rica, el cual goza de jerarquía constitucional luego de la reforma de 1994 a través del Art. 75 inc. 22 de la Constitución de la República Argentina. Así, el Art.7 inc. 6 del Pacto de San José de Costa Rica establece: *“Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida sin demora, sobre la legalidad de su arresto, o detención y ordene su libertad si el arresto o detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que este decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.”*

Dicha normativa fue reproducida en nuestra Carta Magna, así se incorpora este instrumento procesal de suma trascendencia en la vida republicana, en la primera parte de nuestra Constitución Nacional dedicada a los “derechos y garantías”. En ese sentido, el artículo 43 establece: *“...Cuando el derecho lesionado, restringido alterado o amenazado fuere la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el desaparición forzada de personas, la acción de habeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”.*

Esta figura, puede ser definida como una garantía fundante, en el sentido de que posibilita la obtención de la libertad corporal, y la práctica de las restantes libertades humanas. El habeas corpus, proviene de las palabras latinas *habeas corpus ad subjiciendum*, que significan “traígase la persona de... para tenerlo bajo mi amparo”. Se trata de una acción judicial de proceso rápido (sumarísimo) que ampara la libertad física, corporal, ambulatoria y que puede iniciar el propio interesado o terceras personas.

En términos generales podemos decir, tal como sostiene el constitucionalista Sagues, que esta manda constitucional marca ciertas características del instituto, y así refiere el constitucionalista nombrado que el mismo es: *a) jurídicamente definido como acción; su radio de cobertura comprende el Habeas Corpus reparador, al preventivo, al restringido y al correctivo; c) da legitimación activa amplia, ubicándolo como acción popular; d) enfatiza su operatividad para el caso de desaparecidos y durante el Estado de Sitio y e) exalta al valor celeridad como propio del Instituto* (Sagues,1998: 80).

Por otra parte, el habeas Corpus también ha sido tratado en las constituciones provinciales, algunas incluso con anterioridad a la reforma constitucional señalada supra. En el caso de nuestra Provincia de Córdoba, el instituto se ha sido incorporado en la Reforma Constitucional de 1987 en su artículo 47 que dispone: *“Toda persona que de modo actual o inminente sufra una restricción arbitraria de su libertad personal, puede recurrir por cualquier medio, por sí o por terceros en su nombre al juez más próximo, para que tome conocimiento de los hechos, y de resultar procedente, mande a resguardar su libertad o haga cesar la detención en menos de veinticuatro horas.*

*Puede también ejercer esta acción quien sufra una agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad, sin detrimento de las facultades propias del juez del proceso.*

*La violación de esta norma por parte del juez es causal de destitución”.*

Surge de lo expuesto como la figura del Hábeas Corpus se fue perfilando como un procedimiento específico dentro de la arquitectura constitucional -art. 18 y 43 de nuestra Ley Fundamental y 47 de nuestra Const. Pcial.-, siendo oportuno aclarar que en lo atinente a la regulación legislativa del instituto, se pueden imprimir características distintas, según se hable de su implementación en el ámbito nacional o en el provincial, siempre que no se

desnaturalice la figura, mediante la aplicación de un procedimiento lento, o inapropiado. Así es como, ni una norma nacional, ni una norma provincial podrán retacear válidamente la garantía constitucional federal del hábeas corpus debido al principio de supremacía de la ley fundamental nacional, sobre las leyes federales y locales, conforme a lo establecido por el art. 31 de nuestra Carta Magna.

En ese sentido, la reglamentación legislativa nacional del Habeas Corpus, se encuentra regulada en la Ley 23.098, la cual fue sancionada en el mes de septiembre de 1984, conocida como “Ley De la Rúa”, ya que dicho proyecto en su momento fue presentado por quien en su momento era senador, el Dr. Fernando De la Rúa. Esta ley encuentra su fundamento en la tutela de la libertad ambulatoria, siendo éste un derecho primario, individual y básico, sin cuyo goce es difícil el ejercicio de los demás derechos humanos, sin embargo, la garantía de la libertad de locomoción no debe convertirse en una exaltación declamatoria de ella, sino que cabe compatibilizarla con todos los intereses en juego, partiendo del supuesto de que prerrogativas individuales tienen que ceder en beneficio del bien común, ya que no hay derechos absolutos, sino facultades que deben entrelazarse armónicamente.

Con respecto a ello, la ley 23.098 parte por un lado de la idea de tutelar el conjunto de los derechos constitucionales en un solo texto, a fin de lograr una protección integral y plena de los mismos y por otra parte, de la necesidad de preservar los derechos y garantías constitucionales en la concesión de recursos sumarísimos ante la justicia, para hacer cesar los actos arbitrarios del poder. Es dable destacar a esta altura de nuestra exposición, que la ley 23.098 al haber sido sancionada con anterioridad a la Reforma Constitucional de 1994 que incorpora dentro de su articulado al artículo 43 ya transcrito, se debe interpretar armónicamente, la ley 23.098 con la cláusula constitucional a fines de no desnaturalizar la figura.

Dicho esto, comenzaremos a desarrollar la estructura de la ley analizada, la cual presenta tres capítulos, el primero denominado “Disposiciones Generales”- el cual cubre los artículos 1 a 7- y es de aplicación en todo el país. El segundo, dedicado al “Procedimiento”, alude especialmente al trámite de la acción y se desenvuelve en los artículos 8 a 24. Por último, el tercer capítulo trata sobre “Reglas de Aplicación” del instituto. Igualmente, ante

los vacíos que presenta la ley, parece oportuno hacer uso de la ley nacional de Amparo 16.986, puesto que el Habeas Corpus es una subespecie del amparo que se diferencia del amparo general solo en función del bien litigioso tutelado.

El ámbito temporal y espacial de validez de la ley 23.098, se encuentra regulado en su art. 1° cuando dispone que la misma rige desde su publicación- lo cual acaeció en el mes de octubre de 1984- teniendo vigencia en todo el territorio de la Nación, cualquiera sea el tribunal que la aplique. Sin embargo, ello no obstará a la aplicación de las constituciones de provincia o de leyes dictadas en consecuencia, cuando se considere que las mismas otorgan una protección más eficiente de los derechos a que se refiere esta ley.

Metodológicamente, la ley se divide en dos partes, una sustancial que se incorpora en el capítulo primero con vigencia para toda la República cualquiera sea el tribunal que la aplique y dos capítulos más (segundo y tercero) que rigen en el ámbito nacional, y que son de naturaleza procesal. La temática de estos dos capítulos, pues, se regulará en cada provincia por lo que ellas dispongan.

En el artículo 2, la ley establece: *“La aplicación de esta ley corresponderá a los tribunales nacionales o provinciales, según el acto denunciado como lesivo emane de autoridad nacional o provincial. Cuando el acto lesivo proceda de un particular, se estará a lo que establezca la ley respectiva.*

*Si inicialmente se ignora la autoridad de quien emana el acto denunciado como lesivo, conocerá cualquiera de aquellos tribunales, según las reglas que rigen su competencia territorial hasta establecer el presupuesto del párrafo anterior que determinará definitivamente el tribunal de aplicación”*

Surge de la redacción del artículo transcrito como el planteamiento de competencia no debe ser obstáculo para la expeditiva tutela de los derechos vulnerados y que se pretenden proteger por la vía del habeas corpus.

Ya a partir del Art. 3, se empieza a dilucidar en la ley los distintos tipos de hábeas corpus. Ya dijimos que, en su origen histórico, la figura sub examine surge como remedio contra una detención, sin embargo, en su desarrollo posterior proyecta el instituto hacia situaciones que van más allá de un arresto. En definitiva, la importancia del bien jurídico

que tutela el texto del párr. 4to del art. 43 CN y la ley 23.098, permite dividirlo en varias categorías:

- Desde el punto de vista cronológico:
  - 1) Hábeas corpus clásico o reparador (si la lesión ha sido consumada);
  - 2) Hábeas Corpus preventivo (si pretende impedir o prevenir una lesión);
- Desde el punto de vista de la cobertura este instituto se clasifica en:
  - 1) *Habeas Corpus principal* cuando tiene por fin cuestionar la detención o prisión producida o a producirse;
  - 2) *Habeas Corpus restringido* tiene por objeto evitar perturbaciones o molestias menores a la libertad, que no configuren una detención; y
  - 3) *Habeas corpus correctivo tiene como fin impedir tratos o traslados indebidos a personas detenidas.*

En torno a la temática planteada al inicio de éste capítulo, vinculada con la posibilidad de la utilización del instrumento del Habeas Corpus correctivo por parte de personas declaradas inimputables que se encuentran internadas en Instituciones manicomiales, estimamos conveniente describir brevemente cada uno de las figuras detalladas supra, para luego avocarnos específicamente y en detalle a la temática que amerita el presente trabajo.

Siguiendo el orden de desarrollo planteado, continuando el análisis de la ley 23.098, la cual contempla en el artículo 3° al Habeas Corpus Reparador clásico o principal, y así lo expresa:

*“Corresponderá el procedimiento de hábeas corpus cuando se denuncie un acto u omisión de autoridad pública que implique:*

- 1) *Limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente.*
- 2) *Agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso si lo hubiere”*

Como primera medida, para entender acabadamente el alcance de la figura, debemos aclarar primero que se entiende por el “hecho de la autoridad pública” que motiva la acción del hábeas corpus. Doctrinariamente se ha sostenido que por ello se entiende a todas

aquellas actuaciones lesivas de la autoridad, las cuales pueden consistir en acciones (arrestos, molestias, malos tratos en prisión) y/o omisiones (habeas corpus por mora o pronto despacho). Además, del análisis de la norma se detecta como en el art. 3 inc. 1°, se incluye el hábeas corpus principal (en su versión reparadora o clásica y en la preventiva) y el hábeas corpus restringido (también en su aspecto reparador y preventivo), mientras que el inc. 2° alude al habeas corpus correctivo, que igualmente puede ser reparador o preventivo.

Asimismo, en lo atinente a los derechos constitucionales tutelados por el hábeas corpus, se han desarrollado dos teorías o tesis. La primera de ellas, la teoría restringida, sostiene que nuestra Constitución Nacional al permitir la acción del hábeas corpus, solamente la programa para la protección de la libertad física o corporal, el denominado *ius movendi et ambulandi* proveniente del derecho romano o el *power of locomotion* del derecho anglosajón. Por otra parte, la tesis amplia auspicia la proyección del hábeas corpus para garantizar todos los derechos constitucionales que pongan en riesgo el derecho a la libertad.

Así, la ley 23.098 habilita al habeas corpus para subsanar toda limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria y para reparar la agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad. El derecho así tutelado abarca mucho más que el de la libertad, incluyéndose el debido trato digno en prisión y que emana del art. 18 in fine de nuestra Constitución Nacional (cuando dice que “las cárceles de la nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas”). Además, debemos considerar también que el mismo articulado de la ley examinada habilita la posibilidad de que las provincias amplíen los supuestos de procedencia del instituto (art. 1 in fine).

Como lo anticipáramos más arriba, la ley 23.098 debe ser analizada hermenéuticamente con los derechos y garantías incorporados en la reforma constitucional del 1994. En ese sentido, el nuevo art. 43 de nuestra Carta Magna, entiende que el derecho tutelado es el de la libertad física, aunque sin apartarse de los lineamientos dados por la ley 23.098, y a modo de armonización, extiende dicha protección a todos aquellos casos de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de una detención.

En lo que respecta a la legitimación activa, podemos decir que la acción de *Habeas Corpus*, al ser un remedio eficaz y expedito, puede ser presentado en beneficio propio o de un tercero, carente de solemnidades, con el fin de atacar un acto formal o una situación de hecho, actual o futuro, para hacer cesar un agravamiento ilegítimo de las condiciones de la privación de libertad. En virtud de ello, puede ser impetrada en forma individual o colectiva, por la propia persona afectada o por un tercero en su favor, sin que se requieran formalidades para su interposición, pudiéndose expresar o no los motivos por el que se lo presenta.

## II) Habeas Corpus Reparador Principal

### II.a Arresto sin orden escrita de autoridad competente-

La primera y más clara versión del instituto analizado es la del hábeas corpus reparador, el cual opera ante arrestos dispuestos sin orden escrita, o por autoridad incompetente. No podemos analizar esta figura sin traer a colación lo dispuesto por nuestra Constitución Nacional en su art. 18, donde se establece que *“nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente”*, la cual analizada bajo el prisma del artículo 43 de la CN, más precisamente en su inc. 4to., habilita la instrumentación del Habeas Corpus en los casos en que el derecho a la libertad física fuese lesionado, restringido, alterado o amenazado. Asimismo, el art. 3 inc. 1° de la ley 23.098 declara procedente el hábeas corpus contra la limitación de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente.

Por otro costado, debemos aclarar el alcance del término “arrestado” utilizado en el artículo 18 de nuestra Carta Magna, debiendo entenderse en sentido amplio como toda detención, prisión o reclusión (preventiva o punitiva), en cárcel, domiciliaria o de cualquier otro lugar, con apoderamiento físico de la persona, o por su confinamiento o internación en un espacio -más amplio-, pero limitado, como los hospicios donde se alojan a las personas con patologías psiquiátricas o toxicómanas.

Variados son los supuestos de arresto que habilitan la aplicación de la figura en estudio. En relación a ello, la doctrina ha observado que, para la interposición de la acción, no cuenta el modo en que se ha dispuesto o consumado la detención que se cuestiona por el hábeas corpus, lo importante es que medie una situación de privación de libertad física, que sea sin orden escrita, o resuelta por autoridad incompetente. En el caso que estudiamos, de

internados en nosocomios, la doctrina es pacífica cuando la figura se aplica para obtener la libertad de internados en casas de salud, contra su voluntad, sin orden de juez competente y sin juicio formal de insania.

Obviamente, si el arresto (o su amenaza) concluye -por cualquier motivo- el hábeas corpus reparador o preventivo pierde su razón de ser, ya que la restricción ilegal de la libertad que se invoca como supuesto del hábeas corpus debe ser actual, “contemporánea con la decisión judicial del caso”. Incluso si al dictar pronunciamiento, ha concluido la restricción inicial de la libertad, el habeas corpus debe desestimarse. Del mismo modo, el habeas corpus no tendrá lugar, en el caso en que la cuestión que se discute haya devenido en abstracta (por ejemplo, ante el fallecimiento del detenido o el recupero de libertad), ya que este instrumento procesal debe decidirse según la situación de afectado al momento de dictarse la sentencia, de lo que se desprende, que, en caso de haber variado el tipo de detención con relación al que existía en el momento de plantearse la acción, el hábeas corpus se convertiría en una situación abstracta o insustancial.

Avanzando en el análisis de la figura, haremos referencia en este párrafo a los requisitos que debe reunir “la orden escrita” librada por “autoridad competente”. En relación a la orden escrita, se sostiene que el arresto de una persona en términos constitucionales, solo puede concretarse válidamente si deriva de una orden escrita (art. 18 CN), a su vez el art. 3 de la ley 23.098 habilita el hábeas corpus si la limitación a la libertad se realiza “sin orden escrita”. Con relación a ello, sostenemos que dicha orden debe sujetarse a los estándares o prescripciones formales propias del documento y que acrediten su autenticidad. Asimismo, en cuanto a su contenido, la misma debe ser motivada o fundada en causa legal y dirigida a persona determinada. En lo concerniente a la oportunidad para impetrarla, naturalmente lo correcto es que la misma se expida antes del arresto, aunque la CSJN en los autos “Audano Héctor s/ habeas corpus”<sup>13</sup>, ha sostenido que, si la aludida orden existe al momento de sentenciar, el habeas corpus no sería procedente. Ahora bien, la orden escrita, en su “materialidad misma” debe ser analizada por el tribunal, en una especie de examen *de visu*, únicamente así el magistrado del hábeas corpus podría aquilatar debida e íntegramente la orden en cuestión.

---

<sup>13</sup> CSJN, FALLOS, 235:355

Con respecto a la “autoridad competente” para arrestar, el art. 43 de la CN al igual que el art. 3 de la ley 23.098, establecen que solo puede detener una autoridad competente. En relación a las fuentes que normalmente otorgan competencia para ello, podemos encontrar a:

- 1) La constitución misma, que expresa o tácitamente alude a funcionarios o magistrados con facultad para arrestar;
- 2) La ley ordinaria, que, por medio de sus prescripciones, autoriza y obliga en algunas situaciones a determinados funcionarios o particulares a arrestar,
- 3) La ley internacional, aplicable a raíz de convenios o tratados internacionales suscriptos por nuestra Nación.

De ello surge como, un arresto dispuesto por una orden escrita emanada de una autoridad incompetente, será inconstitucional, como si no existiere orden escrita de autoridad competente.

## **II.b Los Jueces**

Los integrantes de la judicatura son, por excelencia, los magistrados que tienen *imperium* ordinario para arrestar. Así es como, los jueces en lo penal por la índole de su tarea, como órgano competente para disponer el arresto de una persona, precisamente por la índole de su tarea, y de manera análoga, los jueces de faltas y de menores que forman parte del Poder Judicial. Los mismos, se encuentran tácitamente aludidos por la Constitución, ya que si nadie puede ser penado sin juicio previo (art. 18 CN), es claro que si media tal juicio ante la magistratura represiva, la sanción penal del caso es pertinente.

Ahora bien, debemos destacar aquí también que en nuestra legislación existen otros magistrados que poseen competencia para arrestar a una persona o coartar aunque sea de manera restrictiva su libertad ambulatoria, como es el caso de los Jueces de Concursos y Quiebras, quienes se encuentran legalmente habilitados para restringir la salida del país de los sujetos concursados y/o quebrados, administradores y socios de responsabilidad ilimitada. Así, en el caso de los concursados, éstos deberán comunicar al juez del concurso el viaje al exterior si lo hacen dentro del plazo de 40 días y en caso de que el mismo se exceda de dicho período, deberán solicitar autorización judicial para ello. Por otro lado, en el caso de los quebrados, será la judicatura la encargada de realizar la evaluación pertinente

antes de autorizar o no el viaje, inclinándose por la respuesta afirmativa y habilitarlo, si el estadio procesal de la causa permite o no la medida, siempre y cuando no se afecte con ello, el normal desarrollo de la causa.

En otro caso, menos claro aún que los anteriores, pero que goza de la misma potestad legal, encontramos a los jueces civiles, quienes se encuentran habilitados por las normas procesales a arrestar en distintas hipótesis, como por ejemplo a las partes y litigantes como corrección disciplinaria, a depositarios presuntamente infieles, a letrados remisos a devolver expedientes (en el caso del Código Procesal Civil de la Pcia. de Santa Fe), a testigos renuentes a declarar, a fines de obtener su declaración como tales, ya que el juez de la causa puede hacerlos comparecer por la fuerza pública e incluso al denunciante en la ley 23.098, ya que el art. 24 considera al juez del hábeas corpus competente para hacerlo.

Resumiendo, los magistrados judiciales son autoridad competente para arrestar, siempre que efectivamente la detención dispuesta entre dentro de las atribuciones a él conferidas. Con relación a ello, no podemos dejar de mencionar que la acción de hábeas corpus no puede ser impetrada como un recurso contra las resoluciones judiciales que ya se encuentran firmes, con el objeto de revisar las resoluciones que no fueron impugnadas en la oportunidad procesal respectiva, ya que la vía del hábeas corpus nunca puede ser hábil para revisar aquél o enmendar la inacción de la parte, siendo la cosa juzgada inatacable por dicho instrumento procesal, lo cual alcanza también a la cosa juzgada írrita atento existir otros procedimientos para la revisión de la cosa juzgada.

Asimismo, la ley establece además que no se podrá iniciar una nueva acción de habeas corpus, si existe otro proceso pendiente de resolución a favor de la misma persona detenida o si ya existe cosa juzgada al respecto, lo cual incluye planteos similares, ya que no será viable la medida, salvo que hubiese nuevos elementos de juicio que permitan trocar el temperamento vertido en las resoluciones anteriores (variación de las circunstancias de hecho y de derecho aplicables). Sin embargo, debemos destacar también que algunos autores se inclinan por la opinión contraria y avalan a la acción de habeas corpus para revisar incluso las sentencias firmes entendiendo que la Constitución Nacional al proclamar la garantía de la no detención, sino en virtud de orden escrita emanada de autoridad

competente, por lo que, si no hay dicha orden o la misma no procede de autoridad competente, debe prosperar el hábeas corpus.

### **II.c Otras autoridades competentes para detener. Poder Ejecutivo de la Nación.**

El poder ejecutivo se encuentra expresamente autorizado por nuestra Constitución Nacional, durante el estado de sitio para arrestar o trasladar a personas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino. Por otra parte, las Cámaras legislativas, cuentan con competencia para lograr el comparendo compulsivo de testigos. Dichas resoluciones, estarán sujetas al control de razonabilidad, ello significa que en el hábeas corpus se merituará también la legitimidad intrínseca de una eventual restricción a la libertad decidida por la autoridad legislativa (pertinencia, proporcionalidad, etc.).

### **II.d Autoridad y judicatura policial**

Otro de los sujetos de los que puede emanar la orden de arresto son los órganos policiales que tienen competencia para arrestar, aun sin orden judicial, en diversas situaciones, como por ejemplo:

- a) Para detener a personas, en el caso en que intentaren cometer un delito de acción pública reprimido con pena privativa de la libertad en el momento de disponerse a cometerlo;
- b) Para aprehender al que fugare, estando legalmente detenido o a un sujeto contra el cual hubiese vehementes indicios de culpabilidad, exista peligro inminente de fuga o de entorpecimiento de la investigación;
- c) Para disponer, en caso de ser necesario, que ninguna de las personas que se hallaren en el lugar del hecho o sus adyacencias,
- d) Para interrogar a testigos
- e) Para sancionar disciplinariamente a los propios;

Empero, este tipo de medidas han sido cuestionadas e incluso declaradas inconstitucionales, ya que, si bien en algunas ocasiones se les reconocen a los agentes facultades jurisdiccionales en el ámbito contravencional, las mismas serán válidas siempre que se garantice la posibilidad de control judicial suficiente. Un claro ejemplo incardinado en ese

sentido, es el Nuevo Código de Convivencia de nuestra Pcia. de Córdoba, el cual ha entrado en vigencia en el mes de Abril de 2016, siendo una notable diferencia con el Código de Faltas anterior, la judicialización del sumario contravencional el cual se sustanciará con intervención del Ayudante Fiscal y tendrá además la participación activa de los Juzgados de Control y/o Jueces de Paz, abogados defensores y de la defensa pública a fines de verificar cada uno de los extremos de la infracción, lo cual dista bastante de lo que sucedía con anterioridad, en donde era el jefe a cargo de la dependencia policial quien, cual cacique de tribu disponía de manera arbitraria y en algunos casos excesivamente las penas a los contraventores, en tanto que los Juzgados de Control solo intervenían en caso de habilitarse la instancia judicial, lo cual en muchas ocasiones por ignorancia de los propios contraventores, rara vez se impetraba.

### **III) Hábeas Corpus Restringido**

El Hábeas Corpus Restringido, surge ante situaciones en donde el sujeto agraviado si bien no es privado completamente de su libertad corporal, enfrenta hechos de vigilancia abusiva e incluso de impedimento para acceder a ciertos lugares como por ejemplo en áreas de trabajo, paseos públicos, algún establecimiento oficial o privado, o su mismo domicilio entre algunos ejemplos.

Ante este tipo de restricciones y teniendo presente que el habeas corpus encuentra su fundamento en el amparo a la libertad de locomoción – el *ius movendi et ambulandi*- que atañe intrínsecamente a la libertad física o corporal, es que surge la necesidad de tutelar tanto la lesión completa de esa libertad (prisión), como las lesiones más o menos leves que también perjudican tal derecho. Estas lesiones, aunque sean menores, merecen su protección pertinente, y para ello aparece como instrumento eficaz, el habeas corpus.

En ese sentido, el nuevo artículo 43 de nuestra Constitución Nacional da pie a esta variable del hábeas Corpus, al prepararlo para tutelar el derecho de la libertad física cuando fuese “*lesionado, restringido, alterado o amenazado*”. Vemos así como el hábeas corpus “restringido”, no obstante, su papel limitado o accesorio, puede y debe cumplir una función relevante, y tiene basamento constitucional.

Igualmente, la ley 23.098 en su art. 3 inc. 1º dispone que el hábeas corpus procede ante la limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria, con lo cual cubre tanto los casos de

extinción completa de la libertad, como las perturbaciones menores, las que en algunas ocasiones por sus características pueden causar a un sujeto tanto o más daño que el aprisionamiento.

#### IV) El Hábeas Corpus Correctivo

En orden a la temática de nuestro trabajo, desarrollaremos en este acápite el *Habeas Corpus Correctivo*, figura que dentro del marco de nuestro trabajo, nos ayudará para analizar a las medidas de seguridad -las cuales llevan ínsito, la privación de libertad del inimputable-, que habilita a los mismos a instar dicho instrumento procesal a fines de terminar con actos u omisiones que agraven indebidamente la situación de una persona detenida legalmente. Es una garantía sobre la modalidad en que se produce la afectación de la libertad ambulatoria y tiene su base dogmática en la ley 23.098 (B.O. 25-10-1984).

El hábeas corpus correctivo, tiene como finalidad cambiar el lugar de detención cuando no fuera adecuado a la índole del delito cometido o a la causa de la detención y también reparar el “trato indebido” al arrestado. Actuaría, asimismo, para subsanar la “agravación de las limitaciones legalmente impuestas”, por ello la Reforma Constitucional de 1994 dispuso especialmente en el artículo 43 este instituto. En el plano legislativo, esta figura fue incorporada por la ley 23.098 en su artículo 3° inciso 2do, como una subespecie del habeas corpus tradicional. Así, se indica que la acción de habeas corpus procederá también contra actos u omisiones de autoridad pública que impliquen “*agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de libertad sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso si lo hubiere*”. El fin de este habeas corpus no es como puede verse el procurar la libertad del imputado, sino enmendar la forma o el modo en que se cumple la detención, si ellos son vejatorios.

El habeas corpus correctivo encuentra su fundamento en la parte última del artículo 18 de la Constitución Nacional, norma que dice “**las cárceles de la Nación será sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a la mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autoriza**”. Es así como este instrumento procesal está destinado a asegurar rápida y efectivamente la libertad ambulatoria, siendo esta su misión específica.

El hábeas corpus del art. 3° inc. 2° de la ley 23.098 no protege la libertad física, sino al tipo de prisión a que todo habitante tiene derecho, según el art. 18 in fine de la CN. Es tuitivo, por tanto, se refiere al derecho constitucional de trato digno en las prisiones. Por eso se trata de un hábeas corpus impropio.

En definitiva, de la interpretación armónica de la parte última del artículo 18 de nuestra Constitución Nacional, detectamos las siguientes directrices:

- a) El objetivo primario del sistema carcelario no debe ser el castigo del condenado;
- b) El fin básico de las cárceles es la seguridad tanto de los detenidos como de la sociedad toda;
- c) Desde luego, el sadismo penitenciario es inconstitucional, toda mortificación innecesaria, ajena a lo que sea necesario y lógico para la guarda de la seguridad es inconstitucional;
- d) Las precauciones excesivas en perjuicio de los detenidos también son inconstitucional.

Conviene tener presente, que nuestra Constitución en el punto que consideramos, establece el principio de que las cárceles tenían que ser adecuadas para la reeducación social del detenido, siendo indispensable que el Estado realice una política orientada hacia la eliminación en el condenado de los factores de gravitación criminógena, una acción correctiva en el ámbito de los sentimientos e instintos, el desarrollo de sus facultades intelectuales, formación moral y religiosa, capacitación técnica y profesional.

Desde luego, varios instrumentos internacionales avalan el Art. 18, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos art. 5 que reza: *“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles inhumanos o degradantes”*. En idéntico sentido lo hacen las reglas Mínimas de la Organización de las Naciones Unidas, la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9 dispone *“1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención y prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella; 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado*

*por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en regla general, pero su libertad no podrá ser subordinada a garantías que aseguren libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto de juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo; 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre su legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal; 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”.*

En el ámbito del derecho público provincial, el hábeas corpus encuentra en el artículo 47 de nuestra Constitución Provincial, que reza “*Puede también ejercer esta acción (de hábeas corpus) quien sufra una agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad, sin detrimento de las facultades propias del juez del proceso*”.

En cuanto a la naturaleza jurídica de éste instituto, vemos como la ley 23.098 a partir del artículo noveno gradúa el desenvolvimiento procesal del Hábeas Corpus. Existen distintas posturas doctrinarias respecto a la rotulación del proceso como acción, juicio, recurso, proceso, procedimiento, etc. Los actos de procedimiento, concatenados y ordenados configuran una unidad, un proceso constitucional específico de contralor de constitucionalidad, legislado de manera autónoma por la ley 23.098.

#### **V) Características fundamentales del Proceso de Hábeas Corpus**

En torno a las características específicas de éste proceso, pueden detectarse tres aspectos principales: sumariedad y urgencia, intermediación y bilateralidad.

La primera cualidad distintiva del hábeas corpus es la sumariedad. La reforma constitucional de 1994 reiteró tal criterio, al iniciar en el nuevo art. 43 que el juez del hábeas corpus, presentada la acción, resolverá de inmediato. El propósito de la norma tiende a no admitir discusiones ni alegaciones que las precisas para establecer los únicos puntos planteados en el auto de hábeas corpus.

La nota de urgencia se refleja en el esquema procedimental de la ley 23.098, donde después de la presentación de la denuncia, se pide inmediatamente informe a la autoridad requerida (art. 11), auto que debe responder de inmediato (art. 12), o en el plazo que fije el juez. El

procedimiento probatorio tiende a unificarse en una sola audiencia oral (art. 14), o en su prosecución a las veinticuatro horas (art. 15). Terminada la audiencia, el juez dictará inmediatamente la sentencia del caso (art. 17), estableciéndose asimismo un sistema recursivo breve (art. 19 y sgtes.).

En orden a todo lo expuesto, podemos sostener que de las notas de sumariedad y urgencia, emerge que la acción de habeas corpus no admite ritualismos procesales que enerven injustificadamente su tramitación, aunque de todos modos, el carácter sumarísimo del procedimiento y principio dispositivo que lo inspira no pueden ser empleados en perjuicio de la garantía de defensa en juicio de los interesados y menos aún para alterar el sistema procesal y su mecánica recursiva.

Otra de las notas tipificantes de este instrumento procesal es la **inmediación**, que se traduce sobre todo en la obligación del juez de la acción de requerir la presencia del detenido (art. 11), y de la autoridad del caso, de presentarlo (art. 12), así como también en la concurrencia obligada del preso a la audiencia de prueba (art. 14). Asimismo, otra característica es la **bilateralidad**, puesto que la sentencia del hábeas corpus puede, además ser recurrida tanto por el amparado, como por su defensor o la autoridad pública cuestionada, además del fiscal (art. 19 al 21), cabe entender que el hábeas corpus de la ley 23.098, es esencialmente bilateral.

Por otra parte, otro postulado de la ley es la **oralidad**, sin embargo, la ley 23.098 instaló un sistema mixto, ya que la denuncia de hábeas corpus puede plantearse de manera oral o escrita, por otro lado, el auto por el que se requiere informe a la autoridad pública puede hacerse por escrito o requerírsele verbalmente (art. 11). Luego la audiencia de prueba es intrínsecamente oral, aunque cabe redactar un acta por escrito (art. 16), por nombrar algunos ejemplos.

Además, algunos autores sostienen como característica del proceso, su excepcionalidad, cuando previamente se hayan agotado las instancias judiciales ordinarias, cuando ellas existen para la solución de la materia del recurso. Sin embargo, otro sector doctrinario plantea con acierto, que la acción de habeas corpus no fue prevista por nuestra Constitución Nacional como un remedio inusual, heroico o residual, sino como una garantía ejercitable

fluidamente, en cuanto proceda. Sin embargo, en la práctica judicial, el habeas corpus cumple un papel supletorio o subsidiario.

#### **VI) Objeto del Hábeas Corpus.**

Las notas de **sumariedad y urgencia** que matizan el Hábeas Corpus, no son legalmente incompatibles con la consideración y el análisis de todos los elementos de juicio necesarios para atender su objeto y sentenciar. Por ello, el juez de la acción puede informarse discrecionalmente sobre las causas y el hecho de la detención, antes de pronunciarse sobre el fondo. En igual orientación, se ha señalado, que los jueces tienen amplia libertad para disponer las medidas idóneas que estimaren necesarias para el logro de la información adecuada para fundar la sentencia, cuyas medidas deben ser cumplidas sin dilación por la autoridad requerida.

Ahora bien, el conocimiento pleno en la acción de habeas corpus, lo es para determinar si un habitante está detenido o no, en virtud de orden escrita de autoridad competente. Tal es el mínimo constitucional (art. 18 CN) aunque debe entenderse que ese “mínimo” cubre también los casos de amenaza a la libertad física (hábeas corpus preventivo) y de molestias íntimamente vinculadas a esa libertad (habeas corpus restringido).

Sobre el objeto del habeas corpus se ha dicho que su fin es subsanar detenciones ilegítimas, pero no investigar sobre hechos ilícitos presumiblemente de acción pública, pues en tal caso la legislación procesal subordina los procedimientos al trámite común. Su objetivo específico, es la protección de la libertad corporal ilegalmente restringida, es la protección de la libertad corporal, según surge de los art. 18 y 43 de la Constitución Nacional.

## **CAPITULO V**

### **Control Judicial de las Medidas de Seguridad y viabilidad de la figura del Habeas Corpus. Su aplicación a los Inimputables.**

#### **I) Generalidades**

En este punto analizaremos de qué manera nuestros tribunales se han expresado en cuanto al control judicial de las medidas de seguridad y a la posibilidad de utilización del Hábeas Corpus por parte de las personas inimputables privadas de su libertad personal.

En la Provincia de Córdoba, al analizar la jurisprudencia existente vinculada con la temática elegida en el presente trabajo, vemos como el control judicial de las medidas de seguridad impuestas llegan a nuestro tribunal cimero por la vía del recurso de casación, cuando la resolución recurrida ha sido dictada en un incidente de ejecución suscitado con motivo de un control jurisdiccional en la ejecución de una medida de seguridad impuesta a un inimputable mayor de edad, cuando las mismas representan un gravamen actual y con la finalidad de evitar situaciones de imposible reparación ulterior, las que de no ser corregidas tempestivamente, vulnerarían de manera directa los derechos y garantías consagrados en nuestra Carta Magna (art. 18 y 75 inc. 22 de la C.N., 39 y 42 C. Pcial; 7, 8, 24 y 25 CAD 1.2, 7, 8 9 de DUDH), desnaturalizándose por completo la medida de seguridad impuesta, la que se traduce en los hechos en una verdadera afectación de su libertad ambulatoria para el inimputable, cercenándose su derecho a recibir una mejor y adecuada atención médica y el respeto a su dignidad.

#### **II) Análisis Jurisprudencial.**

En ese sentido, en los autos “García, Raúl Alberto s/ ejecución de Medida de seguridad- Recurso de Casación-” Expte G 49/2012, el T.S.J. ha sostenido que *“prolongar por más tiempo del necesario una medida sanitaria de internación psiquiátrica puede resultar iatrogénicamente negativa, ocasionando la pérdida de oportunidades socio-laborales, vitales para su recuperación por la edad productiva (...) con incidencia directa en su estado de ánimo (...) La ley (de Salud Mental) no solo garantiza el ejercicio de los derechos humanos de las personas con padecimiento mentales vinculadas a los servicios*

*de salud, sino que también destaca como objetivo principal de estas internaciones recuperar y preservar la salud del paciente y no una internación prolongada en el tiempo, máxime cuando el equipo de salud tratante considera que ha cesado la situación de riesgo cierto e inminente que determinó la internación (art. 23)... Ante ésta situación, resulta importante que los médicos forenses den cuenta de cómo incide en la peligrosidad, por cierto eventual y no cierta e inminente que denuncian, la patología de base del interno Raúl Alberto García, atento a que, si la misma fuere irreversible y esa fuera la única razón fundante, su peligrosidad se estaría haciendo referencia a un criterio “ sine die”, que en principio se contrapondría con los principios constitucionales que rigen la materia”.*

Por otro costado, en los autos “Vieyra, Germán Horacio s/ Ejecución de medida de seguridad- Recurso de Casación” (Expte. V, 12/2013), nuestro Tribunal cimero destacó que *“Como surge de la reseña de las actuaciones judiciales, la comisión de un acto violento, típico y antijurídico de Vieyra en perjuicio de un ciudadano de Las Varillas, debido a la patología psiquiátrica que acredita su incapacidad de culpabilidad ( inimputabilidad), condujo debido al riesgo de daño para sí y para terceros a la imposición de una medida de seguridad consistente en la internación en una institución de salud mental. La gravedad del hecho y la desestabilización de la patología a ese momento por los riesgos (2004), produjo una situación de tensión entre los requerimientos terapéuticos del tratamiento del paciente y los que devenían de resguardar a la víctima ante una comunidad fuertemente sensibilizada...”*.

En dicho fallo, el tribunal también analiza como la inexistencia de espacios terapéuticos deviene en medidas judiciales contra terapéuticas que se prolongan en el tiempo, agregando también que en éste caso, el interno se ha encontrado privado de su derecho a acceder a salidas terapéuticas, pese a encontrarse estabilizado y en condiciones para ello, según lo argumentado por su equipo terapéutico. También se aduce en dicho fallo que *“Como la única alternativa disponible como tratamiento es la internación en instituciones psiquiátricas de puertas abiertas- como es el caso- la eventual fuga que pudiera provocarse- y con ella la frustración de los fines del proceso- será un riesgo que habrá que procurar reducir pero en todo caso tolerar, priorizando el derecho del sometido al proceso a “recibir la mejor atención disponible en materia de salud mental”, según lo imponen los*

*“Principios para la protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la atención de la Salud Mental” (O.N.U. RES. 46/119, 17/11/1991, Principio 20.2).*

Sin embargo, según nuestro entender, los fines del proceso - asegurar el descubrimiento de la verdad real y la actuación de la ley-, se produjeron al momento del dictado de la sentencia que ordenó la internación del nombrado, -destacamos que en el fallo analizado Vieyra se encontraba internado desde el año 2004 y la resolución analizada data del año 2013-, por lo que la frustración de los fines del proceso no resulta un riesgo que se deba tomar a fines de priorizar el derecho a la salud, como lo afirma el tribunal sino todo lo contrario, creemos que el derecho a la salud debe prevalecer ante todo, máxime en las condiciones de salud en que se encontraba el interno al momento del control judicial impetrado -estable en su patología de base-.

Por otra parte en opinión que compartimos, el TSJ sostiene que *“ corresponde que el juez evalúe con la intervención de los peritos y de los tratantes otras alternativas menos lesivas, como son las sugeridas desde el momento mismo de la internación acerca de las posibilidades de tratamientos en el ámbito privado o público más cercano al entorno familiar, siempre dentro de un abordaje integral, esto es que contemple también...los recursos profesionales para reconstruir lazos familiares y sociales. Estos son de la mayor importancia. El sostén familiar es un pilar de alternativas menos restrictivas y los lazos con la comunidad de origen, han proveído obstáculos significativos por los temores que se generaron”*<sup>14</sup>. Además, se afirma que el mantenimiento de las medidas de seguridad cimentado únicamente en el argumento de la “peligrosidad para sí de carácter eventual y potencial” contraría todas las directrices que a nivel provincial, nacional e internacional, rigen en materia de salud de mental.

Destaca también lo contemplado en la Ley 9848 de Protección de la Salud Mental sobre el derecho a *“ser tratado con la alternativa terapéutica menos restrictiva de su autonomía y libertad”* (art. 11 inc. c.) estableciendo que *“la existencia de diagnóstico relacionado a la salud mental no autoriza a presumir la peligrosidad para sí o para terceros* (art. 46 inc. a) estableciendo, además, que la internación debe ser considerada *“ un recurso terapéutico de*

---

<sup>14</sup> T.S.J. Sala Penal, S° N° 105, 07/05/2013 “Vieyra, Germán Horacio s/ Ejecución de las Medidas de Seguridad-Recurso de Casación-

*excepción, lo más breve posible, cuya factibilidad y pertinencia están intrínsecamente relacionadas con el potencial beneficio para la recuperación del paciente” (art. 48 inc. a).*

*Asimismo, también ha sostenido que “Las medidas de seguridad están guiadas por los postulados de mínima suficiencia por lo que sólo resultan procedentes ante el supuesto de peligrosidad futura para bienes jurídico penales en la medida en que sean la única alternativa posible ante un riesgo grave de daño inmediato o inminente para terceros y limitadas al tiempo estrictamente necesario para hacer cesar esa situación...la internación psiquiátrica involuntaria no solo importa la afectación de la libertad ambulatoria, sino que se extiende a otros aspectos: el sometimiento mismo al tratamiento- con prescindencia de la voluntad del enfermo- y todas las derivaciones de aquél (vgr. terapia a administrar, suministro de medicamentos, estrategias de contención física, etc.), máxime cuando se impone conjuntamente una medida restrictiva como lo es la custodia policial”<sup>15</sup>*

*De otro costado, a nivel Nacional la CSJN, ante el planteamiento específico del tema que nos convoca, en los autos caratulados como R.J.M. s/ Insanía, ha manifestado que: (...) “la medida de privación de libertad del paciente debe ser revisada judicialmente mediante procedimientos simples, expeditivos, dotados de la mayor celeridad y, si correspondiera prolongarla por razones terapéuticas, ello deberá 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 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 de una pena privativa de la libertad sin límite de duración (...)”<sup>16</sup>.*

*En esa inteligencia, la CSJN también ha dicho “(...) Que si bien hay que reconocer, como un mal necesario impuesto por razones de humanidad, el derecho y aún el deber de mantener recluidos a los dementes, cuando así lo exige la protección que se les debe a ellos mismos y la seguridad de los demás, tales medidas, de índole excepcional, no pueden*

---

<sup>15</sup> T.S.J. Sala Penal, S° n° 74, 25/03/2013, “ Funes, Claudio Damián s/ ejecución de medida de seguridad- Recurso de Casación”

<sup>16</sup> CSJN, “R.M.J. s/ Insanía”, del 19/02/2008, Fallos 331:211

*justificarse sino en los casos en que sea estrictamente indispensable afectar la libertad del enfermo y con los mismos recaudos que se exigen para cualquier otra detención”<sup>17</sup>.*

Vemos así como lo ha manifestado en forma categórica nuestro máximo tribunal nacional, el control activo y periódico sobre la validez y condiciones de la internación, de forma tal de asegurar que se cumplan los criterios para las mismas y que estas, no se prolonguen en ausencia de razones terapéuticas que las justifican, es plenamente válido y viable mediante la Acción de Habeas Corpus.

---

<sup>17</sup> Duba de Moracich María. Recurso de Hábeas Corpus, CSJN 16/11/1923 – Fallos: 139:154

## **CAPITULO VI**

### **I) Conclusión**

Del desarrollo del presente trabajo se puede concluir que los enfermos mentales que han sido declarados inimputables, son sujetos de derecho por lo que cuentan con todos los derechos y garantías reconocidos en nuestra Constitución Nacional y en los Pactos Internacionales que tienen la misma jerarquía que la Carta Magna, los cuales no deben ser soslayados de manera arbitraria y discrecional por su sola condición biológica.

Las medidas de seguridad, desde antaño han utilizado como argumento la finalidad de protección de la sociedad y del inimputable, como un instrumento de control coactivo del Estado, cuya finalidad es limitar los derechos individuales de las personas que han sido declaradas inimputables a través de su internación involuntaria, la cual se encuentra condicionada a que se demuestre que el sujeto padece una enfermedad mental y su peligrosidad.

Nuestro Código Penal dispone dos clases de medidas de seguridad, que son la reclusión manicomial y la reclusión en un establecimiento adecuado, los cuales conllevan en ambos casos, la internación del paciente. El límite para la aplicación de la medida es la peligrosidad del sujeto, sin embargo, sucede que en nuestro sistema penal la imposición de una pena requiere que se realice un hecho típico y antijurídico siendo éste la medida de dicha sanción, por lo tanto, si consideramos a las medidas de seguridad como una consecuencia jurídico penal por la ejecución de un hecho, existiría una gran disparidad con dicho sistema, ya que ésta se encuentra limitada a la existencia de peligrosidad, no así con relación a ese hecho. En este caso, el acto ya no es un síntoma de la peligrosidad sino un antecedente necesario de la medida de seguridad penal. Por tal razón es que planteamos que debemos cambiar nuestra forma de pensar, alejándonos de los conceptos del derecho penal de autor, lo que está íntimamente relacionado con los conceptos de peligrosidad y enfermedad mental, y debemos acercarnos al derecho penal del acto, que tiene en cuenta el hecho cometido y no la personalidad del autor, cuando se impongan medidas de seguridad a los declarados inimputables. Sin embargo, la solución legislativa en tanto justifica la intervención penal en la peligrosidad del enfermo mental, entraña una contradicción ya que

la evaluación de la peligrosidad se funda en las condiciones personales del autor, y en ese sentido, no reconoce en el hecho cometido un límite ni guarda relación con él.

Asimismo, la peligrosidad que amerita la imposición de las medidas es valorada por parte de peritos médicos psiquiatras que evalúan al paciente mediante pericias fugaces y escuetas, que valoran aquella condición específica -que habilita el mantenimiento de la medida-, mediante un mero juicio de probabilidad que no puede ser determinado con absoluta precisión, de lo que se desprende que en muchas ocasiones dicho juicio de probabilidad no tiene en cuenta, entre otras cosas, las particulares condiciones de tratamiento del imputado y lo aconsejado por el equipo terapéutico tratante, desvirtuándose los fines de resocialización.

En este sentido, la ley de Salud Mental 26.657 establece que la internación involuntaria de una persona debe concebirse como un recurso terapéutico excepcional en caso de que no sean posibles los abordajes ambulatorios, y solo podría realizarse cuando a criterio del equipo de salud mediare situación de riesgo cierto e inminente para sí o para tercero, motivo por el cual el control judicial de las medidas de seguridad impuestas a inimputables adultos por enfermedad mental y las condiciones en que las mismas se desarrollan, deben realizarse teniendo en cuenta los criterios que, inspirados en directrices internacionales, guían la normativa específica y aseguran el goce y la protección de los derechos humanos de las personas con padecimientos mentales.

En orden a todo lo expuesto, el artículo 34 del CP ha quedado desajustado frente a las directrices internacionales respecto a las medidas de seguridad y su cese. Se plantea que dichas medidas no se encuentran justificadas si no se ha acreditado la existencia de riesgo inmediato e inminente para sí o para terceros por parte del imputado, no siendo suficiente en la actualidad la valoración por parte de los peritos psiquiatras de un riesgo potencial o eventual, ya que también deben ser considerado, al momento de evaluación sobre la continuidad de la medida o sobre sus condiciones de ejecución, lo trabajado por los equipos terapéuticos y sus indicaciones en torno a la existencia de medios menos gravosos que evitarían la continuidad de la hospitalización. Se reconoce además que si bien el art. 23 de la ley 26.657 exceptúa el caso del art. 34 del CP, ello no autoriza a desoír los principios

generales que inspiran el texto de la norma influenciado por los instrumentos internacionales dictados en la materia.

Entonces, la posibilidad de minimizar los riesgos con un tratamiento menos limitativo y represivo, como ser la continuidad de una terapia farmacológica adecuada y controles periódicos por parte de su equipo terapéutico con apoyo y supervisión de terceros responsables debe ser el camino a seguir. Además, consideramos invaluable que el Juez oiga al imputado al momento del control de la medida –regla de la inmediación-, ya que en numerosas ocasiones sucede que el paciente, a lo largo de la ejecución de la misma, ha demostrado una adecuada adhesión a los tratamientos, lo que trae aparejada cierta mitigación de los efectos de su padecimiento mental y ello, muchas veces le permite desenvolverse con total normalidad, relacionarse con sus familiares y el resto de los miembros de la sociedad, permitiéndole incluso conseguir trabajo y lograr cierta estabilidad económica. Sin embargo, la mencionada inmediación con el imputado –al no estar estipulada como requisito previo para valorar el mantenimiento o no de la internación involuntaria- no es tenida en cuenta por el juzgador a la hora de decidir sobre el cese de la medida de seguridad, convirtiéndose en una situación injusta e inhumana al reducir la vida de una persona a un expediente que queda en un escritorio *sine die*.

Relacionado a los que venimos exponiendo, creemos que la prolongación por más tiempo del necesario de una medida de internación puede resultar contraproducente para la resocialización del imputado en la sociedad, ocasionándole pérdida de oportunidades socio-laborales, vitales para su recuperación por la edad productiva, con una incidencia directa sobre su estado de ánimo y su rehabilitación.

Entendemos, además, que esta medida privativa de la libertad, debe ser reconocida como tal, esto es, como una privación de la libertad al igual que el supuesto del condenado legalmente a una pena de prisión. Es por ello, que ambos casos deben ser regulados con las mismas pautas, en tanto que dichas situaciones constituyen intervenciones que limitan la libertad del sujeto, de allí que la jurisprudencia y organismos internacionales trasladen las garantías propias del sistema penal al ámbito de las internaciones en general, sin distinguir el régimen jurídico que regula su aplicación.-

Pensamos que es irrazonable que un individuo al que el Estado no pretende castigar se vea afectado en sus derechos por una medida más gravosa de la que le hubiese correspondido en caso de ser condenado como autor penalmente responsable, a quien se le impone una pena que tiene como límite temporal la escala penal establecida en abstracto para el delito que se le atribuye. Así, la medida de seguridad no guarda relación con el fin propuesto, es decir, con la protección del inimputable y de la sociedad, y por lo tanto resulta desproporcionada. Lamentablemente, pese a la incorporación a nuestro plexo normativo de las nuevas tendencias sobre salud mental a nivel mundial avaladas por la ONU, gran parte de la sociedad parece aceptar esta situación, sosteniendo “donde van a estar mejor que ahí”.

Consideramos que debemos proteger los derechos constitucionales de los enfermos mentales, entre ellos el derecho de toda persona a la libertad, a la seguridad, y a la dignidad humana, por lo que, ante cualquier privación de la libertad dispuesta, la misma deberá ser de carácter excepcional cumpliendo con los requisitos de legalidad y no arbitrariedad. Así, a fines de garantizar la vigencia de la seguridad jurídica propia de un Estado de Derecho y el máximo respeto de las garantías constitucionales, pensamos que es necesario reducir el ámbito de ejecución de las medidas de seguridad, quitándole relevancia a la peligrosidad y a la enfermedad mental como fundamento de su imposición, para centrarnos en conceptos más modernos como el de “agresividad” tal cual lo expusimos al momento de valorar el tratamiento de las medidas del Anteproyecto de Código Penal de la Nación 2014.

Históricamente, las personas con discapacidad psicosocial han sido invisibles y marginadas de la garantía de ejercicio de sus derechos fundamentales en nuestra sociedad. Ello ha ocurrido merced a que la diferencia que supone la discapacidad mental ha sido percibida como motivo de segregación y naturalización de la exclusión concomitante.

Así es como los sujetos que han sido declarados inimputables que se encuentran alojados en establecimientos psiquiátricos privados de su libertad, conforman un grupo de riesgo con debilidad jurídica estructural, lo que conlleva la necesidad de una protección especial de parte del derecho y del sistema judicial argentino en su conjunto.

Es que durante su internación, la persona declarada inimputable puede sufrir variaciones en su enfermedad que permitan hacer cesar las medidas de seguridad impuestas o bien mitigarlas. Dicho mejoramiento de la salud mental, muchas veces no es advertido por los

operadores jurídicos y por los mismos médicos forenses ante la inexistencia de exhaustivas entrevistas personales, controles periódicos y sistemáticos por parte de los juzgados que imponen las medidas. Tal situación, sumado a lo que anteriormente se viene tratando, a nuestro modo de ver, significa un trato indebido al paciente traducido en actos u omisiones que agravan las condiciones de encerramiento en que se encuentra.

Ante ello, es necesario brindarles a estas personas usuarias de los servicios de salud mental, las vías judiciales necesarias para hacer valer sus derechos, entre ellos la acción de Hábeas Corpus Correctivo, herramienta judicial cuyas notas tipificantes son la inmediatez, informalidad y bilateralidad, y que posee un trámite sumario y urgente, cuyo efecto es hacer cesar de inmediato los actos u omisiones que agravan indebidamente las condiciones de detención –en este caso, de internación-. De esta manera, se logra brindar a las personas declaradas inimputables los mismos derechos y garantías que poseen los penalmente responsables alojados en Establecimientos Penitenciarios, siguiendo los lineamientos consignados en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU (ratificada por nuestro país en el año 2008) que establece como principio fundamental que *“Todas las personas que padezcan una enfermedad mental tendrán derecho a ejercer todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos pertinentes, tales como la Declaración de los Derechos de los Impedidos y el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”*.

La Convención nombrada, al igual que nuestra Ley de Salud Mental, nos proponen un desafío como sociedad, el dejar de ver al enfermo mental como alguien que tenemos que dejar aislado, lejos de nuestra vista y de la sociedad para que “no nos haga daño”, lo cual cercena en forma reiterada y diversa los derechos humanos de este grupo social, confinándolos al olvido, al abandono y a su consecuente segregación y optar por defender el nuevo modelo social de la discapacidad basado en la inclusión, donde estas personas sean reconocidas como sujetos de derecho, con capacidad de decisión y de ejercicio de sus derechos.

En éste sentido y de acuerdo lo que venimos sosteniendo, se hace necesario evitar condiciones de detención o internación arbitraria, asegurando la revisión judicial inmediata y periódica de las medidas de seguridad, mediante un procedimiento rápido, sencillo, eficaz y dotado de todas las garantías del debido proceso legal.

## **Bibliografía.**

### **Bibliografía Consultada**

#### **1.Doctrina:**

**1.1 BALCARCE F.I.** (2014) La culpabilidad: antes y después de la neurociencia, Córdoba, Argentina: Hammurabi.-

**1.2 D´ALESSIO A.J.** (2009) Código Penal de la Nación Comentado y Anotado, (2da ed), Buenos Aires, Argentina: La Ley.-

**1.3 DE LA RUA, J.**(1997) Código Penal Argentino. Parte general, (2ª ed.), Buenos Aires, Argentina: Depalma.-

**1.4 DONNA, E.A.** (2006), Derecho Penal Parte General, Tomo 2, Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.-

**1.5 FRÍAS CABALLERO, J.** (1994), Capacidad de Culpabilidad Penal, Buenos Aires, Argentina:Hammurabi.-

**1.6 HAIRABEDIÁN M, GORGAS, M CAROT J,** (2012) Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del Tribunal Superior de Córdoba 2000-2012. Córdoba, Argentina: Mediterránea.

**1.7 HEGLIN, M.F.**(2005) Los Enfermos Mentales en el Proceso Penal, Bs. As., Argentina, Editores del Puerto S.r.l.

**1.8 MIR PUIG S** (1996), Derecho Penal Parte General, (8va. Ed.), Barcelona, España: Reppettor

**1.9 NUÑEZ, R. C.** (2009). Manual de Derecho Penal (4ta ed.). Córdoba, Argentina: Lerner.-

**1.10 PENSAMIENTO PENAL Y CRIMINOLÓGICO-**Revista de Derecho Penal Integrado, Año II y V, N° 2 2001, Mediterránea, Córdoba.

**1.11 SABINO C.A.** (1986), *El proceso de investigación*, Buenos Aires, Argentina: Lumen

**1.12 SAGUES N.P.** (1998) Derecho Procesal Constitucional-Habeas Corpus- (3ra. Ed.),Buenos Aires, Argentina: Astrea

**1.13 ZAFFARONI E.R., ALAGIA A.; SLOKAR A.,** (2002) Derecho Penal Parte General, Segunda Edición, Bs. As.,Argentina: Ediar;

## **2. Legislación:**

**2.1** Constitución Nacional y Pactos Internacionales incorporados en el art. 75 inc. 22

**2.2** Código Penal Argentino;

**2.3** Resolución 46/119 de la Asamblea General de la Onu: Principios para la Protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental.

**2.4** Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo de la ONU.

**2.5** Ley 26.657. Ley Nacional de Salud Mental. Derecho a la Protección de la Salud Mental.

## **3. Jurisprudencia:**

**3.1** CSJN 16/11/1923 – Fallos: 139:154 Duba de Moracich María. Recurso de Hábeas Corpus,

**3.2** CSJN, 19/02/2008 S.C. Comp. N1 1511, XL, Tufano Ricardo Alberto s/ internación"

**3.3** CSJN, Fallos 331:211, 19/02/2000, *R.M.J. s/insania*,.

**3.4** T.S.J. Sala Penal, S° N° 105, 07/05/2013 “Vieyra, Germán Horacio s/ Ejecución de las Medidas de Seguridad-Recurso de Casación-

**3.5** T.S.J. Sala Penal, S° N° 314, 21/11/2012 “García Raúl s/ejecución de medida de seguridad-Recurso de Casación- (Expte G, 49/2013)

**3.6** T.S.J. Sala Penal, S° N° 74, 25/03/2013, “Funes, Claudio Damián s/ ejecución de medida de seguridad-Recurso de Casación

## **INDICE**

Introducción .....3.-

### **CAPITULO N° I-**

#### **La Evolución de la Teoría General del Delito. Breve Reseña.**

I) Generalidades.....	9.-
II) Las Escuelas Penales.....	9
a. El Positivismo o Naturalismo.....	10.-
b. El Neokantismo.....	11.-
c. El irracionalismo: el nacionalsocialismo .....	12.-
d. La teoría de Welzel o Teoría Final de la Acción.....	13.-
e. La teoría de Roxin.....	15.-
f. El funcionalismo de Jakobs.....	17.-
g. La escuela de Frankfurt.....	19.-
II) El Delito. Elementos estructurantes.....	22.-

### **CAPITULO N° II**

#### **La Culpabilidad**

I) Concepto.....	26.-
II) Recepción de la Culpabilidad en el Código Penal. El tipo penal del Artículo 34.....	29.-
II.a. Imputabilidad Disminuida.....	31.-
II.b. Trastorno mental transitorio.....	31.-
III) Causas de Inimputabilidad enumeradas en el artículo 34 Inc. 1°.....	32.-
III.a. Insuficiencia de las facultades .....	32-
III.b. Alteración morbosa de las facultades.....	32.-
III) Imposibilidad de Comprender la Criminalidad del Acto o dirigir sus acciones.....	32.-

### **CAPITULO N° III**

#### **Análisis de las Medidas de seguridad por alteración morbosa de las facultades mentales**

I) Generalidades.....	40.-
-----------------------	------

I.a. Sujetos destinatarios de la reclusión manicomial.....	45.-
I.b. Cuestiones Procesales Vinculadas.....	46.-
I.c. Evaluación de la peligrosidad.....	47.-
II) El tratamiento de los Inimputables en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal Argentino.....	51.-

## **CAPITULO IV**

### **El Hábeas Corpus**

D) Introducción al Análisis de la Figura .....	60.-
II) Habeas Corpus Reparador Principal	
a. Arresto sin orden escrita de autoridad competente.....	66.-
b. Los jueces.....	68.-
c. Otras autoridades competentes para detener. Poder Ejecutivo de la Nación.....	70.-
d. Autoridad y judicatura policial.....	70.-
III) Hábeas Corpus Restringido.....	71.-
IV) El Hábeas Corpus Correctivo.....	72.-
V) Características fundamentales del Proceso de Hábeas Corpus.....	74.-
VI) Objeto del Hábeas Corpus.....	76.-

## **CAPITULO V**

### **Control Judicial de las Medidas de Seguridad y viabilidad de la figura del Habeas Corpus. Su aplicación a los Inimputables**

I) Generalidades.....	77
II) Análisis Jurisprudencial.....	77.-

## **CAPITULO VI**

I) Conclusión.....	82.-
--------------------	------

### **Bibliografía**

I) Doctrina .....	88.-
II) Legislación.....	89.-
III) Jurisprudencia.....	89.-

## ANEXO E - FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

### AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

<b>Autor-tesista</b> <small>(apellido/s y nombre/s completos)</small>	MARIA ALEJANDRA DEBARBORA
<b>DNI</b> <small>(del autor-tesista)</small>	30331526
<b>Título y subtítulo</b> <small>(completos de la Tesis)</small>	El tratamiento de los Enfermos Mentales en el Código Penal Argentino
	Medidas de Seguridad y Habeas Corpus Correctivo. Su aplicación a los inimputables
<b>Correo electrónico</b> <small>(del autor-tesista)</small>	ale_debarbora@hotmail.com
<b>Unidad Académica</b> <small>(donde se presentó la obra)</small>	Universidad Siglo 21
<b>Datos de edición:</b>  <small>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</small>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

<b>Texto completo de la Tesis</b> <i>(Marcar SI/NO)<sup>11</sup></i>	SI
<b>Publicación parcial</b> <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	NO

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Villa Dolores, 15 de septiembre de 2016

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:

\_\_\_\_\_certifica  
que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado