



Autores: Iris Edith La Salvia

Título: Los encierros manicomiales y las medidas de seguridad para inimputables por enfermedad mental

La Salvia, I. (2019). Los encierros manicomiales y las medidas de seguridad para inimputables por enfermedad mental (Doctorado). Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Ciencias Jurídicas..

Documento disponible para consulta y descarga en la Biblioteca Digital y Repositorio Institucional de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. [<http://repositorio.scba.gov.ar>]

Consultas a repositorio@scba.gov.ar



Esta obra está bajo licencia 2.5 de Creative Commons Argentina. Atribución-No comercial-Sin obras derivadas 2.5



Los encierros manicomiales y las medidas de seguridad para inimputables por enfermedad mental.

Tesis Doctoral

Doctoranda: Abogada especialista en derecho penal Iris Edith La Salvia
(e-mail: correoiris@gmail.com)

Director Dr. Francisco V. Torija Zane
Co-director; Prof. Dr. Jorge O. Folino

Facultad de Ciencias Jurídicas
Universidad Nacional de La Plata

Síntesis estructural de la Tesis

Prólogo

El dictado de la medida de seguridad en un proceso penal respecto de la persona que ha delinquido en estado de inimputabilidad constituye apenas el punto de partida de una labor más compleja, que encuentra allí la oportunidad de comprobar la consistencia de un sistema normativo que se pretende tuitivo, constatar su eficacia y reflexionar, en base a los hechos, acerca del efectivo alcance del sistema de protección respecto de la vida y los derechos de la persona declarada inimputable en ese proceso. No obstante, a pesar de su trascendencia esta labor se encuentra pendiente. Este trabajo de investigación pretende dirigirse a esa vía poco transitada. Para ello es necesario comenzar con algunas indagaciones que permitan orientar en el camino hacia una auténtica protección de quienes resultan los miembros más vulnerables de la población en general y carcelaria en particular y elaborar asimismo propuestas puntuales para mejorar los aspectos que revisten mayor urgencia.

Sección Primera

A fin de contextualizar dicha tarea, es imprescindible capitalizar la experiencia de las instituciones y normas que han aplicado a esta temática, toda vez que el reconocimiento de sus logros y fracasos, apreciados en la evolución histórica, brindará los elementos que permitirán evaluar la normativa penal y civil vigentes, así como la proyección del sistema hacia el futuro en el contexto normativo internacional.

Luego de revisar en la primera sección las autoridades y establecimientos (a) que tuvieron a su cargo el trato del inimputable históricamente desde la época colonial al presente, se relevarán las normas jurídicas penales (b) que fueron antecedente de la legislación actual, así como la doctrina de los autores nacionales (c) más influyentes en el tema.

Sección Segunda

La segunda sección, llevará a conocer y reflexionar sobre las teorías más influyentes que a nivel internacional y local gravitaron hasta la actualidad en la materia (a), en dicho desarrollo se irá asimismo estableciendo el marco teórico con el cual se operará en esta investigación al tiempo de establecer los planteos de la problemática y propuestas alternativas. Existiendo tan estrecha conexión en esta materia entre el Derecho y la Psiquiatría Forense, que tantos aportes fundamentales ofrece a la temática, se agrega un sintético análisis de los conceptos relevantes del discurso psiquiátrico forense, al igual que un breve excursus sobre Sociología y Criminología. En la misma sección se detalla la normativa internacional constitucional, sustancial y adjetiva que rigen la

materia en la actualidad en nuestro país (b), con referencias tanto al derecho civil como al penal, además de un breve recorrido por el derecho extranjero.

Sección Tercera

Se llega así a la sección tercera sección, nodal para la investigación que aquí se presenta, pues contiene la discusión de la tesis planteada, al tiempo que releva la dinámica de ejecución de la medida de seguridad tal como se experimenta en la actualidad, en su desarrollo, control y cesación. Con las herramientas aportadas por el especialista en Psiquiatría Forense, Prof. Dr. Jorge O. Folino se han volcado tanto el desarrollo como el resultado de la investigación cualitativa desarrollada durante los trabajos en campo, que tuvieron lugar en las unidades psiquiátricas de los servicios penitenciarios federal y de la provincia de Buenos Aires.

Frente a los datos, se imponen las conclusiones extraídas y con ello la necesidad de presentar las propuestas alternativas para mejorar el sistema de medidas de seguridad en pos de la reinserción y autovalía del paciente. El balance y corolario de este trabajo desarrollado en el curso de varios años halla su lugar en las consideraciones finales.

Esta presentación sintética está destinada a servir de guía para indagar dentro del texto aquellos puntos a los que se otorgue prelación, o bien deban ser consultados en primer lugar para contextualizar el tema según los intereses y conocimientos especializados de quienes aborden su lectura. Ello resulta pertinente, toda vez que el tema entronca cuestiones fundamentales en distintas disciplinas y en él convergen discursos de distintas ciencias, aunque no deberá perderse de vista que quien escribe en todos los casos, tiene solamente formación jurídica, de allí la brevedad meramente referencial de los excursos sobre Psiquiatría Forense. Para fortalecer tal extremo me remito a la bibliografía especializada citada al final.

INDICE

Prólogo	8
---------	---

SECCION PRIMERA

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

a- ESTABLECIMIENTOS, INSTITUCIONES Y AUTORIDADES.

Introducción	10
Las concepciones de la enfermedad mental y el discurso psiquiátrico-jurídico sobre la locura en Argentina.	20
Hospital General de Mujeres	35
Hospicio de Hombres	37
Colonia Nacional de Alienados de Luján	39
Asilo Colonia Regional Mixto de Retardados de Torres	40
Servicio Policial de Observación de Alienados	41
Asilo Colonia Melchor Romero	42
Instituto Neuropsiquiátrico del servicio penitenciario bonaerense	
Unidad 29 del servicio penitenciario bonaerense	43
Instituto Neuropsiquiátrico de Seguridad. Unidad 34 del servicio penitenciario bonaerense	44
Unidad 33 del servicio penitenciario bonaerense. Anexo Psiquiátrico	45
Servicio Psiquiátrico Central de Varones del Servicio Penitenciario Federal Unidad 20	46
Servicio Psiquiátrico Central de Mujeres del Servicio Penitenciario Federal. Unidad 27	47

b- ANTECEDENTES EN LAS NORMAS JURÍDICAS PENALES

Proyectos y códigos en la historia del derecho penal argentino anteriores al código vigente.	50
Proceso de sanción del código vigente	57
Proyectos posteriores a la sanción del Código Penal vigente	58
Anteproyecto y reforma del código Penal año 2006	69
Cuadro: Análisis comparativo de términos empleados en los proyectos anteriores al código penal vigente.	71

c- ANTECEDENTES EN LA DOCTRINA NACIONAL.

Los precursores	76
Surgimiento de la Escuela Positiva	78
El Pensamiento de Rodolfo Moreno.	81

La visión crítica del derecho penal argentino de Rodolfo Rivarola	82
Eusebio Gómez. Una voz representativa del positivismo vernáculo.	87
El aporte de Julio Herrera.	91

SECCION SEGUNDA

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

a) Teorías Jurídicas	
Introducción	97
La moderna doctrina jurídica	
Franz von Liszt	115
Santiago Mir Puig	119
Edmund Mezger	123
Reinhart Maurach	133
Hans H Jescheck-Thomas Weigend	140
Claus Roxin	147
Wolfgang Frisch	151
Francesco Carrara	159
La doctrina nacional contemporánea (Autores argentinos y extranjeros radicados en Argentina)	
Sebastián Soler	163
Enrique Bacigalupo	169
Luis Jiménez de Asúa	171
Eugenio Raúl Zaffaroni	174
Patricia Ziffer	177
La Psiquiatría Forense y los conceptos relevantes en materia de medidas de seguridad para inimputables.	183
Breve excursio sobre Sociología y Criminología	
b) Normas jurídicas vigentes. Análisis dogmático	192
Las normas superiores en su referencia a los enfermos mentales	197
Normativa internacional	
La Constitución de la Nación Argentina	222
El Código Penal	223
La declaración de inimputabilidad	
El ejercicio de la defensa por parte del supuesto inimputable	231
La medida de seguridad	232

Normativa procesal penal	246
Medida cautelar	252
Alteración mental sobreviniente a la comisión del hecho	267
El enfermo mental en la legislación civil	269
El derecho civil argentino	273
La internación del enfermo mental en la legislación civil	285
La competencia de los jueces penales y civiles respecto de la internación de los enfermos mentales	301
La externación del enfermo mental en la realidad cotidiana	311
El derecho extranjero	316

SECCION TERCERA

Problemática de la ejecución de las Medidas de Seguridad

DISCUSIÓN	327
Presentación del problema	327
Hipótesis general	328
Desarrollo	329
La propuesta	356
Trabajos de campo. Advertencias	357

DINÁMICA DE EJECUCIÓN DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD; DESARROLLO, CONTROL y CESACIÓN

Ingreso al establecimiento penitenciario y ejecución de la medida	362
Condiciones generales de internación	374
Control sobre el cumplimiento de la medida	392
Externación terapéutica temporaria. Altas a prueba	405
Transición hacia el cese de la medida de seguridad de internación psiquiátrica	425
Cese definitivo de la medida de seguridad	435
Sección de INVESTIGACIÓN CUALITATIVA	440
Limitaciones y fortalezas	441
Datos obtenidos en la investigación	443
Perspectiva de género en el sistema de medidas de seguridad previsto por el derecho penal para inimputables por enfermedad mental	459
El cambio en el paradigma de salud mental	465
Integración en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994	472

INTERPRETACIÓN Y DISCUSIÓN	
Hallazgos, antecedentes normativos y teoría emergente	475
CONCLUSIONES	480
PROPUESTAS	482
EPÍLOGO	488
BIBLIOGRAFÍA	
Antecedentes históricos	491
Marco teórico metodológico y técnicas de recolección de datos	493
Teorías sobre medidas de seguridad	494
Normativa sobre las medidas de seguridad	502
Aplicación y Ejecución de la medida de seguridad	504

LOS ENCIERROS MANICOMIALES Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD PARA INIMPUTABLES.

-Estudio sobre sus reglas y prácticas respecto del Código Penal de la República Argentina.-

*¿A quién llamar?
¿A quién llamar desde el camino
tan alto y tan desierto?
Jacobó Fijman*

Prólogo

La dedicación que la medicina y el derecho han brindado tradicionalmente al estudio de los enfermos mentales en el ámbito forense, se mantuvo acotada. Ambas disciplinas intentaron dar respuesta a diversas situaciones puntuales en las que el enfermo psiquiátrico y su conducta requerían ser evaluados para decidir acerca de las medidas a tomar según las disposiciones legales. Tanto en la órbita del derecho civil como en la del derecho penal -al menos en occidente- se produjo un lento proceso de evolución respecto de las consecuencias específicas de las conductas de los enfermos mentales que perturbaran o comprometieran la convivencia con otras personas o su propia integridad.

En las legislaciones modernas se presentó cierta uniformidad respecto de las específicas medidas de seguridad aplicables al enfermo mental que ha cometido un hecho típico y antijurídico y generalmente, condujo a su reclusión en establecimientos especiales. Las divergencias entre las diversas legislaciones surgieron respecto de la naturaleza o las características que deberían tener dichos establecimientos. En algunos lugares se prefirió el alojamiento en un pabellón psiquiátrico diferenciado dentro de la unidad carcelaria o bien dentro de los hospitales neuropsiquiátricos del medio libre. En otros casos se crearon manicomios judiciales o unidades psiquiátricas penitenciarias especialmente destinadas a alojar a quienes fueran declarados inimputables.

En general, todos estos sistemas coinciden en destacar un pretendido carácter tuitivo de la medida empleada, descartando el reproche contra quien careció de la posibilidad de dirigir su acción o de comprender el contenido y alcance de la misma. Se le ofrece seguridad frente a los actos que pudiera realizar contra sí mismo, brindándole un tratamiento adecuado a su patología, pero también se protege a la sociedad frente a los actos dañosos que, por la peligrosidad de su estado, pudiera llegar a cometer. Sin embargo, a poco de conocer la forma en que se implementan estas medidas, surgen interrogantes que trascienden a

las cuestiones meramente fácticas y llevan a cuestionar si en definitiva y a pesar del carácter protector pregonado respecto del sistema de las medidas de seguridad impuestas por el derecho penal, la dinámica de su ejecución y algunas de sus características operativas y formales desnaturalizan ese carácter esencial. Este interrogante se complementa con otro que causa mayor perplejidad: si las medidas de seguridad importan para el sujeto una forma específica de brindarle curación, una manera posible de ofrecerle seguridad para sí mismo y para los demás o es un modo encubierto de segregarlo. Tal vez, una mezcla de estas posibilidades, se conjuguen en la ejecución de la medida. A pesar del alcance de estos interrogantes que no son menores y no obstante las graves restricciones que estas medidas suponen para los derechos fundamentales de quienes están sometidos a ellas, las regulaciones normativas son escasas y la jurisprudencia y la doctrina de los autores no se pronunció sobre ellas con una amplitud equiparable a la que permitiera el amplio desarrollo de las teorías del delito y de la pena.

La profusión de materiales, así como las discusiones teóricas y dogmáticas más destacadas suelen limitarse al tema puntual de la declaración de inimputabilidad y a las condiciones de su procedencia. Alcanzada esta meta, las controversias y los análisis parecen acallarse, reduciéndose el estudio de las medidas de seguridad a la cita de algunas normas y a la mención de algunos conceptos, generalmente destinados a diferenciarlas de la pena. Sin embargo, allí donde todo parece concluir es donde la problemática comienza. El dictado de la medida de seguridad constituye el punto de partida de la compleja labor de comprobar la consistencia de un sistema que se pretende tuitivo, de analizar empíricamente su desarrollo, de constatar su eficacia y de ingresar decididamente en la vida cotidiana de quienes fueron sometidos a las medidas de seguridad. Es necesario reflexionar, en base a los hechos, acerca del efectivo alcance del sistema de protección, pero a pesar de su trascendencia, esta labor se encuentra pendiente. Este trabajo de investigación pretende dirigirse a esa vía poco transitada. Es necesario comenzar realizando algunas investigaciones que permitan señalar el camino de una auténtica protección a quienes resultan los miembros más vulnerables de la población en general y carcelaria en particular, y elaborar propuestas para mejorar los aspectos que revisten mayor urgencia.

Para ello convendrá revisar primeramente la evolución histórica del tratamiento brindado al enfermo mental que perturbó la convivencia con otras personas o que se agredió a sí mismo, según las diversas normas jurídicas elaboradas en el país y también del funcionamiento de instituciones y del desempeño de las autoridades que desde la época colonial hasta el presente tienen a su cargo la custodia o tratamiento de los sujetos declarados inimputables en un proceso penal. Entiendo que el conocimiento de los logros y fracasos de estas instituciones permitirá enfocar de manera adecuada la normativa vigente en el ámbito civil y penal como así también las formas de hacer efectiva la protección del enfermo mental prevista en ambas

legislaciones, contextualizándolas en el marco de la normativa internacional en que se encuentran insertas. Asimismo será conducente un análisis de la dinámica del cumplimiento de la medida de seguridad hasta su cesación definitiva, basado en investigaciones de campo realizadas sobre los propios sujetos y en su medio específico para fundar un adecuado diagnóstico y ensayar algunas propuestas. Con ese propósito se habrán de desarrollar en este trabajo tres secciones que comprenderán los antecedentes históricos, la teoría y normativa acerca de las medidas de seguridad y finalmente la dinámica de ejecución de las mismas. En lo relativo a la incorporación de los datos recogidos mediante la investigación cualitativa específicamente desarrollada en campo, con el debido resguardo de las identidades de las personas, se transcribirán oportunamente las autorizadas palabras de los protagonistas que, desde uno y otro extremo, conocen en profundidad ese complejo y enigmático mundo de las medidas de seguridad por vivenciarlo cotidianamente.

El objetivo final de esta labor -desarrollada a lo largo de varios años-, está dirigido a brindar propuestas alternativas a fin de superar las tensiones e inconsistencias del sistema de medidas de seguridad develadas durante el transcurso del estudio -dentro de la información recuperada y analizada-, apuntando definitivamente a la protección y autovalía de la persona inimputable sujeta a la medida.

SECCIÓN PRIMERA

1- ANTECEDENTES HISTÓRICOS

a) ESTABLECIMIENTOS, INSTITUCIONES Y AUTORIDADES

INTRODUCCION

Intentando conocer el trato que se dispensó a los enfermos mentales en diversas sociedades de la cultura occidental desde sus orígenes, al menos en aquellas que conservaron registros y resultan más representativas por sus afinidades con la cultura y sociedad argentinas, se aprecia un elemento común: la ausencia de un sistema o siquiera de un proyecto que se ocupe de la atención a los enfermos mentales así como la comprobación, en los hechos que conformaron la experiencia del trato conferido a estos sujetos, de un errático desplazamiento que los asemejaba a una categoría casi inclasificable, unas veces asimilados a los vagabundos, otras a los criminales, eventualmente a los enfermos y en muchas ocasiones a los miserables.

Los motivos de esta actitud que ahora puede resultar extraña y llevó a mezclar en confuso pandemonium a criminales, enfermos, locos, pobres y personas

catalogadas como “de vida desordenada” con tanta frecuencia y en tantas sociedades, son complejos y múltiples. Algunos de ellos pueden rastrearse mediante la consulta de las obras que desde enfoques sociológicos o históricos se ocuparon del tema. En la “Historia de la Locura en la época clásica” Michel Foucault (1967), advierte algunas razones y fundamentos de las actitudes que tuvieron sociedades y autoridades con los enfermos mentales a través de extensos períodos. Sin embargo, no agota la visión de este tema que es abordable desde múltiples perspectivas y con distintos enfoques ideológicos, particularmente enriquecedor en los trabajos que no se apartan del rigor de la ciencia histórica para reconstruir el pasado. Con estas prevenciones, la obra de Foucault constituye un valioso aporte por su documentación y por el alcance del análisis que realiza. En este punto es oportuno señalar que todo reduccionismo no resulta conveniente para esclarecer las complejas motivaciones que llevan al hombre, y más aún a distintas sociedades, a adoptar una actitud determinada en relación a situaciones o conductas humanas particulares. Ni el miedo, ni los intereses económicos o políticos, ni la ausencia de conocimiento científico, son los únicos elementos que determinaron y determinan las conductas relacionadas con los enfermos mentales y que pueden ser calificadas de exclusión o de encierro. La actitud errante y no siempre humanitaria prodigada a través del tiempo obedece a complejas, paradójicas y múltiples causales, en particular respecto del loco delincuente. Más que en el propio Michel Foucault, es frecuente advertir en muchos de sus seguidores, que no evitaron el riesgo propio de las generalizaciones al dar por sentados diversos supuestos que resultaría aplicables sólo a la época, al lugar y a la sociedad que Foucault analizaba, los que mucho distan de la situación en el territorio argentino. Así, puede advertirse que en Francia, más precisamente en París, instituciones como el “Hospital General” fueron establecidos por el rey en el año 1556 al modo de verdaderas estructuras o centros de poder, ya que el director tenía competencia sobre los pobres y locos que se hallaban dentro o fuera del hospital en todo el ámbito de la ciudad quedando sometidos en materia de administración, comercio, policía, jurisdicción, corrección y sanción. Fue así que el hospital –una entidad en principio administrativa- se constituyó como otro poder que el rey estableció entre la policía y la justicia, dotándolo de facultades de represión, como señala Foucault. Esos directores tenían también la facultad de aplicar castigos corporales. Ni las ordenanzas dictadas por ellos para el interior de los hospitales ni las ejecutables fuera, admitían apelaciones o defensas eficaces, pues éstas, al carecer de efecto suspensivo, se cumplían inmediatamente. A ello se agrega que todo ese procedimiento carecía de una concepción médica.

En Buenos Aires no existió la institución del director con poder y atribuciones exteriores al establecimiento hospitalario. En la época colonial los locos, al igual que los pobres, en general vivían en las calles librados a su suerte sin asistencia alguna. Algunos eran recogidos y asilados por instituciones de

beneficencia y otros enviados a las cárceles. Pero, aún en los tiempos del alienismo, el director del hospital no llegó a tener atribuciones y facultades sobre los locos y pobres de toda la ciudad. A diferencia de lo que ocurría en Francia, el poder del médico alienista se limitó al ámbito interior, del establecimiento hospitalario.

También fue distinta la perspectiva económica de los talleres implementados dentro de esos establecimientos para la producción de ciertos bienes. Abelardo Levaggi en “Las Cárcenes Argentinas de Antaño” (2002) cita en una nota a Antonio Ballvé: *“En estas jóvenes naciones de la América Latina, cuyas fuentes principales de riqueza brotan del suelo fecundo y virgen, la manufactura carcelaria no puede constituir jamás un motivo de alarma para la industria privada. No sólo eso. Absurdo sería pensar las cárceles argentinas de entonces, incluida la Penitenciaría Nacional, en términos de ‘tecnología fina y calculada del sometimiento’ que ha hecho posible el sistema de acumulación de capital, como sostiene Foucault”*. Observaciones como éstas no impiden adoptar los valiosos aportes de la obra de Foucault en cuanto resulten compatibles con la situación social e histórica, sea de Argentina o de otro país en particular.

Tanto en el Río de la Plata, como en el resto de la América subordinada a España, se mantuvo la continuidad de la política peninsular basada en dos instituciones fundamentales: la Monarquía y la Iglesia. Por ese entonces España ya había ingresado a la modernidad, aunque más lentamente que otros países europeos. Como ya se ha dicho, las ciudades coloniales recurrieron a la caridad pública para atender las necesidades de los pobres, los enfermos, los mendigos, los locos y los condenados. La administración de los diferentes centros de beneficencia que existieron en el Río de La Plata estuvo principalmente a cargo de las comunidades religiosas. Si bien existieron otros protagonistas de las prácticas solidarias, la Iglesia resultó la fuerza organizada más importante en el trato de los marginales referidos. Al decir de Edith Gallo en “Historia de la Beneficencia en el Buenos Aires Colonial” (2002), de particular referencia en este punto, la Iglesia poseía la experiencia adquirida a través de muchos siglos para canalizar con habilidad la asistencia social. A raíz de la conquista, la Iglesia se asumía como misionera por excelencia, con un ímpetu renovado tras ocho siglos en que pareció adormecido.

Pero las iniciativas filantrópicas no estaban exentas de una inercia de la segregación y el abandono de los asilados, como señala Hugo Vezzetti en su obra “La Locura en la Argentina” (1993): *“La beneficencia misma aparece atravesada por esa contradicción entre un proyecto de asistencia y reforma del sujeto, y la presión hacia la exclusión del destinatario de la acción médico-social (...)El marginal agradece la caridad pero debe someterse a una relación de tutela en que el asistido es asimilado a un estatuto de minoridad jurídica”*. En relación a esta asimilación cabe destacar que no solamente fue aplicada en etapas tempranas de la regulación de la temática, sino en estadios más avanzados y en las legislaciones de diversos países, por lo cual resultó una

analogía común. Ello a pesar de la dudosa conveniencia de asimilar sin más la situación del enfermo mental con la de los menores, pese a las diferentes necesidades y conflictiva de unos y otros.

Volviendo a las instituciones locales, se advierte que en Buenos Aires, el Cabildo fue la máxima autoridad administrativa local. Conformado por dos alcaldes ordinarios de primero y segundo voto y seis regidores, tenía a uno de ellos designado como Defensor de Pobres y Menores para ocuparse de tutelar a la infancia abandonada y de atender al asilo. Sin embargo, dada la pobreza de la pequeña ciudad, careció de fondos suficientes y consecuentemente de un plan de infraestructura. Los servicios comunitarios fueron escasos y a veces inexistentes. Es por ello que, durante el período colonial, las obras públicas como hospitales, cárceles, edificios estatales, puentes y calles, fueron financiados con donaciones particulares o con impuestos especiales.

La distancia que separaba a Buenos Aires de la sede de la Corona y de las otras capitales de América, la sumía en tal aislamiento y abandono que durante las primeras décadas del siglo XVII se convirtió en una factoría portuguesa. El beneficio secundario obtenido de un asentamiento humano ubicado allí donde la pobreza prevalecía, fue la casi instantánea riqueza lograda a través del comercio ilícito. Según apunta Edith Gallo, el contrabando surgido junto con la fundación de la ciudad, fue la cómoda vía de un enriquecimiento rápido. Por otra parte, el tipo de sujetos que arribaron a las colonias no apreciaba el hábito del trabajo ni el esfuerzo o la iniciativa individual. En su mayoría pertenecían a una nobleza de segundones o eran soldados aventureros y clérigos en los que no prevalecía el mérito militar y religioso. La aldea creció considerablemente, y antes de finalizar el siglo XVIII, Carlos III elevó a las Provincias del Sur de América a la dignidad de virreinato para mejorar la defensa frente a las invasiones y evitar los abusos de Portugal. El territorio comprendía la Banda Oriental, Paraguay, Tucumán, Cuyo y Alto Perú con la ciudad de Buenos Aires como capital.

Con el correr del tiempo y el complejo crecimiento del Virreinato del Río de la Plata, se incrementó el número de españoles que llegaron para ocupar puestos destacados en la administración mientras crecía el número de pobladores denominados “blancos de orillas” u “orilleros” que no tenían los medios esenciales para subsistir. También señala la autora ya citada, que los comerciantes constituyeron otro grupo de peso en la sociedad colonial y sin cuya iniciativa no podrían haberse desarrollado las actividades de beneficencia. Su fuerza y empuje estuvieron alimentados por un espíritu religioso, pero también por el prestigio que la Iglesia confería a sus benefactores. Las órdenes religiosas hospitalarias se dedicaban a asistir a los indigentes. En la primera época, la asistencia a los alienados blancos se efectuaba en las celdas de los conventos, en tanto que a los indios y negros se los enviaba a las cárceles del Cabildo.

José Ingenieros en “La Locura en la Argentina” (1937), pone de manifiesto que la relativa escasez de población de los núcleos urbanos en la época

colonial, hacía innecesaria la fundación de Casas de Orates, no teniendo conocimiento de la existencia de alguna de ellas en América. Por ello, el destino de los alienados se relacionaba con la contención que exigía la enfermedad o sus manifestaciones. Los varones furiosos, previa consulta al “Padre” si eran blancos o al “Hechicero” si eran negros, eran conducidos a la cárcel, donde se les retenía por simple disposición municipal, “amansándolos” con ayunos, golpes y duchas, se les ponía cepos y se los sujetaba con cadenas a la pared. Este temperamento, sigue diciendo, se adoptaba con todos los furiosos de cualquier condición social, pues no había otro. Si la agitación pasaba, volvían a sus casas, si se prolongaba, los locos seguían encadenados hasta “amansarse” o morir; algunos pasaron años encadenados en los calabozos. Las mujeres furiosas blancas eran recluidas en los conventos de que eran “clientas”, alguno de los cuales disponía de calabozos similares a los del Cabildo. Las negras o mulatas en iguales condiciones eran encerradas en calabozos de la policía. El trato en todos los calabozos destinados a locos furiosos -conventuales, policiales o privados- era el mismo: a través de una reja se les daba comida y a veces se extraían los excrementos. Los deprimidos, varones o mujeres, eran asistidos en sus domicilios por un “Padre” o “Brujo” según su color. Ciertos conventos, reseña Ingenieros, tenían alguna habitación habilitada como enfermería general.

Los locos tranquilos, divididos en “maniáticos”, “zonzos” y “graciosos”, se adaptaban a la vida familiar y algunos alegraban la vida urbana. Cuando la enfermedad se hacía crónica y el enfermo pasaba al estado demencial, su familia lo asilaba en una habitación separada o lo enviaba a una quinta. Las familias ponían mucho empeño en ocultar a sus relaciones la existencia de un “bobo”, “opa” o “mentecato” resultando a veces tan perfecta la ocultación, según refiere Ingenieros, que sólo al dividirse las herencias se descubría la existencia de otros herederos. Cita el caso de una celda ubicada en una quinta de San Isidro perteneciente a una familia adinerada, que pudo conocer cien años después de construida, destinada a encerrar a algún pariente enajenado para que no incomodara ni fuese visto. Estas disímiles situaciones no se modificaron sustancialmente con la fundación de los primeros hospitales, pues pasaron muchos años antes de establecerse la costumbre de hospitalizar a los alienados.

El 11 de noviembre de 1614 fue inaugurado el Hospital San Martín, cuyo nombre recuerda al patrono de la ciudad, San Martín de Tours, pero hasta 1670 tuvo una existencia nominal. El cuidado de su capilla y su par de ranchos se había relacionado sólo por excepción con la asistencia a algún infeliz que no encontraba amparo en alguna casa de la pequeña aldea. Por ello en sus primeros tiempos, dada la escasez de población, tenía gran parte de sus camas sin ocupar. Luego fue convertido en la Casa de Recogimiento y en el transcurso del siglo XVIII, debido al crecimiento demográfico de Buenos Aires, volvió a ser destinado a la atención médica. En el año 1740 se habilitaron más camas con un promedio de quince enfermos en asistencia. Eran casi todos militares y

estaban mejor cuidados que el resto de la población pues se ocupaba de curarlos el cirujano del presidio, venido de España con las tropas. En 1748 llegó a dieciséis camas y sus instalaciones, administración y dirección quedaron en manos de los padres Bethlemitas, llamados vulgarmente padres barbones debido al uso de barbas. Se trataba de una hermandad dedicada a la administración de hospitales, fundada en Guatemala en 1660 por San José Betancourt y que se extendió desde México hasta Argentina. La transferencia fue dispuesta por el gobernador Andonaegui, luego de un trámite demorado 20 años, a raíz de la sospecha existente en el Consejo de Indias en cuanto a que los pedidos de habilitación de hospitales encubrieran o fueran la excusa para fundar conventos. A partir de entonces se conoció como “Hospital de los Bethlemitas” o de “Santa Catalina”. Durante esta administración el hospital alojó a los dementes que enviaba el Cabildo cuando estorbaban en su cárcel. Eran relegados al “loquero” un rancho apartado de la sala de enfermos. Sin embargo, hace notar José Ingenieros, que estar en ese depósito de maniáticos y dementes. Resultaba para ellos más penoso que permanecer en la cárcel del Cabildo. Según consta en el libro de visitas de la cárcel de Buenos Aires, en 1784, se registra a un demente homicida, al que se decidió mantener allí hasta que se le pudiera proporcionar otro destino, *“respecto a no haber en esta capital ni en sus inmediaciones hospital para esta clase de enfermos”* (1).

En 1795 el Hospital San Martín fue trasladado a la “Residencia de los Jesuitas”, conociéndose como “Hospital de Belén” o “San Pedro Telmo”. Reservado a convalecientes, incurables, contagiosos del sexo masculino y locos, aunque su estado y atención eran deficientes. Fue ubicado en la actual calle Humberto I esquina Defensa, junto a la Iglesia de San Telmo, en un edificio donde luego funcionarían la Cárcel de Mujeres, el Patronato de la Infancia y actualmente el Museo del Servicio Penitenciario Federal. En 1812, cuando el Superior de los Betlehemitas, Fray José de las Ánimas, fue acusado de conspirar con Alzaga comenzó la decadencia del hospital.

El virrey Juan José de Vértiz, nacido en México, se destacó por su política progresista en varios aspectos: geopolítico, cultural, social, edilicio y asistencial. Durante su gestión (1778 – 1784) se fundaron diversos organismos de protección pública. La Casa de Niños Expósitos albergó a los niños abandonados. La Casa de Corrección de Mujeres, asiló a prostitutas y delincuentes con la intención de corregir sus conductas. El Protomedicato se dedicó al cuidado de la salud pública reconociendo a los idóneos para ejercer la medicina y tratando de erradicar al curanderismo. En el Hospicio de Pobres Mendigos se recogieron a los vagos y mendigos que deambulaban en la vía pública. Pero entre ellos había varios alienados tranquilos que fueron asilados en el Hospital Santa Catalina, donde algunos ayudaron como sirvientes o como enfermeros.

Con relación a la asistencia de los pobres, la actitud de la sociedad rioplatense fue ambigua pues solía emparentárselos con quienes transitaban por el vicio o el delito. Los mendigos, parecían constituir una amenaza contra el orden social

y el delito de vagancia conllevaba imputaciones diversas y solía desencadenar posteriores denuncias de mayor gravedad. La comisión de un delito traía aparejado el encierro en un calabozo de la cárcel común, ubicada en la casa del Cabildo. Todas las fuentes basadas en registros y descripciones de la época coinciden en afirmar que la permanencia en esa cárcel era intolerable, tanto por las condiciones insalubres del interior como por el hedor de los cuerpos sin vida que yacían fuera, expuestos bajo la Recova para ser reconocidos por sus familiares. Los delincuentes peligrosos eran engrillados y confinados, las penas eran crueles, dependiendo su modalidad de ejecución de la clase social a que perteneciera el condenado. La caridad pública y la limosna eran la fuente de ingresos para atender las necesidades de los condenados. Algunos eran enviados a mendigar a los atrios de las Iglesias, otros lo hacían desde las celdas que daban a la acera y, en las calles, quienes estaban en ellas cumpliendo condenas a trabajos forzados.

Esta situación carcelaria y hospitalaria fue similar a la de Europa. Por ello resultan bastante coincidentes las descripciones referidas por distintos cronistas. Esa situación carcelaria y hospitalaria puede caracterizarse por condiciones de vida poco soportables en razón de la insalubridad, hacinamiento, falta absoluta de tratamiento terapéutico, encierro por temor al carácter impredecible de las conductas. Una errática e indistinta reclusión en la cárcel o en el hospital determinaron la forma de vida de los locos.

John Howard fue un magistrado de Bedfordshire, que en su condición de humanista recorrió las cárceles y hospitales europeos (Inglaterra, Irlanda, Escocia, Francia, Alemania, Holanda, Italia y Suiza) registrando minuciosamente sus observaciones en el libro “El Estado de las Prisiones, de los Hospitales y de las Cárceles de Europa en el siglo XVIII” publicado en Inglaterra en 1777. Acerca de la situación de alojamiento de los enfermos mentales en las islas británicas refiere que “... existen pocas prisiones en las que hombres y mujeres se encuentren separados durante el día. En algunos condados las prisiones sirven además de casas de corrección, en otras, las dos instituciones están contiguas y el patio es común. El delincuente menor tiene allí una buena escuela y se puede ver a jóvenes de doce o catorce años escuchar con avidez el discurso de criminales avezados acerca de sus aventuras, sucesos, estratagemas, evasiones. Agrego que algunas prisiones reciben a los idiotas y a los locos. En ocasiones esos pobres seres son el divertimento de los visitantes ociosos. La mayoría de las casas de corrección están superpobladas, amenazando la salud de sus prisioneros, debido a los locos que molestan y acaparan las salas reservadas a los condenados. Los locos, cuando no están aislados, molestan y asustan a los otros prisioneros. Ningún cuidado les está permitido, probablemente algunos recuperarían su razón y se convertirían en personas útiles para la sociedad si un régimen o tratamiento apropiados les fuesen distribuidos”. Esta situación era constatada por Howard, más allá de la vigencia de leyes que prescribían separar a los locos de los prisioneros del derecho común, según la cita por él efectuada de una ley

irlandesa correspondiente al tercer año del reinado de George III. En Francia, recorre el hospital de hombres en Bicêtre encontrando que además recibía a locos y enfermos venéreos, pero se separaba a unos de otros con lugares y patios distintos. Visita luego al hospital general La Salpêtrière destinado a mujeres. Pero respecto de otros pone de manifiesto que *“...nunca visité hospitales peores que los de St. Louis y el Hotel Dieu, estaban tan superpoblados que los enfermos se apiñaban cinco o seis por cama, algunos agonizaban. El Hotel Dieu recibía parturientas, enfermos con fiebre, heridos, huérfanos y locos. Cada categoría estaba separada”* (2).

Fernando Alvarez-Uría se dedicó a la investigación histórica y sociológica referida a la España del Siglo XIX analizando las condiciones de los hospitales y cárceles, volcando sus conclusiones en la obra *“Miserables y Locos”*. En ella se encuentran descripciones como ésta: *“La policía de pobres no podía ser ya un asunto de caridad. Exigía una organización médica de los hospitales. Tradicionalmente estos albergues de la desesperanza funcionaban gracias a legados, fundaciones familiares, exenciones, privilegios (...) En este espacio, los discípulos de San Vicente de Paul y otras órdenes hospitalarias practicaban toda clase de obras de misericordia (...) El hospital en tanto casa de salud debía reunir condiciones sanitarias para no generar la enfermedad (...) La reforma de los hospitales, en estrecha relación con su saneamiento, otorgará a los médicos nuevos poderes (...) La medicina moderna se va a desarrollar hasta alcanzar elevadas cotas de prestigio y poder que exhibe hasta la actualidad, pero quienes realmente abrieron paso al médico rural fueron los falsos médicos, barberos, sacamuelas, comerciantes de la salud, practicantes, aspirantes frustrados a cirujanos (...) La Salud Pública se inserta entre la pobreza y el crimen, entre la enfermedad social y el peligro (...) Entre tantas familias de pobres y tantas especies de enfermedades, destaca un tipo de enfermo, el más próximo a los exotismos lejanos, el loco, que entra al jardín de las especies del hospital quizá para jamás abandonar el papel que le fue asignado: el de convertirse en un sujeto dócil y sometido a una razón técnica domadora de las pasiones y de los excesos, que lo tutela por su propio bien”*. Al ocuparse de las condiciones sociales que generaron la aparición del manicomio, refiere que *“El nuevo cuerpo de especialistas se encargó de retomar en beneficio propio la jurisdicción de viejas instituciones y de fabricar nuevos espacios de intervención (...) el loco ocupará una plaza ambigua, ya que es peligroso como los criminales pero irresponsable como los niños, adulto en edad de trabajar, pero improductivo como los enfermos (...) En el crepúsculo de la Edad Media, los eclesiásticos y las personas piadosas se encargaron de proteger a los dementes de los escarnios públicos, erigiendo albergues para ellos. La casa de Orates de Valencia fundada en 1409, el hospicio para dementes fundado en 1425 por el rey Alfonso V de Aragón en Zaragoza, el Hospital de Inocentes creado en 1436 en Sevilla y el de Toledo de 1583 (...) Todas estas fundaciones no eran, propiamente hablando, manicomios: eran lugares de la caridad en los que se asistía a una población*

heterogénea fundándose en principios religiosos. Para que el manicomio se instituya como tal, será preciso que una óptica curativa y un gobierno médico reemplacen a la vieja óptica del modelo asistencial.”. Explica el traspaso del enfermo mental desde su alojamiento indiferenciado en el hospital general al manicomio, citando a Monlau: “El proyecto de creación del manicomio modelo se impuso cuando las ideas dominantes de la época clamaban contra el gigantismo de los hospitales, sus altos índices de mortandad provocados por numerosos contagios y por falta de asepsia (...) Pero la duda que puede ocurrir sobre si es más conveniente reunir a los enfermos en los hospitales o dejarlos en sus casas para ser curados, no existe respecto a los locos: el aislamiento de familia, que tan funesto es para la sociedad porque rompe las relaciones entre sus individuos en circunstancias en que debían estrecharse más, forma sin embargo parte esencial del tratamiento moral de los locos”.

Los motivos de esa divergencia en el trato terapéutico que destacan estos autores se encuentran en las características propias de la enfermedad mental poco asimilables al resto de las enfermedades somáticas y en muchos casos de difícil o muy incierto pronóstico. Esas mismas características aportan complejidad tanto a la perspectiva médica como a la jurídica al momento de establecer los parámetros del tratamiento que corresponde ofrecer al enfermo mental en sus respectivos ámbitos de incumbencia. Y esto ocurre desde la diagnosis médica o la determinación de la inimputabilidad jurídica, pasando por el tratamiento terapéutico y judicial destinados a revertir la enfermedad mental y sus consecuencias, hasta la compleja determinación de la desaparición de aquellos elementos de la enfermedad que imponen la restricción a la libertad del sujeto y que suelen evaluarse al momento de disponer su externación.

Robert Castel, citado por Alvarez-Uría (Cuaderno 106), señala la dificultad que plantea la regulación de las sociedades democráticas respecto de la locura: el loco no puede ser castigado porque es irresponsable, pero a la vez -por ser peligroso para sí mismo y para los demás- tampoco debe ser dejado en libertad. El alienismo nace, según su perspectiva, cuando los médicos especialistas resuelven en nombre de la ciencia esta situación, y en nombre del alienismo terapéutico se establecerá que el loco que no podía ser dejado en libertad sería encerrado, por su propio bien, en un lugar especial de reclusión definido como condición de su propia liberación. El loco, refiere Alvarez-Uría, ya no es una fiera salvaje que debe ser separada del mundo de los hombres y custodiada por los amantes de la caridad. Ahora, los especialistas médicos, que definen al loco como un enfermo y como un menor, instaurarán una relación de tutela humanitaria y científica y lo aislarán en un espacio terapéutico en el que será sometido a tratamientos científicos capaces de devolverle la razón perdida. Ello sucederá en Francia alrededor de 1838 y en España alrededor de 1846. Sin embargo, la diferenciación no es tan puntual y en algunos casos posteriores las estadísticas permitirán comprobar la existencia de locos en las cárceles y casas

de corrección, así como resultará probable la presencia de algún delincuente en los hospitales y casas de locos.

En el territorio que actualmente corresponde a la República Argentina, será similar la evolución de la temática referida a la locura y el trato conferido en el ámbito médico y jurídico al enfermo mental. Se advertirá una lenta modificación desde que, en la época colonial, el loco quedaba librado a su suerte por las calles o era llevado mediante la beneficencia y la dedicación de las comunidades religiosas. Posteriormente sería encerrado entre los criminales en la cárcel común o en el hospital general, sin diagnóstico ni tratamiento y con una categorización jurídica errante que en el caso de los que eran autores de delitos, unas veces era asimilado al criminal común y en otras se le atenuaba la pena intuyendo que alguna diferencia existía en su psiquis y por consiguiente en la reprochabilidad moral. Pero precisamente por ser una diferencia meramente intuitiva pero aún no definida ni determinada, llevaba en el mejor de los casos al perdón judicial o a la conmutación de las penas. Los locos eran pues azarosamente alojados en las cárceles comunes, aún sin haber cometido delito, simplemente cuando atravesaban un brote o fase de su enfermedad que los tornaba violentos o peligrosos y en otras ocasiones reclusos en los hospitales. El Doctor Vicente Fidel López relata que un mulato de la clientela de sus abuelos, sufría periódicamente la locura de creerse rey de su nación de negros, con la particularidad de padecer una o dos semanas de agitación, seguidas por tres o cuatro meses de melancolía: pasaba en la cárcel del Cabildo las semanas peligrosas y en el Hospital de Santa Catalina los meses melancólicos, quedándole lo restante del año para vivir con su familia y trabajar de peón de albañil.

La ciudad de Buenos Aires, sólo contaba con el Hospital San Martín, Santa Catalina, de Belén o San Pedro Telmo, según las diversas denominaciones que fue recibiendo, con la cárcel pública del Cabildo y con la Casa de Corrección de Mujeres como lugares en los cuales alternativa e indiferenciadamente eran alojados los locos, sin distinciones referidas a la enfermedad mental que en particular los aquejara o al delito que eventualmente podían (o no) haber cometido. La cárcel hacía el papel de hospicio o de casa de corrección. Difícilmente pudiera concebirse en ese contexto un lugar de alojamiento especial para aquellos enfermos mentales autores de delitos, ni un espacio conceptual que perfilara el sistema de las medidas de seguridad para aplicar a los inimputables del artículo 34 inciso 1º del Código Penal actual.

El primer proyecto de ley sobre Alienados en el país, data de 1879 y corresponde al doctor Emilio Coni. Contenía disposiciones sobre establecimientos de alienados públicos y privados, sobre asistencia domiciliaria y proponía normas de control y vigilancia. En cuanto al ingreso en estos establecimientos se trataba de una decisión médica y administrativa sujeta a normas por tratarse en definitiva de una detención. Fundamentalmente pretendía evitar las internaciones injustificadas y garantizar la liberación del interno curado. En el año 1891 Ramón Tejerina incluye otro proyecto en su

tesis “La locura y la ley”. Pero nunca se convirtieron en ley. En ambos casos la preocupación central no era el individuo sino la delimitación precisa de las condiciones bajo las cuales alguien podía ser internado. Es decir que Coni, Tejerina y algunas regulaciones posteriores, toman al personaje del “loco criminal” para determinar que debe ser internado en un establecimiento o pabellón especial, como extensión del manicomio, separado a la vez de los locos y de los criminales, por su particular condición. Lucio Meléndez agregaría un criterio terapéutico al señalar que resultaba más fácil que curaran en un hospicio que en la cárcel.

El surgimiento del hospital especializado que se ocuparía exclusiva e integralmente del enfermo mental constituyendo un ámbito espacial y médico destinado a observarlo y estudiarlo, se dará en el auge del alienismo como ocurriera en Francia y en España. En el campo de la Medicina y la Psiquiatría, en 1879 los doctores Lucio Meléndez y Emilio Coni presentan al Congreso Internacional de Medicina reunido en Ámsterdam, una excelente memoria denominada “Consideraciones sobre la Estadística de la Enajenación Mental en la Provincia de Buenos Aires”, que fue publicada aquí en 1880.

LAS CONCEPCIONES DE LA ENFERMEDAD MENTAL Y EL DISCURSO PSIQUIÁTRICO-JURÍDICO SOBRE LA LOCURA EN ARGENTINA.

El afianzamiento del alienismo y del estudio de la personalidad del loco criminal se nota respecto de las admisiones en los hospicios. La autoridad médica se impondrá regulando esas admisiones, decidiendo con su autoridad al margen de lo que sugirieran los certificados expedidos por los médicos de policía. Varias anécdotas referidas a Lucio Meléndez y a Domingo Cabred, registran en diversos momentos esta particular cuestión que resultará significativa para apreciar la trascendencia del nuevo enfoque otorgado a la locura y en particular a la locura vinculada al crimen. Lucio Meléndez insistió en la necesidad de poner fin al abuso en las internaciones y de enfrentar hábitos arraigados en la policía, los jueces y los propios médicos que tomaban al hospicio como un lugar de reclusión donde enviar a todo sujeto abandonado. Denunciaba que se cometían abusos en las remisiones al hospicio por no existir en el país otros establecimientos adonde enviar los ebrios. Con la misma vehemencia criticaba a las familias que intentaban deshacerse del pariente idiota, ciego o paralítico y también a las autoridades de otros hospitales o del Asilo de Mendigos que pretendían sacarse de encima pacientes rebeldes o con crisis diversas remitiéndolos al hospicio (3).

Por estas razones, más allá de lo que pudiera constar en los certificados del médico policial, el director del hospicio solía dar el alta al paciente que se le remitía cuando consideraba que no era alienado. En cuanto al delincuente simulador, lo devolvía inmediatamente a la cárcel, con el mismo gesto categórico que evidenciaba dónde residía la autoridad para decidir en estos

casos: se trataba de una defensa de su saber y de su jurisdicción. Pero las derivaciones inadecuadas y alojamientos inconvenientemente decididos por las autoridades policiales, judiciales o médicas, seguirán constituyendo una preocupación. Aún hoy, resulta frecuente hallar a las unidades especiales de los servicios penitenciarios destinadas al alojamiento de enfermos mentales, superadas en su capacidad de alojamiento por la presencia de las más variadas categorías de internos que no guardan relación con aquéllos para los que fueron creadas, entorpeciendo el tratamiento de unos y de otros. La medicina, primero con el alienismo y luego con la llegada del perito forense y el criminólogo, *“...arrancaría a muchos supuestos criminales del rigor de la ley, para aconsejar su encierro en los lugares de observación, porque para la Medicina Legal no son sino enfermos desgraciados, aunque dañosos a la sociedad en que viven”*, según lo afirmara Julián Fernández en los Anales del Círculo Médico. En el interior del manicomio, el loco era observado y tratado por el alienista en forma directa, conviviendo por largos períodos para conocer la evolución de los procesos patológicos. Se trataba de un modelo patriarcal, dentro de un estado de minoridad, pero aquella convivencia de la autoridad médica tornaba aún más evidente que esa presencia familiar, directa, permitía usar un sistema de castigos y recompensas e imponer un tratamiento específico conforme al criterio médico y moral. Así lo hicieron Uriarte, Borda y Alejandro Korn, entre otros directores.

Para efectuar el análisis del discurso psiquiátrico y jurídico en nuestro país referido específicamente a los enfermos mentales que delinquieron, resulta provechoso dirigir una mirada al pasado que se torna realizable gracias a la documentación proveniente de diversas fuentes que registraron en su oportunidad los diferentes discursos convocados con motivo de algunos temas relevantes.

Uno de ellos fue el de la denominada “locura parcial”, “locura sin delirio” o “monomanía”, que provocó confusiones por no presentarse con los caracteres exaltados que hasta entonces se atribuían a la locura y por ser latente u ocultarse tras una apariencia de normalidad en muchos de los casos estudiados. Entre los entendidos suscitó extensas discusiones la supuesta contradicción entre aquella concepción de la locura con rasgos de constante exaltación seguida de un comportamiento absurdo y la premeditación o la racionalidad evidenciada por los autores de ciertos crímenes que atrajeron la atención del público y los especialistas por sus inusuales características.

Alienistas en primer término y luego peritos, psicólogos y criminólogos cuando aquéllos no resultaban convincentes en el ámbito forense, serán convocados sucesivamente por la justicia para dictaminar acerca de estas extrañas especies de locura en las que resultaba difícil compatibilizar el razonamiento anterior y posterior a la comisión del crimen, con un estado morboso de las facultades mentales.

Es oportuno en este punto recordar los debates suscitados en el ámbito científico, así como los dictámenes contradictorios que fueron vertidos en el

ámbito forense por los especialistas respecto de algunos de esos casos destacados.

El haber sido documentados, aún fragmentariamente, facilitó que se convirtieran en objeto de estudio en tiempos actuales. Así es por ejemplo como llega hasta nuestros días con todas sus vicisitudes aquel caso modelo del homicida Pierre Rivière cuidadosamente analizado por Michel Foucault y el equipo de un Seminario del Collège de France en el libro *“Yo Pierre Rivière,”* (2001). El hecho ocurrió en Francia, durante el proceso penal al que fue sometido Rivière se elaboraron dictámenes contradictorios por parte de los especialistas intervinientes, empleándose terminologías y concepciones que reflejan los paradigmas de la época.

Esa lectura recuerda otros casos similares ocurridos en la ciudad de Buenos Aires cuyo documentado y publicitado proceso permitió incluso hasta nuestros días contar con la posibilidad de analizar el rumbo de los discursos criminológicos, sociológicos, pero especialmente psiquiátrico y jurídico desarrollados en estas tierras.

En efecto, Argentina tuvo casos similares al francés en su resonancia por sus características inusuales y por estar igualmente plagados de contradicciones surgidas de las divergentes conclusiones a las que arribaron los exámenes psiquiátricos practicados por prestigiosos representantes de la medicina local que tuvieron intervención.

Dos de esos casos fueron paradigmáticos; el del parricida José Vivado y el caso del homicida múltiple Cayetano Santos Godino, conocido generalmente por su apodo “el petiso orejudo”.

El primero de estos casos enfrentó al médico de la penitenciaría y al Consejo de Higiene Pública que consideraron imputable a Vivado, con el entonces director del Hospicio de las Mercedes, Lucio Meléndez, quien al igual que el profesor de Medicina Legal Eduardo Wilde y el médico de tribunales Julián Fernández lo declaró “loco”. El tiempo y la evolución de la enfermedad de Vivado dieron la razón a estos últimos y Meléndez publicó una refutación del informe de aquéllos médicos en un folleto del año 1879, advirtiendo *“...cada día que pasa me convenzo que a la suspicacia en el examen de un loco tiene que agregarse la luz de la ciencia, que de una manera maravillosa adelanta día a día estableciendo estados intermedios inaccesibles para el que no se preocupa de su estudio, razón por la cual pasan por supercherías vulgares verdaderas formas de enajenación mental”*.

Así resumía Lucio Meléndez la evolución y las modificaciones producidas en las concepciones médicas y sociales de la enfermedad mental, que se evidenciaban en los fundamentos y terminologías empleadas por cada especialista al avocarse al estudio del caso en particular.

También de esa manera arrojaba luz sobre el motivo de las divergencias en el discurso de los médicos y psiquiatras, al poner énfasis en la necesidad de receptar la evolución de los paradigmas médicos y volcarse al estudio de la enfermedad mental con nuevos conceptos y renovada metodología.

Las concepciones antiguas de la enfermedad mental, en particular de la locura como símbolo de exaltación y comportamiento absurdo, ya no tenían demasiado fundamento, en tanto en la vida cotidiana se evidenciaba que un hombre podía actuar antes o después del crimen con cierta premeditación y discreción, a pesar de hallarse perturbadas sus facultades mentales.

La locura no se reducía a la manía, el delirio, la excitación, o el estado catatónico, ofreciendo zonas de penumbras entre esos extremos que solo podían alumbrarse adecuadamente con la luz de la ciencia, siempre que ésta estuviera dispuesta a abandonar preconcepciones y concepciones caducas.

Adoptar esta actitud no parecía tarea fácil por aquellos tiempos, a juzgar por lo sucedido en otro de los casos resonantes, el de Cayetano Santos Godino.

Fue detenido en Buenos Aires en 1912 cuando tenía 16 años de edad, acusado de los homicidios de Arturo Laurora (cometido el 26 de enero de 1912) Reina Bonita Vainicoff (marzo de 1912) y Jesualdo Giordano (3 de diciembre de 1912).

Al ser procesado y en base a la documentación conservada, podemos apreciar cómo aparece la construcción del caso y del autor, producida por quienes lo observaron de manera privilegiada desde sus diversos saberes, construyendo también un discurso propio destinado a exteriorizar sus conclusiones y de un modo un tanto encubierto a reconstruir al *hombre/anormal/delincuente* que a partir de allí será para la posteridad Cayetano Santos Godino.

En los tres peritajes psiquiátricos que le realizaron en el proceso, intervinieron respectivamente los doctores Negri - Lucero, Cabred - Estevez y Nelson - Mercante, todos ellos destacados especialistas que desde diversas concepciones y con variada terminología nos ofrecerán la particular “construcción” de Cayetano Santos Godino.

“LA PRODUCCIÓN DE GODINO”. ARMADO Y CONSTRUCCIÓN

El discurso psiquiátrico de los médicos que intervinieron en sus peritajes se desarrolla empleando nociones un tanto anticuadas, endebles y poco rigurosas. Por supuesto que su discurso, al igual que el mismo proceso penal, está atravesado por el andamiaje conceptual en boga en la época, así por caso, puede apreciarse que la “simulación” utilizada por Godino (recurso tan caro a la Criminología de la época -José Ingenieros entre otros intelectuales se dedicaron ampliamente a reflexionar sobre ello-) es considerada por el Fiscal interviniente Jorge Coll como un mecanismo que intenta avalar la pretensión de ser declarado insano con el fin de evadir la cárcel. Y como ésta otras nociones y recursos entonces vigentes se entrecruzarán una y otra vez en el proceso.

Pero lo decisivo de ese discurso, con sus concepciones de moda y sus nociones endebles, es que al mismo tiempo que construye al sujeto imputado (a la sazón Godino) convirtiéndolo en un “diferente” y “un peligro”, niega o al menos oculta esa operación transformadora, haciendo aparecer a los rasgos que

considera sobresalientes, como presentes con bastante anterioridad a la comisión del primer hecho delictivo por parte del imputado, y proyectándolos también al porvenir conductual de éste.

Ese proceder no es exclusivo por supuesto de este célebre caso, sino común a todos los procesos penales de la época.

Descubrir, hacer evidentes y exponer estos procedimientos discursivos analizando los casos históricos modelo, tiene sentido pues ofrece cierto entrenamiento y habilidad para descubrir la ocurrencia de esos mismos procedimientos en los procesos actuales, en que aquellas construcciones suelen pasar inadvertidas por hallarnos inmersos en la misma perspectiva, concepción y discurso compartidos por su condición de contemporáneos.

EL ANÁLISIS DEL DISCURSO en el PROCESO A GODINO

Un denominador común a los tres informes realizados por los expertos de la Psiquiatría en el caso de Santos Godino es la aparición de conceptos cuya rigurosidad científica es dudosa.

Así, por ejemplo, el informe de los doctores Negri-Lucero contiene ambiguas referencias, empleando términos y conceptos de escasa rigurosidad, como “ceguera moral” o afirmaciones del tenor “carece en absoluto de sentimientos religiosos”.

Cabe preguntarse ante su lectura ¿Qué es en términos psiquiátricos la ceguera moral? y en cuanto a la otra frase citada interrogar si ¿Acaso la ausencia de sentimientos religiosos es castigada por el derecho? ¿Qué legitimación o fundamento encuentran los especialistas para concluir que un sujeto ateo es un sujeto proclive al delito? Los informes no presentan esos fundamentos ni argumentan en tal sentido.

En el informe, el doctor Nelson consigna que “Godino no ha llorado nunca”. No abundan tampoco en este caso argumentación ni razones que aclaren el alcance de tal rasgo de la personalidad del imputado, ni su relación con la comisión de homicidios.

Mercante expresó en su informe; “... Godino es el tipo característico de la idiotez afectiva total, el signo del criminal peligroso, estigma de degeneración moral...”

Afirmaciones poco esclarecedoras, al tiempo que sumamente dogmáticas.

Por último, en el informe de Cabred-Estevez se indica que “...desde los primeros años se mostró indómito, de mal genio y pendenciero... no prestaba atención alguna a la enseñanza...”

Los especialistas, en suma, parecen rastrear y examinar al detalle la vida de Godino remontándose al pasado en busca de rasgos que puedan ser relacionados con el crimen actual y fundamentar proclividades o tendencias delictivas en esos rasgos o aspectos que están fuera de lo estrictamente antijurídico. (Irreligiosidad, ceguera moral, poca inclinación al llanto).

Todo ello tiene un tono de tardía justificación y resignificación a la luz del crimen actual y del individuo que es hoy (ó por ese entonces era) el imputado.

INTERSECCIÓN DE SABERES Y DISCURSOS

En toda esta construcción la labor relevante estuvo a cargo de los peritos intervinientes en el caso. Renombrados especialistas por cierto en el caso de Godino y el de Vivado.

Su discurso y el saber psiquiátrico dirigieron el plan de esa obra cuya versión final, de conjunto, impresionaría al ánimo, influyendo en el criterio del juzgador.

Actualmente responderíamos con automaticidad que los peritajes psiquiátricos no son enteramente vinculantes en nuestro derecho positivo para el juez, pero ¿Cómo desvanecer la fuerte impronta de sus conclusiones y arrojar luz sobre esas solemnes, encriptadas y terminantes frases que a veces encierran?

En su caso Godino recibió tres conclusiones:

1- Los doctores Negri y Lucero expresaron en su informe al respecto: "...sobre si debe ser aislado, suscita una inmediata contestación afirmativa, prevista por la ley civil, que autoriza la reclusión de los alienados peligrosos, entre los cuales el procesado será calificado por el juicio correspondiente de interdicción, que puede y debe ser iniciado a la brevedad posible".

2.-Los doctores Cabred y Estevez señalaron: "... debe permanecer, indefinidamente, aislado, en el manicomio en el que se encuentra, en la sección de alienados llamados delincuentes (Pabellón Lucio Meléndez), o en una sección de esta clase, que se establezca en un asilo especial para idiotas".

3.-El doctor Nelson no recomendó una acción determinada, expresando: "...Las observaciones hechas en el proceso a Cayetano Santos Godino me llevan a la conclusión de que se está en presencia de un caso de degeneración agravada por el abandono social de que el procesado ha sido víctima, y que por lo tanto no puede hacérsele responsable de sus crímenes, aun cuando su libertad sería peligrosa".

Se generó entonces el eterno interrogante ¿Donde alojar a este tipo de sujetos? El Juez Oro finalmente declaró la inimputabilidad de Godino y dispuso su internación en el Hospicio de las Mercedes.

En ese lugar se efectuaron las observaciones de Godino, como de otros tantos delincuentes alienados, siendo también éste como indicó su abogado defensor "entregado a la contemplación de la ciencia, que si no nos lo devuelve nunca, es probable, en cambio, que la sociedad recoja en concepto de preservación y profilaxia, los resultados de esa observación útil y fecunda".

Observado, analizado y examinado por los más destacados especialistas Godino pasó a formar parte de las páginas de la historia criminológica, policial y judicial de nuestro país, siendo por tanto su proceso también un referente apto para ilustrar los discursos científicos implicados y analizar sus alcances.

Y esa mención a la profilaxia social que efectuaba el defensor de Cayetano Santos Godino conduce a otro interesante tema ligado a las medidas de seguridad que recibirá tratamiento en el apartado siguiente.

* Nota: para una lectura extensiva sobre la criminología en el ámbito nacional en el siglo XIX se sugiere la fuente documental empleada para este ítem: “Yo, Cayetano Santos Godino, habiendo matado a....” *Un ensayo acerca de la psiquiatría penal en la constitución de L’Uomo delinquente criollo. José Giavedoni. Revista de Ciencias Sociales Delito y Sociedad. Año 12 número 18-19. 2003, Buenos Aires.*

IDEOLOGIAS-DISCURSOS: LA SOCIEDAD Y LOS INDESEABLES

La configuración de los discursos (psiquiátricos, jurídicos, criminológicos, sociológicos, etc.) así como el derrotero que recorren en la sociedad y el medio cultural al que pertenecen no son azarosos ni surgen de la nada. Por el contrario, tienen profundas raíces no siempre evidentes y una ideología subyacente suele fundarlos.

La construcción del tipo de delincuente se relaciona con las necesidades concretas de la sociedad en que se produce y en cierta medida la evolución del conocimiento científico se adapta a ellas y no a la inversa.

A veces los discursos vigentes en una sociedad en un determinado período están destinados a seducir, a captar a determinados sujetos en razón de justificarse en una ideología que considera a esa categoría de sujetos como deseables e intenta atraerlos para integrarlos. En otros casos sucede lo opuesto y el discurso está abierta o encubiertamente destinado a repeler del seno de la sociedad a determinados sujetos que considera y etiqueta como “no convenientes”.

Otras veces se da el raro fenómeno en que una categoría de sujetos, son primero atraídos y luego repelidos por el discurso (social y jurídico) en un corto tiempo, pero esta actitud que pareciera ser insólita no lo es tanto, tiene sus raíces en cuestiones ideológicas y sociológicas que superan lo meramente discursivo.

Es lo que sucedió en nuestro país alrededor del año 1900 con los inmigrantes. Pero no siempre la categoría a repeler venía de afuera, a veces la sociedad se esmeraba en mecanismos para expulsar elementos autóctonos que no deseaba conservar en su seno.

En el 1800 el indeseable era el indio, y en ocasiones el gaucho. En 1900 lo fue el anarquista.

Con el indio, según su poderío y siendo temido en las regiones de frontera, cuando no se podía contra él, se firmaban tratados y acuerdos acordándose raciones, grados militares y reconocimiento a fin de mantener la concordia y comprometerlo a no acometer con sus ataques ni cometer robos. Los archivos de notas y oficios de los Juzgados de Paz de Patagones entre otros, conserva

documentos de ello. (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Bs. As. Edición del Bicentenario. 2010, La Plata. Pág.57 y sgtes.)

El gaucho también encontró en el discurso jurídico, legal y social obstáculos para su integración en la sociedad.

Desde las guerras de la independencia se incrementaron las demandas de soldados, ello motivó la aparición de las leyes de levas a partir del 29 de mayo de 1810. Por ellas todos los varones entre los 18 y los 40 años que fueran reputados vagos o sin ocupación conocida, quedaron sujetos al servicio militar activo. La ley de 1814 les exigía portar un billete impreso, un formulario oficial que testimoniaba el servicio militar. Los peones rurales debían portar dicho documento.

El bando del general Manuel Luis de Oliden, gobernador intendente de Buenos Aires, decretó el 30 de agosto de 1815 que los peones debían portar un documento firmado por el estanciero empleador y el Juez de Paz del partido. Los que no renovaban el documento cada tres meses podían ser calificados sumariamente de *“siervos o vagabundos”*, con las obligaciones o el castigo correspondientes: 5 años de servicio de las armas la primera vez y 10 años la segunda. Entre 1822 y 1824 se ampliaron por decretos las clasificaciones de *“vagos y malentretidos”* para incluir a capricho del Juez, virtualmente, a todos los varones rurales. Bastaba el mero testimonio verbal de un Juez para sentenciar a varios años de servicio militar.

El escritor José Mármol describió la situación social: “Esta ley debe ser lo más clara posible, porque es una ley contra los pobres”.

Efectivamente así se aplicaba en la realidad, el decreto firmado por el gobernador de la provincia de Buenos Aires Martín Rodríguez y su ministro Bernardino Rivadavia el 18 de abril de 1822 sobre *“vagos y malentretidos”* sería un eficaz instrumento para llevar al ejército a pequeños propietarios cuyas tierras eran codiciadas por hallarse entre grandes propiedades. Se registraron casos como el del expediente iniciado por el Juez de Paz de San Vicente, Felipe Giménez contra Pedro León, que fue detenido y destinado al servicio de las armas por tres años. Luego de varias vicisitudes ante la grosera ilegalidad del procedimiento y la sentencia del Jury que tuvo intervención, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, el 5 de octubre de 1878 encontró que no había mérito para la prisión del procesado León, ordenando su libertad y realizando un llamado de atención al Juez de Paz interviniente que había actuado de mala fe contra León por enemistad.

(Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires. Edición Bicentenario. 2010.La Plata, páginas 346/349).

Así se reflejó tanto en el discurso judicial como en las ordenanzas, los decretos y leyes de levas, una ideología de la élite contraria a la clase rural desposeída y los pequeños propietarios rurales que a su criterio estorbaban a la rentabilidad de sus tierras. Forjando así las normas a su medida, con categorías útiles, que por su vaguedad y ambigüedad permitían capturar a todo aquel que estorbara a sus propósitos con el único fin de engrosar las filas del ejército y quedarse

con las tierras. Esas temidas categorías conceptuales “malentretidos”, “vagos”, “siervos” fueron apropiadas para aplicar medidas predelictuales, sin fundamento para su procedencia, ni justificación más allá de la arbitrariedad y el rigor.

El fenómeno inmigratorio también tuvo cierta relación con el tratamiento de la locura por parte de la sociedad argentina. En el siglo XIX este fenómeno estuvo calificado por una visión idealizada cuyo paradigma es la obra de Alberdi y llegará hasta el propio texto de la Constitución Nacional que convoca “*a todos los hombres del mundo que quieran habitar suelo argentino*”, asegurándoles los beneficios de la libertad y el goce de todos los derechos civiles del ciudadano (preámbulo). El gobierno federal debía fomentar la inmigración, pero la proveniente de Europa (artículo 25, mantenido en el texto actual). La de otras latitudes no formaba parte de aquella concepción idealizada. El inmigrante europeo era símbolo del progreso y la modernización, mientras que ciertos nativos eran considerados vagos, como los gauchos cuyo sometimiento y desventuras plasma poéticamente el “Martín Fierro”, o bárbaros, como los indígenas, rechazados al punto de no ser considerados como integrantes del nuevo estado y violentados física y simbólicamente hasta ser desposeídos de sus culturas, sus tierras y sus vidas.

Sin embargo, pocas décadas después la situación del inmigrante convocado se modificó en la realidad social argentina a pesar de la letra constitucional. Aquel inmigrante que había sido atraído a estas tierras se vio rechazado. La primera etapa de las políticas inmigratorias incluyó el dictado de numerosas leyes que entregaban tierras fiscales a los inmigrantes europeos. Pero en la realidad, los precios fijados eran inaccesibles, los plazos de financiamiento reducidos y las exigencias elevadas, lo que determinó que el inmigrante se convirtiera en un peón de los terratenientes. Los trabajadores que se insertaban al mercado de trabajo sufrían las consecuencias de la concentración de los medios de producción en manos de una elite. Así se veían sometidos a jornadas laborales extensas en condiciones deplorables, con sueldos que no cubrían sus necesidades básicas. En las leyes de inmigración, como la 817, el Estado definía los tipos humanos de inmigrante que deseaba: “*aquel extranjero, jornalero, artesano, industrial, profesor, que siendo menor de 60 años y acreditando su moralidad y aptitudes, llegare a la República para establecerse en ella, en buques a vapor o vela, pagando pasaje de segunda o tercera clase o teniendo pagado por cuenta de la Nación, las Provincias o empresas particulares protectoras de la inmigración o colonización*” (artículo 12). Pero no admitía a los inmigrantes “*...enfermos de mal contagioso o cualquier vicio orgánico que los haga inútiles para el trabajo, ni dementes, mendigos, presidiarios o criminales*” (artículo 32)”. A pesar de los cuatro millones de inmigrantes que llegaron a cobijo de estas políticas inmigratorias, junto a la modernización impulsada en materia de comunicación y transportes y de la sanción de instrumentos jurídicos tales como las leyes de educación laica, de registro civil y de matrimonio civil, aquella concepción del extranjero portador

de progreso, pronto habría de cambiar convirtiéndolo en un signo de enfermedad social, a la que se atribuían todos los males; alcoholismo, locura, crimen, anarquía. En esta redefinición será calificado como delincuente, avaro, criminal, anarquista o sedicioso. Se comienza a creer que los extranjeros enloquecen más fácilmente y se toman recaudos contra ellos. En 1884 Rawson en su “Estudio sobre las casas de inquilinato de Buenos Aires” consideraba que el aire viciado, la oscuridad de esos lugares que repiten la lobreguez y el encierro de los locos de Bicétre, contamina el aire de las residencias que los rodean. Surgen entonces leyes muy diferentes a las anteriores en relación a los inmigrantes. En 1902 los conflictos laborales recrudecieron, ya habían arribado al país intelectuales y militantes anarquistas destacados y se extendían en todo el territorio las sociedades de resistencia, los periódicos y los centros culturales de dicha orientación. El 15 de marzo de 1902 Argentina había firmado el *Tratado de Extradición y Protección contra el Anarquismo* de la Segunda Conferencia Internacional Americana.

Fue a raíz de los graves conflictos registrados en esos días que el 22 de Noviembre de 1902 el proyecto que fue presentado en 1899 por el entonces Senador Miguel Canè se convirtió en la Ley de Residencia (4144), dirigida contra la creciente acción sindical y cuyo breve texto resulta elocuente: “*El Poder Ejecutivo podrá ordenar la salida del territorio de la Nación a todo extranjero que haya sido condenado o sea perseguido por los demás tribunales extranjeros por crímenes o delitos comunes (Artículo 1). El Poder Ejecutivo podrá ordenar la salida de todo extranjero cuya conducta comprometa la seguridad nacional o perturbe el orden público (artículo 2). El Poder Ejecutivo podrá impedir la entrada al territorio de la República de todo extranjero cuyos antecedentes autoricen incluirlo entre aquéllos a que se refieren los dos artículos anteriores (artículo 3). El extranjero contra quien se haya decretado la expulsión tendrá tres días para salir del país, pudiendo el Poder Ejecutivo, como medida de seguridad pública, ordenar su detención hasta el momento del embargo (artículo 4)*”.

Quinientas personas fueron detenidas y deportadas durante la siguiente semana. Fue derogada recién en el año 1958, lo que demuestra que fue invocada por muy diversos gobiernos, en especial durante la celebración del centenario de la Revolución de Mayo, para expulsar a quienes según su criterio ponían en peligro el orden público o la seguridad. Los gobiernos veían la cuestión social y los conflictos laborales como un problema importado del viejo continente. Por ello los términos de esta ley que reforzando la represión entendía terminar con la “cuestión social”.

Otra medida fue aumentar el número de Comisarías que pasó de veintiuna en el año 1886 a cuarenta y tres en 1912, al tiempo que se militarizaba esa institución para controlar los desbordes de la lucha electoral, se formaba la Guardia de Caballería y se creaban la oficina de Identificación Antropométrica y las Comisarías de Pesquisas, llegando a la creación primero de la Sección Especial de la Policía de la Capital que luego fuera elevada al rango de

Comisaría de Investigaciones, cuya función era vigilar las actividades políticas. En 1904 se incorporo también el sistema dactiloscópico, el prontuario policial y en 1907 la cedula de identidad para brindar a la policía mejores instrumentos de control.

En 1904 el diputado electo por la ciudad de Buenos Aires, Alfredo Palacios presentó un proyecto de derogación de la Ley de Residencia fundado en su inconstitucionalidad, argumentando que contrariaba los derechos constitucionales, otorgaba poderes judiciales al Ejecutivo y criminalizaba mediante la pena del destierro conductas sin establecer un procedimiento adecuado para la defensa del acusado. El debate duro varios días, pero la ley no fue derogada. En el curso de ese debate el diputado por la provincia de Buenos Aires Adolfo Mugica señalaba que el anarquismo provenía del exterior, habiendo nacido en un ambiente distinto del nuestro, venia a estallar aquí porque hallaban la tolerancia que no existía en sus países de origen y agregaba *“...Además, no existe ni puede existir entre nosotros, por lo menos salido de nuestras entrañas, ese germen de descomposición a que me refiero (...) Yo no creo que existan argentinos anarquistas, si existieran no pediría contra ellos ninguna pena, los mandaría, simplemente al manicomio”*.

Estas expresiones trasuntan una visión ingenua del conflicto al tiempo que evidencian las representaciones propias de aquellos tiempos, confundiendo enfermedad con delito, alienados con delincuentes.

Sin embargo, a pesar de su contundencia la Ley de Residencia no resultó suficiente y entre el 27 y el 28 de junio de 1910 fue sancionada la ley 7029 conocida como Ley de Defensa Social especialmente enderezada a precisar el procedimiento para la represión del anarquismo.

En el proyecto redactado por el diputado Ayarragaray se incluía expresamente al enfermo mental.

Para fundarlo decía el diputado *“Es menester, pensaba, prohibir la entrada del loco, del epiléptico, significando que este país tiene el derecho fundamental que reconocen todas las constituciones del mundo, de defenderse por medio de leyes de preservación social de los peligros exteriores importados, ya sea de una epidemia, ya sea de un ladrón reconocido, ya sea de un condenado por un tribunal de justicia, ya sea de un anarquista...”*. Al redactar el capítulo 1 indicaba: “Artículo 1: Desde la promulgación de la presente ley, queda prohibida la entrada y la salida del territorio argentino de las siguientes clases de extranjeros:

- a. Los idiotas, locos y epilépticos.
- b. Las personas afectadas de tuberculosis o de cualquier enfermedad contagiosa, peligrosa o repugnante.
- c. Los mutilados o contrahechos.
- d. Los mendigos y las personas que por su condición física o moral representen una carga inútil para la sociedad.
- e. Los que hayan sufrido condenas o estén condenados por delitos comunes que según las leyes argentinas merezcan pena corporal.

- f. Los que practiquen la poligamia y las mujeres que vengan al país o sean introducidas para el ejercicio de la prostitución, como asimismo los que procuren introducir las o ejerzan negocios u oficios inmorales.
- g. Los anarquistas y demás personas que profesan o preconizan el ataque por cualquier medio de fuerza o violencia contra los funcionarios públicos o los gobiernos en general o contra las instituciones de la sociedad.
- h. Los que hayan sido expulsados de la República mientras no se derogue la orden de expulsión.

Finalmente, el capítulo incluyó solamente con la prohibición de entrada de anarquistas.

En los discursos registrados durante el debate de ambas leyes, que pueden apreciarse en detalle en la obra de Gabriela Costanzo “Los indeseables” un sentimiento atraviesa todas las argumentaciones a favor de su dictado; el miedo. Las protestas y las huelgas se escapaban del control del Estado y quienes entonces detentaban el poder temían que los arrastrara al abismo. El discurso de los legisladores mostraba una descripción del anarquismo un tanto reduccionista poblada de metáforas tomadas de teorías evolucionistas y criminológicas. Se calificaba al anarquismo básicamente como una enfermedad traída del continente europeo y contra ese virus o germen patógeno se proponía un combate desde el higienismo. En ocasiones lo describían como secta y en otros casos como crimen y a los anarquistas se los trataba como monstruos, enfermos o delincuentes, según el caso.

El manicomio y la cárcel alojarán a estos inmigrantes locos y delincuentes, tan diferentes al idealizado portador de civilización, según la concepción de quienes en esos momentos formaban la élite dirigente, liberal en lo económico y sumamente conservadora en lo social.

Hasta el siglo XIX la función primordial de la cárcel consistió en la guarda o custodia de las personas procesadas por la comisión de un delito, y no en ser fuente de aflicción, criterio que conforme señala Abelardo Levaggi provenía del derecho romano en base al principio pronunciado por Ulpiano: “*carcer ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet*” (La cárcel debe ser tenida para custodiar a los hombres, no para castigarlos), y fue plasmado en las Partidas: “...porque la cárcel no es dada para escarmentar los yerros, mas para guardar los presos tan solamente en ella, hasta que sean juzgados” (Partida VII, 31 IV). Felipe II dispuso en 1578 que hubiera, especialmente para América, cárceles “para custodia y guarda de los delincuentes”, reiterándolo Carlos III en 1788 al expresar que el objeto de la cárcel era “solamente la custodia y no la aflicción de los reos”, exigiéndolo el propio Cabildo de Buenos Aires. Cabe señalar que estos principios respecto de las cárceles no deben asociarse con lo establecido en el artículo 18 de la Constitución de 1853. En su época y contexto, las cárceles cumplían también una función penal, de manera que, en el caso de los condenados, la norma dispone evitar los castigos adicionales o innecesarios, que excedan lo establecido por la ley (conf. Levaggi ob.cit.).

Pero a pesar de todas estas claras expresiones, los fines preventivo y punitivo de la cárcel no siempre estuvieron bien delimitados. Como también señala Levaggi, coexistía la cárcel coacción y la cárcel corrección permitiendo alojar respectivamente al deudor que no pagaba sus deudas con el fin de apremiarlo, o al hijo, esposa o esclavo enviados por quien tenía potestad sobre ellos para obtener la enmienda que no lograban los correctivos privados. Así una falta o un exceso doméstico, llevaban a su autor al ingreso a la cárcel, no por la acusación de haber cometido un delito, sino del incumplimiento en el pago de una deuda o de la supuesta necesidad de corrección del *alieni iuris*. La causa del ingreso a la cárcel (guarda, pena, coacción, corrección), determinaba el régimen al cual estarían sometido el preso. Aunque no faltaron épocas o lugares en los que, de hecho, todos quedaron reducidos a la misma condición. Hasta las primeras décadas del siglo XIX aquella confusión en los roles de la cárcel común y en la heterogeneidad de su población continuaron más allá de lo que las leyes establecieran. Los dementes fueron alojados por mucho tiempo en la cárcel. Entre tales confusiones, aquella cárcel común también cumplió para los enfermos mentales la función de hospicio. Dos lazos unieron a los hospicios y casas de corrección con las prisiones modernas tanto en España como en América: el fin correccional y la actividad laboral. El Doctor Abelardo Levaggi refiere un plan general de organización judicial realizado para Buenos Aires por encargo del gobernador Dorrego al jurista francés Guret Bellemare radicado por entonces en esta ciudad, que contemplaba un sistema de cárceles divididas en dos grandes espacios, separando varones y mujeres; a su vez cada espacio se subdividiría según el grado de locura o culpabilidad del preso. En ese plan se refiere a los “hombres atacados de locura en todos los grados” y también señala “en cuanto a los niños de quince años y más abajo, debe mandárseles a un verdadero hospital de enfermos”. No obstante, este proyecto no pudo prosperar ya que, al ser concluido en 1829 por su autor, el gobernador Dorrego ya había sido depuesto y fusilado.

En 1812 se dicta el Reglamento Provisional de la Policía y en 1821 se crea el cargo de Jefe de Policía, autoridad de la que dependerían todas las prisiones de la ciudad de Buenos Aires. En 1865 se instala en Mendoza la primera penitenciaría del país. Mientras tanto la ciudad de Buenos Aires aún mantenía la vieja Cárcel del Cabildo que comprendía la cárcel de encausados, la cárcel correccional, el presidio de cumplimiento de condenas y la cárcel de mujeres. También había una “cárcel penitenciaria” meramente nominal instalada en el antiguo Hospital General de Hombres reservado para los dementes y situado en calle San Juan. La Penitenciaría Nacional quedó concluida el 5 de enero de 1877, organizada y puesta en funcionamiento por Enrique O’Gorman. Instalada en el predio de la calle Las Heras, recibió el 28 de mayo la primera remesa de veintidós condenados provenientes de la cárcel del Cabildo. Desde entonces albergó a penados -criminales y correccionales- encausados e incluso menores. La dirección de Antonio Ballvé, a principios del siglo XX llevó la Penitenciaría de Buenos Aires a ser modelo en su género. Un número

proporcional de celdas fue puesto a disposición de las provincias que carecían de cárceles apropiadas para que enviasen sus reos sentenciados a la pena de penitenciaría por seis o más años.

El Código Penal de la Nación comenzó a regir el 1° de marzo de 1887 mientras las provincias habían adoptado el proyecto de Carlos Tejedor. Sin embargo, debieron adaptarlo a su situación carcelaria, porque sólo Mendoza y Buenos Aires contaban con establecimientos para cumplir la pena de penitenciaría. Tucumán inauguró la suya en 1891. Tal situación impedía la igualdad en la aplicación de las penas.

En cuanto a los hospicios, su evolución fue similar a la de las cárceles y su situación no era mejor que la descrita respecto de ellas. Las medidas que el virrey Vértiz había dispuesto en materia de medicina pública serán profundizadas con la organización de la medicina realizada por Rivadavia en su labor como ministro. Se continuará con una administración civil de los hospitales, pero ahora dirigida por profesores de la Escuela de Medicina.

En 1779 los locos fueron trasladados al Hospital de Hombres, aunque en 1822 cuando fue clausurado definitivamente el Hospital de Santa Catalina, aún permanecían reclusos en él algunos alienados. Si bien perduró la intención de separar a los locos respecto de la población de enfermos internados en los hospitales generales y en las cárceles, no se concretó hasta 1854 y 1863 para mujeres y hombres respectivamente. Destacan los autores que en un comienzo no se trataba de separar al loco para asistirlo mejor, sino para beneficiar al resto de la población de enfermos, pues se consideraba a aquéllos molestos. Por su parte la medicina los diferenciaba de los enfermos orgánicos. Aún luego de la creación de los Hospitales de Alienados, la situación de los locos, hacinados y sin tratamiento, se mantuvo. Será en 1886, tres décadas después de la creación de la Facultad de Medicina, cuando se crearía la primera cátedra específica de enfermedades mentales a cargo el doctor Lucio Meléndez.

Los enfermos mentales varones que habían estado alojados originariamente en el “loquero” del Hospital San Martín o Santa Catalina fueron remitidos al Cuadro de Dementes del Hospital General de Hombres, situado en el Alto de San Pedro. Este “Cuadro de Dementes” fue de hecho y durante casi un siglo el único manicomio de hombres. Allí se había construido un calabozo con cadenas y cepos destinado a los furiosos, similar al del Cabildo. Alrededor del año 1800 había cincuenta alienados, sobre un total de cien enfermos alojados en el hospital que tenía entonces tres salas generales con un centenar de camas, una sala de presos, una salita de oficiales del ejército y una sala de crónicos.

El Anexo “Cuadro de Dementes”: que parecía haber sido destinado anteriormente para celdas de los jesuitas, tenía cuadros aislados, con puerta al corredor y allí se mantenían encerrados a los locos con un centinela en la puerta. No se les prodigaba ningún tratamiento específico y eran visitados por uno de los médicos solamente cuando sufrían alguna enfermedad no psiquiátrica. Cuando alguno se ponía furioso, refiere Ingenieros citando a Albarells, se le encerraba en un cuarto sin muebles y muchas veces sin cama,

donde permanecía mientras duraba el acceso que suelen presentar las demencias crónicas. Varias veces sucedió que peleaban entre ellos y se provocaban heridas más o menos graves, que a veces llegaban a la muerte. En el año 1854 el Hospital General de Hombres tenía ciento treinta y un dementes hacinados en su famoso Cuadro. En 1857 algunos de edad senil fueron llevados al Asilo de Mendigos. En 1858 más de dos tercios de la población del hospital pertenecía al Cuadro de Dementes. En 1883 este cuadro fue evacuado totalmente y demolido en 1883. En 1863 se había habilitado una parte del Hospicio de Hombres (origen del Hospicio de las Mercedes, actual Hospital Neuropsiquiátrico José T. Borda), con capacidad para ciento veintitrés enfermos.

HOSPITAL GENERAL DE MUJERES.

Las mujeres alienadas, cuando eran furiosas, fueron en un principio -más exactamente desde 1692- alojadas en la Casa de Recogimiento, pues allí eran enviadas por el Cabildo, cuando no tenían asistencia familiar y molestaban en los conventos a raíz de su estado agitado. Desde 1743 algunas dementes fueron asistidas en una sala para mujeres pobres que había creado la Hermandad de la Santa Caridad (organización laica de beneficencia de interesante labor en la época). Pero en principio las mujeres dementes fueron encerradas en la cárcel y en la Casa de Corrección. En 1825 dos negras frenéticas no dejaban descansar a las demás presas de la cárcel bonaerense con las que estaban mezcladas, pero como el número de presos era elevado, no quedaba lugar para tenerlas separadas (4). En 1845 figuraban en una lista de presos ocho mujeres dementes y en 1851 veinticuatro mujeres dementes (5). Documentos de 1853 mencionan la presencia de locas furiosas en el departamento destinado a las mujeres de dicha cárcel pública, por estar colmada la capacidad del hospital (6). Fundado en 1822, el **Hospital General de Mujeres** compartió hasta 1852 el carácter de depósito de alienadas con la Cárcel de Mujeres. Tenía un calabozo con un cepo para las agitadas. Las tranquilas eran empleadas como sirvientas y enfermeras, compartiendo estas funciones con las presas de la cárcel.

En 1852 la Sociedad de Beneficencia pidió que la policía condujera a las alienadas al hospital que estaba a su cargo en lugar de hacerlo a la cárcel. Esta medida aumentó el número de asiladas, formándose un Patio de Dementes similar al que existía en el Hospital General de Hombres. En 1854 se trasladaron sesenta y cuatro alienadas a La Convalecencia, que luego se transformaría en el **Hospital Nacional de Alienadas**. También había alienadas en la Casa de Corrección, encerradas en calabozos con cepos y cadenas, al igual que en la Cárcel de Mujeres, donde existía un calabozo especial para las enajenadas. Las encausadas y condenadas que presentaban síntomas de locura, eran retenidas en la Cárcel de Mujeres del Cabildo.

Desde un principio, la organización y dirección de los hospicios de hombres y de mujeres fueron diferentes. Mientras los establecimientos destinados a las

mujeres y a los niños seguían dependiendo administrativamente de la Sociedad de Beneficencia, el Manicomio de hombres -creado en 1863- y el Hospital de Hombres dependían de la Comisión de Higiene Pública de la Municipalidad de Buenos Aires.

Durante la época de Rosas se desatendieron todos los servicios de beneficencia y medicina pública. Así, por disposición de un decreto de 1835 se hizo cesar la Sociedad Filantrópica, presionándose a las escuelas regidas por la Sociedad de Beneficencia hasta retirarles todo recurso en 1838, lo que las obligó a subsistir de limosnas y donaciones particulares. En 1852, caído Rosas, el nuevo gobierno reinstaló la Sociedad de Beneficencia entregándoles el 2 de abril de ese año la administración del Hospital de Mujeres. Dicha Sociedad llamó muy pronto la atención sobre las alienadas alojadas en la Cárcel y sobre aquellas que vagaban por los suburbios. Pidió para el alojamiento de las alienadas la cesión de una parte del local de la antigua Convalecencia.

Entre los documentos relacionados con las Instituciones de la Sociedad de Beneficencia y Asistencia Social que abarcan el período 1823-1952, mencionados en la publicación Documentos Escritos del Archivo General de la Nación, Tomo I, se encuentran referencias al origen del Hospital Nacional de Alienadas que ilustran adecuadamente este aspecto. Así consta que hasta el año 1852 las enfermas psiquiátricas no recibían ningún tipo de atención médica, puesto que eran recluidas en la Cárcel de Mujeres, que en ese mismo año, Doña Tomasa Vélez Sarsfield, entonces inspectora del Hospital General de Mujeres, elevó un informe a la Sociedad de Beneficencia considerando necesario habilitar un local para la internación de mujeres alienadas. Efectuada la petición por la Sociedad, el gobierno nacional dispuso que la Comisión Filantrópica, presidida por el doctor Ventura Bosch, habilitara parte del edificio del Hospital de la Convalecencia. El nuevo establecimiento, **Asilo Nacional de Mujeres**, se abrió el 15 de marzo de 1854 alojando a sesenta y ocho enfermas. En el año 1856 llegó a las noventa y un internas. También por disposición gubernamental, a partir de 1860 el establecimiento quedó a cargo de la Sociedad de Beneficencia. En el año 1880 se nacionalizó teniendo ya trescientas ochenta y cuatro asiladas. Dado que la capacidad era de doscientas camas, y el número de pobladoras era de trescientas setenta y siete, el 1 de diciembre de 1881 el gobierno prohibió la admisión de otras. Como consecuencia, volvieron a hacinarse las enfermas mentales en la Policía, la Cárcel de Mujeres, el Hospital de Mujeres y el Asilo del Buen Pastor.

Así, en el año 1894 se inicia, con recursos públicos, la instalación del Hospital Nacional de Alienadas (actualmente **Hospital Neuropsiquiátrico de Mujeres Braulio Aurelio Moyano**), con capacidad para mil doscientas enfermas, aunque siempre utilizando edificaciones ya existentes. A principios de siglo volvió a producirse el hacinamiento en dicho hospital, situación que fue aliviada con la entrada en servicio desde 1908 del Asilo de Alienadas de Lomas de Zamora y más tarde con el traslado parcial de enfermas al Asilo de Oliva en la provincia de Córdoba. La mortalidad en el Hospital Nacional de Alienadas

según Meléndez y Coni fue de alrededor del 20% entre los años 1854 y 1878. En 1899 se inaugura el Pabellón John Connolly destinado a las alienadas delincuentes, que funcionó hasta 1905. En el año 1933 la capacidad del Hospital Nacional de Alienadas era de mil seiscientas camas, pero el número de internas alcanzaba a tres mil cien. Tres años después la situación fue paliada parcialmente al construirse el Pabellón de Admisión y Clinoterapia, con capacidad para cuatrocientas camas. Allí las enfermas pasaban un corto período para el diagnóstico clínico y psíquico que definía su posterior tratamiento. Dicho hospital fue dirigido en forma sucesiva por los doctores Antonio Piñero, Manuel Podestá y José Estéves.

Como ya se mencionó, la falta de espacio y camas disponibles que venía afectando al Hospital Nacional de Alienadas, llevó en 1904 a la Sociedad de Beneficencia a solicitar al gobierno nacional la donación de una quinta en la localidad de Lomas de Zamora, provincia de Buenos Aires, para trasladar parte de las internas. Con recursos públicos fue instalado el nuevo Asilo en Lomas de Zamora (actual Hospital Interzonal de Alienadas José Estéves), que se inauguró el 26 de septiembre de 1908 en el predio de la llamada Quinta Varela, ocupando una mayor superficie (20 hectáreas) entre 1913 y 1929. En su inauguración contaba con capacidad para recibir trescientas ochenta enfermas, pero la población también fue aumentando paulatinamente hasta alcanzar más de tres mil cien internas en el año 1940. Una gran parte del terreno perteneciente al asilo fue destinada a huerta y granja, produciendo parte del alimento que consumían las internas, algunas de las cuales trabajaban en su cuidado. La asistencia psiquiátrica y espiritual estuvo a cargo de la Congregación Hermanas de la Caridad. El primer director fue el doctor Antonio Piñero. En 1946 obtuvo su autonomía, pues desde su fundación dependía del Hospital Nacional de Alienadas.

El Asilo Nacional de Mujeres, siendo el primero de los manicomios creados en Buenos Aires, según señala Hugo Vezzetti en la obra citada, nació superponiendo libertad para las que estaban antes encerradas en la cárcel y encierro para las que deambulaban por los suburbios. Su régimen interno inicial se basó en un tratamiento moral, induciendo hábitos de laboriosidad mediante trabajos en el taller de costura y el estímulo de la buena conducta mediante un sistema de recompensas, teniendo las prácticas religiosas un papel destacado en ese trato. Sin embargo, no existía un tratamiento terapéutico, pues la función médica prácticamente no existió en los primeros quince años posteriores a su creación, no contando con un médico permanente, sino sólo con algunas breves visitas. Las integrantes de la Sociedad de Beneficencia colaboraban en la asistencia mientras que las religiosas quedaban a cargo de la casa, teniendo que soportar los desmanes de las enfermas furiosas.

HOSPICIO DE HOMBRES.

El Hospicio de Hombres (conocido también como **Hospicio de San Buenaventura** en honor a su fundador el doctor Ventura Bosch, se convertiría en 1873 en el **Hospicio de las Mercedes**, actual **Hospital Neuropsiquiátrico José T. Borda**). A diferencia del anterior, no dependía en su administración y dirección de la Sociedad de Beneficencia. Fue la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires la que decidió en 1858 la construcción de un nuevo edificio en las proximidades del hospicio de mujeres. Hasta entonces los dementes varones se alojaban en su mayoría en el Cuadro de Dementes del Hospital General de Hombres. Se inauguró en el año 1863, con capacidad para ciento veinte internos, ingresando ciento veintitrés. La mayoría provenía del Cuadro de Dementes, para ese entonces un depósito de seres humanos sumidos en la más espantosa miseria, hacinados en calabozos húmedos, oscuros y pestíferos, sin camas, durmiendo sobre el suelo. El número de internaciones masculinas crecía significativamente, en el año 1865 ya había trescientos sesenta y cuatro internos que llegaron a seiscientos noventa en 1878. La tasa de mortalidad era del 17 %.

La creación del Hospicio de Hombres no modificó sustancialmente la situación pues, cuando el médico director se retiraba, también lo hacía el personal auxiliar, dejando encerrados a los alienados. Fue por ello que el Doctor Uriarte al ser designado director de dicho establecimiento en 1864, decidió pasar las noches en el hospicio para disciplinar al personal. En el año 1876 dado su fallecimiento, fue sucedido por el doctor Lucio Meléndez, destacado representante del alienismo que organizará el hospicio desde esa perspectiva, con observación metódica y seguimiento de la evolución del enfermo. Su lucha contra el hacinamiento fue constante. En 1879 pidió la construcción de pabellones aislados, con jardines espaciosos que sirvieran de recreo a los insanos y permitieran la entrada de luz y aire a los lugares cerrados. En su plan exigía también la separación de los alienados agudos de los crónicos, a los convalecientes de los agitados, y a los dementes paralíticos, epilépticos y los desaseados. En 1885 se terminaron las obras.

La labor del doctor Lucio Meléndez fue continuada por el doctor Domingo Cabred, quien lo sucedió en 1892 en la dirección del hospicio. Inspirado en conceptos más modernos, realizó otras reformas, siendo la más notable la creación del Pabellón de Alienados Delincuentes, inaugurado el 4 de febrero de 1899. Lo llamó "Lucio Meléndez" confiando la dirección al doctor Helvio Fernández. Dicha creación respondía a la convicción que Cabred expusiera en el Congreso Internacional de Antropología Criminal realizado en Ginebra en 1896, según la cual los alienados delincuentes debían ser asistidos en los asilos psiquiátricos y no en los establecimientos carcelarios. También fundó un Instituto de Neuropatología, bajo la dirección del profesor Cristofredo Jakob. Durante la administración del doctor Cabred, en 1905, el hospicio de hombres fue nacionalizado, mejorando sus recursos.

En esa época comenzaron a ganar lugar las concepciones que propiciaban ocuparse del estudio de los enfermos mentales prodigándoles tratamiento

terapéutico, basados a su vez en la investigación de su conducta y personalidad, particularmente respecto de ese pequeño pero preocupante número de enfermos mentales que habían cometido delitos. Esta concepción tuvo una importancia relevante en cuanto al trato que desde la perspectiva médica, jurídica y penitenciaria debía otorgarse a esa compleja categoría de los sujetos que reunían la doble condición de enfermos mentales y autores de delitos.

Mientras estuvo en funcionamiento, el pabellón “Lucio Meléndez” constituyó un calificado centro de estudios de psiquiatría y psicopatología forenses. Albergaba: a los alienados que en tal condición habían cometido delitos y se hallaban procesados esperando ser examinados psiquiátricamente por los médicos de tribunales; a los condenados que mientras cumplían su condena en establecimientos carcelarios comunes de jurisdicción nacional habían enloquecido requiriendo entonces una internación especializada y finalmente a los procesados o condenados que presuntamente simulaban estados de alienación mental a fin de ser observados permanentemente.

El 20 de junio de 1907 a instancias del doctor Antonio Ballvé, director de la Penitenciaría Nacional, fue creado dentro de ella el Instituto de Criminología, designándose director a José Ingenieros. Tenía entre otras, la función de “... examinar y observar permanentemente a todos aquellos reclusos que presentaban síntomas de alienación mental, estableciendo el tratamiento psiquiátrico adecuado y disponiendo por intermedio de las autoridades correspondientes, su traslado al establecimiento adecuado”, que era precisamente el Pabellón de Alienados Delincuentes del Hospicio de las Mercedes. Este pabellón constaba de planta baja, tres pisos en la parte central y dos en las laterales. Su capacidad normal era de ochenta internados, pero llegó a alojar hasta doscientos cuarenta. Dependía directamente del Director del hospicio. Fue cerrado el 28 de abril de 1969, cuando, mediante el Decreto número 1972, pasó a depender de la entonces Dirección Nacional de Institutos Penales (actual Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal), perdiendo su primitiva denominación y pasando a formar la Unidad 20 del Servicio Penitenciario Federal, que funciona en la actualidad.

Las diferencias en la administración y funcionamiento entre el hospicio de hombres y el de mujeres fueron notorias y se mantuvieron durante bastante tiempo. La población de ambos hospicios continuaba creciendo en forma correlativa con el aumento demográfico debido al aporte inmigratorio. Las estadísticas de Meléndez y Coni muestran que las internaciones entre 1864 y 1878 no eran prolongadas (menos del 10%), no resultando significativo tampoco el número de reinternaciones (5%) Entre los hombres predominaban los extranjeros (66%) no así en el caso de las mujeres, ya que la mayoría de los inmigrantes varones llegaban solos para establecerse. En cuanto a las edades, el 70% de los hombres y el 62% de las mujeres internadas, tenían entre 21 y 40 años, siendo más numerosas las personas sin actividades especializadas, aunque ningún sector dejó de tener algún miembro en el hospicio.

COLONIA NACIONAL DE ALIENADOS DE LUJÁN

Las incesantes mejoras del Hospicio de las Mercedes no resolvían el problema del hacinamiento. Señala José Ingenieros que a fines de 1900 la cifra de internados ascendía a mil trescientos. Se buscó construir una casa de dementes fuera de la ciudad, en las proximidades del ferrocarril y con organización de trabajo agrícola para los internos. Lucio Meléndez había presentado un proyecto en tal sentido. Finalmente, tomando como modelo el Asilo de Altsherbitz en la Sajonia Prusiana, el doctor Domingo Cabred hizo trazar los planos de la **Colonia Nacional de Alienados**, dirigiendo los arduos trabajos de suntuosa edificación en la localidad de Luján. La Ley de creación lleva el número 3548 y data del 2 de octubre de 1897. La colonia se inauguró el 15 de agosto de 1901 arribando once enfermos provenientes del Hospicio de las Mercedes. El sistema fue de puertas abiertas –open door- y dio resultados calificados de excelentes. Considerada modelo en el mundo, fue visitado por estudiosos y funcionarios destacados de diversos países, resultando la primera institución de su género en Latinoamérica. Al 31 de diciembre de 1901 tenía ciento ocho internados y en el año 1919 llegaron a mil doscientos cincuenta. Actualmente se llama **Colonia Domingo Cabred** y es de jurisdicción provincial.

ASILO COLONIA REGIONAL MIXTO DE RETARDADOS DE TORRES

Creada por Ley 4953 de 1906, la colonia entró en funcionamiento el 31 de julio de 1915 con treinta pacientes varones procedentes del Hospicio de las Mercedes. La colonia fue ubicada en la localidad de Torres, partido de Luján, entre los kilómetros 17 y 80 de la ruta 192, ocupando una superficie de 234 hectáreas sin muros de circunvalación. En 1916 tenía cuatrocientos setenta y nueve asilados y llegaron a ochocientos treinta y nueve en el año 1925. Su primer director fue el doctor Heraldo Reineke. Hasta ese momento, el país carecía de establecimiento especiales para la asistencia y educación de retardados de ambos sexos, cualquiera fuera el grado y forma de su insuficiencia psíquica. Con la creación de esta colonia se inició una nueva era en el tratamiento de este tipo de enfermos que fueron los últimos en recibir los adelantos de la ciencia, pues hasta comienzos del siglo XIX carecían de todo tratamiento aún en las naciones más civilizadas. Domingo Cabred consideraba que estos enfermos eran educables con relación a la naturaleza y gravedad de su retardo. Recibían una enseñanza sensorial y concreta en los campos intelectual, físico, profesional y moral. Además, realizaban trabajos en talleres y cultivaban la tierra. Tuvo diversas denominaciones; Hogar Mixto de Retardados, Colonia Torres, Colonia Doctor José Miguel Cerda, Colonia Nacional de Oligofrénicos Doctor Cerda, Hospital Nacional de Oligofrénicos, hasta su actual denominación “**Colonia Nacional Doctor A. Montes de Oca**”

que recibiera en el año 1967. Hoy aloja a diversas patologías, resultando su estado general de un deterioro tan importante que impide toda asociación con aquella condición de modelo que poseyó en sus orígenes.

SERVICIO POLICIAL DE OBSERVACIÓN DE ALIENADOS

En el año 1900 se creó en la ciudad de Buenos Aires un Servicio de Observación de Alienados, por iniciativa del doctor Francisco de Veyga, que funcionó como clínica psiquiátrica y criminológica anexa a su cátedra de medicina legal. Se ubicó en el Depósito de Contraventores de la calle 24 de noviembre y dependía de la Jefatura de Policía. Según las disposiciones de su organización, tenía la finalidad de recluir con fines de tratamiento y de prevención a todos los individuos afectados de alguna alteración mental, indigentes o abandonados por su familia. José Ingenieros fue su primer Jefe de Clínica y tenía dos objetivos. Por una parte internar a los sujetos cuyo estado mental ofrecía peligro para la seguridad de las personas o de la propiedad constituyendo una amenaza para el orden público. Por otra parte, tendía a asegurar asistencia y amparo al alienado indigente, para tramitar luego su internación en los asilos de alienados a fin de que recibiera tratamiento médico. En marzo de 1901 el Jefe de Policía dictó una orden del día estableciendo definitivamente el servicio, confiando su dirección al doctor Francisco de Veyga. Se expresaba en esa orden, que la designación era hecha “... *con el fin laudable de establecer sobre bases prácticas, la enseñanza de la medicina legal, por cuya razón se elegía al mencionado Depósito para que los alumnos pudieran estudiar las condiciones mentales de los contraventores*”. Por primera vez se dictarían clases prácticas de criminología a estudiantes, con la exposición de los casos reales. Posteriormente asumiría la dirección el propio Ingenieros, sucediéndolo en 1911 el doctor Lucio Vicente López. Durante los primeros años de funcionamiento, según reseña Ingenieros, el Servicio Policial de Alienados tuvo en observación a más de tres mil sujetos, de los cuales mil setecientos fueron reclusos y mil trescientos liberados.

ASILO COLONIA MELCHOR ROMERO

Este asilo fue inaugurado el 24 de abril de 1884 durante el gobierno del doctor Dardo Rocha en la localidad que hoy se llama precisamente Melchor Romero, en las cercanías de la ciudad de La Plata. El gobernador denominó al hospital en homenaje a su amigo el agrimensor José Melchor Romero. Su primer director fue el doctor Julián Aguilar. Entre 1887 y 1916 fue dirigido por el doctor Alejandro Korn, durante su gestión se realizaron importantes modificaciones, se construyeron sucesivamente importantes ampliaciones en los edificios centrales y varias colonias agrícolas, comenzando a utilizarse el tratamiento terapéutico de laborterapia. Para ello fundó 6 colonias e hizo construir el Pabellón Lombroso destinado a albergar delincuentes alienados.

Estos pacientes necesitaron custodia externa que en un principio fue brindada por la Guardia de Caballería de la provincia de Buenos Aires. En su origen se componía de pabellones cerrados hasta adquirir las características de un verdadero establecimiento de alienados con los sistemas de las instituciones más modernas. Contó con pabellones de admisión para tratamiento y observación de los enfermos mentales durante el proceso agudo: con una buena extensión de tierra y viviendas de muros bajos y puertas abiertas que constituyen el *open-door* hospitalario y con colonias agrícolas donde los asilados en condiciones de hacerlo se ocupaban del cultivo de la tierra. Tuvo además pabellones especiales para procesados y condenados en situación de prevenidos o de alienados, una sección hospitalaria para enfermos comunes, salas de curaciones, farmacia y laboratorio. De carácter mixto, alojaba en diciembre de 1918 a setecientos setenta y tres varones y trescientas sesenta y tres mujeres. Actualmente lleva el nombre de **Hospital Alejandro Korn**.

INSTITUTO NEUROPSIQUIÁTRICO DEL SERVICIO PENITENCIARIO BONAERENSE.

La ausencia de establecimientos especiales, dentro del Servicio Penitenciario Bonaerense, destinados al alojamiento de los enfermos mentales que habiendo cometido delito no podían, en razón de sus características, ser alojados en establecimientos carcelarios comunes, fue una constante preocupación. El alojamiento de estas personas en hospitales neuropsiquiátricos constituyó un recurso sumamente imperfecto, dado que no contaban con medidas especiales de aseguramiento con el riesgo de fugas y dificultades con el resto de los internos. Esta situación se planteaba en casi todas las provincias. A partir del pabellón Lombroso del Hospital Melchor Romero se concibió la construcción de otro predio que estaría destinado a la futura Unidad 10 del Servicio Penitenciario Bonaerense. Esta Unidad se inauguró el 15 de septiembre de 1965 por Resolución N° 442 y decreto provincial N° 7840, luego de transferirse a la entonces Dirección de Establecimientos Penales del Ministerio de Gobierno, una fracción de tierra perteneciente al Hospital Neuropsiquiátrico Melchor Romero. Se transfirieron asimismo parte de los edificios de dicho hospital como el Pabellón Kraepelin y las Colonias Uriarte, Cabred y Pinel. Así se instaló el **Instituto Neuropsiquiátrico de Seguridad, Unidad 10**, ubicado en la localidad de Melchor Romero (Avenida 520). En esta unidad se aloja a los procesados que sufrieron alteraciones mentales durante el encierro con episodios agudos y a quienes, padeciendo una enfermedad de carácter crónico y habiendo sido declarados inimputables en los términos del artículo 34 inciso 1° del Código Penal, se encuentran en condiciones de ser alojados dentro de un régimen moderado de seguridad. Se compone de un pabellón central y tres colonias tipo granja y su extensión originaria era de 44 hectáreas. La Colonia Cabred fue destinada a alojar a los internos sobreseídos. El Instituto alojaba 356 internos aproximadamente. En el Pabellón Kraepelin reinaugurado

el 14 de enero de 2003 se dispone de un régimen semiabierto. Aloja en su planta alta 50 internos por cada una de las dos salas colectivas que lo forman. Además de la celda de admisión con capacidad para alojar 6 internos y dos cuartos de control. En la planta baja cuenta con otra sala colectiva para alojar aproximadamente 50 internos, además de cuarto de control, oficinas administrativas, áreas de profesionales y locutorio de visitas. Cuenta con una sala de tratamiento con 6 celdas individuales. Tiene alambrada perimetral. En el régimen de mínima seguridad de las Colonias Uriarte y la que aloja a los internos trabajadores que realizan tareas de mantenimiento se reúnen 52 internos. El trabajo es fundamental en dicha unidad por su finalidad terapéutica. La Colonia Cabred de régimen semiabierto tiene dos salas colectivas para alojar aproximadamente 45 internos cada una. Tiene un espacio verde como patio de recreo, una quinta interna y una cancha de bochas. La Colonia Uriarte es de régimen abierto. Tiene dos salas colectivas para alojar aproximadamente 20 internos cada una. En el comedor general se realizan las distintas actividades diarias. La sección talleres esta ubicada fuera del perímetro de la sección vigilancia y tratamiento. En ese edificio residió el doctor Alejandro Korn. En la unidad siguen recibiendo a los sobreseñados, a los sujetos en observación derivados por jueces y por otras unidades que puedan residir en un régimen de las características de los que tiene la unidad. En la actualidad no recibe directamente a personas derivadas por autoridades policiales.

Además de la laborterapia se desarrollan actividades educativas, culturales y recreativas, destacándose el Programa de Integración Extraperimetral que depende del programa de Integración de internos y familiar que permite a los mismos vincularse con el exterior, arbitrando los medios para que los internos sobreseñados y sin posibilidades de externación transitoria que no tengan familiares o allegados que se hagan cargo de ellos puedan restablecer sus relaciones con la comunidad y el exterior a fin de rehabilitarse con ayuda del personal del servicio penitenciario.

UNIDAD 29 DEL SERVICIO PENITENCIARIO BONAERENSE.

Se ubica en las proximidades de la Unidad 10, también en la localidad de Melchor Romero y aloja transitoriamente a los procesados que presentan trastornos de personalidad o síntomas de enfermedad mental. Se trata de una unidad de tránsito a diferencia de la Unidad 10 que alberga a los procesados enfermos mentales crónicos que pueden alojarse en un régimen más moderado y de la Unidad 34 que recibe a los procesados y condenados que transitan una fase aguda de la enfermedad y a los declarados inimputables del artículo 34 inciso 1° del Código Penal que requieran un régimen de mayor seguridad.

INSTITUTO NEUROPSIQUIÁTRICO DE SEGURIDAD. UNIDAD 34 DEL SERVICIO PENITENCIARIO BONAERENSE (*)

** En esta unidad se realizaron entre el 15 de diciembre de 2004 y el 19 de enero de 2005, trabajos de campo dadas sus características y por ser aquella en la que se ejecutan las medidas de seguridad aplicadas a quienes son declarados inimputables en los términos del artículo 34 inciso 1° del Código Penal. Sobre el particular y en lo referente al régimen y cumplimiento de dichas medidas se ocupa la sección 3.*

También ubicada en las cercanías de la Unidad 10, esta unidad del Servicio Penitenciario Bonaerense que lleva el número 34 reviste las características de máxima seguridad. Tiene un nivel de seguridad interno y perimetral severo y un estricto aislamiento celular nocturno de los internos. Consta de doce pabellones agrupados en cuatro sectores. Cada pabellón alberga a treinta internos. Entre los pabellones pueden mencionarse: el de admisión, el de tratamiento en crisis, el de alojamiento individual, el de drogadependientes, el de valetudinarios, el de quienes por sus condiciones trabajan en el establecimiento, el de internos de buena conducta o autogestión y el de creyentes evangelistas.

Al efectuarse los trabajos de campo, alojaba trescientos noventa y dos internos. Está destinada al alojamiento de los sujetos que, habiendo sido condenados, sufren una enfermedad mental sobreviniente de características tales que requiere un nivel de seguridad severo, así como de aquéllos que resultaron declarados inimputables por aplicación del artículo 34 inciso 1° del Código Penal. Cuenta también con un sector de aislamiento con cuatro celdas donde la vigilancia es estricta y la observación permanente, alojándose allí a los que presentan riesgo de conductas suicidas o han ingresado recientemente.

A pesar de la finalidad para la que fue creada esta unidad, se realizan derivaciones inadecuadas por parte del poder judicial, de las autoridades policiales y de los directivos de las restantes unidades del Servicio Penitenciario Bonaerense, remitiendo a ella toxicómanos procesados o condenados, sujetos procesados o condenados que sin ser inimputables presentan trastornos de personalidad severos que causan dificultades de convivencia con otros reclusos.

UNIDAD 33 DEL SERVICIO PENITENCIARIO BONAERENSE. ANEXO PSIQUIÁTRICO (*).

**Es otra de las unidades en las que se realizaron trabajos de campo referidos al cumplimiento de las medidas de seguridad de inimputables del artículo 34 inciso 1° del Código Penal durante el mes de mayo de 2005 [las conclusiones son tratadas en la sección 3.*

La Unidad, ubicada en la localidad de Los Hornos, cuenta con tres pabellones: de admisión, de madres con hijos pequeños que conviven con ellas y de enfermas mentales. Al momento de realizarse los trabajos de campo esta unidad albergaba a trescientas cuarenta y cinco internas. Entre ellas, cuarenta y cinco eran enfermas mentales.

El Anexo Psiquiátrico cuenta con veintiséis camas para pacientes estables y permanentes. No está destinado a internas con episodios agudos, pero tiene un régimen cerrado de máxima seguridad. También interfieren en la finalidad de su creación, las derivaciones inadecuadas ya referidas respecto de la Unidad 34. Debido a ello su población y distribución de la misma es heterogénea, pues más allá de la existencia del pabellón reservado a las enfermas mentales, algunas de ellas se encuentran alojadas en otros pabellones.

SERVICIO PSIQUIÁTRICO CENTRAL DE VARONES DEL SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL. UNIDAD 20 (*)

** En esta unidad se realizaron con fecha 11 de octubre de 2005 los trabajos de campo referidos a la ejecución de las medidas de seguridad impuestas a los inimputables del artículo 34 inciso 1° del Código Penal [sección 3].*

Cabe aclarar que por implementación del Programa PRISMA desde Julio de 2011 ambas unidades fueron trasladadas al Complejo Penitenciario Ezeiza en forma provisoria hasta que se construyan los establecimientos sanitarios.

Lamentablemente, la precariedad de la situación de los pacientes mentales en esta etapa incipiente aumentó, al extremo de ser denunciada su extrema vulnerabilidad por el Procurador Penitenciario de la Nación en comunicado realizado respecto de los primeros ocho meses del año 2012, alarmado por la gran cantidad de muertes violentas registradas en dicha población .-ver infra.-

Al desaparecer el Pabellón de Alienados Delincuentes “Lucio Meléndez” ubicado en el entonces Hospital de las Mercedes (actual Hospital Neuropsiquiátrico José T. Borda), pasando a depender de la entonces Dirección Nacional de Institutos Penales, quedó habilitada el 28 de mayo de 1969 la Unidad 20 del Servicio Penitenciario Federal, formalmente denominada “Servicio Psiquiátrico Central de Varones del Servicio Penitenciario Federal”, que comprendía además las instalaciones del pabellón “Vicente Chiaruggi” (7). Se trata de una unidad de máxima seguridad creada para alojar: en observación a los sujetos procesados por la justicia nacional que presenten signos de alienación mental, a los sujetos que siendo inicialmente imputables enloquezcan durante el proceso, a los sobreseídos por la justicia penal nacional por su declaración de inimputabilidad, a los condenados por dicha jurisdicción que se encuentren afectados de formas de alienación mental crónicas, a los enfermos comprendidos en las situaciones anteriores que fueran remitidos por los jueces penales de jurisdicción provincial e incluso a los enfermos no delincuentes que por su alta peligrosidad no puedan convivir con los restantes internos del vecino Hospital Neuropsiquiátrico José T. Borda. A la fecha de realización de los trabajos de campo contaba con ciento cuarenta y cuatro internos mientras que la capacidad total de alojamiento de la unidad es de ochenta y siete. Del total de los alojados setenta y dos son inimputables por aplicación del artículo. 34 inciso 1° del Código Penal. También se produce

el fenómeno de las inadecuadas derivaciones ya referido al considerar la Unidad 34.

Los pabellones o salas son tres. En la sala 1 se alojan los sujetos con trastornos de personalidad (principalmente psicópatas); en la sala 2 a los pacientes con patología psiquiátrica severa y en la sala 3, que es una sala común, se aloja a quienes presentan patologías menos severas, se encuentran más adaptados y requieren menos medicación, pudiendo colaborar con tareas generales. Hay un único patio en planta baja, al que los internos descienden por turnos, una pequeña capilla, un lugar donde funcionan talleres y un gimnasio cubierto. En la planta superior se encuentran todas las salas o pabellones y los consultorios. Cuenta con un director médico y un subdirector perteneciente al cuerpo general.

SERVICIO PSIQUIÁTRICO CENTRAL DE MUJERES. UNIDAD 27 DEL SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL. (*)

**En esta unidad se realizaron trabajos de campo en fecha 19 de octubre de 2005 relativos al cumplimiento de las medidas de seguridad dispuestas respecto de los inimputables del artículo 34 inciso 1º. (al respecto sección 3 sobre ejecución de las medidas).*

La necesidad de lograr un desdoblamiento para el adecuado tratamiento e internación de la población alojada en el Servicio Psiquiátrico Central, determinó la creación, por resolución del 29 de abril de 1980, del Servicio Psiquiátrico Central de Mujeres, Unidad 27 del Servicio Penitenciario Federal. La misma funciona en el predio del Hospital Neuropsiquiátrico Braulio Aurelio Moyano, en el pabellón que antes fuera conocido como “Esteves Balado”. Dichas instalaciones fueron cedidas al Servicio Penitenciario Federal por convenio suscripto entre la Secretaría de Estado de Salud Pública y el Ministerio de Justicia de la Nación. Desde su origen se destinó al alojamiento de mujeres: las procesadas por la justicia nacional que presentaran indicios de enajenación mental y fueran remitidas para su observación, las que siendo inicialmente imputables enloquezcan durante el proceso, las sobreseídas por la justicia nacional por haber sido declaradas inimputables en los términos del artículo 34 inciso 1º, las condenadas por dicha jurisdicción que se encuentren afectadas por enfermedades mentales crónicas o de larga duración, las procesadas o condenadas que presenten afecciones mentales en episodios agudos, las procesadas o condenadas portadoras de trastornos severos de la personalidad, y aquellas enfermas mentales que, sin haber cometido delito, a solicitud de la Dirección Nacional de Salud Mental y provenientes del Hospital Nacional Braulio Aurelio Moyano, no puedan convivir con otras internas, por su alta peligrosidad. Pero también se producen las inadecuadas derivaciones ya referido al considerar la Unidad 34.

A la fecha de realización de los trabajos de campo registraba dieciséis internas. Su capacidad real de alojamiento es de veinticinco, aunque el número ideal se

calcula en dieciocho a fin de permitir los permanentes traslados internos que exigen las descompensaciones y eventualidades propias del estado psiquiátrico de las internas.

Se encuentra a cargo de un director del cuerpo del escalafón general, no obstante que la reglamentación determina que el director debe ser médico. Un médico cirujano se desempeña como subdirector. Tiene una superficie cubierta de mil ciento veinte metros cuadrados. Consta de planta baja y planta alta con un patio descubierto y un salón cubierto. Carece de guardia y de alambrados perimetrales. Su nivel de seguridad, reducido al interior de la unidad, es de mediana o mínima seguridad. No obstante, aloja internas peligrosas.

El análisis del devenir histórico de los establecimientos que alojaron a los enfermos mentales desde la época virreinal hasta el presente, brinda la posibilidad de conocer la concepción típica de los diversos períodos respecto de estos enfermos en su contexto social, normativo, médico y político pues, siguiendo el azaroso rumbo del destino otorgado a los enfermos psiquiátricos, pueden apreciarse desde la indiferencia o ignorancia respecto de su patología y necesidad de tratamiento, hasta el surgimiento de una conciencia social y médica que habrá de traducirse en las primeras observaciones dedicadas a las patologías mentales y a las conductas criminales que en algunos casos las acompañan, hasta concebir la necesidad de un tratamiento especial desde el punto de vista médico, jurídico y eventualmente asilar para quienes han delinquido encontrándose afectados por una patología mental que impide considerarlos penalmente responsables.

El seguimiento de los antecedentes normativos, axial como de creación y desarrollo de los establecimientos, también demuestra que no siempre coincidieron -ni coinciden en la actualidad- los proyectos normativos o las leyes aplicables, con el trato que estos sujetos tuvieron o tienen en la realidad. Mientras las normas postularon un régimen tuitivo para los enfermos mentales que habían cometido delito, adoptando ciertos avances científicos y humanitarios, muchos de aquellos “establecimientos especiales” previstos en esas normas para su específico alojamiento, jamás llegaron a construirse. En otros períodos, los establecimientos sólo fueron un mero depósito, huérfano de todo tratamiento médico aplicable a los internos, a pesar de lo pregonado por el derecho y la medicina. En algunos casos, la observación y el estudio de la conducta a que fueron sometidos los enfermos mentales no respondieron a intereses genuinamente científicos de cura, sino más bien a policiales de orden externo. Se destacan como extremos en este punto la Ley de Residencia número 4144 de 1902 y la Ley de Defensa Social número 7029 de 1910.

Pero no se trata de cuestiones lógicas ni de contradicciones contingentes entre la situación concreta de estos enfermos autores de delito y las normas. Por el contrario, se refiere a las características formales y operativas inherentes al mismo sistema de medidas de seguridad penal, cuyas tensiones y contradicciones terminan desnaturalizando su esencial carácter tuitivo.

También se puede apreciar la discordancia entre normativa, concepción científica y realidad, en lo relativo a aquellos establecimientos que fueron considerados modelos por sus avances terapéuticos y suntuosidad, como en el caso de la Colonia de Luján denominada en la actualidad Colonia Cabred, o en la situación presente de la Colonia Nacional Montes de Oca, que nada conserva del primigenio asilo que iniciara una nueva era en el tratamiento de los deficientes mentales. En los establecimientos del servicio penitenciario que alojan a los inimputables del artículo 34 inciso 1º del Código Penal sujetos a medidas de seguridad, pueden hallarse mejores condiciones que las que deparan los hospitales de régimen libre a sus internos. Todos ellos tienen en común que sus múltiples falencias sólo son paliadas por el esfuerzo de gran parte del personal que desarrolla sus actividades cotidianamente con los internos, en la mayoría de los casos las únicas personas dedicadas a la atención de quienes han sido olvidados por sus familias, por las autoridades y por las instituciones.

Asimismo, según surge de los informes de los organismos de derechos humanos, así como de las constataciones realizadas por quienes recorren habitualmente los diversos hospitales, y de los hechos que en diversas oportunidades han tomado estado público, los regímenes tuitivos previstos por el ordenamiento jurídico para los enfermos mentales se tornaron abstractos, respecto de estos seres humanos que a raíz de sus padecimientos mentales habitan establecimientos en los que las condiciones de supervivencia no responden a la consideración que impone su dignidad humana.

Esta situación no resulta en modo alguno azarosa. Por el contrario, es clara consecuencia de la compleja conjunción de motivos que remiten a una actitud social indiferente, desde quienes forman el entorno familiar y directo del enfermo mental hasta las autoridades políticas, judiciales, médicas, e incluso quienes se ocupan de la dogmática y la doctrina. Basta para comprobarlo, recorrer cualquier tratado de derecho penal a fin de apreciar cuántas páginas se encuentran destinadas al tratamiento de la ejecución de las medidas de seguridad impuestas a los inimputables del artículo 34 inciso 1º del Código Penal vigente. Escasas hojas sólo contienen algunas definiciones y citas normativas consideradas suficiente aporte para el abordaje de una problemática tan compleja y contradictoria que afecta a tantas personas sometidas a su régimen.

Históricamente, entre 1820 y 1860 no se encuentran textos locales que aborden explícitamente el tratamiento específico del tema, sino de manera tangencial. Los análisis más específicos surgieron localmente con los proyectos que antecedieron al código penal, a través de las exposiciones de motivos, las notas y también las críticas de los autores, según podrá apreciarse en la sección 1.b). Empero el tratamiento del tema no fue ni es extenso en los principales autores y no guarda la mínima relación con la profusa bibliografía dedicada al estudio del delito y de la pena.

Evidentemente el escaso interés que el tema parece revestir para los autores encuentra fundamento en una perspectiva igualmente carente de interés por parte de la sociedad en la que viven. El énfasis de la sociedad recae sobre las carencias y dependencias de los enfermos mentales (como sucede con diversas discapacidades) desvalorizando sus potencialidades, en parte por temor basado en desconocimiento y en parte porque las pautas que rigen la sociedad tienden a la marginación por déficits.

Sólo la modificación de esa actitud de indiferencia que prevalece en el tratamiento de la enfermedad mental y más aún de aquellos seres humanos que revisten la doble y estigmatizante condición de enfermos mentales y criminales, es lo que permitirá revertir la situación constatada hasta el presente. En ese camino surgen las tendencias inclusivas con movimientos que tienden a escuchar los intereses y propuestas de los propios afectados. Ningún proyecto normativo, médico ni edilicio tendrá por sí mismo suficiente alcance respecto de estos eternos olvidados.

Nota: *Según la Resolución 1230/2006 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos dispuso en fecha 11-8-2006 (publicada en el Boletín Oficial el 15 - 8-2006), se dispuso que el Servicio Psiquiátrico Central de Varones (Unidad 20) y el Servicio Psiquiátrico Central de Mujeres (Unidad 27), ambos dependientes del Servicio Penitenciario Federal, alojarán solamente a personas cuya internación haya sido dispuesta por magistrados del fuero penal, derogando las resoluciones de ese ministerio Números 067/2003 y 426/2003. Con anterioridad la Resolución 248/83 autorizaba a la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal a recibir en las Unidades 20 y 27 la internación de personas dispuestas por los jueces nacionales en lo civil en los términos del artículo 482 del Código Civil. Dicha resolución fue modificada por la 426/03 que establecía "...continuarán recibiendo internaciones dispuestas por los jueces nacionales en lo civil, cuando se trate de personas a internar que hubieran sido acusadas de cometer un hecho ilícito, sometidas a la Justicia Penal, y sobreesídas o absueltas en razón de su inimputabilidad, por aplicación del artículo 34 inciso 1º del Código Penal, sin perjuicio de reunir las demás condiciones requeridas por el artículo 482 del Código Civil".*

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS:

(1) Libro de Visitas de Cárcel desde 3-4-1784 del Archivo General de la Nación, Justicia, leg. 15 exp. 359. Fs. 1-10. IX-31 4-4 citado por Levaggi.

(2) "El Estado de las Prisiones, de los Hospitales y de las Cárceles en Europa en el Siglo XVIII" de John Howard fue publicado en 1777 en inglés. La traducción al español utilizada corresponde a la efectuada del francés por la Traductora Pública Silvia Naciff, en las sucesivas ediciones de la Revista digital "Intercambios", publicación especializada en derecho penal y ciencias penales de la Universidad Nacional de La Plata, disponible en www.der.jursoc.unlp.edu.ar/intercambios/tapa.html

(3) (Revista Médica y Quirúrgica, XVI, Meléndez)

(4) Antonio Tejedor a la Cámara de Justicia: Buenos Aires, 17-5-1825,-AHPBA.7.4.9.22. (conf. cita de Levaggi, ob. cit.)

(5) AGN Policía relativo a presos.31-12-1845. 1840-1849.X 25-8-4. AGN Policía. Cárcel Pública. Lista de Presos. 1851-1852. X. 43.7.7-

(6) El jefe de policía al ministro de gobierno: Buenos Aires 1-7-1853.AGN Policía órdenes superiores. 1853. Libro 227 n 136. X 33-8-5. (conf. cita de Levaggi, ob. cit.)

(7) Bol. Púb. Penit. Fed. Arg. N° 640/69.

b) ANTECEDENTES EN LAS NORMAS JURÍDICAS PENALES.

Proyectos y códigos en la historia del derecho penal argentino anteriores al código vigente.

Para analizar la evolución, en su consagración normativa, de las diversas concepciones sobre las medidas de seguridad aplicables a enfermos mentales que cometieron algún delito, es necesario recorrer sintéticamente los precedentes nacionales más destacados. Tanto por su carácter sistemático cuanto por la influencia que tuvieron en el desarrollo de la legislación penal posterior, deben ser considerados el Proyecto de 1868 (Proyecto Tejedor), el Proyecto de 1881, el Código de 1886, el Código de 1891, el Proyecto de 1906 y el Proyecto de 1917.

Proyecto Tejedor (1868):

Este proyecto tiene particular interés por haber sido adoptado por muchas legislaturas provinciales. Contemplando un concepto genérico de inimputabilidad entre las causas eximentes de pena, lo define en su artículo 2, mediante las fórmulas empleadas en su época, abarcando a los *furiosos*, a los *locos* y en general a *todos los que hayan perdido completamente el uso de su inteligencia* y cometan un crimen en ese estado (inciso 2), así como los *imbéciles* incapaces absolutamente de apreciar las consecuencias de sus acciones o de comprender su criminalidad (inciso 3), *las personas que hayan perdido el uso de su inteligencia por efecto de la senectud* (inciso 4), los *sordomudos que no hayan recibido la educación conveniente* para conocer la criminalidad de sus actos, ni sido instruidos de las penas impuestas por la ley positiva y cuya irresponsabilidad pone fuera de duda (inciso 5).

Jorge De La Rúa señala en su “Código Penal Argentino Parte General” (1997) que, prescindiendo de erróneas referencias a cuestiones probatorias –en las que incurre también al desarrollar las notas citando a Adolphe Chauveau-, Carlos Tejedor recurrió a fórmulas de inimputabilidad como “uso de la inteligencia”, “capacidad para apreciar las consecuencias de las acciones” o “capacidad para comprender la criminalidad del acto”, demostrativas de un criterio biológico-psicológico que supera en mucho a los ulteriores proyectos.

Ello más allá de los vocablos empleados para referirse a algunas categorías según la terminología usada en la época. En efecto, “Loco”, “furioso”, “maníaco” entre otros, fueron términos empleados habitualmente por la medicina y el derecho durante todo el siglo XIX para referirse a quienes padecían enfermedades mentales, cuando ya abandonadas las concepciones mágico-religiosas previas que los venían como poseídos o embrujados, comenzaban a ser vistos como el “otro” en las categorizaciones que la medicina y el derecho recortaban, trazando siempre divisorias entre lo normal/anormal, sano/insano, moral/inmoral, peligroso/no peligroso.

Los sujetos faltos de capacidad en este proyecto están sometidos a una medida de seguridad de aplicación discrecional para el juez: la internación en establecimientos especiales, en cuanto dispone: “Las personas nombradas que cometen algún crimen, serán encerradas en algunas de las casas destinadas para los de su clase, o entregadas a su familia, según lo estime el juez por conveniente. Los sordomudos, sin embargo, podrán ser castigados como los menores de dieciocho años y mayores de doce”. (Artículo 2, párrafo 2).

Similar redacción, presentaban los Códigos Españoles de 1848 y 1870 (BOE Iberlex). En el Código Penal de 1848 el legislador no deseaba imponer pena al loco, aunque la declaración de exención de responsabilidad criminal conllevaba algunas consecuencias jurídicas. Además de las responsabilidades civiles, este código preveía dos consecuencias: el internamiento en caso de delitos graves, al consignar: “El Tribunal declarará el internamiento del loco o demente, en caso de haber ejecutado un delito grave, en un Hospital de los destinados a enfermos de esa clase, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo Tribunal. En caso de haber ejecutado delitos menores se fijaba una fianza: “...será entregado a su familia bajo fianza de custodia; y no prestándola, será internado” (Artículo 88). Nada indica sobre la duración del internamiento. Surgen así las llamadas “Medidas de Precaución”, que según expresa el jurista español Joaquín Francisco Pacheco en su obra “El Código Penal concordado y comentado” editada en Madrid en 1856, encontraban fundamento en el peligro inminente en que su libertad o soltura ponen a sus ciudadanos, pues “...dichas medidas deben satisfacer la ansiedad pública, calmar y extinguir la alarma que hayan concebido los pacíficos ciudadanos. Cuando se necesite para esto es legítimo, lo que de esto exceda, es vejatorio”. EL Código Penal Español de 1870 representó, respecto del anterior, la superación del infundado temor sobre la responsabilidad civil, al afirmar que el loco no delinque, y al concebir una más coherente clasificación entre locos e imbeciles, eliminando la anterior sinonimia y refiriendo exclusivamente a los locos el intervalo de razón para finalmente ampliar el ámbito del internamiento. Fuera de ello, no produce un cambio sustancial con relación al código que lo antecedió y dejó en pie la misma concepción a pesar de los votos de la ciencia, de las imperiosas exigencias del régimen penitenciario y del ejemplo de otros países europeos empeñados en la renovación de las leyes penales. En España, el concepto de “imputabilidad” aparece en la obra “El

Derecho Penal estudiado en sus principios y en la legislación vigente en España” de Luis Silvela, quien construye la categoría de imputabilidad como “Aptitud o Capacidad del sujeto activo del delito”, propiedad de ciertos seres, por su propia naturaleza, de producir ciertos hechos que les pueden ser atribuidos como efecto de su libre voluntad.

En una nota, el Proyecto Tejedor fundamenta la medida de encierro expresando que “La ley (...) tiene una doble misión que llenar respecto del loco; si debe dispensarlo de un castigo que sería bárbaro aplicarle, puesto que no comprendería ni su razón ni sus efectos, debe proteger también a la sociedad contra sus ataques, y este poder de protección debe manifestarse en el momento en que la justicia penal reclama su incompetencia”.

Ya se vislumbra aquí la tensión y consiguiente búsqueda de equilibrio emprendida por el derecho entre términos que continuarán siendo antagónicos hasta nuestros días; *protección del inimputable/protección de la sociedad; tratamiento o contención para el inimputable/defensa de la sociedad.*

Este antagonismo y las dificultades surgidas para equilibrar ambos términos de la relación llevarán en el presente a cuestionar desde la doctrina y la jurisprudencia el carácter del encierro manicomial impuesto a los sujetos declarados inimputables en proceso penal, del que se predica casi sin dudar naturaleza tuitiva pero más allá de su calificación, presenta aspectos tan complejos y oscuros que en ocasiones parecen acercarlo más a un encierro de tipo excluyente y desintegrador que cuanto más se extiende en el tiempo y la vida del sujeto agiganta progresivamente la figura de sus sombríos y casi inevitables acompañantes; el abandono y la marginación.

Proyecto de 1881:

Configura un retroceso respecto del Proyecto Tejedor, pues del mayor panorama que aquel ofrecía, sólo queda una fórmula de inimputabilidad definidamente biológica: “...el que ha cometido el hecho en estado de *demencia, sonambulismo, enajenación mental o imbecilidad absoluta.*” (Artículo 93 inciso3). A su vez preveía la medida de seguridad para esos inimputables: “En los casos de los incisos 1, 2 y 3 del artículo 93, las personas que cometan hechos en perjuicio de terceros, serán encerrados en alguna de las casas destinadas para los de su clase, o podrán ser entregadas a su familia para su cuidado, sin perjuicio de la cooperación y vigilancia de la autoridad” (Artículo 95).

Ningún comentario ni anotación especial mereció el tema para los autores del proyecto, como bien lo señala Rodolfo Moreno (h) en su obra “El Código Penal y sus antecedentes”.

Tal parquedad evidencia que dicho proyecto mantuvo la regulación de las medidas de seguridad para inimputables en un nivel básico y meramente pragmático.

El Código de 1886:

Si bien toma como base al Proyecto Tejedor, introduce modificaciones desafortunadas, según opina Jorge De La Rúa (1997), que lo colocan en mayor plano de retroceso que el proyecto de 1881. Consagra la regla de impunidad para el inimputable, utilizando fórmulas diversas a las del Proyecto Tejedor; “el que ha cometido el hecho en *estado de locura, sonambulismo, imbecilidad absoluta o beodez completa e involuntaria*; y generalmente, siempre que el acto haya sido resuelto y consumado en *una perturbación cualquiera de los sentidos o de la inteligencia*, no imputable al agente, y durante el cual éste no haya tenido conciencia de dicho acto o de su criminalidad...” (Artículo 81 inciso 1). Esta fórmula, parcialmente biológica y parcialmente biológico-psicológica, comprende tanto a los casos de falta de conciencia como a los de falta de capacidad para la comprensión. Desaparece toda previsión en cuanto a medidas de seguridad para dichos sujetos, suprimiéndose la internación del inimputable en establecimientos especiales. La omisión le valdrá críticas de los proyectistas de 1891 y dará lugar a una necesidad que en la práctica fue satisfecha por los tribunales disponiendo en algunas oportunidades la internación pese al silencio de la ley. (Así, la antigua Cámara en lo Criminal de la Capital Federal resolvió con fecha 16-5-1898 que “en tanto exista peligro, el insano procesado no puede ser entregado a la familia”. (Fallos t. 83 pág. 101). Por su parte, como señala Moreno en la obra citada la ley N° 4189 no introdujo en esta parte ninguna modificación.

Proyecto de 1891:

Señala Jorge De La Rúa que este proyecto revela una prudente actitud legislativa en la materia, no obstante, el linaje positivista de algunos de sus autores. Al fundamentar una fórmula de inimputabilidad de tipo biológico, la muestra como amplia a fin de comprender las muy diversas y discrepantes clasificaciones de enfermedades mentales que estaban en boga, rechazando de modo expreso la exigencia del efecto psicológico. Entiende que la psiquiatría demuestra que el alienado, pese a la conciencia que eventualmente pueda tener, obra bajo el influjo de su enfermedad. Por ello el artículo 59 inciso 1 exime de pena al que “ha cometido el hecho bajo la influencia de una *enajenación o enfermedad mental cualquiera*”. Para éstos, criticando la supresión realizada por el Código de 1886, estructura una medida de seguridad, la “reclusión del agente en un establecimiento de alienados criminales, o en un departamento especial de los manicomios comunes” (Art. 59 inciso 1 párrafo 2°). Si bien la valoración de la peligrosidad es puesta de manifiesto en la exposición de motivos, limita la medida de seguridad a los delitos castigados con penas graves (muerte, presidio, deportación o penitenciaria) condicionando así el juicio sobre la personalidad peligrosa según fuera la gravedad objetiva del hecho. En los hechos leves se exige fianza de custodia, y sólo procede la

internación en caso de que aquella no se preste (Art. 59 inciso 1 párrafo 3). Además de la gravedad objetiva del hecho, la fórmula de peligrosidad se refiere a que la perturbación no sea momentánea o que pueda temerse su repetición. La inconciencia sólo es prevista de modo casuístico, como “*embriaguez completa y accidental, sobrevenida sin culpa*” (Artículo 59. inciso 2) y “*sugestión hipnótica a que no se ha prestado su consentimiento*” (Artículo 59 inciso 3). No se dispone medida alguna para estos sujetos. Con criterio realista, por razones de imposibilidad práctica, este proyecto no exige necesariamente como lugar de internación un establecimiento para alienados criminales, por lo que admite que se cumpla también “en un departamento especial de los manicomios comunes”. La duración de la medida es indeterminada y cesa cuando se declara por resolución judicial la desaparición del peligro, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos (Art. 59 inciso 1).

En la exposición de motivos se desarrolló extensamente la elección de los criterios empleados, no sólo respecto de la forma en que debía considerarse al autor de delito que cometía el hecho bajo la influencia de la enfermedad mental, sino también en relación al lugar en que debían ser alojados dichos sujetos.

Destaca la distinción conceptual que efectúan sus autores en la exposición, al señalar que no se trata de casos de eximición de pena, sino de falta de imputabilidad. La exclusión de pena será una consecuencia de la misma.

Asimismo, señalan claramente “La ley debe ordenar imperativamente la reclusión de los locos peligrosos; y, desde que la intervención del juez en lo Criminal es necesaria, siempre que se ejecutan hechos declarados delitos, a él deberá corresponderle adoptar, cuando el agente sea un enfermo, en resguardo y en defensa de la sociedad, la medida que salvaguarde a ésta, que la garanta para lo futuro y que proteja al mismo tiempo al enfermo y tienda a volverle a la salud”.

Se verifica nuevamente en este proyecto la tensión ya comentada al analizar el de Carlos Tejedor, -defensa de la sociedad/atención para el enfermo- por ello se pone especial énfasis en el carácter permanente de la perturbación y en caso de no serlo, en la probabilidad de repetición, lo que llevará a ensayar formas de prognosis que en cierto modo subsisten al presente y son fuente de nuevas controversias.

Destaca en el desarrollo de la exposición reproducida en la obra ya citada por Moreno, que los autores del proyecto volcaron la visión que la sociedad tiene del alienado delincuente, reflejándola claramente al señalar “ Por otra parte, en virtud de un sentimiento no infundado se estima de diverso modo a los locos ordinarios y a los locos delincuentes; en los primeros se ve simplemente desgraciados, en los segundos se ve algo más; se ve también a individuos que han ofendido a la sociedad, y no es posible contener un movimiento de desconsideración, de repulsión, a veces, hacia ellos.

Esta imagen describe con suma claridad la percepción y actitud que la sociedad solía y aún suele tomar respecto de los alienados que delinquieron, menos compasiva que la mirada dirigida a los alienados comunes, bastante más temerosa y en algunos casos marcadamente expulsatoria y hasta cruel.

Esa perspectiva de la sociedad será, -como podrá apreciarse en secciones posteriores de la presente- uno de los motivos por los cuales las medidas de seguridad actualmente aplicables a los sujetos inimputables condensarán tensiones normativas extremas e impondrán obstáculos tan firmes que la modificación de la situación de dichas personas a partir de cambios operados en el sistema y paradigma que los rigen serán poco menos que infructuosos.

Los autores del proyecto al cuestionarse dónde recluir a dichos sujetos, señalan que la reclusión en establecimientos especiales resultaba una novedad en ese entonces en los códigos, aunque tenía antiguo predicamento en doctrina y práctica. Sin embargo, luego de desarrollar ampliamente la conveniencia de mantener separados a los alienados comunes de los alienados que delinquieron, reconocen que los establecimientos especiales aún no existían en la República y según sus palabras habría de transcurrir algún tiempo antes de que se fundaran en número suficiente para responder a las exigencias de toda la Nación. (Como fue señalado al tratar la evolución de los establecimientos - punto 1.a)- los enfermos mentales fueron separados de los enfermos de hospitales generales recién en 1854 y 1863 respectivamente para hombres y mujeres, efectivizándose la separación entre alienados y alienados delincuentes recién el 4 de febrero de 1899 al crearse dentro del Hospicio de Hombres que entonces dirigía Domingo Cabred el Pabellón de Alienados Delincuentes “Lucio Meléndez” cuya dirección fue confiada al doctor Helvio Fernández.

Proyecto de 1906:

Establece un sistema de medidas de seguridad análogo al Proyecto de 1891. Sus autores señalaron que “un código penal, no es el sitio aparente para ensayos de teorías más o menos seductoras...”. Por ello “las preocupaciones académicas no han tenido cabida en el seno de la Comisión, y cualesquiera que fueren las opiniones personales de sus miembros sobre tópicos determinados de la ciencia penal, todos han estado de acuerdo en que no era la oportunidad para sostenerlas...” Emplea una fórmula de inimputabilidad biológica: “...el que ha resuelto y ejecutado el hecho en un estado de *enajenación mental cualquiera*, no imputable al agente” (Artículo 41 letra a, 1 §1º). Esta fórmula tiene una particular amplitud, comprendiendo “todas las causas de irresponsabilidad de origen psíquico” y comprensiva de “todas las alteraciones de la mente y de la voluntad, ya provengan de un estado permanente o de un estado meramente transitorio, ya sean el resultado de una enfermedad, como la locura en cualquiera de sus formas, de una anormalidad como el idiotismo, o de una perturbación momentánea como la embriaguez, que no sea habitual, o el justo

dolor” (P. XLI). Para Jorge De La Rúa, las últimas referencias permiten interpretar que esa fórmula también comprende la inconciencia. Prevé una medida de seguridad idéntica en su redacción a la del artículo 34 inciso 1 párrafo 2 del código vigente. La establece en el artículo 41 letra a) 1 párrafo 2° con la diferencia de señalar que el juez “ordenará” la medida, a diferencia del código actual que dice “podrá ordenar”, limitándola además a la “enajenación”.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, que fue la que imprimió la redacción que conocemos del art. 34 inciso primero del Código Penal vigente dedicó, como lo documenta Rodolfo Moreno (h) en la obra referenciada -pág. 239 y sgtes. - varios párrafos a fundar la modificación introducida al reemplazar la palabra *responsabilidad* por *imputabilidad*.

Para ello señaló en la exposición de motivos, que; “... la palabra *imputabilidad* precisaba de manera más acertada el pensamiento moderno. Agregando que la responsabilidad es un concepto genérico que se aplica a todos, como consecuencia de actos, y en los diferentes órdenes a que los llevan los actos mismos, las convenciones y hasta los misticismos. *Imputar*, es atribuir a una persona un delito o una acción. La imputación se produce como consecuencia del hecho o de la omisión. El sujeto, en el concepto clásico, tenía que ser moralmente responsable para ser imputable. La persona, en el concepto científico, puede no ser responsable y ser, sin embargo, objeto de medidas precaucionales. Así, el que realiza el hecho en estado de enajenación mental, debe ser absuelto, por ausencia de discernimiento, pero debe ser sometido a una reclusión que le impida causarse daño a sí mismo o producirlo a los demás. No es responsable, no es objeto de castigo, pero su acto autoriza medidas especiales a su respecto. El criterio expiatorio infiltrado en las legislaciones antiguas desaparece para dar paso al criterio social, según el cual todos los individuos son imputables, imponiéndose su responsabilidad y señalándose las excepciones”.

Así resume dicha comisión los cambios verificados en el tratamiento del tema en la ciencia médica y el derecho, así como respecto de la ideología subyacente en las concepciones morales o científicas que los respaldan.

Proyecto de 1917:

Jorge De La Rúa entiende que en la obra de Julio Herrera (“La Reforma Penal” 1911) se encuentra el origen del proceso que culminará en la fórmula de inimputabilidad contenida en la legislación actual, aunque no sucede lo mismo con la medida de seguridad que se origina, con las diferencias ya apuntadas, en el Proyecto de 1906. En este proyecto de 1917 se propone la definición de inimputabilidad tomando la fórmula amplia propuesta por Julio Herrera:” El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas por su estado de

inconciencia, comprender la naturaleza y el sentido de lo que hacía o dirigir sus acciones” (artículo 31 inciso 1).

La Comisión de Códigos del Senado además de la autorizada voz del doctor Herrera tuvo también su modelo en el art. 35 del proyecto de código penal ruso, al que consideraba uno de los más científicos entre los proyectos de código penal publicados.

La medida de seguridad es igual a la del proyecto de 1906, aunque se extiende a casos de no enajenación, como la ebriedad o uso de venenos, acotando sobre aquélla, que sea “absoluta e independiente de la voluntad del acusado”. En todos los casos autorizaba al tribunal para ordenar la reclusión del agente hasta que haya desaparecido su carácter de individuo peligroso.

Agregando un contundente párrafo que exime de todo comentario, al señalar “El proyecto arma, por consiguiente, a la sociedad de los elementos necesarios para defenderse de los individuos anormales, autorizando precauciones que impidan la repetición de los hechos”.

PROCESO DE SANCIÓN DEL CÓDIGO VIGENTE:

(Ley 11.179 que, publicada el 29 de octubre de 1921 rige desde el 29 de abril de 1922).

En el proceso de sanción, el senador Rojas no se ocupó del tema, tampoco lo hace la primera comisión de senadores, que sólo agrega al artículo 41 el examen mental obligatorio del delincuente en hechos graves, no aceptado por la Cámara de Diputados, que reconoce su carácter procesal. La segunda comisión de senadores modifica el proyecto, dándole la redacción actual al artículo 34 inciso 1º, sustituyendo las locuciones “naturaleza y sentido de lo que hacía” por “criminalidad del acto” (párrafo primero) “ordenará” por “podrá ordenar” (párrafo segundo) y suprimiendo el adverbio “todos” (párrafo tercero), sin expresar los motivos.

Así quedó entonces redactado el artículo 34 inciso 1º:

“No son punibles: 1º) 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 imputable, 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 otros. En los demás casos en que se absolviere a un procesado por las causales de este inciso, el tribunal ordenará la reclusión del sujeto “en un establecimiento adecuado, hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso...”. La medida de seguridad, para los enajenados, es la prevista en el párrafo segundo (artículo 34 inciso 1 del Código Penal).

PROYECTOS POSTERIORES A LA SANCIÓN DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE:

Las corrientes positivistas que venían manifestándose desde fines del siglo XIX, lograron plasmar sus postulados recién a partir de 1924 en algunos cuerpos normativos enrolados en dicha tendencia, ya que no habían podido lograrlo en el Código de 1922. Corresponden a esta corriente los proyectos sobre estado peligroso de 1924, 1926, 1928 y 1932 y los de Código Penal de 1937 y 1942.

Proyecto 1924:

Elevado al Congreso por el Poder Ejecutivo Nacional con fecha 3 de septiembre de 1924 comprendía -a diferencia de los posteriores- el estado peligroso con delito y sin delito. Agrega al artículo 78 del Código Penal, una serie de categorías de *sujetos considerados peligrosos* (artículo. 1, artículo. 78 A) entre las que se encuentran la de estado peligroso sin delito o pura peligrosidad social, comprensiva de los *alienados no sometidos a proceso* (inciso.2), *vagos* o *mendigos habituales* (inciso.4), *ebrios* o *toxicómanos consuetudinarios* (inciso.5), los que *vivieren o se beneficiaren del comercio carnal* (inciso 6) y *los sujetos de conducta desarreglada y viciosa* que se revelare por reiteradas contravenciones, trato con personas de mal vivir o delinquentes conocidos, o frecuentación de lugares donde éstos se reunieren, o de casas de juego (inciso 7). Figuran también situaciones de estado peligroso con delito, como las de *los absueltos por el artículo 34 inciso 1º* del Código Penal (inciso 1) o *los multicondenados o reiterantes que deban ser condenados y fueren peligrosos* (inciso 3). Por fin, en ciertos casos se combinan la peligrosidad social y la delictiva: quienes han sido *condenados y además, se encuentren en la situación prevista por los incisos 4, 5, 6 o 7*).

Las medidas propuestas son la internación curativa en establecimientos especiales (artículo 78 B inciso 1) la reclusión indeterminada por un término no menor de 10 años (inciso 2) y la detención indeterminada por uno no menor de 2 años (inciso 3), complementadas todas ellas, en la medida de lo posible con un régimen de trabajo (artículo 78 D). Se admite, en ciertos casos, la reclusión en establecimientos privados (artículo 78 E). Después de la liberación se impone, por un término de 2 años, el régimen de libertad condicional (artículo 78 B inciso 4 párrafo 2º). Por último, se prevé la expulsión del extranjero, cuando hubiere ingresado al país violando la ley de inmigración y no hubiere obtenido carta de ciudadanía y además fuere peligroso social o condenado a privación de libertad mayor de dos años.

Respecto de este proyecto señala Sebastián Soler en su obra “Exposición y Crítica de la Teoría del Estado Peligroso” que si bien caducó sin que hubiese llegado a ser tratado, se buscaba incorporarlo al Código Penal al final de la Parte General, pues dicha concepción, seguida por Jiménez de Asúa, postulaba un sistema que abandonara los procedimientos ficticios empleados por la

policía como medios de prevención –por ejemplo supuestos desórdenes públicos- y la puesta en vigencia de un código preventivo independiente del sancionador pero aplicado también por magistrados de carrera y con procedimientos de suficiente garantía.

Si este proyecto hubiera sido adoptado como ley, habrían entrado en el ámbito del Código Penal, sujetos que no delinquieron (incisos 2, 4, 5, 6 y 7). Para estas categorías crea las medidas del artículo 78 B: remisión a un establecimiento especial para inimputables (artículo 34 inciso 1 del Código Penal), para alienados sin proceso y para ebrios y toxicómanos. En su momento, realizaron análisis críticos, entre otros Jiménez de Asúa en “La Prensa” del 4, 22 de octubre y 6 de diciembre de 1925 y Sebastián Soler en la obra ya mencionada. Las críticas determinaron las propuestas de los Proyectos de 1926 y 1928, en los cuales se comienza por separar la peligrosidad postdelictual de la predelictual, sobre la que especialmente se interesa el segundo.

Proyecto de 1926:

El Poder Ejecutivo Nacional, influido por la presión del positivismo entonces dominante, designó una comisión encargada de proyectar leyes complementarias del Código Penal. Estuvo integrada por Juan P. Ramos, Nerio Rojas, Rodolfo Moreno (h) Eusebio Gómez y Carlos de Arenaza. La comisión adoptó como método de trabajo la distinción entre estado peligroso con delito y estado peligroso sin delito, con proyectos separados para cada uno de ellos, el primero presentado en 1926 y el segundo en 1928. Sin embargo, encontró un grave obstáculo para su desempeño: el limitado campo que le asignó el Poder Ejecutivo Nacional al circunscribir su labor a la estructuración de leyes complementarias del Código Penal. “No pudiendo redactar un código penal – dicen los integrantes de la Comisión en “Revista Penal” año 1927- tuvimos, a pesar de nuestro pensamiento doctrinario, que seguir disponiendo de penas y medidas de seguridad, según los casos”. No obstante, el proyecto que formulan en 1926 consagra una serie de principios positivistas, como la duración indeterminada de las sanciones y el criterio biológico de imputabilidad.

Con el presupuesto determinista del positivismo, la comisión se limitó a buscar los factores causales del proceso delictivo, lo que trajo como consecuencia –y así lo fundamentan- una amplia fórmula biológica de imputabilidad: “El que haya cometido el hecho en *estado de alienación mental*, o de *inconciencia incompleta*” (como reforma al artículo 34 inciso 1). La medida de seguridad correspondiente era la internación del alienado en un manicomio, y la del inconciente en un establecimiento adecuado. Su regulación era análoga a la del Código de 1922.

Señala Sebastián Soler en su “Exposición y Crítica...” que la comisión consideró que debían redactarse dos proyectos separados correspondientes a dos categorías de estado peligroso: el primero incorporado al código con sanciones para las personas en estado peligroso definido, que cometan delitos

en relación a su estado; el segundo, independizado del Código Penal, con sanciones aplicables a personas en estado peligroso dentro de la noción integral o general, con prescindencia de la comisión de delitos. Los absueltos por enajenación mental deberían, en cualquier caso, ser internados en un manicomio. (Artículo 34, I, a). Los absueltos por inconsciencia completa, deberán siempre ser internados en establecimiento adecuado (artículo 34, I, b), lo que se explica, como también señala Soler, porque en dicho proyecto la peligrosidad siempre se presume ya que las causas de inimputabilidad no excluyen la peligrosidad y de allí que sea obligatorio para el juez internar al enajenado o al inconsciente.

Proyecto de 1928:

La misma comisión anterior con nueva integración de Arenaza, Gómez, Rojas y Ricardo Seeber culmina su labor el 21 de mayo de 1928 con el Proyecto de Estado Peligroso sin delito. Las categorías de sujetos peligrosos que establece son: *alienados peligrosos* (artículo 1 inciso 1), *ebrios y toxicómanos habituales peligrosos* (inciso 2), *vagos, mendigos y explotadores de mendicidad ajena* (inciso 3), *personas de conducta desarreglada y viciosa* de la que pueda inducirse inclinación al delito y que se traduce en trato asiduo con delincuentes o personas de mal vivir, frecuentación de lugares donde éstos se reúnan, o de casas de juegos prohibidos, o *contraventores reiterados* (inciso 4), *explotadores de juegos prohibidos* (inciso 5) y *los que vivan de actividades deshonestas de mujeres o exploten la prostitución en cualquier forma* (inciso 6).

Dispone dos tipos de medidas. Para los casos de los incisos 1 y 2, internación por tiempo indeterminado en establecimientos adecuados para su tratamiento, cesando por resolución judicial previo informe de peritos cuando desapareciere la causa del estado peligroso (artículo 3). Para las demás categorías, internación por tiempo indeterminado no menor de 1 año en casa de trabajo, que cesa cuando el sujeto adquiere hábitos de trabajo y moralidad, quedando sometido por dos años a libertad condicional (artículo 4). Las medidas son sustituibles entre sí durante la ejecución (artículo 8). Se prevé la expulsión del extranjero (artículo 9) de modo análogo al Proyecto de 1924.

Este Proyecto aspiraba a legislar el estado peligroso sin delito, en forma independiente al Código Penal, creando a tal efecto “categorías de sujetos en estado peligroso” y un régimen especial de sanciones. Cabe reiterar en cuanto al punto en trato, estas categorías y procedimientos: Artículo 1: serán declarados en estado peligroso: Los alienados cuya asistencia en libertad constituya un peligro social. (Aquí se advierte que la categoría se constituye en base a una petición de principio). Artículo 2: La declaración del estado peligroso se hará con las formalidades que para el juicio penal establezcan las leyes procesales y previo dictamen de peritos oficiales cuando lo requiera la naturaleza de la causa que la determina. Artículo 3: Las personas a que se

refieren los incisos 1 y 2 del artículo 1 serán internadas por tiempo indeterminado en establecimientos adecuados para su tratamiento. No podrán salir sino por resolución judicial, dictada de oficio o a pedido de parte interesada, siempre que se comprobare por informe de peritos oficiales la desaparición de las causas que motivaron la declaración del estado peligroso. Las mismas personas podrán ser internadas a solicitud suya o de sus parientes o representantes legales en establecimientos privados, sin perjuicio de observarse para su liberación, las formas prescriptas anteriormente. Para las restantes categorías se impone detención que apareja “obligación de trabajo”, y se los libera cuando los informes aseguran que la conducta observada en el establecimiento hace presumir que han adquirido hábitos de trabajo y moralidad.

Según el artículo 11, el Poder Ejecutivo dispondrá la inmediata construcción de los establecimientos necesarios para el cumplimiento de esta ley: dos manicomios, (uno para hombres otro para mujeres), una clínica para el tratamiento de toxicómanos y dos casas de trabajo, una urbana y otra rural. La aplicación de la ley quedaría sometida a la creación previa de los establecimientos ordenados.

Como bien señala Soler; si el derecho penal puede dejar de ser un conjunto de relaciones jurídicas para tornarse una de las llamadas “leyes naturales”, el derrotero positivista estaría bien orientado. Si la ciencia criminológica llegara a conquistar la fórmula antropológico-social de la peligrosidad e investirla de un carácter riguroso y positivo, si en ella es posible concentrar la expresión individual del hombre y si, por otra parte, la barrera impuesta por las figuras delictivas de un derecho penal objetivo y estricto, puede ampliarse hasta alcanzar un indeterminismo legal máximo con una posibilidad de error mínima, sería apropiado el derrotero positivista. Pero entonces, ya el Derecho sería Ley Natural. En esta excelente síntesis realizada por Sebastián Soler, pueden encontrarse las razones que llevaron al fracaso y posterior abandono de los criterios estrictamente positivistas introducidos en esta etapa histórica del derecho penal argentino.

Proyecto de 1932:

El Poder Ejecutivo Nacional elevó al Senado el 6 de diciembre de 1932 un proyecto de reformas que llegó a ser aprobado en las sesiones de 1933. Respecto de la inimputabilidad reproduce al de 1926, introduciendo un cambio en la fórmula, al referirse a “*enajenación mental*” en lugar de “alienación mental”.

Proyecto de 1937:

Señala Jorge De La Rúa que una definida posición de escuela caracteriza a este proyecto, pero que, sin embargo, no pudo sustraerse a distinguir las

consecuencias del delito manteniendo un régimen dual de penas y medidas de seguridad, en el que la regulación de estas últimas aparece enriquecida con exceso y es de extrema severidad con exagerados mínimos de duración. Esto revela la falacia de la teoría. La fórmula de imputabilidad es biológica: “*alienación mental*” (artículo 62) e *inconciencia completa* (artículo 63). Las medidas son, para los primeros, la internación en un manicomio (artículo 50, 1ra disposición.) por tiempo indeterminado que cesa igual que el Código Penal de 1922 (artículo 62). Para los segundos, internación en un establecimiento adecuado (artículo 50, 2º disposición) cesando de modo semejante (artículo 63). Los que sufren anomalías psíquicas siempre que sean graves y no importen alienación y los que padecen intoxicaciones crónicas de alcohol, drogas o estupefacientes tienen un régimen dual y sucesivo de medida de seguridad y pena. La medida como internación curativa con trabajo obligatorio en cuanto lo permita la salud, por un término mínimo del máximo del delito y por lo menos de 3 años, cesa previo informe de peritos (artículo 64, párrafo 1). A partir de la cesación de la medida, se impone reclusión o prisión por tiempo indeterminado y con mínimo igual al de la medida de seguridad (artículo 64, párrafo 2). Procede la libertad condicional en los términos del artículo 73.

Proyecto Peco:

Evidencia el ciclo decreciente del positivismo penal en el país. Un neopositivismo que distingue entre sujetos autores de delitos y sujetos autores de hechos calificados como delitos (título II, capítulos 3 y 4) y que reconoce sanciones penales a la par de sanciones educativas, curativas y eliminatorias (artículo 39), atribuyendo a las primeras un efecto psicológico de contramotivo, no se revelaba seguidor ortodoxo de la escuela de Ferri. De esta escuela queda el concepto de peligrosidad como presunto sustitutivo de la imputabilidad, pero tan rígidamente enmarcado en las escalas penales o en las categorías de sujetos sometidos a medidas asegurativas que prácticamente se reduce a reglas de individualización de la pena y procedencia de estas medidas asegurativas (artículos 77, 78 y 80). En rigor, el proyecto de Peco sólo conserva del monismo preconizado por la escuela positivista el término “sanción” limitado a una denominación genérica que se acompaña de términos complementarios tan diferentes como “penal” por una parte y “curativa, asegurativa o eliminatoria” por otra. Hay una distinción sustancial entre ellas que, según el propio autor, deriva del efecto inmediato que producen en el sujeto: psicológico-retributivo en las primeras, y curativo, asegurativo o eliminatorio en las otras. La fórmula de inimputabilidad es biológica: “*enajenación mental*”, “*trastorno mental transitorio*” e “*intoxicación crónica*”. La medida de seguridad es la internación en manicomio para enajenados y trastornados o en asilos para toxicómanos y bebedores (artículos 30 y 58) por tiempo indeterminado, cesando de modo semejante al Código Penal de 1922.

Proyecto de 1951:

Conserva la estructura del Código Penal de 1922 para la inimputabilidad, y prevé la semi-imputabilidad. Agrega a la primera el adjetivo de “psíquicas” al referirse a las facultades (artículo 50) y el “*trastorno mental transitorio de base patológica*” (artículo 51 párrafo 1), reemplaza a la inconciencia. La medida, común para ambos casos, es la internación en un manicomio judicial o sección especial de un establecimiento carcelario. Como particularidad puede señalarse que a la finalidad curativa agrega la reeducativa (artículo 85 párrafo 1°). El *trastorno mental transitorio sin base patológica* sólo atenúa la pena. Agrega una disposición según la cual el sujeto que fuera dado clínicamente de alta puede ser internado en un establecimiento carcelario, al efecto de su reeducación por un término no superior al mínimo del delito cometido (artículo 85 párrafo 1°). Se trata de una regla de dudoso basamento científico, pues implica en última instancia, como señala De La Rúa, una imposición de pena a inimputables. El sujeto sometido a la medida de seguridad, luego de su liberación queda sujeto a las reglas de la libertad condicional (artículo 85 párrafo 3).

Proyecto de 1960:

También dualista, no renuncia a las bases fundamentales de la libertad humana. Como presupuesto de la represión penal combina con gran riqueza las modernas posibilidades de las medidas de seguridad. Aclara la fórmula de inimputabilidad previendo de modo expreso la *alteración transitoria de las facultades* y sustituyendo “inconciencia” por “*grave perturbación de la conciencia*” (artículo 24). Agrega una expresa previsión para inimputables *bebedores* o *toxicómanos* (artículo 26). Para los casos de insuficiencia o alteración morbosa de la conciencia, o su grave perturbación, que impliquen peligrosidad, la medida es la internación (que define igual al Código Penal de 1922) en un establecimiento especial, que durará el tiempo requerido para la seguridad, resolviendo el tribunal cada dos años sobre su mantenimiento, modificación o cesación (artículo 84). La medida de seguridad, a su vez, ofrece una opción entre la que corresponde a los inimputables y la que corresponde a los semi-imputables (por ejemplo, bebedores o toxicómanos). Teóricamente un semi-imputable podría ser sometido de manera sucesiva a los regímenes de medida de seguridad, de pena y de medida de seguridad.

Proyecto de Nerio Rojas de 1961:

Considerado como el último intento positivista, establece categorías de sujetos peligrosos que combinan peligrosidad social y delictiva: los que *ejercen la mendicidad o explotan la ajena* (artículo 1 letra a) los *vagos* (letra b), los de

conducta irregular y viciosa con tendencia al delito (letra c), los *explotadores de juegos prohibidos* (letra d) y los *que vivan de las actividades deshonestas de mujeres o exploten cualquier forma de prostitución* (letra e). En la categoría de la letra c, incluye los sujetos cuya *tendencia al delito se demuestre “por condenas anteriores”*. Las medidas son tres: prevención judicial (artículo 4 letra a), libertad vigilada (artículo 4 letra b) e internación por tiempo indeterminado en una “casa de trabajo” (artículo 4 letra c). Esta última tiene una duración mínima de un año, pudiendo el sujeto salir por resolución judicial previo informe del director sobre hábitos de trabajo y moralidad, imponiéndose entonces las condiciones de la libertad condicional. Se libra su aplicación no al juez natural, sino a un juez especial designado por la Cámara de Apelaciones (artículo 2). La ley se aplicaría a medida que se crearan los establecimientos (artículo 9).

Proyecto de 1973:

Sigue casi textualmente al proyecto de 1960. Se inició en la Cámara de Diputados. Establece, en los casos de no punibilidad en función de inimputabilidad, la medida de internación en un establecimiento psiquiátrico de curación y cuidado, mientras exista el peligro de daño a sí mismo o de comisión de nuevos delitos (artículo 45). También prevé una medida para los casos en que el delito fuese consecuencia de la inclinación del sujeto por el alcohol o las drogas, con igual exigencia de peligrosidad (artículo 46), pero sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por un término no superior a dos años. Ambas medidas están sujetas a las reglas generales: proporcionalidad (artículo 40), forma de ejecución (artículo 41), revocabilidad, modificación y suspensión en función la finalidad (artículo 42) y cómputo para el sistema dual (artículo 44).

Proyecto de 1975:

Tuvo como innovación el tratamiento específico de aquellas medidas que denominó de curación, mejoramiento y seguridad. Formula asimismo reglas genéricas para los tratamientos y prevé la creación de establecimientos especiales para cada caso, así como un centro de diagnóstico. Mantiene la fórmula de inimputabilidad del Código de 1921, su concepto de peligrosidad y su configuración del régimen de medidas de seguridad. Establece pautas para el tratamiento terapéutico social de los imputables e inimputables de grave o máxima peligrosidad, la que debía ser determinada en su grado por un centro de diagnóstico, requiriéndose que las medidas aplicables resultaran proporcionales a la peligrosidad del individuo. Se estatuyen equipos especializados con contralor judicial previo, sustitución de medidas, progresividad del régimen y creación de cuatro tipos de establecimientos especializados: establecimientos de curación y cuidado, establecimientos para

alcohólicos y drogadictos, establecimientos de reeducación social y establecimientos de seguridad (artículo 45).

Proyecto de 1979:

También sigue al proyecto de 1960 en sus artículos 84 a 92. Establece como tope a la medida para inimputables la escala del delito, fijando períodos de control cada dos años después de la cesación con tope de la escala y, en la medida para reiterantes, exige un mínimo de dos delitos con escala penal de seis años.

Proyecto de 1994:

Este proyecto del Poder Ejecutivo basado en un Anteproyecto elaborado por el doctor Eugenio Raúl Zaffaroni, que tuvo estado parlamentario el 20 de abril de 1994, contenía reformas de la parte general del Código Penal sancionado en 1921, sin alterar su estructura. Entre las modificaciones vinculadas a las consecuencias jurídicas del delito, además de introducir variaciones en el régimen de la pena de prisión y una serie de penas alternativas, introdujo algunos cambios en materia de medidas de seguridad. El artículo 5 inciso 1° ubicado en el Título II “De la imputabilidad”, en términos similares a los utilizados por el vigente artículo 34 inciso 1° del Código Penal, indica *“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 inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”*.

En el título IX “De las medidas de seguridad” trata de la internación y sometimiento al control de un establecimiento psiquiátrico, así como de la judicialidad y limitaciones. El artículo 72 reza: *“Cuando en función del inciso 1° del artículo 5 se absolviese por un hecho penado con un máximo no inferior a diez años, la persona será internada en un establecimiento psiquiátrico si padeciese una disfunción grave y no pasajera y, en razón de la misma, sea de temer que pueda provocar otro hecho grave o lesiones de consideración, a sí mismo o suicidarse. La internación durará hasta que cese la disfunción o desaparezca el peligro, pero no excederá el mínimo de la pena de prisión que hubiese correspondido si no hubiera operado el inciso 1° del artículo 5. También se dispondrá la internación: 1° Cuando un penado cayese en una disfunción análoga a la del párrafo anterior durante el cumplimiento de la pena de prisión. En este caso la internación se computará a los efectos de la pena y no podrá prolongarse por más tiempo que el de ésta. 2° Cuando un procesado cayese en una disfunción equiparable a la del párrafo anterior. En este caso, la internación durará como máximo el tiempo necesario para la prescripción de la acción penal, pero no excederá de ocho años. En todos los casos en que la persona requiera atención psiquiátrica o internación y el*

tribunal no pueda disponerla o deba hacerla cesar, dará intervención al juez civil competente. Conforme a las necesidades del tratamiento, el tribunal podrá reemplazar la internación por el sometimiento al control de un establecimiento o servicio psiquiátrico, con la posibilidad de salidas periódicas o de tratamiento ambulatorio. El tribunal dispondrá de conformidad con la dirección del establecimiento, la transformación de la internación en sometimiento a control, aprobando el programa de salidas periódicas o el comienzo de tratamiento ambulatorio, en procedimiento contradictorio con directa intervención de la persona con asistencia letrada. El tribunal oirá a la persona en forma directa e indelegable”.

Artículo 73:” En las audiencias del artículo 17 la persona participará en forma personal y con asistencia letrada y podrá hacerse acompañar por un perito de parte. La dirección del establecimiento o servicio facilitará al perito de parte la más amplia información para el cumplimiento de su cometido. Nunca podrán autorizarse intervenciones quirúrgicas o cualquier otro procedimiento deteriorante de la persona que tenga por fin modificar su conducta o neutralizar su peligro. Los tratamientos de choque y análogos sólo podrán ser autorizados por el tribunal, previa audiencia contradictoria, con intervención del representante de la persona, con asistencia letrada y perito de parte”.

En relación a la medida de seguridad de internación psiquiátrica, la limitación en su duración relacionada con el mínimo de la pena de prisión que le hubiese correspondido en caso de ser imputable, conforme se expresa oportunamente al tratar dicha temática, no parece adecuado recurrir a principios que corresponden al sistema de los imputables y menos aún cuando el fundamento de la medida no es el hecho delictivo sino la peligrosidad del inimputable. Las restantes regulaciones recogen algunas alternativas relativas al egreso o modificación del régimen terapéutico que suelen ser aplicadas en las distintas etapas de su cumplimiento en la actualidad recogidas a veces en las normas procesales, en las de ejecución y en la práctica judicial.

Se garantiza asimismo en el artículo 17 de dicho proyecto el control judicial de la ejecución, mediante la realización de una audiencia individual y privada del sujeto sometido a la medida de seguridad con el tribunal, al menos cada seis meses.

Proyecto de 1999:

El 6 de diciembre de 1999 el Poder Ejecutivo envió al Congreso de la Nación un proyecto de ley que también se caracterizaba por la incorporación de diversas penas alternativas a la prisión, en tanto regulaba las medidas de seguridad incorporando al Libro Primero del Código Penal el título II denominado “Penas y medidas de mejoramiento y seguridad”. Conforme su artículo 4 *“Las medidas de mejoramiento y seguridad son las de internación en un establecimiento asistencial psiquiátrico e internación en un*

establecimiento de desintoxicación”. Según el artículo 5: “*La determinación de la pena y de las medidas de mejoramiento y seguridad, la resolución de todas las cuestiones suscitadas durante su ejecución y el control del cumplimiento de las mismas corresponden a la competencia exclusiva de los jueces. 1º Tales decisiones deberán cumplir las siguientes condiciones mínimas de validez: a) conocimiento personal previo del imputado, del sometido a medida de mejoramiento y seguridad o del penado, en audiencia indelegable; b) conocimiento de la víctima y de las circunstancias del hecho; c) intervención del ministerio público y del abogado defensor del imputado, penado o sometido a medida de mejoramiento y seguridad, d) fundamentación autónoma y suficiente de la resolución*”.

Por otra parte, el artículo 20 establece al respecto: “*No se podrá ordenar una medida de mejoramiento y seguridad cuando ésta fuere desproporcionada con el ilícito del autor, o con futuros hechos de probable ocurrencia, en razón de la conducta revelada.*” El artículo 21 regula: “*Cuando alguien cometiere un hecho ilícito en estado de incapacidad de culpabilidad previsto en el artículo 40 inciso 9 o de capacidad de culpabilidad disminuida previsto por el artículo 41 inciso 5, el tribunal podrá ordenar la internación en un establecimiento asistencial psiquiátrico si de la valoración global del autor y de su hecho resultare que, como consecuencia de su estado, es de esperar la comisión de relevantes hechos ilícitos*”. El artículo 22 establece: “*El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad si el sujeto hubiera sido declarado responsable; a tal efecto el tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo*”.

El artículo 26 se refiere a la ejecución: “*Durante la ejecución de la sentencia el tribunal podrá, mediante un procedimiento contradictorio: 1. Decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la probabilidad de comisión de hechos ilícitos relevantes. 2. Sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate. En el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionare desfavorablemente, se la dejará sin efecto. 3. Dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación. La suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado.*

A tales efectos el tribunal estará obligado a analizar, por lo menos una vez al año, el mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida de seguridad”.

El artículo 27 fija “*Conforme las necesidades del tratamiento el tribunal en procedimiento contradictorio podrá reemplazar la internación por el sometimiento al control de un establecimiento o servicio especializado, con las posibilidades de salidas periódicas o de tratamientos ambulatorios. Para ello dispondrá, de conformidad con la dirección del establecimiento o servicio la transformación de la internación con sujeción a controles, aprobando el programa de salidas periódicas o el comienzo del tratamiento ambulatorio.*

Antes de disponer el reemplazo, el reemplazo, el tribunal oirá en procedimiento contradictorio a la persona en forma directa e indelegable”.

Según el artículo 40: *“No es punible (...) inciso 9º El que no haya podido al momento del hecho, ya sea por insuficiente desarrollo del intelecto, alteración psíquica morbosa, perturbación profunda de la conciencia que no le sea imputable, o trastorno grave de la personalidad, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones conforme a esa comprensión”.*

Como surge del texto, no se modifica la fórmula de imputabilidad, aunque se modificaron algunos términos referidos a las patologías y se incluyó a sujetos que no son enfermos mentales en la fórmula, como las personalidades anormales.

Destaca en este proyecto también la intención de establecer procedimientos que aseguren el conocimiento directo y personal (indelegable según la redacción del proyecto) del sujeto sometido a medida de seguridad por el juez o tribunal que debe dictarla, determinándose la revisión anual de la misma como forma de control de su adecuada ejecución, a los fines de adaptarla convenientemente al estado del sujeto y su evolución.

La proporcionalidad con el ilícito es pasible de las críticas ya apuntadas respecto de este supuesto límite objetivo en la duración de la medida.

Anteproyecto de Reforma y Actualización del Código Penal. Año 2006:

Fue elaborado por una comisión especial y encomendado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. En su artículo 1 recoge entre los principios consagrados en la Constitución Nacional y los Tratados o Convenciones Internacionales, el de legalidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad y humanidad. El artículo 3 contempla la aplicación de la ley más benigna en caso de resultar diferentes las leyes vigentes al cometer el hecho y al tiempo de cumplir la medida. En este último caso la medida se limitará a la establecida por la ley más benigna.

El Título II trata de las “Penas y medidas de orientación y seguridad”, expresando el artículo 6; *“Las medidas de orientación y seguridad son las de internación en un establecimiento psiquiátrico adecuado o de deshabitación”.* El artículo 7 establece la intervención judicial para su dictado: *“La determinación de la pena, de las medidas de orientación y seguridad, como la resolución de todas las cuestiones suscitadas durante su ejecución y control del cumplimiento de las penas y de las medidas citadas, corresponden a la competencia exclusiva de los jueces”.*

El artículo 28 señala respecto de la internación en un establecimiento psiquiátrico adecuado: *“Cuando una persona cometiere un hecho ilícito en estado de incapacidad de culpabilidad, previsto en el artículo 34 inciso h), el tribunal podrá ordenar, previo dictamen de peritos, su internación en un establecimiento psiquiátrico adecuado, si como consecuencia de su estado, fuese de esperar la comisión de relevantes hechos ilícitos (...) También se*

dispondrá la internación, previo dictamen de peritos, cuando un condenado padezca una anomalía o alteración psíquica durante el cumplimiento de la pena de prisión. En este caso la internación se computará, a los efectos de la pena y no podrá prolongarse más tiempo que el de ésta. La internación cesará cuando se comprobare la desaparición de las condiciones que lo motivaron y en ningún caso podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad si el sujeto hubiera sido declarado responsable; a tal efecto el tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo. En todos los casos en que la persona requiera atención psiquiátrica o internación y el tribunal no pueda disponerla o deba hacerla cesar, dará intervención al juez civil competente”. Según el artículo 30 “Cuando se ordenare la internación en un establecimiento conforme a los artículos 28 segundo párrafo o 29 primer párrafo, conjuntamente con una pena privativa de libertad, se ejecutará la medida antes que la pena; el tiempo de ejecución de la medida se deducirá de la pena, no obstante, si la pena no fuese privativa de libertad el tribunal podrá determinar que se cumpla antes de la medida cuando con ello se pueda alcanzar más fácilmente el fin de ésta última”. Agregando el artículo 31: “Cuando se hubiera ejecutado la medida antes que la pena, el tribunal podrá reemplazar la ejecución del resto de ésta última, conforme a los artículos 26 y 27”.

Establece el artículo 32: *“Durante la ejecución de la sentencia el tribunal podrá, mediante un procedimiento contradictorio: a) Decretar el cese de cualquier medida de orientación y seguridad impuesta en cuanto desaparezca la probabilidad de comisión de hechos ilícitos relevantes; b) sustituir una medida de orientación y seguridad por otra que estime más adecuada. En el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionare desfavorablemente, se la dejará sin efecto.*

c) dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación. La suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado; d) reemplazar la internación por el sometimiento al control de un establecimiento o servicio especializado, con las posibilidades de salidas periódicas o de tratamientos ambulatorios. Para ello dispondrá de conformidad con la dirección del establecimiento o servicio, la transformación de la internación en sujeción a controles, aprobando el programa de salidas periódicas o el comienzo del tratamiento ambulatorio. Antes de disponer el reemplazo, el tribunal oirá en procedimiento contradictorio a la persona en forma directa e indelegable. A tales efectos el tribunal estará obligado a analizar, por lo menos una vez al año, el mantenimiento, cese, suspensión o sustitución de la medida de seguridad”.

Las mismas críticas referidas a la modalidad elegida para fijar el límite temporal de la medida abarcan también a este proyecto. En cuanto a la terminología “incapacidad de culpabilidad” según se trata en la sección segunda al tratar los conceptos de inimputabilidad, discernimiento y capacidad

civil, no parece apropiado dicho concepto por prestarse a confusión y responder a traducciones no siempre apropiadas de fórmulas extranjeras.

En materia de control judicial del cumplimiento de la medida, se establece la obligación del tribunal de evaluar por lo menos una vez al año la necesidad de mantenimiento, cese, suspensión o sustitución, lo cual resulta adecuado en cuanto se establece un control periódico obligatorio fijado expresamente en la ley penal sustantiva y por ende en todas las jurisdicciones.

El título IV trata la imputabilidad, fijando el artículo 34 que no es punible: "a) *El que obrare violentado por fuerza física irresistible o en estado de inconsciencia absoluta (...)* h) *el que a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica permanente o transitoria no haya podido, al momento del hecho, comprender su criminalidad o dirigir sus acciones conforme a esa comprensión*".

La separación entre los incisos que se refieren a la inconsciencia absoluta y a las alteraciones psíquicas resulta comprensible, dado que la inconsciencia absoluta sin que exista "actio libera in causa" implica ausencia de acción humana y la actuación del sujeto como mero cuerpo físico.

El anteproyecto tampoco establece referencias a las medidas de seguridad cuando se ocupa de la prescripción (artículo 60) lo cual resulta razonable desde que las medidas están fundadas en la posibilidad de comisión de relevantes hechos ilícitos futuros (pronóstico de peligrosidad).

Según surge de su cotejo los proyectos más recientes presentan cierta similitud reiterando algunas de las fórmulas que contenía el presentado por el poder ejecutivo en el año 1994 y que alcanzó estado parlamentario.

NOTA: En el sintético análisis de los proyectos reseñados no fue tratado el tema de la semi-imputabilidad –contemplada en algunos proyectos- por resultar ajeno al tema de estudio.

CUADRO ILUSTRATIVO

ANÁLISIS COMPARATIVO DE TÉRMINOS EMPLEADOS EN LOS PROYECTOS ANTERIORES AL CÓDIGO PENAL VIGENTE.

Proyecto	Proyecto		Proyecto	Proyecto
Tejedor	Villegas	Cód 1886	1891	1906
Título 3 Art. 2 incs 2,3,4 y 5. <i>furiosos</i>	Art. 93 Inc. 1 <i>estado de demencia</i>	Art. 81 Inc. 1 <i>estado de locura</i>	Art. 59 1,2,3, <i>enajenación o</i>	Art41 Inc.1 <i>estado de enajenación mental</i>

<p><i>locos</i></p> <p><i>y todos los que hayan perdido completamente el uso de su inteligencia y cometan crimen en ese estado.</i></p> <p>Imbéciles</p> <p><i>Senectud pérdida de inteligencia por su efecto</i></p> <p><i>Sordomudos sin educación</i></p> <p>EXPOSICIÓN DE MOTIVOS</p> <p>EN LAS NOTAS Cita a Adolphe Chaveau</p> <p><i>Se refieren a la justicia moral y la ley que llevan a no reconocer como delito la acción de</i></p>	<p><i>sonambulismo</i></p> <p><i>enajenación mental</i></p> <p><i>imbecilidad absoluta.</i></p> <p>NO TIENE INFORME AL RESPECTO</p>	<p><i>sonambulismo</i></p> <p><i>imbecilidad absoluta</i></p> <p><i>beodez completa involuntaria</i></p> <p><i>perturbación cualquiera de sentidos o inteligencia no imputable durante el cual no ha tenido conciencia de dicho acto o de su criminalidad</i></p> <p>NO AGREGA NADA</p>	<p><i>enfermedad mental cualquiera</i></p> <p><i>embriaguez completa accidental sobrevenida sin culpa</i></p> <p><i>sugestión hipnótica</i></p> <p>EXPOSICION DE MOTIVOS</p> <p><i>No se trata de exclusión de pena sino falta de imputabilidad Aquella es consecuencia de ésta.</i></p>	<p><i>cualquiera no imputable al agente</i></p> <p>EXPOSICION DE MOTIVOS</p> <p><i>estado de enajenación mental es más abarcativo</i></p>
--	--	--	---	--

<p><i>un hombre que ha perdido el uso de su razón</i></p> <p><i>Se interrogan que constituye a la locura?</i></p> <p>Idiotas Semi imbéciles</p> <p><i>Importa que sea una enfermedad mental grave para suspender o destruir la voluntad</i></p> <p>sordomudos</p> <p>loco</p>			<p><i>La exención de pena se funda en la exención de responsabilidad</i></p> <p><i>irresponsabilidad</i></p> <p><i>alienado delincuente</i></p> <p><i>locos peligrosos</i></p> <p><i>locos criminales</i></p> <p><i>Cuestionan donde conviene recluirlos</i></p> <p><i>Las alternativas: MANICOMIO ó</i></p>	<p>loco peligroso</p> <p>loco delincuente</p> <p>COMISIÓN ESPECIAL DIPUTADOS</p> <p>Distingue Imputabilidad de Responsabilidad.</p> <p>COMISION SENADO</p> <p>enajenación</p> <p>Para la redacción del art. 34 inc 1 del CP vigente toman Proy. ruso Art 35 y opinión del doctor Julio</p>
---	--	--	--	---

			<i>ESTABLEC especial</i>	<i>Herrera.</i>
<p>MEDIDAS CONSECUENC IAS JURÍDICAS.</p> <p><i>Encierro en casas destinadas para los de su clase</i></p> <p><i>O</i></p> <p><i>entregados a su familia</i></p> <p><i>(según lo juzgara conveniente el juez)</i></p> <p><i>Sordomudos podían ser castigados como menores de 18 años</i></p> <p>LA NOTA citando a Chauveau destaca</p>	<p>MEDIDAS CONSECUEN CIAS JURÍDICAS</p> <p><i>Declaraba exento de responsabilidad.</i></p>	<p>MEDIDAS CONSECUEN CIAS JURÍDICAS</p> <p><i>Exento de pena</i></p> <p><i>No decía ni una palabra sobre lo que correspondía hacer con los sujetos absueltos por perturbaciones mentales. Por ende, había que dejarlo en libertad, representando un verdadero peligro social, comenta Moreno.</i></p> <p>ESTE PUNTO FUE MUY CRITICADO</p>	<p>MEDIDAS CONSECUEN CIAS JURIDICAS</p> <p>Establecimien to de ALIENADOS CRIMINALE S O DEPARTAM ENTO ESPECIAL EN MANICOMI O COMUN</p> <p>Para los que ejecutaron hecho castigados con penas de muerte, Presidio, Deportación Penitenciaría Y</p>	<p>MEDIDAS CONSECUE NCIAS JURIDICAS</p> <p>En caso de Enfermedad Mental</p> <p>Juez ORDENAR Á Reclusión en un MANICOM IO</p>

<p>que la Ley llena una doble misión respecto del loco: si debe dispensarlo de un castigo que sería bárbaro aplicarle, puesto que no comprenderá ni su razón ni sus efectos, debe PROTEGER también a la sociedad contra sus ataques y Este PODER DE PROTECCIÓN debe manifestarse en el momento en que la justicia penal proclama su incompetencia. (para penar).</p>		<p>QUE LA REFORMA TUVO EN CUENTA.</p>	<p>con perturbación permanente</p> <p>O momentánea repetible.</p> <p>Si el hecho tiene otra pena LIBERTAD BAJO FIANZA DE CUSTODIA</p>	
<p>CESE</p> <p>No contiene regulación específica sobre el cese de la medida.</p>	<p>CESE</p> <p>No contiene regulación específica.</p>	<p>CESE</p> <p>Ni siquiera regulaba lo que correspondía hacer con el agente.</p>	<p>CESE</p> <p>Saldrá por <u>Resolución Judicial</u> con audiencia del M. P. previo dictamen peritos</p> <p>Todo ello para <u>declarar</u> jurisdiccional mente que ha desaparecido el peligro que</p>	<p>CESE</p> <p>Saldrá por Resolución Judicial Con Audiencia Del M.P. previo dictamen <u>peritos</u> que declaren desaparecido o el peligro</p>

			motivó la reclusión.	de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

c) ANTECEDENTES EN LA DOCTRINA NACIONAL. LOS AUTORES Y SUS TEXTOS.

A pesar de la influencia de los filósofos y juristas extranjeros cuyos textos fueron traducidos y difundidos con admiración por los intelectuales argentinos, debe destacarse, como señala Abelardo Levaggi en su *“Historia del derecho penal argentino”*, la divergencia entre la evolución de las ideas penales y la correspondiente a las normas penales durante la etapa cercana a la revolución en estas tierras. A partir de la Revolución de Mayo el pensamiento penal acentuó los cambios operados desde el reinado de Carlos III, época en que llegaron al Río de la Plata las obras de Beccaria y los ilustrados españoles Lardizábal y Gutiérrez. No obstante, las normas no sufrieron modificaciones de importancia hasta 1840, subsistiendo en tanto las mismas normas del derecho castellano-indiano. Asimismo atento la preocupación política prevaeciente, la sistematización del pensamiento penal no fue un tema que

ocupara a los intelectuales en esos momentos y las ideas reformistas en materia penal sólo aparecieron en forma aislada dentro de los discursos legales y políticos (decretos de gobierno, proyectos constitucionales, etc.) que pueden rastrearse hasta estos días.

En esa época se diferencian tres tipos de textos jurídicos: los libros del saber especializado, las tesis y los artículos del saber experto aparecidos en revistas jurídicas.

En ese contexto algunas figuras del pensamiento descollaron en el ámbito académico y jurídico, construyendo lo que sería en el futuro el pensamiento nacional en el derecho penal.

Reseñaré los más destacados, sin pretensiones de exhaustividad y únicamente a los fines de la cuestión que me ocupa.

Pedro Alcàntara de Somellera fue el primer egresado de la escuela de leyes de la Universidad de Còrdoba y primer profesor de derecho civil de la flamante Universidad de Buenos Aires. En su cátedra se dedicó al estudio de los delitos y las penas. Admirador de Bentham definía al delito como *“un acto libre que produce más mal que bien”*. Un acto tal que el legislador debe prohibir. Los remedios para combatir el mal de los delitos podían ser a su juicio preventivos, supresivos, satisfactorios o penales.

La pena solamente se justificaba cuando era eficaz, resultando ineficaz aquella que no podía influir sobre la voluntad o el poder de delinquir, *“como lo sería la impuesta a un loco, a un niño y a todos aquellos que hacen el mal sin conocerlo, sin poderlo evitar”*.

Esta referencia es una de las escasas sobre el tema de la locura en el derecho penal, que se encuentran en los discursos científicos de la época. Ya en ella se descubre la aplicación de algunos de los principios inspirados por Bentham, asimismo se vislumbra un tratamiento “diferenciado” al menos en la exposición teórica, respecto de aquellos autores de delito que no se encontraban al tiempo de cometerlo en condiciones de discernir o estaban compelidos a actuar de esa manera.

Somellera fue sucedido en su curso durante los años 1828 y 1829 por su discípulo **Florencio Varela**, cuya tesis doctoral había sido el *“Discurso sobre los delitos y las penas”*, presentando algunas diferencias en cuanto a la justificación de la permanencia de la pena de muerte en relación a su antecesor.

Antonio Saenz, presbítero y fundador del curso de derecho natural y de gentes de la Universidad de Buenos Aires, se caracterizó por expresar un pensamiento genuinamente local aplicado al análisis de los problemas locales, con base en autoridades como Grocio y Pufendorf, entre otros. Su producción intelectual no fue la mera reproducción de las ideas de grandes pensadores extranjeros, sino un esfuerzo por resolver la problemática que presentaba el ámbito local.

Juan Bautista Alberdi, publicó en 1837 su *“Fragmento preliminar al estudio del derecho”*, donde señalaba: *“No hay delito sin imputabilidad, ni imputabilidad sin libertad. Pero la libertad es una facultad mixta de inteligencia y voluntad. Luego, no es libre el hombre sino con relación al*

desarrollo de su inteligencia y voluntad y por tanto no es imputable y delincuente sino en el propio respecto”.

Esa noción de imputabilidad de Alberdi será empleada en los discursos penales desde mediados del Siglo XIX hasta el presente.

Carlos Tejedor, asumió en 1857 su cátedra de Derecho Penal y escribió para sus alumnos en el año 1860 el “*Curso de derecho criminal*” donde destaca las ventajas del sistema penitenciario, cuyo fin considera no es propiamente regenerar al culpable, sino impedir las reincidencias, imponiéndole hábitos de orden e ilustrándole sobre sus verdaderos intereses, mediante el trabajo y en caso necesario del aislamiento.

Esa obra fue el primer texto sistemático que intentó abarcar toda la materia. El enfoque de Tejedor sobre la cuestión criminal se mantuvo en el ámbito local hasta la llegada del positivismo.

En los textos de este período la cuestión de la locura en el crimen no es abarcada expresamente, sólo aparece esporádicamente en breves referencias. Tampoco se menciona el destino que correspondía al sujeto que había delinquido en estado de enajenación mental o locura. En la práctica el tema se resolvía mediante el arbitrio judicial y generalmente los jueces disponían el encierro del loco delincuente en un hospital.

Allí se verifica una importante laguna dentro del sistema, pues la práctica judicial que dejaba el destino y regulación de la consecuencia jurídica del accionar del sujeto inimputable (en términos actuales) o loco, furioso, desmemoriado o falto de intelecto (en la terminología de las leyes castellanas) en manos y al arbitrio del juez, ya no tenía un principio sólido que la fundara, desde que se había abandonado o desplazado la autoridad delegada del rey que la detentaba en la época colonial.

SURGIMIENTO DE LA ESCUELA POSITIVA

La influyente ideología positivista iniciada por Augusto Comte produjo un notorio progreso en las Ciencias Sociales, haciendo que el derecho penal también experimentara un cambio interesante.

La exaltación de la investigación del mundo físico mediante el método de la observación y la experimentación, llevó al desplazamiento de la metafísica racionalista que servía de base al derecho penal clásico o liberal, por el desarrollo empírico de las ciencias humanas, y aquella ideología subyacente del libre albedrío fue reemplazada por el estudio del criminal y los factores innatos, ambientales y sociales del crimen.

El método experimental se convertiría también en el nuevo método del derecho penal.

En el aspecto estrictamente penal el positivismo se caracterizó, sucintamente, por: la negación del libre albedrío para fundar una responsabilidad moral como base de la responsabilidad penal o bien su enfática afirmación de considerarlo fuera del ámbito jurídico y dentro del filosófico o metafísico, propiciando la

no injerencia en esos campos sobre los cuales el derecho penal no tenía que dar opinión.

También consideró que el derecho penal se fundaba en la defensa social, asimilando la sociedad a un organismo con legítimo derecho a defenderse de las agresiones concretas o probables. A tal fin empleo la pena como medio de defensa y observo al delito como un síntoma de la personalidad de su autor, considerando a la peligrosidad como criterio clave para fundar la determinación concreta de la pena en cada caso.

Acerca del alcance de los conceptos de *imputabilidad* y *responsabilidad penal* en el campo del positivismo penal en Argentina, basta citar las contundentes palabras de Horacio Areco en su trabajo “Enrique Ferri y el positivismo penal” Arch. 1908, refutando a Ferri: “*Las palabras imputabilidad y responsabilidad no pertenecen al vocabulario de un positivista, y resulta peligroso y contraproducente el empleo de las viejas fórmulas para expresar conceptos nuevos (...) No hay, pues, responsabilidad en el sentido estricto de la palabra; sólo hay elementos útiles y elementos nocivos. Los primeros se cultivan y fomentan en razón de su utilidad social; los segundos se segregan y destruyen por la opuesta razón. Para estos están las cárceles y los manicomios; para aquellos el mundo con su amplísimo escenario*”.

Se evidencia así la radicalidad y los caracteres propios de la posición de algunos de los Mass destacados positivistas argentinos, que incluso tenían diferencias con los representantes del positivismo italiano.

Ingenieros se ocupa de las medidas de seguridad, desde su óptica resaltando que negar la validez del libre albedrío y la responsabilidad, fundando el derecho penal sobre la defensa social no significa sostener el derecho a la impunidad de los delincuentes y dejar a la humanidad desguarnecida frente a sus ataques. Para ello el nuevo derecho penal en formación comprende medios de defensa de varios tipos, que Ingenieros reagrupa en cuatro categorías:

- 1- *Medios Preventivos: destinados a evitar todas las causas que pueden determinar la exteriorización de las tendencias mórbidas en un sentido delictuoso.*
- 2- *Medios Reparadores: destinados a indemnizar a las víctimas y a disminuir las fuertes cargas que implica para el Estado la lucha contra el delito.*
- 3- *Medios Represivos: penas variables en cada caso, según las condiciones del delincuente, edad, sexo, profesión, sistema de vida, etc.*
- 4- *Medios eliminadores: destinados a impedir la recidiva; pena de muerte, deportación, reclusión perpetua apropiada a las condiciones especiales del criminal, y otras secundarias. (“Nuevos rumbos...” Pág. 26-27).*

En Argentina desde 1887 el profesor de derecho penal de la Universidad de Buenos Aires **Norberto Piñero** inició la difusión de la doctrina positiva en nuestro medio. Lo seguirán **Juan P. Ramos**, **Jorge Eduardo Coll** y **Eusebio**

Gómez en la citada universidad. En tanto harán lo propio **José Peco** en la Universidad Nacional de La Plata y **Cornelio Moyano Gacitúa** en la Universidad de Córdoba.

Con estos representantes y sus sucesores el positivismo argentino tuvo rasgos originales.

Ilustrativo puede resultar al respecto del programa oficial de enseñanza que en 1887 el profesor Norberto Piñero desarrolló hasta 1897 en su cátedra en la Universidad de Buenos Aires.

Incluía los siguientes ítems: Escuela Positiva. Su punto de partida. Su método. Fundamento de la responsabilidad según la escuela positivista. Fin práctico de la misma. Medios de alcanzarlo. Examen de las objeciones hechas a dicha escuela.

El delito. Embriología del delito. Nociones generales. El delito como fenómeno social. Determinación de las condiciones constitutivas del delito como fenómeno natural-social.

Los delincuentes. Diversas maneras de considerar los delincuentes. Doctrina sobre este punto: doctrina clásica y doctrina positiva. Distinción fundamental entre los delincuentes según los principios de esta última doctrina. Clasificación de los delincuentes. Diversas clases de delincuentes. Condiciones y caracteres de cada clase de delincuentes. Utilidad práctica de la clasificación y del conocimiento de los delincuentes.

Las causas del delito. Importancia de su estudio. Papel de la estadística criminal en el estudio de las causas del delito. Valor de los datos estadísticos. Clasificación de las causas de la delincuencia. Diversas clases de causas: causas antropológicas, causas físicas y causas sociales. Enumeración y estudio de las causas comprendidas en cada grupo. Influencia recíproca entre las diversas causas. Influencia distinta de cada categoría de causas sobre el movimiento de la criminalidad. La ley de la delincuencia inducida del estudio de las causas. Doctrinas y discusiones sobre este punto.

La prevención. Teoría de los sustitutivos penales de Ferri. Sus fundamentos. Medios de hacerla efectiva. Juicio sobre esta teoría. Instituciones preventivas de la criminalidad.

La represión. Sistema de la eliminación. Noción. Fundamento. La temibilidad del delincuente como criterio para establecer la represión necesaria. Medios para hacer efectiva la represión. Objeciones en contra del sistema. Juicio sobre el sistema. (Ramos, Juan P. "La escuela de Enrico Ferri en la República Argentina". Buenos Aires. 1928. pp397-398).

La lectura de este elocuente programa de la cátedra del profesor Piñero permite comprender el carácter seductor que debió tener en su época esta corriente, en cuanto postulaba la posibilidad de cuantificar aspectos de disciplinas humanas que hasta entonces parecieron no mensurables por definición, otorgando así una apariencia de rigor formal a las bases en que se apoyaban las ciencias del hombre.

Tal vez resulten comparable esas repercusiones del positivismo criminológico italiano en el ámbito científico y académico de las ciencias humanas a las que tuvieron a finales del siglo XVIII y principios del XIX las mediciones de los naturalistas y matemáticos relacionadas con la tierra y la naturaleza, que por

su atractivo incluso popular, llegaron a ser revividas en modernas narraciones noveladas como el caso de Daniel Kehlmann con su libro *“Die Vermessung der Welt”* que entrecruza acontecimientos históricos y biográficos relativos a los descubrimientos y labores de dos científicos destacados como el naturalista Alexander von Humboldt y el matemático Carl Friedrich Gauss con elementos ficcionales.

En 1888 Francisco y José María Ramos Mejía, Norberto Pinero, Luis María Drago, Rodolfo Rivarola, José Nicolás Matienzo y otros fundaron la “Sociedad de antropología jurídica” a fin de difundir los principios de esa escuela, siendo la primera sociedad científica del mundo que se ocupó del estudio del delincuente. Tres de sus miembros (Pinero, Rivarola y Matienzo) fueron designados en 1890 por el Poder Ejecutivo para preparar el proyecto de reformas al Código Penal, de allí también la incidencia de su pensamiento.

Así la doctrina positivista se extendió con gran predicamento en nuestro medio académico, con una persistencia en las cátedras universitaria que no se verificó en otros países. Siendo también importante su influencia en el ámbito de la criminología.

Entre los primeros trabajos que emplearon los métodos de medición estadística intentando un análisis sistemático de la criminalidad argentina, destacan *Las causas del delito* de Antonio Dellepiane y *La delincuencia argentina ante algunas cifras y teorías* de Cornelio Moyano Gacitúa. Sin embargo, ambos autores no adhirieron a todo el núcleo teórico de la corriente positiva, sólo emplearon algunos de sus instrumentos metodológicos. Ambos distinguían en sus estudios sociológicos de la criminalidad urbana de la rural, centrando su estudio respectivamente en el gaucho y el inmigrante.

En cuanto a los textos legales, la influencia positivista se advierte en los proyectos de código y reformas que siguieron al de 1891 hasta la llegada del Código Penal de 1922, y por lo tanto no llegó a plasmarse dicha influencia en la legislación como si lo hizo en el campo académico y el criminológico.

El pensamiento de Rodolfo Moreno (h)

A pesar del predicamento que el positivismo tuvo entre los intelectuales argentinos el proyecto que inspiró al Código Penal finalmente adoptado por la República Argentina, vigente hasta la fecha, fue criterioso y mesurado al tiempo de regular el tema en estudio. El propio Rodolfo Moreno (h) en su obra (*El código penal y sus antecedentes 1922*) se ocupa por desarrollar la explicación del artículo 34 inciso 1ro considerando las bases que le dieron nacimiento. Su discurso al igual que los textos normativos sancionados en este primer código de aplicación a todo el territorio nacional, toma distancia tanto de las especulaciones filosóficas, como de las teorías psiquiátricas y de las jurídicas no debidamente comprobadas. Así en pureza se ocupa de establecer

normas legislativas claras aptas para cumplir con la finalidad propia de un código de fondo.

Expresa al respecto Moreno *“El Código, por tanto, ha tomado en cuenta los hechos para consignar su disposición. La prueba de los mismos, o sea la concurrencia o no de las circunstancias, será dada por los peritos que en cada caso se designen.*

La ley debe considerar, ya sea que existan o no las facultades internas discutidas entre los psicólogos, que la sociedad está formada a base de hombres que tienen determinadas características y ciertas condiciones individuales. La regla es la capacidad, la normalidad, la voluntad, cualesquiera que sean los problemas trascendentales, y esto lo admiten lo mismo los doctos que los ignorantes.”

La sabiduría que encierran estas mesuradas expresiones que integran el discurso de Rodolfo Moreno (h) sintetizan lo esencial de un cuerpo codificado de normas penales; claridad, eficacia, sentido común, técnica y el equilibrio necesario que le evitará ser arrastrado por teorías y especulaciones de moda, confusas en su discursividad y a veces incluso absurdas por alejadas de la practicidad.

Al referirse puntualmente a los estados mentales comprendidos en la disposición del artículo 34 inciso 1º del Código Penal, señala Moreno en su obra -parágrafo 186-; *“El Código ha prescindido de señalar los nombres de los distintos estados mentales que pueden dar lugar a la inimputabilidad del agente. Se limita a declarar no punible al que ha procedido por insuficiencia, alteración morbosa o estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputable. Para que el castigo no concurra es preciso que el sujeto no haya podido comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.*

La comprobación de todo esto no puede ser un punto teórico.

Es la práctica, en cada caso y en presencia del hecho, lo que permitirá dar la solución adecuada. La ley es bien clara, desde que no se limita a declarar no punible al que tenga una clase de enfermedad mental, sino a todos los que no hayan podido tener ni han tenido conciencia del acto, por falta, insuficiencia, alteración de facultades, error o ignorancia de hecho”.

Finalmente, en relación a la cuestionable “semi-imputabilidad” en el parágrafo 188 afirma; *“La conveniencia de legislar especialmente sobre responsabilidad atenuada es vivamente discutida, y si bien el Código no ha tenido en ningún momento, y lo prueban las innovaciones, la preocupación de apartarse de las instituciones más modernas, ha evitado embarcarse en doctrinas poco ensayadas o en principios insuficientemente experimentados.”*

La claridad expositiva de Moreno exime de comentarios que sólo pueden resultar superfluos, solamente cabe destacar la prudencia y el aleccionamiento que suponen sus reflexiones, en tanto la versatilidad legislativa se edifica al servicio de la eficacia, la sabiduría y la transparencia discursiva.

Mas aun considerando las circunstancias históricas del derecho argentino en su etapa previa a la definitiva codificación penal.

Ello por supuesto no implica desconocer las dificultades de interpretación que algunas normas del código puedan presentar ni renunciar al análisis y crítica del sistema de medidas establecido que se harán oportunamente en la segunda sección.

La visión crítica del derecho penal argentino de Rodolfo Rivarola

Cuando Rivarola publica su “*Derecho Penal Argentino*” (año 1910) la legislación argentina en materia de derecho penal aún se hallaba en formación, encontrándose como lo describe el propio Rivarola en un momento incierto y transitorio.

Aguardaba en esas circunstancias el autor que el código penal argentino alcanzara el equilibrio estable que todos deseaban y confiaba en que se llegaría a ello gracias al proyecto de 1906. Asimismo, vislumbrando la aplicación que aquí estamos empleando de su obra, señalaba “*el libro que hoy publico, tendrá algún valor histórico y científico, porque si responde a mi intento...presentará la evolución del derecho penal argentino hasta 1910 y sus proyecciones futuras*”.

Con tales perspectivas habré entonces de sumergirme al análisis de esta pieza fundamental de nuestra doctrina histórica penal.

En su prólogo el autor cree advertir en la legislación penal de lengua española, caracteres comunes, que no alcanzan a borrar las diversas influencias de leyes y doctrinas escritas en otras lenguas, indicándolas circunstancialmente al comparar el derecho argentino con el español, el chileno, el uruguayo y el peruano.

Esta observación es significativa en tanto el análisis del discurso jurídico tiene su relación con el lenguaje natural.

A partir de la importancia que otorga a este último pueden hallarse en su obra importantes pasajes en los cuales analiza detenidamente términos fundamentales para el derecho penal. En uno de ellos se refiere al concepto de “*libre albedrío*” como fundamento de la responsabilidad penal, recordando que ‘en la formación del derecho penal argentino no se advierten antecedentes por los cuales la cuestión del “*libre albedrío*” tenga una importancia práctica o doctrinaria y que solamente en el Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García –de escasísima influencia en la legislación- se encuentra esta definición de la “*voluntad criminal*”: “*la libre decisión de cometer un hecho ilícito*”. Agregando Rivarola en este pasaje que el doctor Tejedor en su enseñanza del derecho penal aceptaba como un dogma el libre albedrío, no cabe duda de ello, pero en el Proyecto no se encuentra ninguna declaración precisa, ni siquiera puede afirmarse que el principio del libre albedrío esté implícito en los términos del mismo. Y agrega Rivarola: La responsabilidad en el Proyecto Tejedor parece fundada más directamente en el solo elemento

intelectual de la acción (...) Si se examinan las disposiciones sobre las causas eximentes de pena, es solo el conocimiento de la criminalidad de la acción, sin alusión al libre albedrío, la guía de la responsabilidad. La exención de pena es para los que hayan “perdido el uso de su inteligencia, y cometan un crimen en ese estado”.

Hasta aquí las palabras de Rivarola referidas al tratamiento del tema en el Proyecto Tejedor.

Recuerda luego que en el código penal entonces vigente (el del año 1886 – tratado en el punto 1.b de esta sección) no se encuentran elementos tan precisos para dejar completamente aparte la cuestión del libre albedrío, como hay en el Proyecto Tejedor, pero también los hay. No contiene el código de 1886 alusión a que la voluntad criminal que se presume sea “libre” o “determinada” pero en el artículo 81 la excusa general de exención de pena está expresada en los mismos términos que en el Proyecto Tejedor.

Finalmente sintetiza expresando “fuera de la obra del doctor Moyano Gacitúa *no tengo a la mano ninguna otra obra argentina, que funde la responsabilidad en el libre albedrío. Si el concepto de libertad aparece muchas veces en escritos jurídicos, es más en sentido jurídico, que en sentido psicológico que se lo emplea*”.

Enseña luego Rivarola que si bien muchos escritores en materia penal hablan como si ellos hubieran desterrado de la filosofía el “fantasma del libre albedrío”, no han destruido nada que no estuviera ya destruido o puesto en su lugar, por la filosofía de Kant y la que le ha seguido. Coronando su enseñanza con la siguiente afirmación “El derecho penal no puede ocuparse de la conducta humana ideal, sino de la conducta humana como *fenómeno* y en consecuencia dentro de la ley real de la causalidad “.

Rivarola expresa que para la existencia de la voluntad criminal, voluntad intencionada, es necesario que el agente haya obrado con inteligencia del mal que hacía y con libertad de acción. Por inteligencia del mal se debe entender la facultad de discernir de la inmoralidad; por libertad, jurídicamente se entiende la ausencia de toda coacción *externa* sea física o moral.

Por todo lo analizado este destacado jurista afirma que las dudas que surgen en legislaciones foráneas proceden de una circunstancia: la ley contiene como fundamento expreso o implícito de la responsabilidad el “libre albedrío”. Considera que habiendo demostrado que la ley argentina de su época no lo contiene, la cuestión del libre albedrío ha sido y es una cuestión extraña al derecho penal positivo de nuestro país.

Así, según sus palabras; “No es, pues, la función de la ley, crear la responsabilidad legal sobre un fundamento cualquiera racional o experimental. *“Buscar el fundamento de la responsabilidad penal es como buscar fundamentos a la existencia del mar.”* En esta frase refleja claramente su concepción, al destacar que si bien el análisis de un derecho positivo determinado permite rastrear principios y fundamentos filosóficos subyacentes, la labor del jurista se mantendrá dentro del ámbito de su

incumbencia tomando esos elementos como dados y realizando a partir de ellos el estudio del ordenamiento jurídico vigente en los aspectos que le conciernen, sin confundir los planos y niveles de conocimiento.

Otro pasaje en el que analiza rigurosamente los términos está ubicado en el capítulo III de su obra dedicado a la *definición del delito*.

Censura el carácter común de la mayoría de las definiciones del delito, el apartarse del concepto práctico que refiere el delito a la acción penada por la ley, y en cambio buscarlo como anterior o externo a la misma. El fracaso de todas las definiciones construidas con términos en sí mismos indefinidos y por solo método racional independiente de la experiencia - sostiene Rivarola- debía sugerir algún ensayo para lograr una definición que tuviera en cuenta la experiencia de la humanidad en determinadas épocas de civilización. Así surge la distinción entre el delito natural y el positivo. Sin embargo, agrega *“observemos de qué distinta manera hablan un rey absoluto, que ordena en las Partidas el derecho que él manda, y los filósofos y juristas que no está como él arriba de la ley. Para el primero, los delitos son malos fechos y el dirá cuáles son malos que deben ser escarmentados crudamente. Los segundos buscan en la definición el límite del poder que tendría el soberano para declarar cuales hechos son malos, y giran alrededor de conceptos más o menos indefinidos”*.

Ratifica el valor que la experiencia tiene para orientar las reformas necesarias al mejoramiento del sistema jurídico, y agrega el deber de recordar que la legislación penal no ocupa una posición única e independiente en la legislación general de un país: su dependencia respecto de otros cuerpos de legislación es evidente, siendo el más inmediato la Constitución Nacional, luego los tratados y todas las leyes orgánicas del país. Luego de señalar así todos los elementos que debe tener presente el jurista para el mejoramiento del sistema normativo penal, cierra el capítulo afirmando *“El delito y la pena han precedido, en realidad, a la doctrina y la definición, como el lenguaje ha precedido a la gramática. La gramática toma sus reglas del lenguaje ya formado, la doctrina penal formula sus teorías según un derecho penal ya existente, que mira por un solo lado. La obra de legislación y de crítica, que considera la realización del derecho penal en mayor numero de lados, por decirlo así, tendrá también uno que se conforme con una teoría, como otro que satisfaga otra doctrina”*. Axial resume Rivarola la conveniencia de un criterio que permita apreciar en todos sus aspectos las instituciones penales.

Refiriéndose al Código Penal entonces vigente, el del año 1886, estudia lo que denomina la “voluntad criminal”. Señala: dos elementos esenciales concurren a la existencia del delito: el elemento *material*, o sea la ejecución del hecho penado por la ley, y el elemento *psicológico*.

La voluntad criminal es voluntad intencionada a producir el mal. Para que ella exista, es necesario que el agente haya obrado con inteligencia del mal que hacía y con libertad de acción. Por inteligencia del mal basta la facultad de discernir de la inmoralidad, por libertad, jurídicamente, se entiende la ausencia

de toda coacción externa (física o moral). Esa voluntad criminal sostiene Rivarola, que debe concurrir como elemento esencial del delito, a fundar la responsabilidad del agente, es un procedimiento interno del ánimo que escapa, por lo general, a toda comprobación.

Considerando tales antecedentes, al Proyecto de 1906 propuso reemplazar el término *voluntad criminal* por el de *intención*, porque la intención importa y precisa el esfuerzo de la voluntad del individuo hacia el delito.

En la ejecución de un delito, para dicho proyecto, se presume la intención de cometerlo, a no ser que resulte lo contrario de las circunstancias particulares del proceso”.

La regla en el Código Penal (de 1886) es la responsabilidad penal, por lo tanto, la excepción es de aplicación limitada, enumerándose taxativamente las *causas que eximen de pena* en el art. 81 del citado código.

Explica Rivarola que la denominación muestra que los autores del código procuraron evitar en este punto cualquier concepto que diera lugar a una tesis explicativa. Pero en rigor la expresión no es exacta, porque si un hecho está exento de pena, no es delito, o bien se destruye la definición del concepto legal de delito que se deriva exclusivamente de la asignación de una pena. Por ello considera Mass exacto referirse a la causa que motiva la exención de pena, y decir como lo hace el Proyecto de 1906 “*están exentos de responsabilidad*”.

Como fue expuesto en el punto b de esta sección, dedicado a las normas que fueron antecedente del Código Penal de 1921, originalmente Rivarola en el Anteproyecto de 1905 uso la expresión “*perturbación mental*”, sin embargo, a instancias del doctor José M. Ramos Mejía cambió dicha expresión por la de “*enajenación mental cualquiera*” a la que el distinguido medico consideraba Mass amplia y por ende comprensiva de todos los estados patológicos mentales.

Como explica el propio Rivarola, “los textos legales procuran buscar en esta materia la expresión genérica más extensa que pueda dar idea de que se excluye de imputabilidad al que no tuvo conciencia de sus propios actos. Se ha tratado de buscar la formula que indique con exacta precisión cual sea el estado de irresponsabilidad; pero tal vez la dificultad no esta en la formula sino en el estado; no en la palabra sino en la cosa.

Hay indudablemente una línea donde cesa el estado de juicio y comienza el de privación, pero ni esta línea esta claramente demarcada en la naturaleza, por operarse la transición con la suavidad de una curva regular, ni podría asegurarse que allí donde empieza la locura comenzara también la irresponsabilidad, y que estuvieran ambas sujetas a idéntica relimitación. (...)

La conclusión a este respecto, en un caso concreto, debe ser proporcionada por los informes periciales, y basta este solo motivo para considerarse ajeno al método de este libro, como lo es a mi competencia personal, todo juicio sobre los caracteres científicos de la locura, que corresponde al dominio del alienista y no al del jurista”.

Citando a Briand y Chaudè en su *Manuel complet de mèdeicine lègal* agrega mas adelante para ilustrar la importancia de la determinación psiquiatrica pericial en el caso particular, “*se cree estar en presencia de un criminal que castigar, y solo se tiene un loco que contener*”.

Aborda el tema de las medidas a tomar respecto del sujeto que delinque por enfermedad mental, una vez declarado irresponsable, y nos recuerda que nada dice el código penal de 1886 sobre lo que habrá que decidirse respecto del delincuente por enfermedad mental. Desde 1891 se ha advertido que esta materia no puede quedar librada a las disposiciones del Código civil, cuyo único objeto es suplir la incapacidad de la persona con la provisión de una curatela. Es por ello, indica el autor, que el Proyecto de 1891 propuso que se confiara al mismo juez que ha reconocido la irresponsabilidad por enfermedad mental, la atribución de ordenar su reclusión en un establecimiento de alienados criminales, o en un departamento especial de los manicomios comunes, del cual no saldría sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público, y previo dictamen de peritos de que ha desaparecido el peligro que motivó la reclusión. Y funda claramente su posición, agregando “Hay una razón jurídica evidente para que se establezca la completa unidad de jurisdicción que debe declarar la irresponsabilidad, y ordenar la clausura del enfermo delincuente en un manicomio el *hecho* que motiva una y otra providencia, la enfermedad mental, es único. Si existe para absolver del delito por un sobreseimiento definitivo, existe para ordenar la clausura”.

Al ocuparse de la discusión de los fundamentos del derecho penal efectuada por la Sociología criminal, Rodolfo Rivarola trata una cuestión que sigue siendo sumamente deficiente aun en nuestros días; la falta de estadísticas en Argentina. Enfatiza que no es posible fundar consecuencias generales en datos insuficientes e imperfectos y resalta la necesidad de contar con datos completos, rigurosos, recabados en todo el territorio de nuestro país.

Esta cuestión no es menor, toda vez que al realizar los trabajos de campo, axial como la búsqueda de materiales y estadísticas para analizar diversas variables, pude comprobar la total ausencia de datos oficiales en cuestiones tan relevantes como por ejemplo la tasa de suicidios de enfermos mentales en hospitales del medio libre.

La relevancia de recorrer la obra de los autores destacados de nuestra doctrina penal se revela fecunda en la advertencia de puntos claves para el desarrollo de la investigación emprendida, y mas aun para vislumbrar aquellos aspectos que deben abordarse para tener un adecuado conocimiento y enfoque del derecho penal actual y su devenir.

Eusebio Gómez. Una voz representativa del Positivismo vernáculo

La representatividad de este autor reside en que su “Tratado de Derecho Penal” (1940) como sus restantes obras, permiten apreciar la influencia de los autores italianos que descollaron en la escuela positivista, pero al mismo tiempo se encuentran imbuidos del pensamiento original de la corriente local que adhirió a dicha escuela durante su auge. Me centraré en su tratado.

En coincidencia con Rodolfo Rivarola señala Gómez que el derecho criminal debe ser sustraído a las disquisiciones filosóficas y es forzoso asentarlo sobre elementos de hecho incontestables. Por ello sostiene con Ferri que *“el ministerio punitivo tiene el carácter de mera función defensiva o preservativa de la sociedad; esta función es independiente de toda afirmación de libertad moral y, por tanto, de culpabilidad en el individuo delincuente”*.

La única base del ministerio punitivo afirma Eusebio Gómez, tiene que ser la responsabilidad social. Por ella el hombre es imputable, pues es responsable porque vive en sociedad. Rechaza así categóricamente los postulados de la escuela clásica en torno al libre albedrío y sus derivaciones.

Al abordar el tema de la imputabilidad en la legislación argentina realiza la crítica al Código Penal de 1921, destacando su filiación ecléctica por admitir la distinción entre imputables e inimputables, prescribiendo las penas para los primeros y las medidas de seguridad para los segundos. Considera un serio error de técnica en el código, aún siendo ecléctico, haber agrupado bajo la misma denominación las causas de inimputabilidad y las de justificación, al tiempo que cuestiona la vaguedad de la expresión *“insuficiencia de las facultades”* empleada por el codificador, por no distinguir grados en ella y por diferenciarlas tautológicamente con las alteraciones, asimismo descalifica el empleo del término “facultades” por no pertenecer al vocabulario científico.

Respecto de la fórmula escogida por el código señala que no han sido expresadas las razones en cuya virtud se adoptó el criterio psicológico para establecer la imputabilidad en vez del criterio biológico. Agregando que la orientación elegida es contraria a la realidad e ineficaz para los fines de la defensa social. Por ello justifica la sustitución de dicho criterio que propició el Proyecto sobre estado peligroso de los delincuentes del año 1926.

Al ocuparse de las medidas a que son sometidos los inimputables según el código, indica que *“sorprende, ante todo, que sea facultativo del juez ordenar o no una medida que las circunstancias exhiben como absolutamente necesarias. (...) el precepto ha debido ser imperativo...Nótese la incongruencia que patentiza el examen comparativo de la disposición criticada con la que inmediatamente le sigue; en ésta, la imposición de la medida sancionada para los absueltos por las otras causales de inimputabilidad es obligatoria”*.

Luego señala que es inadecuado el término “reclusión” para referirse a lo que ha debido llamarse *“internación” del alienado en un manicomio*, pues la palabra reclusión tiene en el código un significado especial al referirse a una de las penas privativas de libertad.

Analiza también la cuestión debatida en esos momentos respecto del lugar o tipo de establecimientos en que debían ser internados los sujetos de que se

ocupa el artículo 34 por la inexistencia en esos tiempos de manicomios criminales.

Al final del capítulo lamenta que el código no haya incorporado la categoría de los semi-imputables, por considerar que la imputabilidad admite graduaciones.

Un punto interesante en la revisión crítica del código realizada por este autor lo constituye su llamado de atención sobre un aspecto de la medida de seguridad que presenta inconvenientes hasta en nuestros días; *“Para que el juez pueda ordenar el egreso del enfermo sometido a la internación manicomial es indispensable que el informe de los peritos establezca de una manera categórica, la completa cesación del peligro que se ha querido conjurar. Una simple mejoría no será suficiente. Por esa razón no es admisible un egreso a prueba, que los médicos forenses suelen aconsejar y que con rigor lógico, los tribunales no han acordado”*. (Sobre la situación de esta cuestión en la actualidad me remito a la sección tercera sobre ejecución de las medidas). El capítulo XXIV de su obra está íntegramente dedicado al tratamiento de las penas y medidas de seguridad, conforme la óptica propia del positivismo señala en él: *“Cuando se trata de establecer cuales son los caracteres de la pena, es necesario comenzar por decidir la cuestión relativa a saber si entre ellas y las medidas de seguridad existen diferencias. La escuela positiva las niega terminantemente*.

Saluda con beneplácito la incorporación de las medidas de seguridad por parte de las leyes penales, expresando *“Las leyes penales, al aceptar, en su gran mayoría, la institución de las medidas de seguridad, han realizado un progreso innegable (...) Ha terminado, axial, la situación de peligro que comportaba la aplicación rigurosa de los principios del clasicismo, a mérito de los cuales ninguna providencia cabe adoptar en relación a los delincuentes inimputables. Pero, la transacción en materias como esta, no es el medio indicado para dirimir controversias; y es axial como, por efecto de la distinción que se hace entre penas y medidas de seguridad, se mantiene para las primeras el carácter retributivo, que aleja de la realización de los ideales de defensa social”*.

Su queja se dirige a la incorporación de las medidas de seguridad en los sistemas normativos que no responden al criterio positivista, por lo que a su juicio se quedan a mitad de camino restando eficacia a las mismas. Claramente expresa sus razones fundando *“La identificación de ambas instituciones, en cambio, como consecuencia lógica del principio de la responsabilidad de todos los autores de delitos, implica el sometimiento de todos a las sanciones de la ley penal, con igual propósito defensivo, despojado del vano intento de medir la culpa moral para fijar la exacta retribución. Ninguna distinción concebible que no sea la de la especialidad de las providencias que exija la consideración a la naturaleza de la anormalidad, que todo delincuente revela y la del grado de peligrosidad que ofrezca”*.

Su claridad expresiva demuestra los pilares sobre los que se asienta el positivismo, axial como la innegable lógica derivación cuando se abordan las consecuencias del delito desde esta perspectiva.

Entre esos pilares fundamentales, un concepto destaca y a él dedica el autor un capítulo especial en su obra, el XIII que trata la *peligrosidad*.

“La peligrosidad es un principio de que no puede prescindir el derecho penal” -ob.cit. parágrafo 142 – leemos en dicho capítulo, y aborda seguidamente el espinoso tema de la peligrosidad predelictual, diciendo *“Desde otro punto de vista, no hay acuerdo para decidir si la peligrosidad por sí, con prescindencia de la comisión de un acto sancionado por la ley penal, puede constituir una hipótesis específica de delito; o si Este ha de continuar siendo necesariamente el presupuesto esencial para la imposición de las sanciones”*.

Partidario de las medidas fundadas en la peligrosidad predelictual, indica que *“las medidas que exige la peligrosidad sin delito no pueden tener un carácter que, en lo esencial, difiera del que corresponde asignar a la peligrosidad revelada por el delito. ...Sea cual fuere el carácter que se atribuya las medidas que reclama la peligrosidad sin delito, la necesidad de tales medidas es generalmente admitida. Se invocan las garantías individuales como argumento supremo de oposición a las mismas. Se afirma que ellas cancelan el principio nulla poena, nullum crimen sine lege. Pero ni aquellas garantías son preteridas ni este principio se quebranta con la adopción de providencias que conjuren la amenaza permanente de actividades nocivas que son como el anuncio de la explosión delictuosa. Una ley que enumere, con la precisión debida, las situaciones que hayan de considerarse como exponente de un estado peligroso, que indique las sanciones adecuadas y que atribuya la imposición de estas a la autoridad jurisdiccional, no podrá ser objetada”*.

Reconoce Eusebio Gómez la dificultad para determinar los elementos que deban ser tenidos en cuenta para la declaración de peligrosidad, refiere la falta de acuerdo entre los autores sobre este punto y recorre algunos de los criterios empleados por los Mass descollantes para finalizar señalando que los elementos son los mismos para todos los autores, en lo que difieren es el valor e importancia que a cada elemento corresponde atribuir, otorgando algunos, como Grispigni, al delito por su valor “sintomático” el índice “primario” de peligrosidad, y otros como Ferri brindan esa prioridad a la personalidad del delincuente y los motivos que lo impulsaron.

Relativiza las discrepancias doctrinarias, señalando *“En realidad, la cuestión de prevalencia que se plantea, carece de importancia, ya que es indiscutible que, a los fines del diagnóstico de la peligrosidad, no es posible prescindir del examen de todos y de cada uno de los elementos que se indican”*.

Sobre la proyección del concepto de peligrosidad en los sistemas normativos señala: *“Si para los fines de la defensa colectiva, el delito tiene que ser juzgado, necesariamente, en relación a su autor, es indudable que la consideración de la mayor o menor peligrosidad del mismo no puede ser omitida. La infiltración de este criterio, siquiera sea tímidamente, en muchas*

legislaciones es visible. No demorará por cierto su adopción integral a despecho de los que piensan que el juicio de peligrosidad escapa a las posibilidades humanas. Las sanciones se adaptarán, entonces, a la naturaleza y al grado de la peligrosidad y un concepto real sustituirá a la vana pretensión de proporcionarlas con exactitud matemática a la entidad del daño causado por el delito. Pero Serra indispensable que, como dice De Màrsico, ese concepto informe todo el sistema de las normas penales, que no se aísle en un capítulo, que circule por todo el organismo alimentándolo y animándolo”.

Y luego de esta prístina exposición de su pensamiento, criticando a nuestro código penal refiere *“El examen del código pone de manifiesto un hecho indiscutible: el principio de la peligrosidad no aparece, en el, con su real significado, y con la amplitud que requiere”.*

Por ello considera, al menos mientras mantenga vigencia dicho corpus normativo penal, la necesidad de elaborar proyectos especiales que regulen el tema, y cita párrafos contenidos en uno de los proyectos que el P.E.N., encomendó por decreto del 25 de julio de 1923. Dicho párrafo del proyecto señala; *“es evidente la necesidad de reglamentar la vagancia y la mendicidad voluntarias y profesionales, ya que hoy, las ideas dominantes y los más recientes proyectos y leyes penales, coinciden en apreciar la mendicidad y la vagancia, no como un delito, sino como la manifestación de un estado peligroso para la sociedad, que reclama un tratamiento reformador en casos especiales, mediante el régimen del trabajo forzado, debiendo aplicarse con criterio análogo, respecto de las personas que no pueden discernir o comprender la naturaleza y el sentido de sus acciones, sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia”.*

Las disposiciones de este proyecto debían incorporarse al código penal, de allí el empleo de términos propios de Este.

Ese proyecto no tuvo ulterioridades y se sucedieron otros de idéntica filiación positivista. A ellos, especialmente los proyectos de ley de 1926 y 1928 sobre estado peligroso con y sin delito, se refiere Sebastián Soler en su inestimable obra *“Exposición y Crítica de la Teoría del Estado Peligroso”* publicada en el año 1929 en la ciudad de Buenos Aires.

-Volveré sobre este fundamental concepto en el apartado dedicado a la *peligrosidad* en la segunda sección-

El aporte de Julio Herrera.

Julio Herrera publicó en el año 1911 su obra *“La Reforma Penal”* prologada por Osvaldo Magnasco, con la finalidad de analizar la parte general del Proyecto de Código Penal redactado por Saavedra, Beazley, Rivarola, Moyano Gacitúa, Piñero y Ramos Mejía (del año 1906). Allí según el subtítulo del libro se ocupaba de los principios fundamentales en que debía inspirarse la reforma

propuesta por el autor para mejorar aquel proyecto en miras a la sanción del Código Penal.

Dedica extensos capítulos a la responsabilidad penal, la imputabilidad y a las causas psíquicas de irresponsabilidad.

En relación a la responsabilidad penal (tratada en el Título cuarto de su obra) señala que es una de las cuestiones más graves y controvertidas de la ciencia, indicando que la falta de una doctrina predominante hace difícil la tarea del legislador, que forzosamente debe adoptar alguna si aspira a hacer una obra racional y científica.

Destaca que cincuenta años atrás de la fecha en que redacta su obra, esa dificultad no existía, pues la doctrina clásica que hacía descansar la imputabilidad política o responsabilidad penal sobre la *imputabilidad moral*, reinaba soberana y sin contradicción en el campo del derecho penal. En tanto tenía poquísimos adeptos, según señala, al momento de aparición de su obra, agregando que no tardaría en ser abandonada definitivamente como contraria a la nueva orientación de la ciencia penal.

Reafirma que cuando se hace un código, el legislador debe elegir el fundamento sobre el que va a descansar y muchos resultados dependerán de esa elección.

Refiere haber buscado con interés en el proyecto que analiza, el criterio de la comisión sobre este tópico, sin haberlo hallado, y conjetura *“tal vez por temor a mostrarse sectaria la comisión nada nos dice al respecto, si bien una cosa es llevar al Código principios discutidos y otra muy distinta decirnos cual es el fundamento de la responsabilidad que ella acepta, y por consiguiente, cual es el principio directriz a que ha obedecido en la confección del Proyecto”*.

Al igual que Rodolfo Rivarola sostiene Herrera que el libre albedrío constituye un problema metafísico extraño al derecho penal, debiendo ser discutido por la filosofía. Y aclarando el correcto alcance de su pensamiento sobre el tema, expresa: *“La ciencia moderna rechaza la existencia del libre albedrío, pero ella, al hacer esta afirmación sale de sus dominios. La ciencia no ve, no puede ver sino causas y efectos, la observación es impotente para tomar la libertad en ningún momento, pero esto no prueba su inexistencia, sino simplemente que ella, si existe, se produce fuera del dominio de la experiencia (...) Si la ciencia pudiera explicarnos satisfactoriamente el fenómeno volitivo, podría darse por satisfecha y afirmar que no existe nada más allá; pero ella sólo nos muestra la trayectoria de la onda nerviosa ascendente y descendente al través de los nervios sensitivos y motores que llegan y parten de las celdas de la corteza gris”*.

La observación es impotente, nos dice con cierto cariz de agnosticismo Herrera para descubrir la libertad de los actos humanos, ¿cómo podríamos entonces descubrir su existencia o su disminución? Sería una prueba imposible, añadiendo: *“Sólo en un caso podría probarse su inexistencia total o parcial: cuando causas patológicas la destruyen o disminuyen. Es evidente la imposibilidad práctica de medir la responsabilidad en cada caso, pues, para*

ello, necesitamos conocer el quantum de libertad que ha entrado en el acto (...) Se ve, pues que el libre albedrío no puede servir de criterio para la imputabilidad penal”.

Pasa a ocuparse entonces de la segunda doctrina referida al tema, basada en la necesidad de la defensa social. Si existe una ley general, indiscutible – reflexiona- es la de que todo organismo reacciona contra los que turban sus condiciones de existencia. Si la sociedad humana es un hecho natural, ella tiene al igual que los individuos que la forman, derecho a la propia conservación y por consiguiente, debe poseer los medios necesarios para realizarlos. *“Si cuando un individuo hiere o mata defendiéndose no buscamos fuera del ejercicio mismo del derecho, el fundamento de la legitimidad de su acción, ¿por qué, cuando la Sociedad usa de idéntico derecho, hemos de buscar en otra parte la justificación de la pena? El que usa de su derecho obra legítimamente, y por consiguiente, su acción no necesita otra justificación. En todo caso, ni el libre arbitrio ni el determinismo, supuesto que fueran verdades aceptadas por todos, sabrían ser esa justificación”.* (El resaltado me pertenece).

De esta manera el autor fija su posición, y concluye el capítulo citando las palabras de Ferri que remiten a Reid, “el delincuente niega a la sociedad el derecho de castigarlo diciendo ‘yo hago el mal porque no puedo obrar de otro modo, necesidad no tiene ley’, pero ella le responde ‘yo castigo porque no puedo obrar de otro modo, también para mí, necesidad no tiene ley’”. Para cerrar con las suyas: *“Así pues, lo único que justifica la pena es su eficacia al punto de vista social (...) Este poder de la sociedad no es arbitrario, tiene un doble límite. La pena debe ser necesaria y suficiente. Si no es necesaria se convierte en tiranía: si no es suficiente equivaldría a imponer un sufrimiento inútil”.*

Las palabras del autor al describir la posición del positivismo seducen en principio, no obstante, advertimos en su análisis que pese a su posición prudente y de cierto escepticismo respecto de ambas teorías como fundamento de la responsabilidad, da por indiscutidas muchas premisas que en modo alguno lo están en el ámbito del derecho.

El segundo capítulo del mismo título lo dedica a la Imputabilidad. Iniciándolo en la búsqueda de un criterio general de responsabilidad. Parte de la hipótesis de considerar que la pena tiene por objeto la defensa social, de lo cual se impone su aspecto o función preventiva, pues ella no se impone para castigar el mal pasado, expiar la falta cometida, sino para evitar nuevos crímenes que el mismo culpable u otros a su ejemplo podrían cometer.

“Si la pena es un motivo artificialmente puesto por la ley en la conciencia de los hombres para retraerlos del delito, es claro que sólo serán responsables los que sean capaces de sentir la amenaza que ella implica”. Y se pregunta seguidamente *“¿Qué criterio práctico existe para distinguir a los que son capaces de sentir aquel motivo de los que no lo son?”*

Allí reside a su juicio la verdadera dificultad, que él resolverá fundándose en la *normalidad* considerada desde el punto de vista fisiológico y no psicológico, luego de revisar y refutar las opiniones de Von Liszt y otros autores sobre el tema. Ello lo lleva directamente al estudio de las causas psíquicas de irresponsabilidad, que desarrollará en el capítulo tercero del mismo título, donde realiza un cuidadoso análisis de las disposiciones establecidas por el Proyecto de 1906 en sus artículos 40 y 41 inciso a).

La intención criminal se presume en la ejecución de un delito según dicha norma, que a su juicio insiste así en el error que criticó severamente en su discurso ante el senado, por crear una presunción arbitraria, que no puede ser admitida en derecho penal cuando ha de tener por consecuencia la pérdida de la vida, la libertad, el honor, por ello la ley admite solo las que pueden favorecer la inocencia, pero jamás las que puedan poner en peligro esos bienes soberanos.”*Al amparo de una ficción no se puede mandar a un hombre al patíbulo o al presidio*”.

Trae luego a colación la presunción de inocencia señalando que ella es la justa, racional, humana, siendo precisamente contraria de la que establece el proyecto.

Cuando pasa a ocuparse del artículo 41 inciso a) del proyecto expresa sin ambages “*no estamos conformes con la redacción del inciso. La expresión enajenación mental no tiene la generalidad que los autores del proyecto le atribuyen y por tanto no comprende muchos casos en que es evidente la irresponsabilidad penal*”.

Luego de citar el informe de la comisión refiere que, aunque el deseo de evitar enumeraciones que no siempre resultan completas y comprender en un solo término general todos los casos posibles de irresponsabilidad de origen psíquico es laudable, la hace incurrir en un error que puede ofrecer muy serios inconvenientes en la práctica. Indica que la ciencia no nos puede decir a donde termina la salud mental y comienza la locura, mientras unos alienistas ensanchan los dominios de la enajenación mental hasta comprender en ella todas las alteraciones morbosas de la inteligencia, la voluntad y los afectos, otros la restringen a las formas clínicas conocidas, a base de alucinaciones, ilusiones, delirio con excitación o depresión, desorden y debilidad mental, y este último es el criterio aceptado por las legislaciones de pueblos civilizados. En estas formas, señala, no entran numerosos casos de anomalía o enfermedades psíquicas que deben ser causa de irresponsabilidad porque el que las padece es incapaz de dirigir sus actos en conformidad con la ley penal. “*Y si tan vago es el concepto de enajenación mental ¿cómo es posible consignar en la ley una fórmula que no va a traer sino oscuridad, dudas y el más completo arbitrario en la práctica judicial, como ha sucedido en Francia por análoga fórmula de su Código?*”.

Por otra parte, indica, desde el momento en que se dé a la palabra enajenación mental o locura la acepción restringida que le otorga el pueblo y la doctrina tradicional, restringida sostiene al desorden de la facultad intelectual llegada a

su completo desarrollo, sin abarcar al pervertido moral o al imbécil o idiota, debe preverse separadamente la imbecilidad, las enfermedades de la voluntad, y las neuropatías como la epilepsia y la histeria. Critica asimismo respecto de la monomanía a quienes pretenden eximir de responsabilidad al sujeto solamente en relación a la comisión de delitos vinculados a su monomanía, a su delirio, por entender que es más profunda la afectación, resultando imposible aislar la locura parcial. Oponiéndose por último también a aceptar la locura moral como una forma nosológica, no aceptando que la privación de sentimientos morales sea de naturaleza morbosa, toda vez que anomalía no es enfermedad.

Esta posición coincide con los criterios actualmente dominantes en psiquiatría, en cuanto consideran la locura moral – psicopatía- como anormalidad, no siendo enfermedad ni llevando a su portador a la inimputabilidad.

Las conclusiones más importantes del autor las hallamos al final del capítulo comentado, en el párrafo 246 del mismo, en cuanto señalan no sólo su aporte por las mejoras propuestas al proyecto de 1906 sino especialmente por la proyección que habrán de tener ciertos párrafos de su obra, así como sus palabras, en los siguientes proyectos que llevarán al Código de 1921 cuya redacción coincidirá con muchas de sus propuestas en este tema.

Indica Julio Herrera, *“nuestra tarea sería incompleta si no manifestáramos la manera como creemos debe ser redactado el inciso que nos ocupa de modo que pueda comprender, en su generalidad, todos los casos de irresponsabilidad de origen psíquico, para emplear los mismos términos de la Comisión en su informe. No se nos oculta la dificultad de encontrar una fórmula breve y suficientemente comprensiva, que ofrezca la solución de todas las dificultades que puedan presentarse en la práctica, y, aún encontrada, la no menos grande de hacerla aceptar por todos, si se carece, lo que es nuestro caso, de la autoridad científica necesaria. Felizmente nuestra tarea ha sido singularmente facilitada por un texto satisfactorio que encontramos en uno de los Proyectos del Código Penal, uno de los más científicos que se hayan publicado hasta hoy y que lleva la gran autoridad de sus sabios redactores. Como se comprende, una fórmula como la que buscamos es independiente de las peculiaridades de un pueblo, pues todos ellos, cualesquiera que sean su raza o costumbres, reconocen las mismas causas de irresponsabilidad de origen psíquico. El Proyecto a que nos referimos es el ruso, y el artículo, el mismo que ya hemos transcritos y que ahora volvemos a repetir: “Art. 35. No es punible el hecho cometido por un individuo que, sea por insuficiencia de sus facultades mentales, sea por alteraciones morbosas de la actividad de su alma, sea en un estado de inconciencia, no podía, en el momento de la acción, comprender la naturaleza y el sentido de lo que hacía o dirigir sus acciones”. Y añade el autor, “Este texto, cuya redacción podría mejorarse, pues lo hemos traducido literalmente de la versión francesa, es, en nuestro concepto, preciso y no comprende ni más ni menos de lo que él debe contener. Comprende todos los casos de irresponsabilidad de que hemos hablado en esta larga exposición,*

*y no los que, como la locura moral o el intenso dolor no son causas de irresponsabilidad (...) Menos breve que el que hemos también transcripto del Proyecto suizo y que ha tenido la aprobación de todos los alienistas de ese país, es, en cambio, más claro y se presta menos al abuso en la práctica judicial. No se limita, como este, a mencionar la locura, idiotez e inconciencia, sino que la excesiva y peligrosa generalidad de estas expresiones es limitada por la exigencia de que ellas sean tales que priven del discernimiento o de la posibilidad de dirigir sus acciones. En otros términos, **no basta que exista una enfermedad psíquica cualquiera, sino que ella debe ser tal que en el momento de la acción impida comprender la naturaleza y el sentido de lo que se hace, esto es, prive del discernimiento necesario a la imputabilidad o, aunque él exista, prive del poder de conformar la conducta a las claras indicaciones de la razón**".* –el resaltado me pertenece–.

Y en el párrafo 247 sigue diciendo Julio Herrera, *"la fórmula transcripta precisa las causas que pueden suprimir, sea el discernimiento, sea la voluntad y las lleva a tres principales. La insuficiencia de las facultades mentales comprende la demencia strictu sensu, la imbecilidad y la sordomudez en los casos en que esta suprime la responsabilidad según lo que antes hemos dicho. La alteración morbosa del espíritu comprende la enajenación mental en sus diversas formas, la epilepsia, la histeria y las enfermedades de la voluntad. Por último, la inconciencia que comprende todo estado anormal del organismo, sea o no consecuencia de una enfermedad propiamente dicha, como por ejemplo: el sonambulismo, el hipnotismo, la embriaguez, el morfinismo y cocainismo y ciertas alteraciones psíquicas que sobrevienen en estados que se pueden llamar fisiológicos, como los producidos por la edad, y principalmente en ciertas épocas de la vida de la mujer, durante la menstruación, el embarazo, el parto, el puerperio y la lactancia (...) Estos estados psíquicos producirán la irresponsabilidad siempre que se verifique la conclusión final del inciso; que el que los sufre no haya comprendido la naturaleza y el sentido de lo que ha hecho o no haya podido dirigir su acción"*. Surge de estas palabras la influencia que ha tenido el pensamiento de Julio Herrera con sus propuestas, que llegaron a plasmarse en el actual artículo 34 inciso 1 del código penal vigente.

Finalmente se ocupa de las medidas de seguridad aplicables en estos casos, indicando *"hacemos notar que así como el inciso 1° del art. 41 establece, muy sabiamente, que en caso de enfermedad mental el Juez debe ordenar la reclusión del agente en un manicomio (debiera haber dicho en un manicomio criminal o en una sección del manicomio general), debe también disponer que el Juez ordene, igualmente, la reclusión de todo ebrio habitual o crónico y también de los envenenados en la cocaína y morfina absueltos, en un asilo especial de bebedores cuya creación entre nosotros es ya urgente"*.

Doy así por finalizada esta revisión histórica de la doctrina de los autores que juzgué más destacados en el ámbito del derecho penal argentino tanto por la influencia que sus obras o sus labores como proyectistas han tenido en el

desenvolvimiento del curso de la legislación cuanto por la impronta que dejaron sus enseñanzas e investigaciones. Ello por supuesto asumiendo la imposibilidad de citarlos a todos, a pesar de la importancia de otros autores, en razón de las limitaciones propias de la tesis y en honor a la brevedad.

SECCIÓN SEGUNDA

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

TEORÍAS JURÍDICAS.

a) Introducción

“...Digno de constancia es, por cierto, el que los primitivos institutores de nombres no consideraban la locura o manía ni como vergüenza ni cual oprobio (...) No hay, pues, por qué tenerle miedo ni dejarnos desconcertar por ese espantable razonamiento de que se debe preferir la amistad de sensato a la de apasionado. Llévase, con todo, la victoria si, además de aquello, demostrare estotro: que los dioses no envían el amor con vistas al provecho del amante y del amado. Nosotros demostraremos justamente lo contrario: que tal locura es un don de los dioses para suprema bienaventuranza de ambos. La demostración no será creíble para los pertinaces, mas la creerán los sabios”.

Sócrates (1)

Tan bella y poética concepción de la locura reflejada en este pasaje de Platón, no coincide con la percepción y aprensión que respecto de ella se tuvo en épocas posteriores y hasta la actualidad. La posesión divina que la locura (manía) en cuanto posesión del alma representaba para los poetas y filósofos de la antigüedad, distinta de la locura concebida también por ellos como simple enfermedad, se vio trocada luego en posesión diabólica. La tradición intelectual de occidente admite que fueron los griegos los primeros que intentaron hallar un sentido a la locura. Señala Roy Porter -1989- (2) que en la mitología griega y en su epopeya se encuentran algunas actitudes primitivas ante los locos y sus actos. Es frecuente contemplar a los héroes griegos volverse locos a causa del dolor, la ira, el frenesí, la furia o la venganza. *“Sus héroes parecen más bien jugadores a merced de fuerzas del más allá que no pueden controlar; dioses, demonios, parcas, furias. Cada uno de los héroes tiene su destino y si bien poseen cuerpos físicos poderosos para realizar actos no se habla de sus deliberaciones ni de su reflexión, pues sus destinos son decididos en su mayor parte, siguiendo instrucciones reveladas mediante augurios, oráculos y sueños. Suelen ser maldecidos y perseguidos por poderes*

terribles, que castigan, destruyen y a veces los empujan a la locura” (3). Pero, si bien los griegos no negaron la realidad de lo irracional y de la locura, a partir de Platón definieron de qué manera la locura y lo irracional eran antípodas de la dignidad humana. La dicotomía entre lo racional y lo irracional sustentó la concepción moral y científica de los griegos y, por su intermedio, de la cultura occidental actual.

El psiquiatra e historiador Bennet Simon –según cita de Porter- sugiere que los griegos reflexionaron acerca de la locura mediante dos tradiciones: una representada por el arte y el teatro; la otra por la teoría médica. La tragedia mostraba los grandes conflictos de la vida y convertía a la culpa y al conflicto interior en objetos de reflexión como nunca lo hubieran hecho los héroes homéricos. Para Friedrich Nietzsche, el coro trágico primitivo evolucionando “...en un dominio ideal, una esfera elevada muy por encima de los caminos de la realidad por donde vagan errantes los mortales” ofrecerá al hombre griego el andamiaje de un orden natural poblado de entidades naturales imaginarias, un mundo verosímil. Le brindará “...la consolución metafísica que nos deja toda verdadera tragedia, el pensamiento de que la vida, en el fondo de las cosas, a despecho de la variabilidad de las apariencias, permanece poderosa y fecunda de alegría, este consuelo aparece con una evidencia material, bajo la figura del coro de sátiros, del coro de entidades naturales, cuya vida subsiste de una manera casi indeleble detrás de toda civilización y que, a pesar de las metamorfosis de las generaciones y las vicisitudes de la historia de los pueblos, permanecen eternamente inmutables (...) el coro de sátiros del dítirambo fue la salvación del arte griego; los accesos de desesperación se desvanecieron gracias al mundo intermedio de estos compañeros sutiles de Dionisios” (4). Simon Bennet considera que el teatro era una terapia que ofrecía los caminos para la resolución. La locura podía castigarse con la muerte, pero también podía surgir un sufrimiento del que resultara una sabiduría más elevada, así como en Edipo la ceguera podía conducirlo a una percepción íntima, profunda, y la representación pública del drama podía ser una catarsis colectiva. En esta nueva concepción, los poderes destructivos ya no eran externos (destino, dioses, furias) sino autoproducidos. Los nuevos héroes, consumidos por el dolor, la vergüenza o la culpa, acarrearán la propia locura sobre sí mismos y esa lucha íntima se convertía en parte integrante de la condición humana.

Frente a la “enfermedad sagrada” (la epilepsia), los médicos de tradición hipocrática se atrevieron a negar que fuese sobrenatural, considerando que se trataba simplemente de una enfermedad física, fruto de la naturaleza. Por eso, señala Roy Porter, todas las enfermedades, incluso la locura, podían ser reclamadas para la medicina. Sus explicaciones se inspiraban en causas y efectos físicos y ya no remitían a posesiones sobrenaturales. La manía y la melancolía fueron entonces enfermedades inteligibles en términos de anatomía y patología. “Así los pensadores clásicos griegos definieron el problema de la locura para los siglos venideros. Aunque no lo resolvieron y seguirá sin

resolverse mucho después. Hicieron en definitiva humana la locura (...) Los herederos del legado griego, entre quienes nos contamos como civilización occidental, nunca resolvieron el acertijo impenetrable de la división entre las teorías psicológica y somática de la locura. La cultura de la cristiandad latina medieval hizo uso de ambas alternativas griegas, de considerar la locura como trauma moral y como enfermedad somática, también se la introdujo en un esquema cristiano propio (la locura como Divina Providencia) o incluso la psicomaquia que veía en el trastorno mental una señal de la guerra que Dios y Satanás libraban por la posesión del alma (...) El mundo moderno que amaneció con la llegada del Renacimiento, la Revolución y la Ilustración, no consiguió con ninguno de ellos refutar a corto plazo ninguno de los significados antiguos de la locura. El misterio de la locura no se resolvió, parecía haber tantas teorías como personas locas” (5).

Según su concepción cultural, las sociedades tuvieron distintas actitudes ante los locos y decidieron brindarles tratamientos según cada caso. *“Todas las sociedades toman medidas para ocuparse de personas peculiares cuyo comportamiento resulta extraño, causa trastornos o representan un peligro: hasta ese punto la locura constituye una verdad universal de la vida. Pero las maneras de describir, juzgar y tratar estas peculiaridades difieren muchísimo de una sociedad a otra, de una época a otra y de un síntoma a otro” (6)*

Con ironía ilustra el sustento de esa concepción Samuel Butler en “Erewhon” (Tras las montañas). Describe una sociedad utópica en la que un tribunal dicta sentencia declarando culpable a un hombre acusado de padecer tisis pulmonar, pese a los esfuerzos realizados por su defensor para demostrar que el acusado no estaba realmente enfermo, sino que se trataba de una maniobra empleada por él para estafar a su compañía de seguros obteniendo una renta vitalicia. El absurdo es aparente pues, en esa sociedad, estar enfermo era delito y las personas hacían todo lo posible para no enfermarse y, en caso de no poder evitarlo, para ocultar ese estado. Mientras tanto, los vicios y las faltas morales eran susceptibles de ser corregidas mediante los “enderezadores”, personas destinadas a acompañar al sujeto en su vida diaria para “curarlo” de su falta moral y así conseguir que volviera a ser un ciudadano digno. Por ello, cuando el avance de la tisis impide al acusado mantenerse en pie, el juez lo condena expresando: *“...Puede decir que no es culpa suya. La respuesta está bien a mano y equivale a lo siguiente, que si usted hubiera nacido de padres sanos y acomodados, y si hubiera sido bien atendido cuando niño, nunca habría delinquido contra las leyes de su país, ni se encontraría en su desgraciada situación actual. Si me dice que no tuvo intervención en sus progenitores o su educación, y que, por lo tanto, es injusto hacer recaer eso en usted, le respondo que sea su tisis culpa suya o no, está en usted, y es mi deber procurar que la comunidad se proteja de infracciones como ésta. Puede usted decir que es su desgracia el ser criminal; yo le respondo que su delito es ser desafortunado (...) No dudo, por lo tanto, en sentenciarle a prisión con trabajos forzados para el resto de su miserable vida. Le conmino seriamente a que durante ese*

período se arrepienta de los errores que ha cometido, y a reformar por completo la constitución de todo su cuerpo. Tengo poca esperanza de que atienda mi consejo; ya se ha corrompido demasiado. Si dependiese de mí, no añadiría nada para aliviar la sentencia que he emitido, pero la ley prevé caritativamente que hasta al criminal más habitual se le debe permitir alguno de los tres medicamentos oficiales, que se le prescribirá en el momento de la condena. Por lo tanto, ordeno que reciba dos cucharadas diarias de aceite de castor, hasta el recibo de otras noticias del tribunal” (7).

En la Europa de la Edad Media y aún de tiempos posteriores, tal como sucedió durante la época colonial en el Río de la Plata, raramente se dictaban normas o se adoptaban medidas específicas respecto de los locos por parte de los estados. Las residencias creadas para ellos eran escasas. Surgieron algunos asilos en España durante el siglo XV y en Londres, el Hospital Bethlem comenzó a especializarse en el tratamiento de enfermos mentales. Algunas órdenes religiosas se encargaban de alojar y cuidar a algunos de ellos en monasterios de diversos países. Pero la mayoría, permanecían abandonados a su suerte atendidos -o desatendidos- por el ámbito familiar, asistidos por religiosos o por laicos caritativos o dejados en las calles de ciudades y aldeas vagabundeando. Hasta se presentó el caso de que vivieran una existencia errante, trasladados de una ciudad a otra en embarcaciones (“Narrenschiff”, Nave de los locos). El Estado no asumía funciones tutelares respecto de los enfermos mentales, pero al menos se les permitía vivir entre los habitantes de las ciudades o aldeas y deambular, generalmente asimilados al resto de la población.

Pero a partir del siglo XVII se activaron en Europa movimientos que durante los tres siglos siguientes segregaron a los locos, cobrando vigor la costumbre de internarlos en alguna institución, durante ese período que Michel Foucault denomina época clásica y que podría fijarse a fines del Renacimiento y antes de la Revolución Industrial, extendiendo algunos de sus alcances hasta principios del siglo XIX (8). En esa época la Iglesia ya no podía integrar a pobres y locos y la sociedad capitalista todavía no lo había conseguido. La segregación (“el gran encierro” en el decir de Foucault), fue extendiéndose en distintos países haciendo que la internación pasara a convertirse en un recurso indiscutido. *“Es preciso aceptar que debió formarse silenciosamente, en el transcurso de largos años, una sensibilidad social, común a la cultura europea, que se manifiesta bruscamente a mediados del siglo XVII; es ella la que ha aislado de golpe esta categoría de gente destinada a poblar los lugares de internación” (9).*

En un tiempo en que muy pocos se ocupaban de los locos, Daniel Defoe -el creador de Robinson Crusoe- exigía la fundación de una *Fool-House*. *“El dinero debe ser fácilmente recaudado por un impuesto sobre la educación a pagar por los autores de libros” (10).* Propone además que los ciudadanos mantengan a los idiotas por medio de sus propias locuras, como la lotería *“pobres e idiotas tendrían también que sacar provecho de ella. En el*

*manicomio que habría que construir no debería haber ninguna diferencia de clases; todos habrían de ser considerados como pobres; habría que prohibir cualquier desfile de locos y los directores del establecimiento podrían castigar a quienes, como deporte, quisieran divertirse a costa de los locos” (11). Se considera a Daniel Defoe como uno de los primeros que protestaron contra las *Private Mad-Houses* por la manera incontrolada en que se maltrataba a los ocupantes y por los abusos que cometían quienes encerraban allí a los parientes de los que querían desentenderse con cualquier excusa y aún cuando no mediara algún padecimiento mental. Por eso, y encarnando la utopía de la Ilustración, exigió de la *Civil Authority*, en 1707 y en 1728, que “*Todos los manicomios privados tenían que ser suprimidos inmediatamente (...), debían establecerse manicomios provistos de especiales licencias en sitios aptos de la ciudad para el tratamiento de los locos auténticos, manicomios que estuviesen sometidos a un conveniente control e inspección; nadie podría ingresar en ellos sin motivo, sin investigación previa y autorización pública*”. A su vez Jonathan Swift, el autor de *Los Viajes de Gulliver*, quien logró ser elegido en 1714 como uno de los *Governors of Behtlam*, empleó su fortuna en la fundación del primer manicomio de Irlanda, cuya edificación fue iniciada en 1746 luego de su muerte. Hizo referencias al tratamiento de la locura, aludiendo al duro trabajo corporal al que se sometía por entonces a los enfermos mentales. Defoe exigía la distinción entre locos e idiotas y también entre idiotas y normales y Swift se hacía eco de la distinción creando un nuevo departamento en el hospital de Bedlam destinada a los “incurables”. Tan comprometidos como en sus tareas literarias, ambos se ocuparon decididamente acerca de los locos y del tratamiento que merecían, sea en la sociedad real en que vivían o en las utópicas que se encargaron de imaginar. Pero en todos los casos el internamiento desde su origen quedó doblemente justificado en lo que Michel Foucault denominó un equívoco indisoluble: a título de beneficio y a título de castigo, con esa extraña reversibilidad que le hace cambiar de sentido. En la época actual y a partir de las condiciones, efectos y alcances de las medidas de internación que se disponen respecto de los enfermos mentales, persiste el interrogante acerca de si ellos resultan sometidos a un régimen de protección, a una reacción social exclusivamente defensiva o a un castigo encubierto. Este interrogante alcanza a la Argentina, aún cuando su evolución no coincide con Europa en todos los rasgos señalados por Foucault ni puede asimilarse en sus circunstancias políticas y socioeconómicas. El concepto que otorgaba y otorga fundamento a la internación es el de peligrosidad, definida como el riesgo de que el sujeto se dañe a sí mismo o a otras personas. Resultó entonces que los enfermos mentales fueran percibidos y considerados como los delincuentes, imponiéndoseles medidas similares a las previstas para éstos y también para vagos y mendigos, pues eran sujetos peligrosos y consecuentemente susceptibles de ser excluidos, segregados, aislados y apartados.*

En un principio, dada la magnitud de la inversión en edificaciones y personal, la sociedad industrial se resistió a admitir a los locos pobres como pacientes en los establecimientos que se iban creando. Más tarde, como sucedió en Manchester en 1763, se entendió que la internación en establecimientos especializados implicaría un ahorro frente a la cantidad de tiempo, esfuerzo personal y medios económicos que demandaba su cuidado en el seno familiar. Así fueron incluidos los locos pobres en los diversos programas, tanto para cuidarlos como para defender a la sociedad de ellos. No se trataba de una nueva visión de la psiquiatría sino de las posibilidades concretas que brindaba la disponibilidad económica. En 1771 apareció el primer libro sobre hospitales y otras instituciones para pobres en Gran Bretaña que sintetiza la concepción y los medios con que se enfrentaba a la locura por aquellos tiempos. En él, el médico John Aikin pone de manifiesto el concepto de asilo que luego se impondría en toda Europa y expresa claramente los fundamentos de la internación de los locos: *“Un motivo de daño y de terror para los otros: no sólo están ellos mismos perdidos para la sociedad, sino que acaparan el tiempo y la atención de los demás. Internándolos en cambio en un sitio común pueden ser cuidados por un número de asistentes mucho menor; se los sustrae además a la vista del público para el que son objeto de grandes alarmas y se previenen con mucha mayor certeza los daños que pueden causarse a sí mismos y a los demás (...) Los manicomios públicos serían una bendición para la sociedad en vez de ser una carga, un gran alivio para las familias y para las comunidades”* (12).

En el siglo XVIII se proyectaron y erigieron edificaciones vinculadas a los hospitales, partiendo de una concepción de la locura como enfermedad corporal. En cambio, durante la primera mitad del siglo XIX, se levantaron establecimientos lejos de las ciudades, en paisajes agrícolas y de acuerdo a las ideas espirituales o psíquicas que el romanticismo tenía sobre la enfermedad mental.

Prácticamente todas las sociedades en todas las épocas temieron a los locos. Tal vez el interrogante acerca de cuáles fueron los verdaderos y profundos motivos no encuentre nunca una respuesta adecuada. La imprevisibilidad de su conducta, la inconsistencia o aparente falta de motivación de sus actos, la violencia o espectacularidad de sus hechos, sumados a la excesiva difusión otorgada a los ilícitos cometidos por enfermos mentales, fueron los elementos referenciados para intentar una explicación. La respuesta sigue siendo insatisfactoria en pleno siglo XXI, cuando la ciencia médica cuenta con más conocimientos en materia psiquiátrica, cuando la farmacología reduce los síntomas más inquietantes o extravagantes de la enfermedad mental y cuando el derecho parece haber elaborado una teoría y una metodología específicas frente a los actos cometidos por sujetos que padecen graves alteraciones mentales, así como respecto del cuidado de la persona y bienes del enfermo mental, cuya vida de relación se ve afectada por su enfermedad.

Más allá de las respuestas que puedan ensayarse, desde las meramente utilitaristas hasta las que arraigan ese temor en sentimientos atávicos, es indudable que persiste la percepción particular del enfermo mental como una especie de enfermo al que debe darse un trato distinto y del que la sociedad debe cuidarse. Sin perder de vista las implicancias de esa percepción, resulta fundamental considerar la situación del enfermo mental en todos sus alcances para adoptar un tratamiento médico y jurídico adecuados, evitando cierto sentimiento de omnipotencia al considerar que la locura es enteramente ajena y jamás podría afectar a quien se ocupa de ella trocando su condición en la de paciente y también evitando considerar al enfermo como delincuente llevándolo así a una situación más gravosa que la del imputable. Al momento de establecer los parámetros de tratamiento médico y jurídico, toda postura extrema resulta perjudicial, tanto el utilitarismo como el paternalismo. En tal sentido también resulta atendible la voz de los propios enfermos mentales. Sin caer en el error de ignorarla ni en la necedad de convertirla en manifestación de una verdad suprema, debe ser tenida en cuenta como expresión de quienes vivencian la situación en su propia carne.

Señalaba Roy Porter que *“La anormalidad provocaba angustia. Los hombres de la Ilustración sentían simpatía benévola para con los insanos, al igual que para con los salvajes y esclavos, pero sólo viéndolos como enteramente ajenos a ellos mismos (...) Los cambios de rumbo intelectuales y culturales sirvieron para ampliar la línea divisoria entre las personas ‘normales’ –que aceptaban las normas de cortesía y propiedad que exigía una sociedad civil progresista y cada vez más secular- y las personas extrañas. No se trataba de un poder clasista desnudo, ya que dentro de la propia cultura elitista la excentricidad estaba en boga y más adelante llevaría a las ideas románticas del genio loco y la degeneración ‘dandista’. A pesar de ello, la opinión pública a partir de la Ilustración se mostró pronta a identificar las actitudes y la conducta de los marginales de la sociedad –delincuentes, vagos, lunáticos religiosos- con la falsa conciencia y la locura. Era fácil pasar de juzgar a estos individuos como perturbadores a llamarlos perturbados, de verlos como ‘alienados’ de la buena sociedad a suponer que su ‘alienación’ era mental. Entonces de forma creciente, se crearon instituciones para encerrar en ellas a los peores casos, tanto para impedir que la sociedad se viera abrumada y saboteada, como a modo de máquinas para reformar a los transgresores. En toda Europa los siglos XVIII y XIX fueron testigos de una proliferación de escuelas, prisiones, hospicios, casas de corrección, talleres penitenciarios y no en menor medida, manicomios para hacer frente a la amenaza de la locura”* (13). Esas instituciones serán las que habrían de recorrer John Howard dejando un minucioso detalle del estado y condiciones en que halló a ellas y a sus habitantes (14). Benefactor de los locos y planificador del *Lunatic Asylum* de Liverpool, otorgó un eficaz impulso a la reforma del tratamiento que se les debía brindar.

El fundamento del encierro era la peligrosidad de dañarse o de dañar a otro. Dentro de la posibilidad de dañarse descollaba la tentativa suicida. No resulta un hecho menor que se considerara al suicidio durante mucho tiempo como un crimen sacrílego que llevaba al suicida frustrado a la pena de muerte (siglos XVI y XVII en Francia y Gran Bretaña). En el siglo XIX ya no se condenaba a quienes habían intentado suicidarse, pero se los encerraba para imponerles un régimen que, como señala Foucault, era a la vez un castigo y un medio de prevención de una nueva tentativa. En relación a ese internamiento *“hay dos usos, casi dos niveles de elaboración de la medicina, según sea tomada del contexto del derecho, o deba ordenarse según la práctica social del internamiento”* (15). Ese internamiento podía ser requerido por los parientes del enfermo, por la policía, por el cura de la parroquia o por los vecinos. El certificado o la intervención del médico no parecían ser decisivos para los tribunales. Posteriormente, la medicina enviará a los locos a los establecimientos, internándolos, pero no hará nada con ellos, extremo que no puede ser considerado negativo si se tiene en cuenta que los métodos o tratamientos usualmente aplicados resultaban tan ineficaces como cruentos. Entre los más difundidos se encontraban purgas, duchas y baños de inmersión helados, sangrías, rasuramientos, inoculación de sustancias nocivas, sujeción por medios mecánicos como grillos, argollas, hierros y cadenas. A fines del siglo XVIII estructuras como el panóptico demostrarán que las cadenas y sujeciones físicas podían sustituirse por una arquitectura racional de enorme capacidad de alojamiento y de control.

Meditando sobre la relación entre medicina y derecho, encuentra Foucault que *“la medicina pone en juego las capacidades del sujeto de derecho, y por ello prepara una psicología que mezclará, en una unidad indecisa, un análisis filosófico de las facultades y un análisis jurídico de la capacidad de contratar y de obligar. Se dirige a las estructuras finas de la libertad civil. En el otro caso, pone en juego la conducta del hombre social, y prepara así una patología dualista, en términos de normal y anormal, de sano y enfermo, que escinde en dos dominios irreductibles la sencilla fórmula: Debe internarse”* (16). Por lo general el escándalo público habilitará la internación del enfermo mental. Y en este proceso de limitación de la subjetividad de estos enfermos el sujeto eventualmente *“queda desposeído de su libertad por un doble movimiento: el de la locura, natural, y el de la interdicción, jurídico, que le hace caer bajo el poder de otro, el curador”* (17).

En el siglo XIX se afianza el movimiento creador de asilos. A iniciativa de magistrados, familias y filántropos, los locos que continuaban siendo reclusos como expresión de orden político más que médico, dejaron de ser tratados con la dureza anterior y los métodos evolucionaron hacia concepciones basadas en un tratamiento moral, en el que el manicomio reproducía el ámbito familiar. El psiquiatra, con un poder centralizado y paternalista y actuando con su carisma personal, vivía entre los enfermos en su mismo ámbito y empleaba a toda hora estrategias de abordaje psicológico, observando permanentemente su objeto de

estudio al que habitualmente dedicaban la vida. De tal manera también habrían de actuar los grandes alienistas en Argentina. Pero esos métodos seguían apareciendo como inapropiados. Los enfermos mentales “...en los dos siglos que siguieron a 1750 habían sido aislados de sus semejantes y encerrados en instituciones especiales, privados de sus derechos jurídicos y de su personalidad. La costumbre de identificar y aislar a los locos y encerrarlos juntos en instituciones totales que a veces alojaban miles de enfermos ¿qué efecto podía surtir salvo el de reforzar la alienación de los asilados? De esta manera el sistema se convirtió en una profecía que por su propia naturaleza contribuía a cumplirse, al obligar a los calificados de ‘anormales’ a vivir en circunstancias que impedían llevar una vida normal” (18)

Durante este siglo XIX surgirá en Inglaterra el *Non Restraint System*, al que se identifica con el nacimiento de la psiquiatría y fue practicado en los establecimientos públicos. Se empleaba el trabajo como forma de tratamiento del paciente y se otorgaban permisos a prueba antes de conceder el alta definitiva. En algunos casos se obtenían fondos para fomentar la reintegración laboral de los pacientes. Los principios rectores del sistema atendían a la alimentación, la salud corporal y la educación, organizándose los establecimientos atendiendo a la higiene psicológica y social para garantizar el éxito terapéutico. Se reemplazó la violencia por la reestructuración del ámbito: ventilación, baños, vigilancia, alimentación adecuada, ejercicio, labor y educación. Se llevaban registros y realizaban estadísticas. El médico dejó de ser temido pues adoptó una actitud dispuesta al diálogo y a la observación. El médico actuaba y era admitido como un padre de familia y él se veía a sí mismo de esa manera. Algunos médicos como John Conolly, proponían invitar al público a recorrer las instalaciones procurando que desaparezca el aislamiento tradicional y los prejuicios y con ellos el sentimiento de los internos de verse excluidos. Sin embargo, al final de este siglo aparecerán todos los problemas que a mitad del mismo sólo habían sido armonizados artificialmente (19).

En Francia, la lucha política produjo una tendencia contraria a los locos. Los presos y directores de cárceles se quejaban de la convivencia forzada con ellos, como si se tratara de un castigo suplementario. Por eso, a diferencia de otros grupos, los locos no se integraron a la sociedad. Apartados, fueron llenando los hospitales hasta la época de la Revolución y eran pocos los teóricos y los médicos que se ocuparon de los enfermos mentales, a diferencia de lo que sucedía en Inglaterra, donde diversos médicos, teóricos y escritores se ocuparon enfáticamente de ellos. En 1785 no había en Francia ni una sola institución que satisficiera las necesidades de los locos y fuera apta para su curación. “*El cientificismo francés tuvo como primera consecuencia la objetivación y diferenciación teórica de los mismos. Disponían para ello de dos modelos principales: la locura como enfermedad del cerebro (Gall, Bayle, Georget) o bien como detenimiento de la evolución del hombre (Esquirol, Voisin y también Gall). En la medida que la psiquiatría se convierte en una especialidad médica entre otras y es considerada por la sociología como la*

base teórica de la organización de la sociedad civil, se hace instrumento de la integración práctica de los locos, que se convierten así ampliamente, aunque no del todo, en pacientes. Se los mira como enfermos entre otros enfermos” (20). Algunos médicos como Guillaume-Marie-André Ferrus exigieron la creación de un establecimiento especial de locos criminales para liberarlos de las cárceles y librar de ellos a los demás hospitales. Ferrus realizó en 1833 el sueño de Pinel, creando una empresa agrícola en el manicomio de Sainte Anne, que fue tomado como modelo para erigir otros establecimientos. El trabajo regular, gimnasia, ordenación de la jornada, comidas comunes, dietas específicas, juegos al aire libre, limpieza, visita médica, educación, no tuvieron allí como objetivo moralizar a los enfermos mentales, sino crearles un ambiente que transmitiera equilibrio a sus organismos perturbados.

En Alemania la situación fue similar, aunque las medidas de internación deben entenderse en el marco de la política demográfica. Las consecuencias y secuelas de la Guerra de los Treinta Años llegaron a pleno siglo XVIII: para compensar su extensión territorial limitada, los estados alemanes debían reordenar la población, incluso a los marginados de ella. La disolución de monasterios y obras eclesiásticas dejaron a pobres y locos a la deriva, las familias debían aportar mucho esfuerzo y tiempo para mantenerlos en su seno familiar. Pero el extraño rasgo amenazador que los locos presentaban llevó a internarlos en establecimientos semicarcerarios. Reglamentos de régimen interno ordenaban no quitar las cadenas a los locos, dada su peligrosidad, ni aún en el caso de declararse un incendio. Desde 1783 el manicomio de Lübeck no sólo recibía locos furiosos, sino también, al margen de todo propósito terapéutico, personas cuyas ideas absurdas y conductas anómalas eran escandalosas e intolerables para el resto de la gente (21). El estudio fue más teórico y menos basado en la observación que en Francia. El médico Johann Christian Reil publicó en 1803 las “Rapsodias sobre aplicación de terapias psíquicas a perturbaciones mentales”, trabajo considerado como el comienzo de la psiquiatría alemana que constituye una excepción a esa tendencia. Exigía que los manicomios tuvieran carácter público por su importancia nacional y que se constituyeran como grandes establecimientos con médicos preparados para proteger a los locos contra el terror y a los ciudadanos contra un internamiento ilegal. Entendía necesaria la separación estricta entre las instituciones de curación y las de mero encierro. De acuerdo con la visión del romanticismo respecto de la enfermedad, proponía como marco adecuado de curación a lugares agradables cuyo aspecto debía ser el de una granja, ajeno a todo recuerdo de las cárceles. La distribución de los locos debía hacerse de acuerdo a sus características individuales y al plan curativo al margen de su condición social. Las autoridades debían ocuparse de recibirlos lo antes posible para aumentar las posibilidades de curación. Estas propuestas se plasmaron por primera vez en Bayreuth en 1805. Ya existía una regulación legal para la admisión en manicomios. Locos e idiotas según la terminología jurídica, aparecían exclusivamente como peligros públicos y no como enfermos

curables. El orden público debía ser defendido contra ellos por las autoridades policiales. Las autoridades territoriales sólo podían admitir a un enfermo en el manicomio luego de la declaración judicial de locura o idiotismo. Desde 1804 esa declaración podía ser posterior al ingreso en casos de urgencia, pero en 1825 el ministro de justicia vuelve a restringir los ingresos exigiendo la declaración de locura como presupuesto de la internación. Johann Gottfried Langermann presenta en 1804 un plan de modificaciones al manicomio de Bayreuth. Consideraba acertado que la reforma que se le encomendara se ocupase de los locos pobres, pues para los ricos ya se estaba construyendo un edificio especial. También consideraba que la institución debía servir para curarlos y defender al público de ellos y que en el establecimiento debían recibirse a los locos pobres curables y a los incurables peligrosos sin necesidad e intervención judicial dado el carácter público de la institución. En cuanto al tratamiento proponía aplicar terapias basadas en ejercicios de la mente y del cuerpo, disciplina y una asimilación del proceso de educación similar al que aplicaba Pestalozzi para la infancia. Estimaba que los predicadores no servían a la terapia, pues sus objetivos eran diferentes al no identificarse a la locura con el pecado. La mayor parte del plan fue aprobado convirtiéndose en el reglamento del manicomio de Bayreuth, aunque limitando las atribuciones del médico al mantenerse el procedimiento judicial para la admisión en el establecimiento. En definitiva, puede advertirse que en Alemania el tratamiento tenía menos de terapéutico que de disciplinario. *“Aunque cayeron las cadenas, no disminuyó el carácter automático y punitivo de la violencia aplicada a los locos, como sucedió en occidente”* (22).

Recién en 1844, el médico Wilhelm Griesinger establecerá como máxima: *“Debe darse a cada uno la medida de libertad que pueda ser concedida. Pero las experiencias sobre esa medida deben continuarse siempre”*. Consecuentemente, habría de propiciar que la antigua distinción entre curables e incurables fuera sustituida por la más práctica y provechosa de agudos y crónicos, y la consecuente dedicación de unos establecimientos para la estancia transitoria y otros para la duradera. Entendió que el proceso judicial de admisión debía agilizarse para permitir a los médicos actuar con urgencia a fin de impedir suicidios y otras desgracias y para aumentar las posibilidades de curación. Lamentablemente, algunos aspectos de su propuesta siguen siendo utópicos: -en especial el conocimiento que debía tener el médico acerca del enfermo para evaluar sus circunstancias con anterioridad a decidir su internación- la duración de la internación, la reprogramación anual, la necesidad de mantener al enfermo cerca de su familia para facilitar su futura readaptación, la factibilidad de los permisos de alta a prueba, el trabajo fuera de la institución y el tratamiento ambulatorio luego del alta definitiva. Fundamentalmente Griesinger condenó al principio de la defensa y seguridad de la sociedad que juzga a los locos por los pocos que entre ellos son auténticamente peligrosos. *“Es verdad que en modo alguno pueden evitarse algunas acciones peligrosas, lo mismo que no pueden evitarse, por mucha*

prudencia que se tenga, todos los accidentes en el mundo. Y esto aun cuando se quisiera tener atados y encarcelados siempre a los enfermos” (23).

Imbuida la internación de un sentido terapéutico, durante el siglo XX no se logrará superar el equívoco indisoluble y la extraña reversibilidad conformada por el afán tuitivo manifiesto y el represivo encubierto, logrados ambos mediante la coerción. En ese contexto fueron previstas para los enfermos mentales diversas medidas de repercusión social, sanitaria y jurídica. En el derecho penal surgirán las denominadas “medidas de seguridad” de aplicación específica para los inimputables. Si bien desde el siglo XV la locura y el crimen constituyen manifestaciones del comportamiento humano que fueron contestadas socialmente en el ámbito jurídico con la privación de la libertad, a finales del siglo XVIII se produjo un cambio importante al brindarse un trato diferenciado al loco delincuente. Comenzó a entenderse que no debía ser enjuiciado ni como un demente ni como un criminal. En esa perspectiva surgió, a finales del siglo XIX, el manicomio judicial, distinto del asilo para locos y del presidio para delincuentes.

La evolución de la respuesta penal frente al loco sigue el esquema típico de la respuesta estatal a las exigencias propias de la seguridad pública. En un comienzo, se asociaron erróneamente los conceptos de enfermedad mental y de peligrosidad, dando por sentado que todo enfermo mental era por esa sola condición un sujeto peligroso. La respuesta era rígida, previéndose para los enfermos mentales que habían cometido delito una única medida: la reclusión manicomial de duración indeterminada y con finalidad inocuizadora. Al evolucionar el estudio de las patologías mentales y de la técnica jurídica, esta perspectiva se modifica, al tiempo que se amplían las facultades de los jueces para adoptar la medida de seguridad que entendieran más adecuada según la personalidad del sujeto estudiada ahora detalladamente y según su enfermedad y evolución. No bastará para la imposición de la medida que se trate de un enfermo mental: tendrá que establecerse que fue el autor del hecho, su grado de peligrosidad y las perspectivas adecuadas de tratamiento terapéutico. Se imponen los principios de intervención mínima de la autoridad y de proporcionalidad en la respuesta al hecho ilícito y las garantías propias de todo ciudadano al enfermo mental que cometió un acto tipificado como delito.

Las legislaciones actuales que eximen de pena al enfermo mental que delinquiró y lo someten a medidas de seguridad, surgen del punto de inflexión y encuentro entre las teorías del derecho penal clásico y las teorías de la escuela positivista que dio lugar a los regímenes dualistas que prevén penas para los imputables y medidas de seguridad para los inimputables que cometieron delito y son peligrosos. Aún hoy, algunos sistemas prevén sólo penas como es el caso del derecho penal japonés, en un monismo muy diferente al que introdujo la escuela positivista en cuanto consideraba que sólo debían aplicarse medidas a imputables e inimputables. Las medidas de seguridad concebidas en los sistemas dualistas dentro de un régimen paralelo al de las penas, tal como se

las regula en la mayoría de los códigos penales de la actualidad, surgió en 1893 con el Anteproyecto de Código Penal Suizo de Carl Stoos. Luego las recogieron el anteproyecto de código penal alemán y el austríaco de 1909. En Noruega ya habían sido aplicadas medidas similares en el año 1902.

La aparición y afianzamiento de las medidas de seguridad nace y prospera con la creciente desconfianza en la pena. La creencia en que la protección social contra el delito requería de algo más que la pena, de otro tipo de medidas de carácter preventivo que vinieran a sumarse a la pena que si bien era necesaria no resultaba suficiente ni se revelaba como remedio eficaz contra la criminalidad (24). *“Existen particulares grupos de personas, inclinadas a cometer delitos a causa de su estado corporal o espiritual. Se trata para el político criminal de eliminar o mejorar estos graves estados. La pena por lo general no es adecuada para ello, pues se determina no con arreglo al estado del agente, sino con arreglo al acto por él ejecutado. Son necesarias otras medidas que consigan lo que la pena no consigue”* (25). Carl Stoos proponía esas medidas para los delincuentes con anormalidades mentales, los alcoholizados, los delincuentes jóvenes, los sujetos de vida disoluta y refractarios al trabajo y los delincuentes habituales. En la actualidad, con mínimas diferencias, se reservan las medidas de seguridad para las mismas categorías de sujetos.

La doctrina consigna distintas medidas aplicables: eliminatorias (por ejemplo la reclusión indeterminada de los delincuentes habituales prevista por el artículo 52 del Código Penal Argentino), educativas (las dispuestas por la legislación de menores y en el artículo 21 de la Ley 23.737 aplicable a sujetos que no revisten aún condición de adictos y son experimentadores o principiantes, y que establece programas dependientes del Ministerio de Educación a cumplirse en centros especializados por breves períodos), curativas (también previstas en la Ley 23.737 –artículo 18- pero en este caso para sujetos con dependencia psíquica o física a estupefacientes, las aplicables a alcoholistas y las establecidas para los enfermos mentales en el artículo 34 inciso 1º del Código Penal) y de vigilancia (aplicables a quienes frecuentan lugares de mal vivir y que se encuentran en algunas legislaciones como medidas accesorias a una pena).

Las medidas de seguridad impuestas a los inimputables se fundamentan en el peligro revelado por el sujeto enfermo mental que cometió una acción típica y antijurídica. La comisión de esa acción dará lugar a la intervención del órgano judicial en lo penal que habrá de disponer la medida. La medida de seguridad presupone entonces la comisión de la acción típica y antijurídica y la peligrosidad del autor. Su imposición debe ser ordenada en una sentencia luego de desarrollarse un proceso rodeado de todas las garantías necesarias para la defensa de la persona, dado que implican una grave restricción de su libertad y de otros derechos y bienes jurídicos.

Si bien los ordenamientos jurídicos insertaron las medidas de seguridad junto a las penas, complementando el sistema, unas de otras guardan importantes diferencias. Mientras la pena se impone para compensar la culpabilidad del hecho teniendo en cuenta la misma y con una visión retrospectiva, las medidas de seguridad tienen finalidades preventivas y perspectivas de futuro sin conllevar un reproche.

Atendiendo al acto cometido, la pena se basa en la culpabilidad y responsabilidad del sujeto que son especialmente valoradas para establecer su especie y extensión, en tanto que la medida de seguridad atiende a la peligrosidad del sujeto valorándose particularmente sus circunstancias personales y el acto en su valor sintomático sin que sea el fundamento del tipo y alcance de la medida. La determinación de la peligrosidad atiende al futuro en tanto es una prognosis y un juicio de probabilidad que excluye la certeza. Por ello siempre se trata de una peligrosidad postdelictual, pues nada puede legitimar la intervención del fuero penal mientras un sujeto no haya excedido las reglas que delimitan el mínimo socialmente exigible y se concretan en los tipos penales. El derecho penal es la última ratio y la medida de seguridad también. Su contenido será conformado por la búsqueda de la plena integración del peligroso. *“El derecho penal no se ocupa de sancionar todas las conductas que atacan o amenazan bienes jurídicos, sino sólo las más graves...Las medidas de seguridad no pueden aplicarse a sujetos cuya condición indique rechazo de una serie de reglas, aunque el grupo social en su mayoría las respete, si no presentan clara e inminente tendencia a la realización de conductas penales (...) El bien jurídico no dependerá de lo que el legislador desea, sino del interés social en que algo se proteja, en general son bienes jurídicos penalmente protegibles sólo las condiciones necesarias, según la observación empírica, de un correcto funcionamiento de los sistemas sociales. Por ello debe acudirse a la realidad social para trazarlo, no bastando la mera exégesis del derecho positivo para su elaboración.”* (26)

Cabe señalar que, para los casos de personas enfermas mentales o adictos que requieran tratamiento no habiendo cometido delito, existen regímenes de asistencia social y médica. Cuando existiera una peligrosidad comprobada respecto del enfermo mismo o de otras personas, quedará el recurso del internamiento compulsivo previsto en el proceso de jurisdicción civil.

La utilización arbitraria de las medidas de seguridad se produjo en diversos países y regímenes como el español tradicional, el soviético y el nacional-socialista alemán. Este último llegó en 1933 a introducir en el código penal una ley sobre el delincuente habitual peligroso, previendo su internamiento en casas de trabajo y campos de concentración y en 1944 proyectó leyes acerca del tratamiento para extraños a la comunidad, dirigido al exterminio de personas que no habían cometido delito, mediante internamientos de duración indeterminada en campos de concentración, bastando que fueran “refractarios al trabajo”, “mendigos” o “inútiles”. En algunos estados de los Estados Unidos de América y también en Suecia, aún después de la segunda guerra mundial,

se practicaron esterilizaciones forzosas de deficientes mentales y portadores de enfermedades hereditarias. *“Es lógico que en momentos de crisis los políticos echen mano del instrumento siempre espectacular del derecho penal, pero corresponde al experto advertir de las insuficiencias de éste para solucionar algunos tipos de problemas y sobre todo del costo que pueden suponer algunas de estas soluciones para los principios del estado de derecho. En Estados Unidos se utiliza ahora el mismo criterio respecto de la delincuencia sexual violenta para llevar a cabo una política de aumento ilimitado del nivel represivo. En otros países se invoca el problema del terrorismo (...) debe rechazarse como una estafa de etiquetas que las medidas de seguridad pensadas como alternativas menos represivas que las penas y más humanas, puedan convertirse ahora en penas encubiertas o en sanciones más graves y radicales que las penas propiamente dichas, sin ningún tipo de límites y sin las garantías que, por imperativo del estado de derecho, hay que observar en la aplicación de una pena”* (27).

A pesar de la grave restricción de derechos que conllevan las medidas de seguridad, no se advierte en la doctrina y la jurisprudencia una dedicación que siquiera se aproxime a la desplegada respecto de la teoría de la pena. Y no puede alegarse que se trate de un tema de carácter novedoso o reciente. Precisamente Claus Roxin se pregunta respecto de los derechos modernos *“...cómo puede ser justificada la facultad estatal para sanciones-medidas de seguridad tan intensas. Hasta ahora, esto ha ocupado a la ciencia mucho menos que la cuestión de la justificación de la pena, pero no es de menor importancia”* (28). Esta circunstancia obliga a reflexionar acerca de las medidas de seguridad y a considerar -dado el compromiso de derechos fundamentales- que se impone hacerlo con la mayor celeridad posible.

Habiéndose analizado el origen de las medidas de seguridad y la forma en que se insertaron en algunos ordenamientos jurídicos occidentales, corresponde definir con la mayor precisión posible a las llamadas “medidas de seguridad”. Un concepto sintético y apropiado es el de Barbero Santos quien las define como *“Privación de bienes jurídicos, impuesta jurisdiccionalmente por el Estado, con un fin reeducador, inocuizador o curativo, a persona socialmente peligrosa, con ocasión de la comisión de un delito, y mientras aquel fin no se cumpla”* (29).

Es indudable que la medida de seguridad implica una privación de bienes jurídicos. La prevista para los inimputables implica la internación, es decir la privación de la libertad que supone una privación de otros bienes jurídicos además de una grave aflicción. *“Ya no es posible sostener que la medida de seguridad, a diferencia de la pena, no contiene un sufrimiento. Los penólogos de nuestros días que ya poseen una información más perfecta sobre su aplicación y sus efectos, afirman en gran número su carácter aflictivo. Esto es indudable particularmente en las medidas privativas de libertad (...) La pérdida o restricción de libertad siempre es dolorosa, particularmente cuando*

la medida es de larga duración, y más aún cuando es de duración indeterminada, pues no siendo conocido de antemano el día de la ansiada libertad, se causa al sujeto por la incertidumbre que origina, un sufrimiento mayor que el producido por la pena predeterminada” (30). Más allá de esas gravosas restricciones a bienes jurídicos y derechos tan importantes, también debe computarse cierto carácter aflictivo-vergonzante, dada la forma en que la sociedad suele percibir a los enfermos mentales.

Muchas veces resulta difícil advertir el carácter exclusivamente asistencial o tuitivo de una medida de tal naturaleza. La gravedad de esta restricción de derechos exige que su imposición se mantenga en la órbita jurisdiccional ofreciendo las garantías de un debido proceso judicial. Además de los enfoques, valoraciones y actividad probatoria común a todo procedimiento judicial, en este caso habrá de profundizarse el enfoque multidisciplinario y la labor de los especialistas (médicos, psiquiatras, psicólogos, asistentes sociales, etc.) dado que se trata de lograr un conocimiento suficiente acerca de un sujeto para dar curso a la medida que resulte más apropiada a su estado. La finalidad de la medida de seguridad impuesta a los enfermos mentales que cometieron un acto típico, antijurídico y fueron declarados inimputables en el proceso penal, es la de brindarles tratamiento, previniendo asimismo la comisión de nuevos delitos habida cuenta de la peligrosidad que puede acompañar a sus perturbaciones psíquicas.

El principio de culpabilidad no tiene aplicación respecto de las medidas de seguridad. La peligrosidad demostrada y verificable según dictamen de especialistas, será el sustento de su aplicación. Es por ello que resulta inconsistente limitar la duración de las medidas empleando el criterio que remite a la duración máxima de pena previsto para el delito de que se trate, pues se extiende a los inimputables los criterios aplicables a los imputables. En otro sentido, la duración indefinida de las medidas agravaría su carácter aflictivo si bien se parte de una sentencia de plazos por fuerza indeterminados que deben adecuarse a la naturaleza de un estado de peligrosidad cuya duración y evolución se desconoce. Éste es uno de los aspectos más delicados que requiere mayor elaboración y control judicial. Es necesario compatibilizar esas premisas con la flexibilidad propia de la medida adaptable a la evolución –sea positiva o negativa- del estado del internado, es decir a su respuesta terapéutica. La dificultad se presenta al tratar de establecer algún límite que impida el encierro de por vida o prolongado más allá de las necesidades y fundamentos inicialmente evaluados o, al contrario, una externación prematura que no contemple la subsistencia del estado de peligrosidad en el sujeto. La posibilidad de lograr un equilibrio se sustentará en los controles periódicos durante el cumplimiento de la medida, efectivizados obligatoriamente según las normas procesales y de ejecución, permitiendo a quien se encuentra sometido a una medida de seguridad que a través de esos controles tenga una evaluación adecuada de su estado que le permita acceder a la libertad cuando la peligrosidad haya cesado. El juez debe tener entonces amplias facultades

para modificar la medida, hacerla cesar, sustituirla por otra más apropiada, reducir su duración o prolongarla. En cualquiera de los casos deberá atenderse al estado del sujeto, valorando los cambios producidos por la aplicación de la propia medida. *“Ante la imposibilidad, entonces, de determinar previamente el contenido y la duración de la medida sujetos a la evolución verificada, debe respetarse a ultranza el principio de jurisdiccionalidad en la aplicación y seguimiento de la medida de seguridad, en su ejecución y en las alternativas que registre. Lo correcto es seguir la evolución del sujeto en la ejecución de la medida, con las sucesivas eventualidades que presente aquel, a fin de adecuar a cada momento la consecuencia al presupuesto”* (31).

No parece incongruente la falta de regulación acerca de la prescripción de las medidas de seguridad en los códigos modernos. El código penal argentino se limita a regular los plazos de prescripción aplicables a las acciones emergentes de los diversos delitos y a las penas impuestas. Asimismo, no resultan aplicables a las medidas de seguridad los indultos o amnistías ni las normas relativas a la condena condicional ni al cómputo de la prisión preventiva.

La medida aplicable al sujeto inimputable deberá ser la más adecuada a la peligrosidad del mismo, considerando la entidad del daño prevenido y el grado de verosimilitud que sobre las posibilidades de ulterior realización de actos dañosos aporte el pronóstico de los peritos. A evitar este tipo de actos debe limitarse la medida, pues toda conducta que implique otro tipo de infracción o desviación no es materia del derecho penal ni de las medidas de seguridad sino de la asistencia primaria general. La medida de seguridad privativa de libertad no podrá imponerse cuando no resulte estrictamente necesaria, debiendo preferirse los tratamientos ambulatorios adecuados. Asimismo, deberá atenderse a un nexo de causalidad preciso y directo entre el supuesto de estado peligroso demostrado y el mal que se trata de prevenir.

La internación debe cumplirse en establecimientos que, además del sistema de seguridad, cuenten con especialistas de distintas disciplinas y proporcionen un tratamiento terapéutico curativo o estabilizador del cuadro mental del sujeto conforme la peligrosidad evidenciada. Cesada esa peligrosidad corresponderá disponer la libertad del sujeto, sin perjuicio de la posible continuidad del tratamiento de forma ambulatoria según las condiciones que fije el órgano jurisdiccional para hacer efectivos el control y la contención familiar y social del sujeto. La externación podrá hacerse efectiva de manera progresiva para permitir al sujeto la adaptación al medio libre y la reinserción laboral, social y familiar de la forma menos traumática posible. Es imprescindible tener en cuenta los largos períodos de encierro que suelen padecer estos sujetos doblemente aislados por la privación de libertad y por la falta de juicio crítico y de realidad que su enfermedad suele provocar, impidiéndoles una conexión adecuada con su entorno.

Incumbe a los juristas inspirar una legislación adecuada que convierta en efectivos los principios referidos mediante una detallada regulación de los

aspectos más vulnerables que hoy presentan las medidas de seguridad, tanto al momento de aplicarlas como al tiempo de su ejecución. Seguramente es el momento apropiado para elaborar una teoría acerca de las medidas de seguridad, tan minuciosa como la que desde tiempos remotos se viene elaborando respecto de la pena.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS DE LA INTRODUCCIÓN:

- (1) Platón, “Fedro” (244 c-d, 245b) México, UNAM, 1966 edición bilingüe con traducción y notas de Juan David García Bacca.
- (2) Porter, Roy: “Historia Social de la Locura”. Barcelona, Ed. Crítica. Grupo Editorial Grijalbo. 1989. (1ra edición inglesa, Londres, 1987).
- (3) Porter, op. cit.
- (4) Nietzsche, Friedrich “El Nacimiento de la Tragedia” Buenos Aires, Andrómeda Ediciones Aires, 2003.
- (5) Porter, op. cit
- (6) Porter, op. cit
- (7) Butler, Samuel: “Erewhon”. (Tras las Montañas) Madrid, Cátedra, Letras Universales. Edición Joaquín Martínez Lorente.
- (8) Foucault, Michael: “Las Palabras y las Cosas”. Prefacio. México DF. Siglo XXI, 1985.
- (9) Foucault, Michael: “Historia de la Locura en la época clásica” I. México, Fondo de Cultura Económica. 1998.
- (10) Defoe, Daniel: An essay upon projects, Londres, Dodo Press, 2005.
- (11) Defoe, Daniel: Augusta triumphans o cómo convertir Londres en la ciudad más floreciente del universo, traducción de Dámaso López García, en *Trasdós: Revista del Museo de Bellas Artes de Santander*, N°. 5, 2003, pags. 103-129.
- (12) Aikin John: “Thoughts on Hospitals”. Londres, Joseph Johnson, 1771.
- (13) Porter, op. cit.
- (14) Howard, John: El Estado de las Prisiones, de los Hospitales y de las Cárceles en Europa en el siglo XVIII. Publicado en Londres en 1777. Traducción del francés traductora pública Silvia Naciff en revista “Intercambios” de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata, disponible en www.jursoc.unlp.edu.ar/intercambios.html
- (15) Foucault, Michael, op. cit. en nota 9.
- (16) Foucault, Michael, op. cit. en nota 9.
- (17) Foucault, Michael, op. cit. en nota 9.
- (18) Porter, op. cit.
- (19) Dörner, Klaus: “Ciudadanos y Locos. Historia social de la Psiquiatría”. Madrid, Editorial Taurus, 1974.
- (20) Dörner, Klaus: op. cit.
- (21) Dörner, Klaus: op. cit.
- (22) Dörner, Klaus: op. cit.
- (23) Dörner, Klaus: op. cit
- (24) Cuello Calón, Eugenio: “La Moderna Penología”. Barcelona, Editorial Bosch, 1958.
- (25) Stoos, Carl: Lehrbuch des Osterreichischen Strafrecht, 1912.
- (26) Terradillos Basoco, Juan: “Peligrosidad Social y Estado de Derecho”. Madrid, Editorial Akal Universitaria. 1981.
- (27) Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco, en “Introducción a la Criminología”. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch. 2001.
- (28) Roxin, Claus: “Fin y Justificación de la Pena y de las Medidas de Seguridad” en “Determinación Judicial de la Pena” compilado por Julio B.J. Maier. Buenos Aires, Editores Del Puerto. 1993.
- (29) Barbero Santos, Marino: “Consideraciones sobre el estado peligroso y las medidas de seguridad, con particular referencia a los derechos italiano y alemán” en “Estudios de Criminología y Derecho Penal”. Valladolid, 1972 páginas 38-39 citado por Agustín Alejandro Santos Requena en “La Imposición de medidas de seguridad en el proceso penal”. Granada. Editorial Comares. 2001.
- (30) Cuello Calón, Eugenio: op. cit.
- (31) Terradillos Basoco, Juan: op. cit.

b) La moderna doctrina jurídica

Antes de introducirme al análisis de los autores modernos debo destacar que, ante la imposibilidad de reseñar a todos ellos, consideré pertinente realizar una selección priorizando aquellos autores que han tenido mayor influencia en el derecho penal argentino en relación al sistema de las medidas de seguridad. Y entre ellos, con especial consideración de quienes por un lado han intervenido en el nacimiento y evolución de las medidas, y por otro, de quienes lo han tratado de manera más profunda y crítica, detectando algunos de los problemas más serios dentro del sistema de las medidas de seguridad. Lo mismo cabe señalar en cuanto al orden de presentación. Realizada esta salvedad, pasemos a conocerlos.

Franz von Liszt.

El fundador de la denominada “Joven Escuela Criminológica Alemana” se caracterizó por destacar en su sistema penal la importancia del aspecto sociológico en materia de imputabilidad. Su pensamiento se fijaba sobre la base de la eficacia y se desarrollaba teóricamente dentro de los principios de realización posible. Definiendo a la imputabilidad como la capacidad de conducirse socialmente; es decir, de observar una conducta que responda a las exigencias de la vida política común de los hombres, entendió que sólo en cuanto esta capacidad existe o se supone, puede ser imputada, como culpable, la conducta antisocial. (Tratado, Valleta 2007).

Por ello es susceptible de imputabilidad todo hombre mentalmente sano y desarrollado, cuya conciencia no se halle perturbada. De ahí se sigue, según el autor, que la misión del legislador no consiste en la definición positiva de la imputabilidad, sino en la descripción de aquellos estados que excepcionalmente hacen aparecer como imposible la imputabilidad. La imputabilidad es condición de la culpabilidad.

Sin imputabilidad, la culpabilidad y el delito son imposibles. Y no existe imputabilidad cuando falta la salud mental.

Señala la relatividad del concepto en tanto la capacidad de obrar en las diferentes esferas del Derecho no se adquiere necesariamente en el mismo período de la vida y puede faltar o estar presente en distintos momentos, deben agregarse a ello, señala, los numerosos grados de transición que conducen de la reacción normal a la anormal. Por consiguiente, considera esencialmente falsa y prácticamente peligrosa la rigurosa separación de los delincuentes en responsables y no responsables, y por tanto, la brusca oposición entre penas y medidas de seguridad.

De allí surge también su aceptación de la “imputabilidad disminuida”.

Comentando el párrafo 57 del código penal alemán de su época que disponía “No hay acto punible, cuando el autor, en el momento de la comisión del acto,

se encontraba en estado de inconsciencia o perturbación morbosa de la actividad mental”, destaca que el parágrafo 51 del mismo texto legal reclamaba un estado por el que quede “excluido el libre ejercicio de la voluntad del autor”. Destaca axial que la imputabilidad debe haber existido en el momento de la comisión del acto, es decir en el momento en que ha tenido lugar la manifestación de voluntad, que es el decisivo; siendo indiferente el estado mental del sujeto en el instante en que se produce el resultado. En cuanto a la presencia de un estado de inconsciencia o perturbación morbosa señala que exige un trastorno de la actividad mental por el cual quede excluido el libre ejercicio de la voluntad del autor.

En el libro segundo, titulado “La Pena” aborda el tratamiento de las medidas de seguridad, definiéndolas como *todos aquellos medios por los cuales se trata de obtener la adaptación del individuo a la sociedad (medidas educadoras o correccionales) o la eliminación de los inadaptables a la sociedad (medidas de protección o de seguridad, en sentido estricto)*. Señala von Liszt que hallándose poco desarrolladas en el derecho vigente en su época, encontraron frecuente aplicación en los Proyectos del Imperio Alemán, de Austria y de Suiza.

Refiere asimismo que la relación entre las medidas de seguridad y la pena es muy discutida. En tanto la profunda oposición entre ambos conceptos, -vgr. Von Birkmeyer- está en contradicción con las relaciones efectivas. Aclarando que si bien es cierto que las medidas de seguridad no están necesariamente asociadas a la comisión de un acto punible en Shi mismo, y por consiguiente, escapan al concepto de pena (vgr. las medidas educativas aplicadas a menores abandonados o cuando es internado un enfermo mental de peligro general antes de que haya cometido un delito), cuando la medida de seguridad esta asociada a la comisión de un hecho punible, puede muy bien asumir en Shi misma la esencia de la pena (un mal ligado a la reprobación) y ser incluida en la teoría retributiva en tanto dicha teoría admita que la pena –en forma accesoria- tiene un fin correccional y asegurador. Ambas instituciones jurídicas son como dos círculos secantes: la pena puramente retributiva y la pura medida de seguridad. Destaca von Liszt que en psicología, en sociología y en Derecho, la pena legal es un fenómeno de dolor necesario, como sentimiento de reacción justa contra el delincuente, en defensa de la sociedad, a diferencia del daño, de la venganza y del castigo.

Diferente a ella es la medida de seguridad, como fenómeno común al individuo peligroso a la sociedad consciente y al Estado previsor, que interesa igualmente a la pedagogía correccional, a la economía social y a la política social. ¿Que nueva categoría es esta? se pregunta, ¿Son miniaturas de penas? ¿Son accidentes penales? o ¿Son fórmulas suplementarias de materia penal o verdaderos sustitutivos penales? y concluye:

En un aspecto metafísico y jurídico –dice- la medida de seguridad es la esencia espiritual de la pena, así de la tragedia de los trabajos forzados surge la apacible “casa de trabajo” para jóvenes; del infamante “extrañamiento”, la simple

“expulsión”. Entonces, concluye *la medida de seguridad es una humanizada semblanza penal*.

En sentido biológico y legal, es inversamente, el anillo desprendido de la pena que reproduce sus formas. Axial la alta vigilancia de la policía remeda a la pena privativa de libertad como prisión en libertad. Aquí la medida *es un rejuvenecido renuevo penal*.

En un tercer sentido –industrial y político- la pena, como todo producto de difícil adquisición y odioso empleo, halla sucedáneos. Así el “internado a perpetuidad” en establecimiento de custodia imita y sirve en lugar de las odiosas penas perpetuas y la escandalosa pena de muerte. De este modo, señala von Liszt, la medida es una *honesto mentira penal*.

En cualquiera de los tres aspectos o sentidos, la medida puede ser –al igual que la pena- de tres clases: Intimidativa (Ej. reprensión), correccional (Ej. educación correccional) o eliminatoria (Ej. la expulsión). Finalmente las sintetiza gráficamente:

	Represivas	Del acto dañoso	(accesorias de la pena sustitutivas de la pena complementarias de la pena)
		Del estado peligroso	(patológico moral)
Medidas			
	Preventivas	Individuales Sociales	del primer delito de la reincidencia
	Laudativas	De la buena conducta anterior De la enmienda.	

De lo expuesto infiere que ni la pena es siempre necesariamente represión, ni la medida es exclusiva y forzosamente prevención.

Como puede apreciarse von Liszt a partir de su rechazo al establecimiento de las categorías excluyentes de los delincuentes como responsables y no responsables, considera fluido el tránsito y la relación entre los institutos de la

pena y las medidas de seguridad. Lejos de establecer una diferenciación tajante, enfatiza la interacción entre ambas, advirtiendo cierto carácter a veces sucedáneo, en ocasiones humanizante y en otras evocativo de la medida de seguridad en relación a la pena.

En cuanto a las características del sujeto, nunca extrajo la consecuencia de un derecho de autor, aunque mantuvo su interés en los aspectos del sujeto que influían en el delito.

Es quizá por esa razón que es, sin dudas, el jurista que se ocupa con mayor detenimiento en el análisis de las medidas de seguridad en su época, ofreciendo un tratamiento interesante de ellas en su obra, no tanto por la extensión sino por la profundidad de sus reflexiones sobre las medidas de seguridad, a pesar incluso de la escasa difusión que tenían en el derecho de su época.

Por ello inicio con él esta sección dedicada al relevamiento de los autores extranjeros y nacionales sobre el tema.

La particular concepción de von Liszt, con relevancia del aspecto sociológico en el sistema penal, lo hace especialmente perceptivo para comprender los alcances e implicancias de las relaciones entre el enfermo mental (en especial el que ha delinquido) y la sociedad, así como de la apreciación de los diversos intereses en pugna.

Adviértase que incluso en el caso de los enfermos mentales que han cometido delito, no duda en reconocer en las medidas de seguridad aplicables la esencia de la pena, es decir “un mal ligado a la reprobación” y por ello entiende que aquellas pueden ser represivas del acto dañoso o incluso del estado peligroso –patológico o moral-.

Es decir, ilumina una faz de las medidas de seguridad que tendrá amplias repercusiones en el futuro de las mismas, pues las evidentes restricciones que ellas imponen constituirán el punto más endeble del sistema, al extremo de llegarse a reflexionar ya en nuestros días acerca de su gravosa incidencia en la vida del sujeto sometido a la misma, interrogándonos en ocasiones para saber si ellas resultan el vehículo de la curación o del castigo.

Franz von Liszt no se ha extendido en la exposición de los problemas detectados en el sistema de las medidas de seguridad en razón de la escasa aplicación que tenían en el derecho de su época, como él mismo lo señala, sin embargo, los aspectos básicos sobre los que ha reflexionado resultan suficientes para esclarecer algunas de las problemáticas que hasta la actualidad giran en torno a este instituto.

Santiago Mir Puig

El destacado penalista español Santiago Mir Puig en la 5ta edición de su “Derecho Penal” (1998) dedica algunas páginas al estudio de las medidas de seguridad. Partiendo de la definición del Derecho Penal efectuada por von Liszt –“*Derecho Penal es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima*

consecuencia”- considera que la misma actualmente resulta insuficiente, debiendo ampliarse por dos razones: la incorporación de las medidas de seguridad durante el siglo XX como segundo mecanismo a disposición del derecho penal que ya no permiten asociar a los delitos solamente las penas y por otra parte la circunstancia de estar constituido el derecho penal por normas dirigidas a los jueces ordenándoles imponer penas o medidas de seguridad, pero también y antes de ello, contener un conjunto de normas dirigidas a los ciudadanos que les prohíben bajo la amenaza de una pena la comisión de delitos. Agregándose a ello las valoraciones y principios que también lo conforman, lo que a su juicio hace preferible el término genérico “prescripciones” antes que normas en sentido estricto.

Esto le lleva a una nueva definición en la que entiende por Derecho Penal al *conjunto de prescripciones jurídicas que desvaloran y prohíben la comisión de delitos y asocian a éstos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica*”.

En cuanto a la categoría o concepto de inimputabilidad señala que según la doctrina dominante en la actualidad, la imputabilidad requiere dos elementos: a) la capacidad de *comprender* lo injusto del hecho, y b) la capacidad de *dirigir* la actuación conforme a dicho entendimiento. (Exigencias expresadas del derecho penal alemán StGB parágrafos 20 y 3 de la ley de Tribunales de Jóvenes y del art. 20, 1º y 2º del CP español).

Distingue este autor a la pena, definida como un mal con el que el Derecho Penal amenaza para el caso en que se realice una conducta considerada como delito y las medidas de seguridad, que tienen otra naturaleza, en tanto no suponen la amenaza de un mal para el caso de que se cometa un delito, sino un tratamiento dirigido a evitar que un sujeto peligroso llegue a cometerlo.

Así en tanto la pena se inflige *por* un delito cometido, la medida de seguridad se impone como medio de evitarlo, ya que conceptualmente presuponen el peligro de un delito futuro.

Debe destacarse aquí el contexto en el que el autor desarrolla su análisis, que otorga otro alcance a la exigencia de previa comisión de un delito, pues en el derecho penal español se concibieron por mucho tiempo medidas de seguridad predelictuales (Ley de Vagos y Maleantes del 4 de agosto de 1933, Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social del 4 de agosto de 1970). El código penal español de 1995 derogó la última ley citada acogiendo el criterio dominante en el derecho comparado que admite sólo medidas de seguridad postdelictuales. Estas medidas señalan, sólo pueden imponerse cuando el sujeto ha demostrado su peligrosidad mediante la efectiva comisión de un delito previo. No se imponen como reacción al delito cometido, sino para evitar otros en el futuro, pero se entiende que la peligrosidad del sujeto sólo queda suficientemente comprobada cuando el mismo ya ha cometido un delito. Así en el caso del enfermo mental que comete un delito por su estado podrá ser ingresado en un establecimiento psiquiátrico o sometido a un tratamiento ambulatorio. El sentido de estas medidas no es infligir un mal al enfermo mental por el delito

cometido, sino sustraerle del estado psíquico que pudo llevarle a delinquir, para que no vuelva a hacerlo. El delito anterior se considera, sin embargo, la prueba necesaria – aunque no sea por sí sola bastante- de que el enfermo mental encierra suficiente peligrosidad criminal.

Una observación importante que realiza Mir Puig indica que las diferencias señaladas entre la pena y la medida de seguridad no deben ocultar, sin embargo, los importantes puntos de contacto entre ambos conceptos. “Las medidas postdelictuales exigen como la pena un delito previo, aunque sea por razones distintas. Por otra parte, y esto es fundamental, si bien la medida de seguridad no se impone como mal buscado, lo cierto es que de hecho supone a menudo privación de derechos básicos de la persona en un grado no menor que la pena. En la práctica la ejecución de ciertas medidas asegurativas de internamiento no se diferencian suficientemente de la de las penas privativas de libertad. Por último, según la concepción actualmente predominante, las penas y las medidas de seguridad coinciden en perseguir ambas la prevención de delitos”.

Entiende asimismo que los preceptos que establecen medidas de seguridad no transmiten “normas primarias” específicas dirigidas a los ciudadanos. La peligrosidad no es una *conducta* que se pueda prohibir, sino un *estado del sujeto* en sí mismo no prohibible. Los imperativos no pueden referirse al modo de ser, sino al actuar. Los preceptos que establecen medidas de seguridad solamente contienen la norma dirigida al juez ordenándole la imposición de una medida de seguridad a los sujetos peligrosos. Esta norma sí tiene carácter imperativo. –ob.cit. pág. 39- La discrecionalidad supone que se confía al Juez la *decisión de cuándo concurren* los presupuestos legales de una medida de seguridad, presupuestos cuya concurrencia no es evidente ni indiscutible, y también que el Juez puede elegir en su caso entre varias medidas posibles. Pero tanto los presupuestos legales como los criterios de elección entre las medidas se imponen al Juez con carácter imperativo.

En la cuarta lección –pág. 100 y sgtes- se ocupa de la relación entre las medidas y el principio de proporcionalidad, al señalar que la proporcionalidad nació para las medidas de seguridad. Al no encontrar éstas el límite del principio de culpabilidad, se hizo evidente la necesidad de acudir a la idea de proporcionalidad, para evitar que las medidas pudiesen resultar un medio desproporcionadamente grave en comparación con su utilidad preventiva. Aunque admite la idea de proporcionalidad no sólo resultó necesaria para limitar las medidas, sino también para la graduación de las penas.

En cuanto a la regulación en el código penal español la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96 indica que el internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto. A tal efecto el juez o tribunal deben fijar en la sentencia el límite máximo.

Incurriendo en el aspecto sociológico de este complejo tema indica que también las valoraciones sociales deben orientar la proporcionalidad de las medidas de seguridad. Añadiendo que éstas deben guardar proporción no sólo con los *beneficios sociales* que puedan aportar, sino más en concreto, con el grado de la *peligrosidad criminal del sujeto* y con la *gravedad del hecho* cometido y de los que sea probable que pueda cometer. Sería conveniente, además, que sólo se admitiesen medidas de internamiento cuando concurriera peligro de comisión de delitos considerablemente graves.

Esta necesidad la funda el autor en la exigencia democrática de que sea posible la **participación** de todos los ciudadanos en la vida social, que conduce a reclamar que el Derecho Penal evite la *marginación* indebida del condenado a una pena o del sometido a una medida de seguridad. “Ello hace preferibles en lo posible a las penas y medidas que no entrañen separación de la sociedad. Pero, cuando la privación de libertad sea inevitable, habrá que configurar su ejecución de forma tal que evite en lo posible sus efectos desocializadores, fomente cierta comunicación con el exterior y facilite una adecuada reincorporación del recluso a la vida en libertad. Así debe entenderse el principio de **resocialización en un Estado democrático**, no como sustitución coactiva de los valores del sujeto, ni como manipulación de su personalidad, sino como un intento de *ampliar* las posibilidades de la participación en la vida social, una *oferta de alternativas* al comportamiento criminal”.

A mi juicio en los párrafos reproducidos se fijan claramente los aspectos tratados por Mir Puig como imprescindibles en el abordaje de la compleja temática de las medidas de seguridad. Destacan así en su tratamiento el interés por diferenciar las medidas de seguridad de las penas, tanto en su naturaleza como por su finalidad y presupuestos de aplicación. No obstante, ello, no desconoce los puntos de contacto existentes entre ambos conceptos, entre los cuales destacan; -delito previo para su procedencia; -ambas suponen privación de derechos básicos de la persona; - buscan prevenir delitos.

Un aspecto importante de las medidas introducido en su estudio lo constituye su referencia al principio de proporcionalidad nacido, a su juicio, para las medidas de seguridad.

Esta cuestión revela uno de los grandes problemas detectados en el sistema de las medidas de seguridad, toda vez que al no fundarse las mismas en la culpabilidad del sujeto el límite propio que encuentra la pena desaparece para las medidas y por ende hay que reemplazarlo por otro de similar eficacia restrictiva al poder intervencional estatal.

Mir Puig destaca que en esa proporcionalidad exigible para las medidas no pueden estar ausentes las valoraciones sociales y allí reaparece el análisis del conflicto de intereses entre la sociedad y el individuo inimputable. Se advierten así las pautas principales que concurren para determinar la proporcionalidad de la medida: los beneficios sociales de la medida deben sopesarse junto al grado de peligrosidad criminal del autor y la gravedad del hecho cometido y de los probables.

Enfatiza el autor que las medidas sólo pueden imponerse cuando el sujeto ha demostrado su peligrosidad mediante la comisión efectiva de un delito previo. Pero esa medida aplicable que encuentra procedencia en el delito anterior (prueba necesaria, aunque no suficiente -señala – de que el enfermo mental encierra suficiente peligrosidad criminal) no está destinada a infligirle un mal sino a sustraerlo del estado psíquico que pudo llevarlo a delinquir, para que no vuelva a hacerlo. Por ello resalta que las medidas que implican internación sólo deberían admitirse cuando concurre el peligro de comisión de delitos muy graves. Ello a fin de no excluir de la sociedad democrática al sujeto, evitando así la marginación del sometido a la medida y destacando que en los casos en que deba aplicarse medida con internación, habrá que configurar su ejecución evitando los efectos desocializadores, fomentando la comunicación con el exterior y facilitando la reincorporación a la vida en libertad, tal su comprensión del principio de resocialización en un Estado democrático, que no implica sustitución coactiva de los valores del sujeto ni manipulación de su personalidad, sino un intento de ampliar las posibilidades de su participación en la vida social, ofreciendo alternativas al comportamiento criminal.

La dedicación al modo de ejecución de las medidas señalando las pautas claras de las que no debe apartarse ningún sistema penal democrático, demuestra la preocupación por uno de los aspectos más vulnerables que presenta el sistema de medidas de seguridad, las consecuencias gravosas que conllevan y las convierten en portadoras involuntarias de marginación, incomunicación, deterioro de las habilidades sociales y personales que suelen finalizar en un agravamiento del estado general del paciente en su proyección social.

El objetivo que debe guiar el tránsito por la ejecución de tales medidas siempre debe ser la rehabilitación señalada por Mir Puig, es decir aquella que no busca imponer sus valores ni manipular la personalidad del sujeto, sino ofrecerle alternativas y mayores posibilidades de las que tenía al inicio del tratamiento, a fin de restituirle su lugar en la sociedad en paridad de condiciones.

Encuentro suficientemente expuestos los aspectos más trascendentes que el autor releva en torno al sistema de medidas de seguridad, contemplando los problemas que detecta en el sistema, tensiones como la señalada entre los intereses del sujeto y la sociedad, o entre la oferta de tratamiento y los efectos deletéreos que para los bienes esenciales al sujeto supone la ejecución, así como la dificultad de encontrar adecuada mensura en la extensión temporal de la medida, atento la inaplicabilidad de conceptos y categorías tradicionales del derecho penal como la culpabilidad.

Sin perjuicio de ello, por tratarse de cuestiones problemáticas que subsisten y se presentan también en el sistema vigente del derecho penal argentino serán abordadas nuevamente con motivo de otros autores y derivadas implicancias.

En cuanto a la relevancia que este autor concede a las medidas de seguridad dentro del sistema penal, puede deducirse de la incorporación de las mismas a la definición del derecho penal citada al comienzo de la exposición de su pensamiento.

Edmund Mezger.

A través del documentado y lúcido trabajo del penalista español Muñoz Conde (2003) se pueden analizar algunos aspectos relativos al sistema penal de las medidas de seguridad esgrimidos por ese representante de la doctrina penal alemana que fue Edmund Mezger, así como la inserción de las medidas de seguridad en el temible y abominable derecho penal del nacionalsocialismo alemán. Su estudio se justifica en que puede arrojar luz sobre las contradicciones que aún hoy encierra el sistema de medidas de seguridad previsto por el derecho penal en el modelo democrático del estado de derecho, en especial en lo relativo al concepto de culpabilidad, la duración de las medidas y al tratamiento otorgado a los delincuentes habituales, alertándonos también sobre el terrible riesgo que implica la manipulación de algunas categorías e institutos dentro del derecho penal. En efecto, podrían detectarse en germen algunos elementos y principios que resultarán decisivos para comprender el sistema de medidas de seguridad implementado por el derecho penal liberal actual respecto de los inimputables que han delinquido, haciendo así evidentes sus contradicciones y tensiones internas.

Se indica que uno de los aportes más significativos que dieron los proyectos de código penal de la República de Weimar al derecho penal posterior fue la regulación de las medidas de seguridad postdelictuales mediante un sistema dualista.

Para el autor culpable, se preveía la pena, para el autor peligroso culpable o inculpable se preveía una medida de seguridad –conjunta o sustitutiva de la pena-.

Ello respondía a los tres tipos de delincuentes en base a los cuales von Liszt había diseñado cuarenta años antes su sistema de sanciones penales (como se vio al ocuparnos de ese autor “ut supra”; pena para el delincuente ocasional y medida de seguridad para el peligroso corregible, finalmente pena más medida de seguridad para el peligroso incorregible). Ese sistema se convirtió en derecho vigente en pleno período nazi (1933-1945) al sancionarse tempranamente la “Ley sobre el delincuente habitual” que lo introdujo así en el año 1933 al código penal alemán, en la primera reforma importante que sufrió dicho texto legal, convirtiéndose dicha ley en el instrumento apropiado para reclutar la población que ocuparía los campos de concentración recién creados.

Para contextualizar esta norma con el sistema entonces imperante deben agregarse la “Ley para la Restauración de la Carrera Administrativa” del 7 de abril de 1933 que disponía que los políticamente indeseables y los “no arios” tenían que ser despedidos de los cargos públicos, y su análoga “Ley de Abogados” de la misma fecha, que en conjunto determinaron en el mismo año la expulsión de jueces, abogados y profesores universitarios judíos de sus actividades profesionales. En el ámbito penal seguiría la reforma elaborada por

Mezger al código penal alemán en junio de 1935 que habría de introducir la analogía en perjuicio del acusado cuando el “sano sentimiento del pueblo alemán” lo exigiese, además de otras medidas extremas como la castración de algunas categorías de personas alcanzadas por el derecho penal de entonces y diversas medidas eugenésicas.

En el ámbito del proceso penal se fue imponiendo el rol del defensor en “unanimitad de objetivos” creando así la figura de un defensor penal asimilado o fagocitado por los objetivos impuestos desde el gobierno, que llegó incluso hasta los abogados que ejercían liberalmente su profesión, quienes quedaron en 1943 sometidos a la supervisión de los tribunales disciplinarios que supervisaban a los jueces, aplicándose a aquellos las leyes –superintendencia- de la administración pública.

En relación a la trayectoria de las medidas, debe señalarse –como recuerda Muñoz Conde- que ya en el proyecto elaborado por Radbruch las medidas de seguridad ocupaban un lugar importante (parágrafos 42 al 62) aunque no precisamente para dar respuesta al control de los inimputables que por sus anomalías mentales requerían tratamiento y aseguramiento de su peligrosidad, sino para dar respuesta a una de las preocupaciones que ya había señalado von Liszt como tarea político-criminal urgente; el control de los delincuentes habituales reincidentes. Dicho autor había propuesto para ellos la pena de duración indeterminada, a fin de inocular a los que consideraba incorregibles. Para esos casos Karl Binding –con orientación retributiva- proponía aumentar la gravedad de las penas fundado en la mayor culpabilidad de dichos sujetos.¹ En cuanto al contexto político, económico y social de entonces, debe recordarse que tras la primera guerra mundial la derrotada Alemania estaba arruinada. Había sido humillada políticamente en las condiciones del Tratado de Versalles, perdiendo abruptamente su fabulosa prosperidad y el prestigio político cultural logrado entre 1871 y 1914, asimismo desde el punto de vista social los ciudadanos se sentían angustiados por la laxitud e irresponsabilidad que parecía caracterizar al régimen republicano que se estableció luego de la abdicación del kaiser, en tanto el ejército que simbolizaba la seguridad, disciplina y el orden, su grandeza en suma, había sido derrotado de modo tan inconcebible que prosperó la leyenda de traición, al tiempo que se temía el avance político del comunismo que aumentaba su presencia en los actos eleccionarios, sumándose a todo ello al factor más decisivo, la gran depresión internacional o crisis con millones de desocupados, que lejos de detenerse, se elevaría a 6.000.000 hacia 1932¹, padeciendo en este cuadro de situación un aumento de la criminalidad que esa sociedad no había conocido hasta entonces. En ese contexto surge la solución que el ex ministro de justicia y miembro del partido socialdemócrata Gustav Radbruch intentó dar a ese problema.

¹ McNall Burns, Edward “Civilizaciones de Occidente” 13ra edición. Siglo Veinte. Bs. As Tomo II. Pág. 845.

La respuesta de su proyecto fue ecléctica, siguiendo a Carl Stoos –su anteproyecto suizo de 1896- adoptó el sistema dualista o de doble vía. Preveía lo que Radbruch al fundamentarlo denominó un marco especial contra determinada clase de personas, sin consideración al delito; midiéndose la pena no por el hecho, sino por el autor, en tanto para los delincuentes que no son corregidos por la pena de prisión agravada, previó su retención para seguridad de la sociedad, luego del cumplimiento de la pena, a través de un internamiento de seguridad por tiempo no determinado (parágrafo 45 del proyecto).

El parágrafo 48 del proyecto permitía en los casos en que debían aplicarse pena y custodia de seguridad, que el Tribunal ordenara cumplir la custodia en lugar de la pena, por el tiempo que ésta hubiese durado. Con la Ley de 1933 se abandonó esta variante aplicándose un estricto dualismo. Según su autor; “el internamiento por tiempo indeterminado que el proyecto rechaza para las penas, encuentra amplia acogida en las medidas de seguridad”. El sistema se mantuvo en otros proyectos.

Dice Eberhard Schmidt en la introducción al proyecto Radbruch “la actitud fundamental de una ley sobre el sentido y misión de la pena, se decide con especial claridad de la posición que adopte en la cuestión de la relación entre penas y medidas de seguridad. Especialmente relevante es la respuesta que la ley otorgue a la cuestión del delincuente habitual peligroso”.

Sin dudas es así, según puede advertirse del desarrollo realizado en esta tesis, las pautas más claras al respecto surgen del tratamiento que cada sistema de derecho penal y cada autor otorgan a esos temas claves, y por ello, a mi criterio, no es un detalle menor que en el régimen nacionalsocialista la primera y casi única reforma penal importante acometida fuera la referida a las medidas de seguridad para delincuentes habituales.

Ello da un parámetro más que significativo para evaluar y analizar críticamente todas las posturas y sistemas que se desee, hasta nuestros días y justifica que me detenga en estos análisis de sistemas y autores significativos en el orden nacional y comparado.

Volviendo a las categorías destacadas que influyen en este tema, deben resaltarse entre ellas la “culpabilidad”, por ello resulta de provecho revisar sus vicisitudes y evolución en los diversos sistemas y doctrinas.

Según se vio precedentemente para von Liszt “dolo y culpa” eran dos tipos de culpabilidad basados en la previa normalidad psíquica del autor – imputabilidad- pero dicho jurista no se detuvo demasiado en analizar la “culpabilidad” como concepto o categoría, pese a constituir un concepto central. Tampoco lo hicieron otros autores del siglo XIX como Berner, Schütze y von Bar, quienes desconocían la culpabilidad en cuanto elemento comprensivo de la atribuibilidad reprochable de un hecho y en sus obras sólo enunciaban sus clases (dolo y culpa) sin recurrir a un concepto superior a ellas. Recién a partir de Reinhard Frank -1907- el concepto de culpabilidad es incorporado como un elemento delictivo por sí mismo. Para Frank la culpabilidad es más que la imputabilidad más dolo o culpa, porque a su juicio,

para declarar a alguien culpable por el hecho delictivo cometido es necesaria la “reprochabilidad” de la acción; sólo teniendo en cuenta estos tres elementos: imputabilidad / dolo o culpa / circunstancias concomitantes, puede formularse un juicio global de reproche al autor, por lo que hizo.

Esta conversión del concepto de culpabilidad en un juicio de reproche y por tanto, en un concepto normativo, determinó la evolución posterior y abrió las puertas a la teoría de la no exigibilidad de otra conducta. (Iniciada por Freudenthal en 1922, que según se firma desde el punto de vista sociológico fue una teoría desarrollada en el contexto de una grave situación económico-social de los trabajadores). Esta teoría fue rechazada por los penalistas afines al nacionalsocialismo que la consideraron “un producto de la ciencia liberal del derecho penal incompatible con la pretensión de disponibilidad total del Estado Nacional-Socialista sobre todos sus ciudadanos”. No obstante, llegó a nuestros días en una versión más objetivizada y generalizadora de Goldschmidt y Eberhardt Schmidt.

Como puede apreciarse, a pesar de las pretensiones de neutralidad de la dogmática, es evidente que ella no puede desvincularse de su contexto y lejos de ser neutral –como reconoce el propio Welzel- constituye el sector más ideologizado de todas las ramas del derecho penal. Tampoco, en mi parecer, el derecho penal puede desembarazarse de su contexto social ni de las ideologías que siempre subyacen en la escala de valores que le dan sustento.

Ello no es necesariamente negativo, al contrario, se vincula con la naturaleza del orden jurídico como instrumento regulador de la vida en sociedad y de la ciencia que lo estudia como una disciplina de humanidades. Lo que sí resulta decisivo a mi juicio, es que la ideología* subyacente siempre sea respetuosa de los límites del Estado de Derecho en relación al ser humano.

* Respecto a las “ideologías” y el derecho penal, realizaré un análisis más detallado al abordar el aspecto sociológico en esta tesis, siguiendo a Van Dijk, Teun. “*Ideología –Una aproximación multidisciplinaria*”. Sevilla, Editorial Gedisa. 2006.-

Categoría relevante: La Culpabilidad

El concepto de culpabilidad, como señala Muñoz Conde, fue una de las conquistas más importantes de la dogmática jurídica penal alemana de aquella época (desde 1907) como garantía y límite para el sujeto frente al poder punitivo del Estado. No obstante -agrega- dentro del sistema dualista de la República de Weimar en que la pena podía ser sustituida o complementada por una medida de seguridad de duración indeterminada fundada en el vago concepto de “peligrosidad”, ya se vislumbraba una concepción del derecho penal bastante vinculada a las tesis amigo-enemigo que luego serían muy propias del estado nacionalsocialista. El autor español se refiere con ello a aquella diferenciación y categorización tajante que prevé por un lado un derecho penal con todas sus garantías, limitado por el principio de culpabilidad para el delincuente ocasional y por otro lado un derecho penal basado en la peligrosidad, sin ningún tipo de limitaciones, para el delincuente peligroso

especialmente para el habitual, que con su forma de conducción de vida cuestiona las bases del sistema. A ello se agregarán en pleno período nacionalsocialista las medidas de seguridad destinadas al exterminio de los “extraños a la comunidad” “*Gemeinschaftsfremde*”- (vgr. medidas esterilizadoras, confinamiento a campos de concentración, entre otras de similar cariz aplicables a ellos).

Los fundamentos teóricos de esa distinción que se conoce hasta nuestros días ya habían sido fijados en el ámbito intelectual por Carl Schmitt en 1927 en su obra “*Der Begriff des Politischen*” (El concepto de lo político) al plasmar la distinción entonces popular en la sociedad alemana entre amigo y enemigo. Esa distinción fue utilizada por los tribunales de la República de Weimar (al menos desde 1923 en que se registran sentencias que expresaban adhesión a los miembros del partido nazi y otras sentencias de contenido antisemita con el empleo de terminología y criterios en los que subyace tal distinción).

El principal objetivo del derecho penal nazi era la “protección de la sociedad alemana”, que se lograba eliminando los individuos degenerados o aquellos de otro modo se consideraban perdidos para la sociedad y permitiendo en cambio a los autores de delitos leves que todavía podrían cumplir funciones sociales útiles la expiación de sus culpas. Se desarrolló bajo ese postulado un derecho disciplinario para el ciudadano alemán que incumplía su deber, similar al procedimiento disciplinario empleado para juzgar entre pares las profesiones y actividades colegiadas, y otro derecho eliminatorio que regulaba al enemigo, categoría donde entraban diversas clases, que remitían al “otro” desviado.

La meta del derecho protector era purgar a la sociedad de individuos inferiores. En tanto para el pueblo alemán obligado a lealtad con el “Führer” se aplicaba una concepción similar al derecho disciplinario feudal con categorías básicas de “mal comportamiento” basado en valores morales de vaguedad extrema como “honor”, o “lealtad”, para cuyo fortalecimiento los juristas alemanes recargaron las penas con efectos infamantes. (vgr. Declaración de deshonor, exclusión de la sociedad). Penas que deshonoraban y medidas segregativas de la sociedad eran la nota común de aquel sistema.

El dualismo extremo, siguió ejerciendo su influencia y adoptándose en distintos sistemas de derecho penal, aunque fue paulatinamente sustituido por un sistema vicarial combinado de penas y medidas, siendo éstas en tiempos Mass modernos limitadas por el principio de proporcionalidad. Se conformó así la versión más generalizada en nuestros días, y aunque aparenta ser más adecuada presenta sus contradicciones, como se verá más adelante. No es extraño que así sea pues no puede perderse de vista que en las bases del sistema de las medidas de seguridad se revela cierto antagonismo subyacente entre los fines del Estado: - Protección de la sociedad vs. Libertad individual -.

Es por ello que será siempre un sistema cercano al riesgo de caer en autoritarismos o regulaciones avasalladoras de los derechos del sujeto. Para evitarlo la prevención general en el derecho penal debe estar siempre limitada

por el respeto a la libertad del individuo. Sólo así el sistema de medidas de seguridad podrá mantenerse en los términos exigidos por un estado de derecho. Al respecto cito la voz autorizada de Claus Roxin quien claramente señala; "...Ambos fines del Estado de Derecho –protección de la sociedad y salvaguardia de la libertad- son de naturaleza antagónica y tienen que encontrar un equilibrio que satisfaga a ambos componentes: la prevención general, que en sus distintas formas de aparición sirve a la afirmación del Derecho y a su mantenimiento, tiene que estar siempre limitada por la exigencia de libertad ciudadana. Pero, por su parte, las tendencias del principio del Estado de Derecho tienen que conciliarse con las exigencias de un Estado social. En este elemento social se incluye la exigencia de que el condenado no sea expulsado de la sociedad, sino que conserve la posibilidad de su reintegración social (...) Sin olvidar los derechos de la víctima, su indemnización, la reparación de los daños causados por el delito, como una de las metas políticocriminales que deben igualmente ser incluidas en el derecho penal y ser objeto de elaboración por la dogmática jurídicopenal". –citado por Muñoz Conde Ob. cit.-

Por supuesto que no fue eso lo que sucedió durante el período nazi en las normas e instrumentos de derecho penal elaborados, entre otros destacados juristas, por Edmund Mezger. Este penalista desde el inicio del régimen nazi se ocupó de demostrar que la única fuente del Derecho penal no podía ser otra que "la voluntad del Führer", vinculando entonces al juez no sólo a la ley sino al derecho vivo en el pueblo y a los mandatos del Führer. Así se evidenció con la incorporación de la analogía en el código penal alemán como fuente de creación del derecho penal -parágrafo 2, apartados 1 y 2 del código penal alemán de entonces Ley del 28/VI/1935- que rezaba: "Será castigado quien cometa una acción que la ley declare punible o que merezca sanción según el principio fundamental de una ley penal y el sano sentimiento del pueblo (*gesundes Volksempfinden*). Si ninguna ley penal determinada puede aplicarse directamente al delito, Este Serra penado conforme a la ley cuyo pensamiento fundamental sea Mass exactamente aplicable". Se permitía axial no solo la analogía sino la existencia de una fuente popular distinta a la ley, aunque la fuente legal tenía mayor imperio, pues las leyes eran directa manifestación del espíritu de Hitler. Pues según sostenía Mezger "Una actividad materialmente ilegítima es la actividad contraria a la visión del mundo nacionalsocialista alemana".

Sin embargo no fue necesario abusar de la aplicación de esta norma extensiva porque la doctrina alemana venía desarrollando desde antes una teoría del derecho penal e institutos procesales que bastaban a los objetivos del nacionalsocialismo, pivotando sobre conceptos fundamentales como "defensa del estado", "voluntad del Führer" o "estado de emergencia" y ofreciendo enfoques teóricos propicios al régimen tales como "concepto de delito material", "interpretación legal creativa", "captura de la esencia" etc. A todo ello se sumaban los métodos de interpretación de la ley inspirados por

uno de los representantes de la Universidad de Kiel, Erich Schwinge que basado en la interpretación teleológica de la ley permitía prescindir de su texto. Para Mezger la función de la pena debía ser también “la eliminación de los elementos dañinos al pueblo y a la raza”, por ello propuso medidas de higiene racial para la eliminación de las raleas criminales, “pues la raza y cualquier otra peculiaridad condicionada hereditariamente determina no sólo directamente la forma de delinquir del sujeto, sino también toda su actitud social dentro de la comunidad, que se manifestará a su manera criminológicamente en uno u otro sentido...” –de su obra “Kriminalpolitik”, citada también por Muñoz Conde-. En su “Criminología” de 1933 Mezger ya había sostenido que pueblo y raza eran los dos pilares en que descansaba el nuevo Estado alemán nacionalsocialista, y que la justicia debía restablecer la responsabilidad del individuo frente a la comunidad del pueblo y la eliminación de partes integrantes nocivas al pueblo y a la raza...elevando, mediante la extirpación de elementos inapropiados, la composición racial del pueblo. Ello especialmente en sus sectores biológicos hereditarios, conformándose en una auxiliar indispensable de todas las direcciones y tendencias eugenésicas. Por eso el también participó en la elaboración de un proyecto de Ley de tratamiento a los extraños a la comunidad (*Gemeinschaftsfremde*) concepto que abarcaba diferentes grupos de personas, marginados sociales, mendigos, vagos, ladrones, estafadores de poca monta, etc., También se proponían internamientos de seguridad de duración indeterminada para los delincuentes habituales o simplemente para vagos, mendigos o desocupados, que se encontraban en situación de “peligrosidad social” que debía ser objeto de medidas preventivas, todas predelictuales. El holocausto de enfermos mentales y aquellos declarados como tales produjo un derrumbe a nivel humano y otro a nivel científico pues afectó el desarrollo de la Psiquiatría alemana que venía siendo una de las más florecientes. En cuanto a las matanzas, durante el nacionalsocialismo fueron asesinadas entre 200.000 a 300.000 personas en nombre de una psiquiatría mejor. Algunas corrientes de la Psiquiatría desaparecieron, otras languidecieron. En la víspera del inicio del nazismo la Psiquiatría alemana se encontraba en uno de sus mejores momentos, la orientación racista no tenía influencia en ella, a diferencia de lo que sucedía en el derecho penal y sus doctrinarios.² Kraepelin fue uno de los representantes más destacados, al igual que Eugen Bleuler, o Bonhoeffer en la escuela de Berlín, pero con la instalación del régimen nacionalsocialista todo se transformó. Así quien asumió la cátedra de psiquiatría de Breslau y preparó la novena edición del *Lehrbuch* de Kraepelin fue Johannes Lange, pero éste se involucró con las leyes de esterilización. Bonhoeffer perdió parte de su familia a manos de los nazis y se convirtió en el

² Peters, Uwe Henrik. “Un siglo de psiquiatría alemana” *Persona*.Nº 4, 2001 pp. 11-52
Universidad de Lima, Perú .- Red de revistas científicas de América Latina, Caribe, España y Portugal.

símbolo de la resistencia. La Psiquiatría alemana quedó profundamente afectada.

Desde comienzos del siglo XX existía la psiquiatría nazi como una rama de la psiquiatría carente de significado. El inicio del régimen nacionalsocialista ayudó a su predominio, siendo sus concepciones básicas: considerar a todos los trastornos psíquicos como hereditarios, lo cual llevaría a decidir que no es necesario influir en el destino del paciente a través de procedimientos terapéuticos, lo que debía hacerse era limpiar los genes de la raza. El programa que permite reconocer el criterio de selección para el holocausto, fue formulado en los albores del siglo XX por Ernst Rüdin (1903-1904) como señala Peters, contemplaba un trabajo de limpieza racial, a tal fin los judíos fueron vistos como una raza extraña, incluyéndose además en el proceso de limpieza la separación de los débiles, los enfermos, los flojos y los elementos malos o deficitarios de la raza. (categorizados como “delincuentes” o “enfermos mentales”). Rüdin fue profesor de psiquiatría en Basilea, Munich y en 1931 asumió la dirección del actual Instituto Max Planck de esa ciudad. Fue asimismo el comentarista principal de la Ley de Protección de la descendencia con enfermedades hereditarias). De la esterilización forzada se dio el paso al holocausto, la muerte de los enfermos psiquiátricos fue realizada recién en el momento en que la guerra comenzaba. Prestigiosos psiquiatras como Carl Schneider la condujeron. También perdió la psiquiatría alemana grandes representantes que debieron emigrar o murieron bajo el régimen nazi, como Karl Landauer, Alfred Bass, Salomea Kempner, algunos como Víktor Frankl sobrevivieron los ghettos o Adalbert Kral, otros encabezaron la resistencia como Edith Jacobson, discípula de Bonhoeffer. Nada volvió a ser igual en el marco de la psiquiatría alemana, aunque la perspectiva positiva actual tiene sus fundamentos en la época anterior al nazismo, la de su florecimiento.

En cuanto al derecho, volviendo al citado proyecto de Mezger –señala Muñoz Conde- permite apreciar en forma contundente la manipulación que puede hacerse dentro de un sistema de doble vía, en el que las medidas de seguridad con su duración indeterminada y sin límites, basadas en el pronóstico de peligrosidad permitieron todos los excesos del poder punitivo del Estado, que no se permitían con el sistema de penas, mucho más limitado por los principios de legalidad, seguridad y certeza jurídica, la proporcionalidad o la culpabilidad.

Esta categoría jurídica –culpabilidad- se nos muestra con toda su trascendencia, a partir de la cita de estos fragmentos significativos de ordenamientos y doctrinas que supieron legitimar el horror.

Los juristas que como Mezger, manipularon el concepto de “culpabilidad” – como tantos otros términos durante el régimen nazi- forzaron el ingreso de esa degradante concepción del derecho penal en el tradicional principio de culpabilidad, y pudieron llegar a afirmar una “culpabilidad por la conducción de la propia vida” –Edmund Mezger, Deutsches Strafrecht 1938 página 72, citado

por Ingo Müller Ob. cit.-³ a fin de castigar a los antisociales (considerados cargas para la sociedad) “no por ser antisociales, sino porque habían llegado a serlo a través de una conducta culpable a lo largo de sus vidas”.

Asimismo, un corolario extremo de la falta de distinción entre las consecuencias jurídicas del delito, es ilustrado por Müller, al recordar que en esa época había dos finalidades básicas para la pena; una aplicable cuando el imputado no estaba en condiciones de ser enjuiciado, cuya finalidad era proteger a la sociedad y otra la finalidad de retribución para el imputado culpable. Sin embargo, dado que ellas se fundían en una misma especie; la pena de muerte, se consideraba superfluo investigar los motivos y causas de un acto. Así la Corte Suprema de Guerra (Reichskriegsgericht) el 24 de enero de 1940 decidió que “las circunstancias particulares del ejército y los requerimientos de los tiempos de guerra hacían necesario tratar a los imputados con responsabilidad atenuada de la misma manera que aquellos con responsabilidad jurídicamente plena”.

Ello aniquilaba todas las bases del sistema en que se fundaba la distinción por naturaleza y objetivos de cada consecuencia (pena o medida) del delito.

Con esa ideología propia el nacionalsocialismo –como sucede en todos los sistemas que degeneran y se degradan- manipuló terminológicamente los conceptos, permitiendo que ingresaran o escaparan de su extensión conceptual personas e instituciones, según conveniencia o antojo.

Esta característica es bastante usual en los sistemas dictatoriales que lejos de introducir grandes modificaciones filosóficas o jurídicas, se limitan a tergiversar el verdadero significado de conceptos claves, fundamentales y esenciales, vaciando su contenido para luego volcar en ellos el contenido deseado, que muy lejos está, por cierto, del original.

Naturalmente los conceptos tergiversados son aquellos tenidos en alta estima por la sociedad y ligados a su esencia o idiosincracia, con fuerte contenido emotivo.

Este recurso lo ilustra magistralmente en el ámbito local el poeta Leopoldo Marechal al referirse al concepto de “Patria” manipulado durante la dictadura militar argentina que estuvo en el gobierno desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 10 diciembre de 1983.⁴ Desde una perspectiva filológica en una situación hartamente extrema, puede consultarse también “LTI La Lengua del Tercer Reich” de Viktor Klemperer, quien señala “Son escasísimas las palabras acuñadas por el Tercer Reich que fueron creadas por el (...) No obstante, altera el valor y la frecuencia de las palabras (...) impregna palabras, grupos de palabras y formas sintácticas con su veneno, pone el lenguaje al servicio de su terrorífico sistema y hace del lenguaje su medio de propaganda más potente, más público y secreto a la vez” –Ob., cit., Pág. 32- “El lenguaje no solo crea y piensa por mí, sino que guía a la vez mis emociones, dirige mi personalidad psíquica,

³ Müller, Ingo “Furchtbare Juristen” 1987 Zinder Verlag, München.

⁴ Marechal, Leopoldo. “Megafón, o La Guerra”. Planeta Bs. As. 1999.-

tanto Mass cuanto mayores son la naturalidad y la inconsciencia con que me entrego a el”.- ídem Pág. 31.-.

La misma manipulación terminológica se aplica en muchos casos a la interpretación y creación de normas jurídicas. Es por eso que no siempre es necesario modificar las normas fundamentales que rigen una sociedad para alterar sus bases, bastando con vaciar y rellenar el contenido de aquellas categorías, conceptos y principios que la han regido desde siempre. De allí el riesgo y por ende la necesidad de prestar debida atención al alcance que los operadores del sistema político y jurídico van otorgando a sus términos fundamentales.

Reinhart Maurach.

Dando continuidad al análisis de esta relevante categoría que para el tema en estudio constituye la culpabilidad, abordaré el pensamiento del penalista Reinhart Maurach (Maurach-Zipf, 1994) quien pese a ser usualmente señalado como afín o simpatizante con el derecho nacional-socialista elaboró en su concepción algunas diferenciaciones y críticas respecto de la culpabilidad, fijando límites para el sistema de las medidas de seguridad.

Debo efectuar una breve aclaración terminológica para precisar el alcance de algunos conceptos utilizados por los autores alemanes modernos, que son también de uso corriente entre los penalistas españoles.

Para los autores alemanes contemporáneos las personas sometidas a medidas de seguridad penal por haber cometido delito bajo la influencia de la enfermedad mental, son denominados “*incapaces de culpabilidad*”.

El concepto de capacidad de imputabilidad no aparecía en el texto del StGB, aunque era usado en la jurisprudencia y doctrina. Señala Maurach que la 2ª StrRG introdujo el concepto de “*capacidad de culpabilidad*” que debe distinguirse del de “capacidad de imputabilidad”, que no forma parte de la acción.

Indica también Maurach que la esencia de la capacidad de imputabilidad no es la simple posibilidad de ser castigado (como lo sostenía Radbruch) o capacidad pasiva de pena del autor, sino que es un elemento esencial para determinar el cuadro delictivo y es portador del reproche de culpabilidad. Así para los autores alemanes contemporáneos es imputable y con ello capaz de culpabilidad, a tenor de la reforma del parágrafo 20 (“*actúa sin culpabilidad aquel que...*”) aquel autor que en virtud del estado de su desarrollo espiritual-moral, esté en condiciones de reconocer el ilícito de su acción y de obrar conforme a tal conocimiento. Se integra así el elemento intelectual –comprende- con el volitivo –dirige-.

Pueden advertirse algunos puntos de contacto con el derecho penal argentino, por ejemplo, en la fórmula empleada por nuestro artículo 34 Inc. 1 del Código Penal, mas no hay asimilación en la terminología referida a la “*capacidad de culpabilidad*” cuyo uso en nuestro derecho resulta a mi juicio bastante forzado. Para el derecho penal argentino se trata de sujetos no imputables, entendiendo la imputabilidad como el presupuesto biológico-psicológico y jurídico de la culpabilidad o reproche. (Conforme el sistema instituido en el art. 34 Inc. 1 para quienes denomina no punibles).

También se verifican discrepancias terminológicas entre los juristas y tribunales alemanes modernos según refiere Maurach, pero la coincidencia básica de todos ellos se da en torno a la esencia de la culpabilidad, aunque no respecto de su contenido. En esencia, característica sustancial o definitoria de la culpabilidad es que representa un reproche que se realiza al autor, debido a su motivación contraria al deber. Dice Maurach “La culpabilidad es reprochabilidad”, mediante el juicio de desvalor de la culpabilidad se reprocha al autor el no haberse comportado conforme a derecho –Pág. 515 Ob. cit.-.

La esencia de la culpabilidad constituye así un “juicio acerca del autor”, por lo tanto, es personalísimo y se diferencia del ilícito o antijuridicidad que afecta al hecho.

Esa coincidencia existe pese a una terminología discrepante como se observa en Jescheck y Welzel, por ejemplo.

Realizada esa previa aclaración cabe introducirse de lleno a la crítica que Maurach efectúa al concepto dominante de la culpabilidad en su ámbito.

Cuestionando el lugar que ocupa en el derecho penal de nuestros días esa categoría, indica que en Alemania según la doctrina dominante, es el reproche que se dirige al autor debido a su relación con su acción y justifica el desencadenamiento del mal constituido por la pena. Su fundamento inmediato es la acción típica y antijurídica, pero ese concepto de culpabilidad (continúa diciendo Maurach) sólo sería defendible si nuestro derecho penal se enfrentara exclusivamente con autores capaces de culpabilidad y solamente contara con la pena como reacción.

Pero no es el caso; el StGB sigue la doble vía, y la reacción actúa no sólo frente al autor culpable, sino también frente al autor peligroso no culpable (que no es sometido a la pena, pero sí a las medidas de seguridad que aplica en Alemania el juez del crimen sobre la base de la tipicidad y antijuridicidad del hecho). Sin embargo, en este caso no es posible hablar de un “reproche de culpabilidad” frente a un “incapaz de culpabilidad”.

Por lo tanto, concluye, el concepto de culpabilidad en cuanto reproche no está en condiciones de abarcar todas las categorías de autores sometidos al efecto del poder penal.

En este punto realiza una cita muy ilustrativa, refiere el intento de Köhler de construir una culpabilidad sin reproche, siguiendo la teoría introducida por Kauffmann en 1912 (*Verschuldungsprinzip*) según la cual no había juicio de desaprobación en el concepto de culpabilidad, que no sería otra cosa que “un

hacer consciente” por lo cual también los enfermos mentales podrían actuar “culpablemente” bajo ciertas circunstancias.

Todas estas voces –dice Maurach- dejan entrever la intención de hallar un concepto de responsabilidad que permita dejar atrás la estrechez de la doctrina dominante y que entregue la base de un simple juicio de responsabilidad, dando lugar al sometimiento a los medios de reacción del derecho penal también de aquellos autores ante los cuales no procede el juicio de desaprobación. Por cierto, agrega, tales intentos habrían de fracasar forzosamente ante el concepto tradicional de culpabilidad, indisolublemente unido y con razón, al juicio de desaprobación.

Para salvar tales obstáculos y plantear su formulación de la culpabilidad en una concepción más abarcativa que la otorgada por la doctrina dominante, Maurach considera que también se emite un juicio de valor negativo acerca de la personalidad del incapaz de culpabilidad, si bien los requisitos de dicho juicio no pueden corresponder a los del juicio de culpabilidad. Y al respecto vuelve a ilustrar esa particular valoración negativa subyacente con un esclarecedor ejemplo, señalando que sólo el juez del crimen puede disponer este tipo de medidas, y enfatiza que incluso durante el nacionalsocialismo la jurisprudencia rechazaba la posibilidad de que otro juez, no penal, pudiera disponerlas.

(Actualmente en el derecho penal alemán para quienes no pueden ser penados por “incapacidad de culpabilidad” según su terminología se aplica la única vía: de la medida de seguridad. La orientación de dichas medidas es profiláctica, considerándose la carga para el afectado un efecto secundario no deseado, que debe ser aceptado, pero no tiene carácter punitivo).

En busca de un concepto ampliado de culpabilidad, Maurach analiza los motivos que llevaron a enfrentamientos y discrepancias sobre su contenido, y los refiere a la relación entre culpabilidad y prevención. Ello a partir de la debilitación de la idea resocializadora como fin de la pena, junto al acento en la prevención general positiva.

Siendo plausible que el concepto de culpabilidad sirva a la función de mantenimiento de la confianza general en la norma, analiza dos formas de plantearlos: una que califica de debilitada, que interpreta y atribuye un contenido al elemento prevención que se ve en Roxin y otra Mass amplia que orienta todo el concepto de la culpabilidad hacia el fin de la prevención general positiva, como Jakobs. Ambos postulados –dice- presentan el peligro de privar al concepto de culpabilidad de su función propia de protección del ciudadano que ha incurrido en delito y es absorbido por la prevención general positiva.

Si el concepto de culpabilidad es derivado a partir del principio del Estado de derecho y de la dignidad del hombre, desarrolla una función más extensa de protección en favor del penado, que incluso impide una disminución de su contenido.

En tal cometido construye Maurach su teoría de la atribuibilidad, como fundamento amplio de la valoración del autor, en busca de un concepto de responsabilidad del autor más abarcativo que el concepto de culpabilidad

adoptado por la opinión tradicional, al que considera demasiado estrecho pese a su complejidad.

Busca un criterio de atribución personal procedente tanto para la responsabilidad del autor respecto de la pena, cuanto para el que será sometido a las medidas de corrección y seguridad independientes de la culpabilidad. Lo define como “atribuibilidad” y al describirlo señala que debe contener un expreso juicio de desvalor acerca del autor, mas no requiere gravar necesariamente a Este con el reproche del poder personal para actuar de otro modo. De allí deduce que esa atribuibilidad deberá estar compuesta por los mismos elementos que aquel juicio de valor que la doctrina dominante caracteriza como culpabilidad, pero que es diferenciado y progresivo.

Separa los criterios de responsabilidad que la doctrina dominante reúne en la categoría de culpabilidad y entiende que; Si se determina que el autor incumplió las exigencias de conducta cuyo respeto se exige en forma genérica al promedio de los justiciables, se fija su responsabilidad por ese “quedarse atrás”, pero no un reproche y juicio de culpabilidad. Si en cambio se constató que el autor “pudo actuar de otro modo” tiene lugar el reproche y un juicio de culpabilidad.

Define su concepto de “atribuibilidad” en el parágrafo 13 diciendo “Por atribuibilidad de una acción debe entenderse la constatación de que, mediante la comisión de su acción típica y antijurídica, el autor no se ha comportado en correspondencia con las exigencias del derecho. La atribuibilidad es siempre un juicio desvalorativo, pero no necesariamente también un juicio de reproche”.

Este último no se da respecto de todas las categorías de autores sometidos a los medios de reacción del derecho penal. Solo puede dirigirse un reproche a alguien de quien quepa esperar una conducta adecuada a la norma. No es el caso de todos los justiciables. Así, la atribuibilidad sólo predice literalmente que el hecho “puede ser atribuido como propio” al autor. Pero el modo de “cargarlo a su cuenta” es una cuestión diferente.

La justificación de la atribuibilidad surge de la vida humana en común. El ordenamiento jurídico no puede exigir que todos los hombres actúen en correspondencia con las normas; frente a niños y enfermos mentales una exigencia axial carecería de sentido. No obstante, bien puede enjuiciar valorativamente la conducta de todos los justiciables como expresión de su personalidad. Y así cierra Maurach ese apartado de su exposición diciendo: La atribuibilidad constata que el hecho concreto puede ser atribuido a su autor como propio, y asimismo, que el juicio de desvalor que caracteriza al hecho como típico y antijurídico se extiende a su autor; por ello, la atribuibilidad no es excluida, aun cuando el autor se sustraiga de un juicio de reproche debido a su desarrollo insuficiente o a defectos mentales.

Entonces, -y aquí viene la definición del concepto por el creado- reconocemos a la atribuibilidad como *aquella relación jurídicamente desaprobada entre el*

autor y su hecho típico-antijurídico que proporciona la base de las diversas posibilidades jurídico-penales de reacción.

Desgrana así los grados de atribuibilidad en: la responsabilidad por el hecho y la culpabilidad, que construida sobre el anterior, es responsabilidad intensificada, porque es reprobación más posibilidad de dirigir un reproche, por ello supone un más sobre la responsabilidad por el hecho y un plus en el autor (que tenga la capacidad de poder actuar correctamente).

La culpabilidad, será la única que desencadena la sanción penal. Y esa culpabilidad queda conformada como el reproche dirigido al autor respecto de un determinado hecho punible, debido al abuso de su capacidad de imputabilidad. –parágrafo 20 Ob. cit.-.

Actúa entonces culpablemente toda persona responsable que comete su hecho como capaz de imputabilidad, con la posibilidad de la conciencia de la ilicitud. El juicio de culpabilidad corresponde a la capacidad individual del autor, en primer lugar, debe tratarse de una persona que sobre la base de su desarrollo moral-mental haya podido en relación al hecho rendirse cuenta a sí mismo acerca del alcance de su conducta en la vida jurídica y de conducir sus decisiones en correspondencia con dicha capacidad de comprensión: fundamento general del reproche de culpabilidad es la capacidad de imputabilidad del autor, dice Maurach, a la que últimamente el StGB ha denominado capacidad de culpabilidad.

Si a la responsabilidad por el hecho (caso general) se agrega la culpabilidad, el hecho del responsable se transforma en un delito y desencadena la pena; al contrario (caso excepcional) si a la responsabilidad por el hecho del autor incapaz de culpabilidad se une su peligrosidad, ello condiciona la utilización de las medidas de seguridad reservadas a esa categoría (parágrafos 63, 64, 69 y 70 del StGb).

Si sobre esta base de responsabilidad por el hecho se desarrollan tanto la culpabilidad cuanto la peligrosidad, se da entonces el presupuesto para la reacción de la doble vía, la suma de la pena y la medida. (Ej. imputables pluriincidentes).

El derecho de las penas y el de las medidas reciben su fundamento común en virtud de la responsabilidad por el hecho.

Los efectos de la exclusión de la capacidad de imputabilidad:

La exclusión de la capacidad de imputabilidad trae consigo la cesación de la capacidad de culpabilidad. Por tanto, el autor no obstante haber realizado un hecho típico y a pesar de su responsabilidad por el hecho, no ha obrado en forma plenamente delictiva, y en consecuencia, debe ser absuelto.

Esa incapacidad de imputabilidad al momento del hecho, no obstaculiza imponerle determinadas medidas de seguridad, cuya justificación dependerá exclusivamente del pronóstico que arroje una investigación acerca de su peligrosidad.

El delito sin culpabilidad cometido por estas personas tiene importancia en dos aspectos para la adopción de estas medidas; el primero porque constituye el

motivo legal para plantear la cuestión de la peligrosidad, segundo porque el delito cometido constituye el principal –aunque no único- indicio de su peligrosidad.

Volviendo a su teoría de la atribuibilidad, con la cual intenta abarcar a los sujetos imputables e inimputables dentro de un concepto más amplio que la categoría tradicional de culpabilidad para contemplar las reacciones posibles del derecho, con el objetivo de eludir el problema propio del sistema de medidas de seguridad que no encuentran límite eficaz al poder de intervención estatal como la pena que lo tiene en aquella, debe señalarse que, a diferencia de otros autores, concibe una teoría específica dirigida a transformar la categoría que usualmente sirve para limitar el poder estatal, a fin de comprender lo que aquella no comprendía.

En ese cometido y en relación al aspecto que reconoce un desvalor en el acto del inimputable, debo recordar que no es el primer autor que insinúa esa posibilidad, pues ya von Liszt no dudaba en reconocer en las medidas de seguridad la esencia de la pena, según su expresión “un mal ligado a la reprobación”, lo cual fundaba a su vez la naturaleza represiva del acto dañoso o del estado peligroso.

La teoría de Maurach, no obstante, resulta a mi juicio no tan prescindente del concepto de culpabilidad tradicional, en tanto solo desgrana mentalmente etapas en la construcción del juicio de reproche, deteniéndose en la relevancia de algunos aspectos en desmedro de otros, a fin que ellos otorguen sustento a su diferenciación, un tanto artificial, sobre los grados de atribuibilidad de una acción -un hecho típico- a su autor. Al desgranar etapas en esas progresiones previas dentro del concepto de culpabilidad, trata un tanto rebuscadamente de establecer diferenciaciones que permitan seguir contando con la tradicional categoría de culpabilidad, pero abarcando diferenciadamente a otros sujetos que sin estar sometidos a ella son pasibles de reacción penal

A mi juicio el esfuerzo de este autor no agrega demasiado a la común y ordinaria imputación del hecho (en cuanto causación o relación con el sujeto) con que el común de la gente señala que el sujeto enfermo mental “lo hizo”, sin agregar dicha teoría distinciones demasiado sólidas con relación a los presupuestos ya fijados en el sistema penal tradicional.

En cuanto a las medidas de seguridad previstas por el StGB en la tercera parte, título sexto, como ya se dijo, las referidas al sujeto “incapaz de culpabilidad” tienen orientación exclusivamente profiláctica, y la carga que implican para el afectado es un efecto secundario, no deseado que debe ser aceptado, pero sin carácter punitivo, como enfatiza Maurach. Por ello es importante el principio regulado en el parágrafo 62 del StGB, en cuanto señala “Una medida de corrección y seguridad no podrá ser ordenada cuando ella se encuentre fuera de toda proporción con la significación de los hechos cometidos y de aquellos que puedan esperarse del autor, así como con el grado del peligro que de él emana”. Antes de la reforma ya había sido reconocido por la jurisprudencia el principio de proporcionalidad, como norma de rango constitucional derivada

directamente del sistema de los derechos de la libertad. (BverfG 19, 348). Aunque no siempre fue respetada en la práctica como indica Maurach. Por otra parte, ya se aplicaba en otros ámbitos como el derecho disciplinario.

Critica el autor la redacción del parágrafo 62 en cuanto equipara los hechos cometidos y los esperados, pues indica, que el contenido de gravedad de los primeros constituye solo un síntoma para los últimos y también para la prognosis de peligrosidad.

Finalmente aclara el estado actual del sistema cuando expresa que el derecho anterior a la reforma había realizado de manera estricta los principios de la doble vía (medidas junto a la pena en todos los casos) y de la única vía (medidas en lugar de pena también en todos los casos) indicando que el derecho vigente en Alemania prefiere un tratamiento más elástico de las relaciones entre penas y medidas; si bien se mantiene fundamentalmente la distinción entre la única y la doble vía el parágrafo 67 relaja los rígidos límites de ambos sistemas, en cuanto la ejecución práctica de las sanciones así lo exija. Por eso distingue en la actualidad la doble vía incondicional, la doble vía condicional y la única vía incondicional. Esta última prevista para los casos en que esta ausente la capacidad de culpabilidad y el autor son peligrosos.

Debe tenerse presente que en el derecho penal alemán se contempla la “capacidad de culpabilidad disminuida” (Parágrafo 21). Por ello puede aplicarse la doble vía (pena + medida).

Para los sujetos “incapaces de culpabilidad” la internación en hospital psiquiátrico se ordena cuando el autor constituya un peligro para la colectividad, es el caso en que deba esperarse de él la comisión de hechos antijurídicos relevantes. Realizada la prognosis y respondida afirmativamente la pregunta acerca de la probabilidad de hechos punibles futuros la imposición de la medida se prescribe obligatoriamente. El juez no fija plazos, por ello podría adquirir en ciertas circunstancias el carácter de perpetua. (Parágrafo 67 d, inciso 2°).

El tratamiento del internado se rige conforme a puntos de vista médicos. El objetivo del tratamiento es la curación del internado o bien la mejoría de su estado, a un punto en que deje de ser peligroso.

Respecto a los controles en la ejecución de la medida, Maurach destaca (Pág. 884 desde 40 a 55) la decisión del modo de ejecución corresponde al tribunal del proceso aunque pueden ser modificadas ulteriormente por el tribunal de ejecución, en consideración a la personalidad del sujeto, por adecuación individual, y al respecto señala que en el sistema actual se prevé una posibilidad ilimitada de reemplazo de la medida seleccionada por el tribunal del proceso, mediante decisiones jurisdiccionales posteriores, siendo facultativa y dándose cuando favorezca de mejor manera la resocialización del autor. Ante la prognosis favorable incluso puede remitirse la medida, propiciándose el tratamiento ambulatorio, la vigilancia, etc.

En cuanto a controles; el tribunal está obligado en todas las clases de internación a realizar controles periódicos, que tienen por objeto prevenir la

indeseada posibilidad de que la ejecución de una medida privativa de libertad tenga lugar de un modo más o menos automático, cuando su objetivo pueda ser alcanzado por la remisión de la ejecución (Parágrafo 67 e, Inc. 1°).

Hasta aquí entonces lo más relevante del sistema de medidas de seguridad relevado por Maurach en su tratado conforme su teoría.

Hans-Heinrich Jescheck – Thomas Weigend

Jescheck (Jescheck-Weigend, 2002) considera que en el derecho penal alemán las penas y medidas son intercambiables, por ende, para dicho autor resulta flexible el límite entre ambos institutos. Entiende que toda vez que la pena determinada conforme a la culpabilidad por el hecho no siempre puede cumplir la misión preventiva del derecho penal, resulta necesario complementarla con medidas que tienen exclusivamente la finalidad de prevenir la futura peligrosidad del autor por el hecho y sus antecedentes, a través de intervenciones curativas, asistenciales, así como de aseguramiento o eliminación de la peligrosidad. Indica que los casos en que la pena no puede cumplir la misión preventiva son variados y puede deberse a que la duración de la pena es exigua para garantizar el resultado preventivo, o se requiere un tratamiento médico, pedagógico o asistencial que no puede realizarse en la ejecución ordinaria de la pena, o se trata de casos en los que la pena está excluida como sucede con los delincuentes inculpables.

La doble vía, refiere, evita entonces que la pena sea gravada con misiones preventivas que sólo pueden ser cumplidas renunciando al principio de culpabilidad, creándose simultáneamente la posibilidad de llevar a cabo el tratamiento preventivo del criminal peligroso con recursos médicos y pedagógico-sociales que no están a disposición de la ejecución ordinaria de la pena adaptada ésta a los casos corrientes que son mayoría.

Por otra parte, puede conseguirse una regulación legal más concreta de los presupuestos, ejecución y terminación de las medidas más adecuada al Estado de Derecho, al ser tratada de modo separado a la pena y su inescindible conexión con la culpabilidad.

A su juicio no existe un antagonismo insalvable entre pena y medida. La pena también sirve para la prevención de futuros delitos y la medida tiene igualmente el carácter de un mal que sirve para el reforzamiento de la vigencia de la norma, motivo por el cual es básicamente posible un intercambio entre pena y medida en la ejecución (sistema vicarial).

En cuanto a las medidas, el lugar que ocupa la categoría de culpabilidad para las penas, es reemplazado en las medidas por el principio de proporcionalidad (consagrado expresamente en el parágrafo 62 del StGB) también deducible de la vigencia de prohibición de exceso para el Estado de Derecho normado en la Constitución (BVerfGE 16, 194).

Señala Jescheck que no es objetable la doble vía pues son funciones legítimas del derecho penal tanto la retribución por la culpabilidad como la defensa frente a los peligros.

La justificación de las medidas de seguridad se encuentra en que la libertad que la constitución alemana garantiza a los ciudadanos es “una libertad vinculada a la comunidad”. Quien no posee la capacidad de desenvolverse en la sociedad sin poner en grave peligro a otros, debe tolerar las limitaciones necesarias de su libertad en interés de la seguridad de todos.

En cuanto al encierro manicomial, se justifica en la misión del Estado de que personas con defectos corporales o psíquicos que sean criminalmente peligrosas, reciban un tratamiento médico, psicoterapéutico o de mantenimiento que mejore, mitigue o por lo menos, neutralice su situación (idea del tratamiento terapéutico).

La idea de asistencia social también subyace, dice la libertad vigilada del parágrafo 68 del StGB.

En cambio, le resulta más dificultosa la justificación de la custodia de seguridad (parágrafo 61 StGB) –equivalente a la medida accesoria de reclusión por tiempo indeterminado del art. 52 del C.P. argentino aplicable a los imputables plurireincidentes- toda vez que dicha medida está pensada como simple protección sin un objetivo de contenido terapéutico. Resultando una medida puramente inocuizadora sobre delincuentes plenamente culpables motivada en la protección de la comunidad frente a delitos graves cuya comisión por parte de aquellos resulta previsible.

Respecto al carácter indeterminado que en cuanto a su duración presentan las medidas, refiere que mientras las penas de prisión enlazan con la culpabilidad pasada y por ello están determinadas de forma precisa, las medidas de seguridad se sitúan sobre la peligrosidad futura del autor, por ello deben ser de duración indeterminada. A veces absolutamente indeterminada como sucede con la internación manicomial.

Ocupándose ampliamente de la categoría “culpabilidad” señala que la penal es una culpabilidad jurídica y no moral, porque su objeto de reproche viene determinado por la ausencia de actitud jurídica interna (*Rechtsgesinnung*) y se refiere a normas jurídicas.

Se mide conforme a parámetros jurídicos, debe ser comprobada públicamente ante el foro de los tribunales estatales mediante un procedimiento reglamentado jurídicamente. Y si bien se relaciona con la culpabilidad moral, no se limita como ésta a la propia conciencia. En modo alguno puede aceptarse una Ética social, que seccionaría las raíces que el concepto de culpabilidad tiene arraigadas en la conciencia jurídica de la colectividad.

En cuanto a la culpabilidad jurídica distingue en dicha categoría un concepto formal y otro material. El concepto formal de culpabilidad comprende aquellos elementos del hecho que en un ordenamiento jurídico determinado son exigidos positivamente como presupuestos para la imputación de la culpabilidad –deben concurrir-. Por el contrario, el concepto material de

culpabilidad trata de determinar bajo qué condiciones aparece justificado apoyar la imputación subjetiva sobre una determinada actitud interna. Dicho concepto material permite tomar la decisión (política) de sobre qué elementos del hecho o del autor puede basar el legislador el juicio de culpabilidad. El juicio de culpabilidad materialmente descansa sobre la infracción de la pretensión de observancia del bien jurídico protegido por la norma penal.

Culpabilidad por el hecho individual o por el modo de vida.

Jescheck enseña que la culpabilidad puede referirse al *hecho individual* o al *modo de vida* (*culpabilidad del autor, de la personalidad o del carácter*). En la primera, tan sólo son considerados como factores jurídicamente reprobables de la actitud interna aquellos que están vinculados con la acción típica. En la segunda, el juicio de culpabilidad se extiende al conjunto de la personalidad del autor y a su desarrollo.

La culpabilidad del derecho penal alemán actual está referida a la culpabilidad por el hecho individual.⁵

Esta culpabilidad individual, agrega, es la que mejor se corresponde con la idea de una pena retributiva del hecho, por motivos derivados del Estado de Derecho, se refiere a un aspecto estrechamente delimitado de la vida del autor y no está pensada como un intento de rendición global de cuentas. También el StGB determina la pena sobre la base exclusiva de la culpabilidad individual. (parágrafo 46).

No obstante ello, destaca Jescheck que si bien la culpabilidad por el modo de vida que otrora desempeñó un importante papel en las discusiones doctrinarias, -cita a Mezger “*Moderne Wege*” *Engisch ZSt W*, entre otros y en contra a Roxin- actualmente pasó a un segundo plano, sigue subsistiendo la idea de que en la mayoría de las ocasiones la culpabilidad por el hecho no puede ser explicada tan sólo a partir de las circunstancias concurrentes en el momento del hecho, sino que la actual actitud interna del autor se encuentra estrechamente conectada con su trayectoria vital. De ahí que la jurisprudencia alemana en repetidas ocasiones también haya recurrido a los antecedentes del autor en el enjuiciamiento de los factores concretos de su culpabilidad.

Y el ordenamiento StGB parágrafo 46 II menciona el “pasado anterior del autor” como una circunstancia significativa para la determinación de la pena.⁶

Imputación objetiva y subjetiva

⁵ No siempre fue así, según se analizó al tratar el pensamiento de Edmund Mezger y el período correspondiente al derecho penal nacional-socialista alemán. (1933-1945).-

⁶ Algo similar sucede con los parámetros fijados en el artículo 41 del Código Penal Argentino.

En esta distinción antigua encuentra Jescheck la actual separación entre antijuridicidad y culpabilidad. La separación entre imputación objetiva y subjetiva ha perdurado en la dogmática y constituye a su juicio la piedra angular de la teoría del delito. También generalizadamente se acepta hoy que el análisis de la antijuridicidad debe preceder al de la culpabilidad.

En primer término, se analiza la corrección objetiva del hecho, su coincidencia con las normas de deber del ordenamiento jurídico y luego se indaga si puede ser personalmente reprochable al autor.

La actitud interna respetuosa con el derecho constituye una cualidad indispensable del ciudadano para la conservación efectiva del orden social. La culpabilidad es una deficiencia de la actitud interna frente al derecho que merece reprobación (expresada esa actitud interna a través de una acción típica y antijurídica).

En el delincuente enfermo mental está ausente la actitud interna respetuosa con el derecho, pero ella no merece reprobación porque descansa sobre una anomalía psíquica.

La medida para el juicio de culpabilidad sólo puede venir suministrada por la "capacidad del hombre medio" según el ordenamiento jurídico alemán, en tanto la incapacidad de culpabilidad está conectada con situaciones excepcionales psico-patológicas firmemente delimitadas.

Los elementos de la categoría culpabilidad (como fundamento de la pena)

El juicio de desvalor acerca de la actitud jurídica interna del autor no opera globalmente sobre la base del conjunto de su personalidad, sino que se apoya en el análisis de los elementos de la culpabilidad determinados legalmente. Allí reside una garantía para el acusado derivada del Estado de Derecho, pues no es discrecional para el juez.

El primer elemento integrante del concepto de culpabilidad es la salud psíquico-espiritual del autor adulto (capacidad de culpabilidad).

En casos de graves estados carenciales o importantes alteraciones, la falta de una actitud interna respetuosa con el derecho no es reprochable porque se encuentra ausente en el autor la capacidad de autodeterminación que normalmente se le presupone.

El segundo elemento de la culpabilidad viene constituido por la conciencia de la antijuridicidad. Quien con pleno conocimiento de ella adopta la resolución delictiva evidencia una postura frente al derecho digna de especial desaprobación.

En cuanto al contenido de reprochabilidad del hecho también se determina por la magnitud del injusto. (Para Jescheck al autor se le declara culpable por la formación de su voluntad en relación al hecho cometido. También integra un cuarto elemento el dolo atento su orientación).

El concepto "capacidad de culpabilidad"

Constituye el primer elemento, pues únicamente quien ha alcanzado una edad determinada y no padece graves anomalías psíquicas posee el grado mínimo de capacidad de autodeterminación exigido por el ordenamiento jurídico para la responsabilidad penal.

Incapacidad de culpabilidad por trastornos mentales

Para la descripción de la incapacidad de culpabilidad el derecho penal alemán utiliza en el parágrafo 20 el denominado método mixto (biológico-psicológico) o psíquico normativo como lo denomina el autor comentado. Los factores biológicos son el trastorno psíquico patológico, alteraciones profundas de la conciencia, oligofrenia y otras anomalías mentales graves (enumerados exhaustivamente en dicho parágrafo del StGB). Comprobada la existencia de alguna de ellas además hay que examinar si por su causa el autor fue incapaz “de comprender la ilegalidad del hecho o de actuar conforme a esa comprensión”.

Es decir, el trastorno debe menoscabar profundamente una de las dos capacidades decisivas en la formación de la voluntad.

No basta la comprobación del elemento biológico, sino que el trastorno psíquico debe repercutir sobre la capacidad de comprensión o de control de la acción.

Y si bien la capacidad de culpabilidad la determina el juez, concurre el auxilio de expertos en psiquiatría.

Si todos estos presupuestos se dieron en el caso, el autor quedará impune por la ausencia de culpabilidad.

Consecuencias jurídicas del delito cometido por el autor incapaz de culpabilidad. Medidas

En estos casos en los cuales el Estado no puede cumplir la misión de proteger a la colectividad y a los ciudadanos frente a la comisión de delitos mediante la pena, se aplican las medidas de seguridad.

Jescheck considera injustificadas las críticas dirigidas a ellas basadas en que las medidas de seguridad contribuirían a una instrumentalización de la persona, por vincularse a planteos utilitaristas del Estado, en lugar de referirse a una infracción responsable del derecho. Responde que ellas no están sometidas al principio de culpabilidad, pero se justifican como reglas necesarias para evitar el peligro existente. Y la función limitadora a la intervención estatal en su caso está asumida por el principio de proporcionalidad, que en Alemania se deduce del derecho constitucional (BverfGE 70, 297) y ratifica el parágrafo 62 del StGB.

Por otra parte, resalta dado que las medidas de seguridad sirven para evitar “futuras” lesiones de bienes jurídicos resulta definitiva la importancia de los

hechos que pueden ser cometidos y no la importancia de la infracción ya perpetrada, de ahí que no pueda justificarse la imposición de una medida únicamente sobre la base de la gravedad del hecho motivador.

El verdadero problema de las medidas de seguridad privativas de libertad lo encuentra Jescheck en la comprobación de los presupuestos para su aplicación. Toda vez que los conocimientos de la Criminología moderna no ayudan demasiado a pronosticar si el sujeto cometerá delitos de importancia ni a saber si la medida resulta adecuada para prevenir tales hechos.

No se dispone de métodos seguros para pronosticar el comportamiento legal futuro del individuo.

Tampoco se funda científicamente que la estancia en el lugar de internación conducirá a un comportamiento acorde al derecho.

Así el sacrificio excepcional normalmente ligado a la ejecución de la medida se sitúa sobre una base fáctica muy insegura cuya comprensión debería conducir a una utilización especialmente moderada de las medidas de seguridad privativas de libertad.

En cuanto al pronóstico de delitos futuros, señala; para el internamiento se presupone que puede contarse con que el autor cometerá hechos antijurídicos de “considerable” importancia. Así lo exige el principio de proporcionalidad. Asimismo, el análisis del comportamiento desarrollado por el autor hasta el presente debe conducir sin la menor duda a la conclusión de que sólo “superará” determinadas situaciones que pueden repetirse en el futuro mediante un comportamiento delictivo.

En cuanto a la idoneidad de la medida para la eliminación del peligro, desde un punto de vista práctico puede encontrarse en un primer plano la naturaleza asegurativa del internamiento clínico. En todo caso las medidas de carácter clínico no pueden presentarse desde un principio como reglas terapéuticas que se adoptan sin esperanza alguna en su eficacia, sólo puede exigirse al sujeto el sacrificio del cumplimiento si junto a ello aparece la oportunidad de mejorar su padecimiento.

En el caso de internación en hospital psiquiátrico, se trata de una medida que tiene la finalidad de proteger a la colectividad de peligrosos delincuentes que padecen enfermedades mentales permanentes y simultáneamente ofrece a éstos la posibilidad de una mejora en su padecimiento. El tratamiento del interno depende de criterios médicos.

Este grupo de personas doblemente estigmatizado por criminales y por enfermos mentales, suelen resultar extraños en los hospitales mentales del medio libre porque requieren mayor aseguramiento.

Por las deficiencias en la ejecución que ya fueron puestas de manifiesto según el autor en el Simposio de Psiquiatría desarrollado en 1978 sin que haya mejorado hasta el presente la situación, es que propone que las medidas se cumplan en establecimientos penitenciarios psiquiátricos.

Presupuestos de la imposición de la Medida de Seguridad

El internamiento psiquiátrico está supeditado a varios requisitos: en primer lugar, la comisión de un “hecho antijurídico” pero la gravedad de la intervención sobre la libertad debería descartarse en delitos leves.

El autor durante el hecho debió carecer de capacidad de culpabilidad. Y el último elemento decisivo para la imposición de la medida; el pronóstico de comisión de nuevos hechos antijurídicos de importancia por parte del autor.

Por ello comportamientos molestos no dan lugar a la aplicación de la medida penal.

Junto al pronóstico de comisión de nuevos delitos debe comprobarse que el autor es peligroso para la colectividad.

Cumplidos tales requisitos la imposición de la medida en el derecho alemán es obligatoria y el tribunal debe examinar en forma anual si el internamiento puede ser suspendido condicionalmente. La medida se impone por sentencia.

Hasta aquí la rigurosa exposición de Hans-Heinrich Jescheck acerca del sistema de medidas de seguridad penal vigentes en el derecho penal alemán.

En ella como puede apreciarse destaca su criterio sobre la posibilidad de intercambiar pena y medida de seguridad, a las que no considera antagónicas, siendo ambos sistemas para él complementarios, dado que la medida tiene también carácter de un mal que sirve para el reforzamiento de la vigencia de la norma. Entendiendo asimismo que son funciones legítimas del derecho penal tanto la retribución por la culpabilidad como la defensa frente a los peligros (que se regirán por el principio de proporcionalidad). Y misión del Estado brindar tratamiento médico que mejore, mitigue o al menos neutralice su situación respecto de aquellas personas con deficiencias que son criminalmente peligrosas. No puede legitimar del mismo modo las medidas contra imputables pluriincidentes, que son puramente inocuizadoras.

Según Jescheck la legitimación de las medidas de seguridad reside en su concepción de la “libertad en comunidad”, es decir la libertad garantizada por la constitución alemana no es una libertad individual absoluta, sino referenciada en el ámbito de la sociedad en que se vive.

En cuanto a la categoría culpabilidad, que rige a los sujetos imputables, la refiere a una actitud jurídica interna respecto de las normas jurídicas – específicamente el bien jurídico protegido por la norma penal- que tiene el individuo sano.

Destaca en su perspectiva de las medidas la gravedad de las futuras lesiones al bien jurídico esperadas del sujeto, en detrimento de la importancia de la infracción ya perpetrada. De allí que sin importar la gravedad del hecho cometido que da intervención a la justicia penal, si puede asegurarse que no se temen futuras infracciones del autor (vgr., porque las circunstancias son irrepetibles), no sería justificada la medida.

Para Jescheck el verdadero problema de las medidas de seguridad privativas de libertad reside en la comprobación de los presupuestos para su aplicación (pronóstico). Tampoco encuentra fundamento científico que asegure que la

estaría en internación conduciría a un comportamiento no lesivo de bienes jurídicos.

De allí que considere desproporcionado el sacrificio que se exige a los sujetos sometidos a tales medidas.

Como la mayoría de los autores, pese al desarrollo de su abordaje sobre las medidas de seguridad, no está exento de caer en el análisis de aspectos que no son los más trascendentes del sistema de medidas.

Este punto quedará más claro cuando se aborde *infra* el pensamiento del profesor de la Universidad de Freiburg Wolfgang Frisch.

Claus Roxin

Este autor luego de ocuparse del fin y justificación de la pena con sus respectivas teorías, aborda en su obra "*Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*" (1993) la categoría "culpabilidad" como medio de limitación de la intervención estatal. Para él penas y medidas de seguridad no se distinguen tanto por su fin que sería el mismo en la actualidad, sino por el tipo de delimitación.

Señala que es el medio más liberal y el psicológico social más propicio para la restricción de la coerción penal estatal que hasta ahora se ha encontrado, en tanto su cuantía se determina por factores internos del autor y por la dimensión del daño causado, es apta para contraponerse eficazmente a las exigencias preventivas determinadas por los intereses de la sociedad. Además de corresponder al sentimiento jurídico general. Comparándola con la limitación que importa el principio de proporcionalidad refiere que no éste no es idóneo para reemplazarla, pues si bien sirve a las medidas de seguridad, éstas posibilitan intervenciones mucho más fuertes en la libertad que las que permite el castigo en los límites de la culpabilidad. El principio de proporcionalidad significa solamente una prohibición del exceso en el marco de la duración de una medida determinada sólo preventivamente y ofrece mucho menos para la limitación de la intervención coercitiva del Estado, por eso no puede reemplazarla.

El concepto de culpabilidad que defiende Roxin entiende la culpabilidad como actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa. Es decir, cuando el estado mental del sujeto estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma, le eran psíquicamente asequibles posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma. Al margen de lo filosófico, se trata de un dato mixto empírico-normativo. Según su autor tiene la ventaja de restringir el derecho penal a lo absolutamente indispensable socialmente. Y así lo explica; Si los delitos quedaran por regla general impunes, las normas perderían ampliamente su poder de motivación, y la sociedad se hundiría más y más en la anarquía. De lo anterior se deriva que la aplicación del derecho penal es innecesaria e inadecuada cuando la suposición de que una persona era motivable por el derecho resulta infundada por su

estado mental o anímico o por las circunstancias de la situación. Así sucede con las personas mentalmente enfermas y gravemente perturbadas en su capacidad de motivación (...). De ellas no se espera en general que observen las normas. Si infringen la ley, no se defrauda ninguna expectativa social y la conciencia social no se conmueve. Nadie resulta estimulado a imitarlos, porque la vigencia de la norma a los ojos de la opinión pública no resulta disminuida por tales hechos.

Al referirse a la doble vía del sistema de consecuencias jurídicas del delito en el derecho alemán, señala que un derecho penal obligado por el principio de culpabilidad necesita la segunda vía de las medidas de seguridad para los casos en que la peligrosidad de un sujeto, puede determinar que la pena no baste para proteger a la colectividad de sus ataques. Ello toda vez que el fin de las medidas de seguridad es de tipo preventivo y su cometido primario es evitar futuros actos delictivos del afectado por ella. Se distinguen principalmente de la pena por su limitación (referida a la proporcionalidad).

En cuanto a su legitimación refiere que ello ha ocupado a la ciencia mucho menos que la justificación de la pena, aunque su importancia no es menor, y encuentra esa legitimación en la ponderación de bienes.

Según Roxin puede privarse de libertad cuando su disfrute conduzca con una elevada probabilidad a menoscabos ajenos que globalmente pesan más que las restricciones que el causante del peligro debe soportar por la medida de seguridad. Para ello, dice, se ponen en la balanza el valor y la dignidad del hombre. Y aludiendo a Jescheck, sostiene que frecuentemente en lugar de la ponderación de bienes, se recurre para su legitimación a la idea del vínculo con la comunidad de la libertad humana, que se pierde en casos de abuso grave, mientras que en los casos de defectos psíquicos o corporales se las justifica en la idea del tratamiento curativo. Pero considera que el argumento del abuso no aclara la cuestión decisiva de por qué se pierde la libertad más allá de la medida de la propia responsabilidad, y la idea del tratamiento curativo como tal no justifica una coacción. Esta laguna de fundamentación en ambos casos, señala, sólo puede colmarse mediante el principio de ponderación de bienes.

Citando el parágrafo 62 del StGB en cuanto establece *“una medida no puede ser ordenada, a pesar de una peligrosidad existente, si no guarda proporción con la importancia del hecho cometido por el autor y de los hechos que se esperan, así como tampoco con el grado del peligro que emana de él”*. El principio de proporcionalidad, dice, fluye de la idea del Estado de Derecho y por lo tanto tiene en el derecho penal alemán rango jurídico constitucional y concreta el principio de ponderación de bienes en el sentido de una prohibición de exceso; los daños y peligros que parten del autor deben soportarse, a pesar del interés preventivo en evitarlos, cuando son menores que la pérdida de libertad que conllevaría la medida para el implicado.

No es tanto el fin como la limitación lo que distingue a la medida de la pena, y tampoco sirve, a su juicio, construir una distinción esencial que vea en el

castigo una desaprobación ético social, que no debe ser inherente a la imposición de una medida.

La comunidad y el propio autor, agrega, considerarán con razón la imposición de algunas medidas como expresión de un fallo frente a la sociedad particularmente grave.

Asiste razón a Roxin cuando sostiene que las medidas de seguridad son hasta la fecha las consecuencias con mayor referencia al autor de nuestro derecho penal. En ellas la personalidad del autor está en primer plano y el hecho sólo sirve para dar lugar a la consecuencia y para impedir excesos desproporcionados en su aplicación (citando el parágrafo 62 del StGB).

Al ocuparse de la imputabilidad o en términos de la doctrina alemana “capacidad de culpabilidad”, destaca que el legislador parte de la base de que el adulto que realiza un injusto jurídico penal normalmente es imputable. Por eso no regula la imputabilidad, sino su falta excepcional.

Allí intervendrá el perito para mostrar a través del estado psíquico del sujeto, si éste fue un destinatario idóneo de la norma. Cuestión empírica, propias de la Psiquiatría y la Psicología, pero lo decisivo seguirá siendo la decisión del juez. El énfasis en este autor se encuentra en la limitación que las medidas presentan en relación a las penas, siendo indiferente para la distinción la finalidad, porque entiende que en el estado actual de la teoría del derecho penal, la prevención especial y general también se presentan en la pena. Esa laxitud que las medidas de seguridad tienen en cuanto a la determinación (a diferencia del monto de la pena que puede fijarse con mayores precisiones gracias a la culpabilidad) hace que su intervención sea más grave, por ello requieren del principio de proporcionalidad, el que no obstante solamente regulará su duración, no mucho más que eso, de allí que no sea un principio útil para reemplazar a la culpabilidad. En la perspectiva de Roxin lo decisivo es la conciencia social o expectativa del cumplimiento del derecho. Destacando el poder de motivación de la norma. Con ese parámetro mide las repercusiones que puede provocar el delito de una persona sana, en contraposición al de un sujeto cuyo estado mental o anímico no le permite al momento de cometerlo guiarse o motivarse en la norma.

Y en una referencia que –al menos para mí - tiene cierto eco de la descripción realizada por Francesco Carrara en su Programa cuando se refiere a la fuerza moral del delito que al quebrantar lo establecido por la norma, produce un quiebre con repercusión social trascendente, que necesitará de la fuerza moral de la pena para restablecer la confianza y sobre todo la paz jurídica y social, el jurista alemán que comento dice claramente que si los delitos quedaran impunes las normas perderían su poder de motivación hundiendo a la sociedad en la anarquía, algo que no sucede cuando el delito es obra de un insano, porque las expectativas de la sociedad a su respecto son otras. Nadie espera que el enfermo mental se motive en la norma ni está tentado de seguir su conducta cuando aquel delinque. Ello hace que a los ojos de la sociedad, el delito del inimputable no afecte la vigencia o poder de motivación de la norma. Aquella

referencia que hace respecto de los estragos que para el orden social causaría el establecimiento de la impunidad como regla general para los delitos, lleva a este autor a afirmar en sus escritos más actuales cuando se ocupa de los problemas puntuales del derecho penal moderno, que no se resuelve la cuestión con elevar las penas, sino con castigar efectiva y concretamente a los culpables. Enfatiza como una cuestión decisiva cuando se ocupa de las medidas de seguridad, la misma que me determinó a llevar adelante esta elaboración, a saber, los juristas no han dedicado el mismo esfuerzo a la legitimación de las medidas comparado con la dedicación que han puesto en la pena. Preocupante, atento la mayor gravedad y seriedad de restricciones que las medidas implican en la vida y libertad de las personas sujetas a ellas. Roxin justifica la existencia de las medidas en el sistema penal- al menos en el alemán-, toda vez que regido por la categoría de culpabilidad necesita otra vía para los casos en que la peligrosidad de un sujeto es inabordable por la pena. Al legitimarlas en su aplicación, brinda una regla sencilla que, a mi juicio, evoca algunos principios aplicables en el ámbito general del derecho penal, (por ejemplo, al estado de necesidad; mal menor preferible al mayor) en cuanto propone ponderar los bienes en juego; pudiendo privarse de su libertad mediante la medida a un sujeto cuando su disfrute conduzca con una elevada probabilidad a menoscabos ajenos que pesan más –socialmente- que las restricciones que el sujeto debe soportar. Ello tiene una importante consecuencia; los daños y peligros que parten del autor deben soportarse, a pesar del interés preventivo en evitarlos, cuando son menores que la pérdida de libertad que la medida conllevaría para el implicado.

Y aquí me permito reflexionar sobre este aspecto. Entiendo que la sociedad en la que se aplica el ordenamiento jurídico (alemán o argentino por caso) asume ciertos daños o peligros que parten de la conducta de un sujeto imputable, por ejemplo, cuando decide aceptar el instituto de la condena de ejecución condicional o la libertad condicional, entre otros casos, respecto del imputable. Ahora bien: ¿Por qué en esa misma sociedad se encuentra tanta resistencia a la hora de asumir similares riesgos respecto de los inimputables? A mi juicio, sin dudas, ello tiene cierto sustento en el desconocimiento y cierto halo inextricable que envuelve a la enfermedad mental para el común de la gente. Desde esa perspectiva pareciera que es más confiable por predecible la conducta futura de un delincuente imputable por grave que fuere el hecho que motivó la intervención del derecho penal, comparado con el hecho delictivo que puede temerse del sujeto inimputable. Esta conclusión, que parece haberse filtrado también en el ámbito de los especialistas a juzgar por las reticencias que se observan en la cesación de las medidas de internación, o en los casos de imposición de la misma, con sus falsos positivos en el ámbito psiquiátrico y las imposiciones cuasi a perpetuidad de algunas medidas en el ámbito jurisdiccional, no tienen base científica como lo demostraré en la tercera sección.

Wolfgang Frisch

El profesor de Friburgo, resulta a mi juicio entre los juristas modernos, quien analizó con mayor profundidad y lucidez el sistema de las medidas de seguridad en el derecho penal. Fue más allá que otros autores y supo advertir los verdaderos problemas que subyacen en la profundidad, sin dejarse distraer por los inconvenientes superficiales y contingentes. Me centraré en recoger esos conceptos que destacan su análisis.

Refiere que en el derecho de habla alemana el surgimiento de las medidas de seguridad correspondió a un cierto compromiso en la lucha de escuelas (la escuela moderna de von Liszt que debió ceder sus concepciones sobre el contenido de la pena y los clásicos que deseaban erradicar la idea de aseguramiento del derecho penal), algo similar sucedió en nuestro país, donde el surgimiento de las medidas implicó que la escuela clásica del derecho penal admitiera un instituto que al menos en América Latina estuvo muy ligado a la influencia del positivismo criminológico italiano, cuya gravitación en nuestro derecho penal ya detallé en la parte histórica, al ocuparme de los autores vernáculos que lo representaron en nuestro derecho.

Wolfgang Frisch (2007) señala que la amplia difusión que en la mayoría de los sistemas penales de los países tienen las medidas de seguridad no debe llevarnos a concluir que resultan imprescindibles.

Algunos, ilustra, las resistieron desde el comienzo e incluso hoy se habla de una crisis de la doble vía en los países que las incorporaron a sus sistemas. En la práctica su aplicación va retrocediendo, al menos se reducen a la aplicación en el caso de enfermos mentales declarados inimputables que han delinquido y se evita en el caso de toxicómanos, alcoholistas (desintoxicación) y plurireincidentes imputables (custodia de seguridad –medida accesoria a la pena para nuestro código penal regulada en el artículo 52). Esta situación no es casual, sino consecuencia de una serie de objeciones a las que el instituto de las medidas de seguridad estuvo expuesto desde sus comienzos y a que nunca fue realmente elaborado en forma convincente. El instituto se originó desde un punto de vista puramente utilitarista y con dicho fundamento fue incorporado a la ley alemana, por ello prácticamente no se buscó una justificación ético-jurídica, y otros problemas relativos al Estado de Derecho casi no fueron discutidos. De más está señalar que algo parecido sucedió en el derecho penal argentino, donde surgió producto de cierta concesión a las ideas del positivismo y con miras a lograr resolver pragmáticamente los casos penales en los que sus autores resultaban inimputables. Frisch indica que también los problemas empíricos fueron pasados por alto, por ejemplo, la cuestión de si los pronósticos exigidos por las medidas pueden ser formulados en forma tal que puedan ser legitimados dentro de un Estado de Derecho. La doctrina únicamente se ocupó de las cuestiones relativas a la clasificación teórica de las medidas y su distinción con la pena. Frente a tan débil fundamentación, el instituto de las medidas de seguridad, tenía por fuerza que entrar en

dificultades, señala, cuanto más se preguntara acerca de la fundamentación ético-jurídica, la relación teórica con la pena y sobre la posibilidad de formular pronósticos, sobre todo en tanto el fin propuesto, el éxito del tratamiento, aparecería como difícilmente alcanzable. Al respecto refiere que el retroceso de las medidas orientadas a la prevención especial en Suecia fue de la mano con el enfriamiento de la euforia del tratamiento de los años 50 y 60. Esas importantes omisiones de la Ciencia del Derecho respecto de la teoría de las medidas de seguridad, se verifican una y otra vez en todos los países, y Argentina no constituye una excepción, como lo indiqué al introducirme en este tema y fundar el interés que reviste. El profesor de Friburgo advierte; puede parecer conveniente abandonar el bote zozobrado de las medidas, para subirse al barco, listo a zarpar, de la pena, sin embargo, eso resultaría apresurado, porque las principales objeciones esgrimidas contra el concepto de medida, en verdad no se refieren sólo a él, sino a toda pena adecuada a una finalidad preventivo especial. Esto vale para cuestionar si resulta sostenible, desde el punto de vista ético-jurídico, privar de la libertad a algunas personas en interés de otras, así como para los problemas de pronóstico. Y luego de estas afirmaciones que me parecen las más importantes, llega esta categórica conclusión; La crisis de la doble vía es la crisis de la prevención especial, sólo que ella alcanza con mayor fuerza al instituto de las medidas de seguridad, porque constituyen sus representantes más expuestas.

Y como preámbulo al abordaje de su estudio dice: *Lo que hace falta en la situación actual es, antes bien, la elaboración exacta de aquellos problemas de la concepción sobre medidas, tal como la prevención especial, y a los cuales durante décadas se les ha dedicado muy poca atención. Al hacerlo, por cierto, se deben marcar los aspectos principales, separar argumentos aparentes de objeciones serias y desenmascarar falsos planteos irritantes.*

Precisamente acota que entre las objeciones que menos deben preocupar se ubican aquellas que han recibido mayor tratamiento en la discusión en torno a las medidas, a saber, las cuestiones relativas a la relación teórica y la diferenciabilidad entre pena y medida. La circunstancia que usen los mismos instrumentos que la pena, actúen como un mal sobre el autor y se ejecuten en establecimientos similares, lleva erróneamente a algunos juristas a concluir que existe una imposibilidad de distinguirlos y que la pena permitiría alcanzar los mismos fines que la medida. Sin embargo, analiza Frisch la mayoría de las identidades esgrimidas contra la diferenciabilidad carecen de fuerza convictiva. Si bien ambas se sirven de injerencias sobre la libertad, ello sucede también con medidas administrativas como las cuarentenas o el encierro cautelar en el proceso penal, y sin embargo a nadie se le ocurre seriamente que no puedan distinguirse de la pena. Esas detenciones o la cuarentena también implican un mal para el autor que debe soportarlas, pero se diferencia sin inconvenientes de la pena. La falta de convicción de esos argumentos -indica-se debe a que recurren eclécticamente a puntos de vista que resultan irrelevantes para una distinción racional entre institutos jurídicos, mientras que

los criterios que deben orientar diferenciaciones racionales entre institutos jurídicos no aparecen siquiera mencionados.

Son relevantes al respecto, criterios como la finalidad de los institutos y los instrumentos específicos a los que recurre para alcanzarla. (Aclara que no se refiere a los instrumentos desde un punto de vista externo- Ej. Injerencia en la libertad- sino incorporando los contenidos materiales específicos vinculados con ciertas disposiciones). Ellos también interesan para la justificación del instituto respectivo. Si a partir de esos aspectos decisivos (finalidad e instrumentos) surgen diferencias, las demás coincidencias son irrelevantes, porque desde el punto de vista normativo resultan contingentes. En tal cometido, encuentra que la finalidad del instituto de las medidas es la de evitar delitos que amenazan ser cometidos por una persona en el futuro (comprobado esto, entre otras cosas, por el hecho cometido). Dicho objetivo será alcanzado quitándole al autor la base de acción para la comisión de delitos, por medio de la privación u otra restricción de la libertad, curando la enfermedad que origina la peligrosidad del autor o superando su déficit. La privación de libertad, por tanto, sólo resulta funcional a estos fines, pero no un mal intencionado. Del mismo modo tampoco se formula un reproche o censura, ordenando una medida que está totalmente dirigida al futuro. Las diferencias con la pena y su finalidad son claras. Y aunque hoy la pena esté teñida de ideas de prevención especial, dentro de ciertos límites y en determinados planos, o de ideas resocializadoras y rehabilitadoras, sigue siendo clara la diferencia con la medida que únicamente persigue fines de prevención especial y toma este concepto en forma irrestricta, mientras que en la pena la prevención especial constituye sólo uno de varios objetivos, ni siquiera el más significativo. Otro aspecto importante que las diferencia es que la pena expresa un juicio de disvalor frente al autor a causa de su hecho, por ello su imposición presupone reprochabilidad, es decir culpabilidad, y su medida se orienta a la medida de la culpabilidad. En cambio, la medida, aunque pueda contener juicios de disvalor -sobre las características del autor, el disvalor del hecho- en ella no se formula un reproche por el hecho cometido, sino que se toma en cuenta un estado de peligrosidad (presupuesto de su aplicación, agregaría a las palabras de Frisch). Las distinciones que así presentó, le permiten concluir que las diferencias entre ambos institutos han disminuido, pero ello no se relaciona con deficiencias conceptuales de las medidas, sino con una constante modificación de la pena hacia un acogimiento de las ideas de prevención especial. El concepto de medida sigue siendo tan claro como siempre y puede diferenciarse del de la pena tanto en el nivel de la finalidad como en el de su naturaleza. Esto seguiría siendo así, aunque la pena se abriera en forma irrestricta a la prevención especial, pues aún así, la diferencia seguiría estando en que los demás objetivos decisivos para la pena carecen de significación para la medida de seguridad. Es por eso, dice, que el planteo de la cuestión relativa a la diferenciabilidad entre pena y medida con el objetivo de desacreditarlas es un planteo errado. La única pregunta correcta es la de si el concepto de prevención especial, que hasta

ahora se le atribuye a la pena sólo en parte, no debería ser incluido en forma irrestricta en ella, pero esto no tiene nada que ver con la diferenciabilidad de los institutos, sino con un problema diferente, la cuestión de la forma de concreción adecuada de la prevención especial.

Es superficial, sostiene, la argumentación que cree poder deducir, a partir de los contenidos de prevención especial que ya tiene la pena sin más, la capacidad total del concepto de prevención especial. Una solución convincente del problema debe preguntarse, primeramente, si el traslado de toda la carga de la prevención especial a la pena no fracasa ya por determinadas características esenciales de este instituto, de lo cual derivan los límites de lo que él puede abarcar. Con independencia de ello, queda por reflexionar si la realización en el marco de las medidas no tiene ventajas que se perderían con la solución a través de la pena. Sintetiza así el planteo de las cuestiones verdaderamente decisivas. En torno a la fundamentación de las medidas nos relata que al menos en el ámbito de lengua alemana puede considerarse una opinión firme que la injerencia sobre potenciales autores para evitar hechos de ellos que amenacen, requiere una justificación ético-jurídica y constitucional, que no queda satisfecha con la sola invocación de la utilidad. Por ello se han realizado intentos de fundamentar las medidas preventivas, en los que advierte ciertas falencias metodológicas y de perspectiva que seguidamente señala. La primera es que la discusión sobre la justificación se limita a la cuestión de la legitimación de las medidas, cuando en realidad lo que está en tela de juicio es el concepto de prevención especial (excepciona a Stratenwerth), sin importar bajo que manto (pena o medida) se aplica. En segundo lugar, dentro de las medidas, el interés se concentra en la custodia de seguridad para imputables, quizá porque se cree que las medidas curativas y de protección pueden ser justificadas ya por la finalidad o por su tendencia (critica aquí a H. Mayer y a Jescheck). Con ello se pierde de vista que el concepto básico y la columna vertebral a ser justificada aquí es únicamente la prevención, y que la curación y la corrección coactivas en modo alguno pueden ser justificadas por sí mismas. Desde una perspectiva material, tampoco resultan convincentes, dice, la mayoría de los puntos de partida. Así, no resulta justificación suficiente de las concepciones de prevención especial la vinculación a la comunidad de la libertad (refiriéndose a Jescheck) pues se requeriría un principio normativo que posibilitara fundar que en caso de amenaza de lesiones a la vinculación a la comunidad, debe tolerar el sujeto la pérdida de la libertad indudablemente vinculada a la comunidad. Tampoco resultan convincentes las opiniones de quienes acuden a la legítima defensa o al estado de necesidad para fundarlo, pues no hay una agresión actual, sino eventual y futura. Además de la objeción metodológica de resultar inadecuado pretender extraer la legitimación y límites del actuar estatal de derechos de necesidad privados, en lugar de hacerlo a partir de principios que legitiman la actuación de la autoridad estatal.

Asimilándolo a los casos de interés preponderante (actuación estatal) algunos tratan de salvar esta objeción. Sin embargo, en su desarrollo el autor alemán

aclara que el punto de partida para justificar restricciones a la libertad motivadas en razones de prevención especial sólo lo constituye el deber de protección elemental del Estado, función estatal de protección. Este punto de partida es importante porque para el Estado cuando se presenta con el ejercicio del poder soberano, no resulta suficiente que su actividad sólo esté al servicio de intereses percibidos como valiosos o preponderantes, además debe moverse con el ejercicio de la fuerza soberana dentro del ámbito de sus funciones correspondientes. Este es el caso de la protección frente a daños en los bienes y no el de la protección y la curación por sí mismas. (Citando al tribunal constitucional alemán “El Estado, sin embargo, no tiene la función de “corregir” a sus ciudadanos, y por ello, tampoco tiene el derecho de privarlos de su libertad sólo para “corregirlos”, sin que ellos constituyan un peligro para sí mismos o para los demás si permanecen en libertad”).

Poniendo de resalto aquella tensión que ya señalé acerca del conflicto del Estado entre la protección de la sociedad y el respeto a los derechos del individuo, Frisch asegura; pero el Estado no tiene sólo la función de proteger frente a futuros menoscabos a bienes jurídicos. A él también le corresponde el deber de respetar los derechos del individuo, también los del potencial autor. Ambos deberes, por principio, deben ser satisfechos por igual. La injerencia sobre los derechos del potencial autor, motivado en la prevención especial, en tanto significa dejar de lado parcialmente la pretensión de respeto, sólo puede ser justificada en tanto ella resulte imprescindible. Si pueden satisfacerse los deberes de protección por medios menos lesivos ellas no pueden ser legitimadas. El hecho de que los deberes mencionados estén en conflicto, que no sea posible renunciar a injerencias jurídicas motivadas en la prevención especial, es, por cierto, una condición necesaria pero no suficiente para la legitimación. Debe demostrarse que resolver la colisión en perjuicio de la libertad es una solución adecuada del conflicto. Ello sólo será así, según los principios ético-valorativos generales y constitucionales, si el cumplimiento del deber de protección al costo de la libertad constituye la decisión a favor del interés o del valor preponderante.

Con esas consideraciones considera establecidos los lineamientos básicos de una justificación para las restricciones de derechos motivadas en razones de prevención especial. Las condiciones mencionadas requieren ser concretadas. Ciertos presupuestos tales como los hechos que se esperan del autor, deben ser concebidos de forma que ellos puedan constituir una base para sostener injerencias a la libertad conforme al Estado de Derecho. En este punto reside, nos dice, una de las falencias decisivas de la teoría y dogmática actuales de las medidas. El núcleo general de toda concepción de prevención especial es el presupuesto de que son de esperar delitos de aquel a quien se le restringe la libertad. Generalmente interpretado en el sentido de la probabilidad de delitos futuros. Como el conocimiento humano actual no permite certezas al respecto, se hacen afirmaciones en base a una cierta probabilidad. Pero cuál es la probabilidad puntual exigida, a pesar de que se habla de grados, no queda

expresado más que con conceptos como “cierta”, “determinada” o “alta probabilidad”. Se aclara que el grado de probabilidad exigido es diferente según la clase de medida o la calidad de los hechos amenazantes. Se recurre a la intuición judicial o a las tablas estadísticas de pronóstico. Tan excesiva vaguedad, resulta insoportable, sostiene Frisch, ya desde el aspecto formal de la determinación y el aseguramiento de una aplicación uniforme del derecho. Más objetables son aún, desde el punto de vista material. Y aquí nos marca otra contradicción del sistema que es muy elocuente. Significa que se considera suficiente como presupuesto para medidas fuertemente invasivas algo que, considerado en la mayor cantidad de casos correspondientes, conduce en forma programada a una privación de libertad no necesaria, pues si se considera suficiente una probabilidad del 70 % significa al mismo tiempo que de 100 autores con esos datos, simultáneamente se priva de libertad a 30 que ya no delinquen. Eso no puede justificarse frente al individuo. Es imposible decirle por qué se lo incluye en un grupo y no en otro. Esto rige, nos dice, con mayor razón en caso de dudas respecto de la comisión de un hecho en el pasado, donde resolvemos los límites superables del conocimiento por medio del principio “in dubio pro reo”. Es muy importante a mi juicio ese aspecto que enfatiza Frisch, pues entre las contradicciones y tensiones advertidas en el sistema de la prevención especial y el de las medidas en particular, parece que no estamos dispuestos a admitir respecto del hecho futuro (por ende, más que incierto) los principios inmemoriales que aplicamos para el hecho del pasado. Aparentemente en este sistema de medidas somos más implacables con el hecho porvenir. Este es un aspecto que recogeré para desarrollar al tratar *infra* mi propuesta sistemática conceptual. Volviendo al autor que comento, sostiene que si se quiere avanzar en este punto, es necesario abandonar la construcción del grado de probabilidad. Pues en este punto desde la “Theorie der Sicherungsmittel” de Exner no se ha avanzado nada, porque los problemas no son solucionables en este plano. Se deberá mencionar otro dato, suficientemente preciso y que pueda llevarse a la práctica, un dato que sea suficiente para legitimar la aplicación de las medidas, porque con él se puede argumentar frente al delincuente particular, es decir, el delincuente al reunir los presupuestos a ser examinados, debería reconocer la legitimación del procedimiento en el marco de un diálogo justo, en el que también se tomen igualmente en consideración los intereses contrapuestos de las víctimas potenciales. Al tiempo que se reducen las inferencias innecesarias a un riesgo residual igualmente sostenible argumentalmente.

Plantea esquemáticamente el camino: Respecto de los plurireincidentes en relación a la medida de custodia de seguridad, para justificar la injerencia es necesario poder presentar un dato que nos coloque en situación de poder decirle convincentemente a la persona por qué, en su caso, ya no nos parece suficiente aquello que nos lo parece en los demás. No sirven para ello los datos estadísticos ni la comisión del hecho, pues en relación a otros delincuentes a los que no sometemos a ninguna medida preventiva también podría explicarse

a partir de datos estadísticos. Tampoco modifica esta situación que se trate de dos o tres hechos, antes bien, resulta necesaria una serie de delitos comparables, que en lo fundamental, sólo puede ser explicada por una actitud de decisión desde cierta perspectiva existente o por una dificultad manifiesta y creciente para la conducta conforme a la norma en determinadas situaciones. Rescata del proyecto suizo de Stoos haber descripto esto, al menos cuantitativamente al referirse a los numerosos hechos. Si se pretende claridad formal, agrega, y al mismo tiempo una base de argumentación formalizadamente mejorada, entonces resulta recomendable, luego de una cierta cantidad de hechos, realizar un anuncio formalizado de la medida a ser aplicada en el caso de comisión de otros hechos correspondientes. A veces llegará la medida demasiado tarde, pero no hay otra manera de legitimarla. A ese dato personal, debe agregarse la relevancia a futuro. Para ello tampoco sirve la probabilidad. Son cuestiones diferenciables; si la repetición de situaciones en las que el autor ha actuado incorrectamente hasta el momento representa una posibilidad realista y si se puede partir de la subsistencia de esa actitud de decisión u otra disposición de conducta contraria a la norma. Por último, si el autor conserva la capacidad para ejecutar el hecho o si la ha perdido.

La legitimación de medidas preventivas frente a inimputables ofrece a juicio de Frisch dificultades menores que hacerlo frente a los responsables. Tampoco para los inimputables bastan los meros datos sobre la enfermedad y las afirmaciones estadísticas acerca de la delincuencia de tales enfermos, en tanto no se haya llegado a hechos antijurídicos. Además, como señala en la nota, la tendencia de los enfermos psíquicos a hechos antijurídicos, especialmente a hechos violentos, es ampliamente sobreestimada: no aparecen representados en las diferentes formas de criminalidad en mayor medida que la población promedio (cfr. Böker/Häfner, *Gewalttaten Geistesgestörter*, 1973 pp. 20, 234). Pero a diferencia de lo que sucede con las personas responsables, para los inimputables, en principio debe resultar suficiente que se haya cometido un hecho que constituya la expresión de ciertos rasgos y disposiciones condicionados por la enfermedad, y que se deba contar nuevamente en forma realista con la producción de la situación que condujo a su desencadenamiento. Pues aquí falta de antemano aquella garantía normativa que nos dificulta la intervención preventiva sobre personas responsables; la responsabilidad y la capacidad de actuar conforme a la norma. (imputabilidad). A partir de la determinación, en el sentido de su legitimación, del llamado peligro de delitos, se deriva, al mismo tiempo, la necesidad de otro presupuesto para la imposición, el hecho cometido. La razón de su irrenunciabilidad no reside en que sin él difícilmente se podría fundamentar la competencia del juez penal, como en las antiguas discusiones se suponía, por temas vinculados a la división de poderes. El hecho no es sólo un requisito relativo a la competencia, sino material central de la concepción de la prevención especial; sin él, sin un hecho con un valor significativo particular, la intervención de prevención especial

sobre una persona de antemano no es legítimable. Esto rige para responsables y para inimputables.

De allí el rechazo absoluto a medidas pre delictuales. El hecho cometido constituye materialmente la constatación de los hechos futuros cuya evitación autoriza la intervención sobre el autor. Por eso hay requisitos respecto de la clase de hecho como de su gravedad. Como ulterior presupuesto de adecuación al Estado de Derecho la medida preventiva requiere ser necesaria. Ello a los fines de la imposición en general, así como para la duración. Allí donde los fines perseguidos por la medida ya son alcanzables por otros medios no puede emplearse la medida. El Estado sólo puede utilizar para el logro de sus fines el medio adecuado menos lesivo. Por eso respecto de los imputables plurireincidentes, es preferible utilizar productivamente la ejecución de la pena, desde el punto de vista de la prevención especial y no multiplicar institutos con medidas, lo cual resultaría un abuso formal en un estado de derecho. Por ello en los resultados, la imposición de medidas sólo parece adecuada cuando el autor no puede ser penado, o la pena, por su duración, queda claramente por debajo de la duración prevista legalmente para la medida. En base al principio de necesidad, toda la concepción de prevención especial debe prever medidas que estén orientadas a la superación de aquellos defectos que configuran la razón de los hechos que amenazan y que estas medidas tienen prioridad. En cuanto al último postulado justificante, el aseguramiento del interés preponderante. ¿Dónde deben correr los límites trazados por el postulado de proporcionalidad? se pregunta el profesor de Friburgo. Destaca que en esta materia las directrices habituales también son imprecisas. Por ejemplo, no resulta convincente que para la internación de enfermos mentales en un hospital psiquiátrico se consideren suficientes hechos amenazantes de una dimensión (por falta de gravedad) que de antemano no alcanza para la custodia de otras personas. Falta asimismo una fundamentación convincente de por qué, en el ámbito de una medida determinada, los requisitos de la proporcionalidad han de quedar satisfechos por Ej., con la criminalidad media. Para avanzar deben transitarse nuevos caminos. Sugiere revisar el amplio repertorio con que se cuenta en el ámbito de la determinación de la pena, referidos a la gravedad de la afectación de bienes y de las injerencias estatales proporcionados. Rechaza al respecto las objeciones basadas en que el quantum de la pena no se orienta únicamente a la medida del ilícito, sino que también está influida por factores propios de la culpabilidad, pues basta prescindir de tales distorsiones. En cuanto a la objeción de que la pena está orientada al pasado y la medida preventiva al futuro, desaparece toda vez que la pena también puede ser justificada sólo a partir de las necesidades de aseguramiento del derecho en el futuro. Así, si un hecho normalmente es sancionado con una pena de dos a tres años, entonces, al evaluar la imposición de la medida, difícilmente pueda aparecer como desproporcionado que para evitar tales afectaciones se produzca una injerencia temporalmente comparable. La diferencia entre pena y medida en este punto reside en la

injerencia previa –legitimable-. Es decir, conduciría a que la medida se imponga respecto de hechos (a producirse) que en el ámbito de la pena *debido a su gravedad objetiva*, necesariamente exigirían pena privativa de libertad. Dados los límites de nuestro conocimiento en materia de pronósticos, deberá pronosticarse fundado en la gravedad de los hechos cometidos. Con estas directrices generales, cierra su trabajo Frisch en lo que nos interesa, indicando que se debe exigir del legislador que mediante la inserción en la parte especial o por enumeración, diga qué delitos resultan lo suficientemente significativos como para justificar la aplicación de precauciones tan graves y extraordinarias como las medidas preventivas.

En su opinión, resulta insoportable que por ejemplo respecto de las medidas cautelares, menores desde el punto de vista temporal, como la prisión preventiva, los delitos respectivos se mencionen expresamente y ello no ocurra con relación a las internaciones de varios años. Se trata de fijarlo al tiempo de la imposición, no de valorarlo por haber excedido el tiempo razonable de encierro. Aclara que las directrices ofrecidas en el trabajo son para la prevención especial tanto aplicables a las penas como a las medidas.

Hasta aquí lo esencial en la reseña de Frisch, creo que su detallada reseña basta para advertir la profundidad con que este autor analiza el sistema de las medidas sobre todo en su relación con la teoría general y particularmente con los principios derivados de la prevención especial. Ningún otro autor ha puntualizado tan claramente dónde residen los aspectos superficiales y cuáles son aquellos esenciales que por estar vinculados a los fundamentos de las medidas merecen tratamiento, aunque hasta el presente no lo hayan tenido. Esa distinción entre aspectos superficiales y esenciales resulta decisiva. Ni los aspectos contingentes, ni los casualmente coincidentes deben distraernos de las cuestiones fundadas que hacen a la esencia del instituto de las medidas y a la aplicación bajo su manto de la prevención especial. Su doctrina será una de las que retendré a los fines de elaborar mi propio sistema conceptual sobre las medidas de seguridad para inimputables por enfermedad mental, en virtud de la claridad y profundidad que arroja en este campo donde lo escrito suele ser confuso y redundante, además de escaso en el tratamiento de lo esencial. Por ello no me extenderé en este punto a fin de evitar redundancias.

Francesco Carrara

En Italia destaca el pensamiento de Carrara como representante de la llamada escuela clásica del derecho penal. Su influencia será decisiva para los autores argentinos. Siendo sumamente conocida su obra, sólo resaltaré brevemente puntuales aspectos de interés para esta investigación. En su *Programa* se ocupa de los autores a los que no puede aplicarse pena en razón de haber sido declarados inimputables al tratar del grado del delito en su fuerza moral. Debe recordarse que es anterior a la formación de la llamada teoría del delito, de allí que su terminología y concepción incluyan a la imputabilidad con la

culpabilidad y se refiera a las fuerzas físicas y morales. En la exposición de esa teoría poseedora de una belleza casi poética, mediante la cual el maestro toscano considerando al delito como el choque del hecho con la ley, opone a las Fuerzas Física y Moral del Delito las Fuerzas Física y Moral de la Pena, como dos elementos en pugna, ilustra que para que exista en un delito la plenitud de su fuerza moral es menester que en los dos momentos de la percepción y del juicio, el agente haya estado iluminado por el entendimiento, y que en los dos momentos sucesivos del deseo y de la determinación haya gozado de la plenitud de su libertad. Establece así los presupuestos que deben concurrir en el sujeto activo, para que su delito le sea atribuible como tal. Analiza luego los presupuestos biológicos y psicológicos que se requieren a tal fin, en el parágrafo 212 al tratar del grado en relación con la inteligencia del agente y las causas fisiológicas de su perturbación, ocupándose en el parágrafo 248 apartado 5) de la locura. Allí señala; La locura, considerada como circunstancia dirimente de la imputación, puede definirse como un estado morboso que, quitando al hombre la facultad de conocer las verdaderas relaciones de sus actos con la ley, le llevó a violarla sin la conciencia de violarla.

Y sentando los principios relativos a la inimputabilidad en la nota 4 al parágrafo 250 de la página 184 de la citada obra señala: No puede existir legislador que no admita, como principio la inimputabilidad total del loco y cuando el legislador haya guardado silencio absoluto sobre esta regla, los jueces deben suplirlo, porque los fundamentos de la responsabilidad humana no necesitan de estar escritos en un código. Aunque en los códigos modernos se ha querido proclamar este principio para mayor garantía.

Sucinta y categórica la expresión de su pensamiento sobre la necesidad de contemplar especialmente a aquellos sujetos activos que por enfermedad mental, no pueden ser considerados imputables. Por supuesto que en la época –máxime en Italia antes de la llegada de la escuela positivista criminológica- no había un desarrollo extenso de las consecuencias jurídicas para estos autores, ni del sistema de las medidas de seguridad en sí. Pero este punto no preocupa demasiado pues aquí he intentado reflejar los principales basamentos del pensamiento de Carrara que encontrará su desarrollo en nuestro país y aplicado más estrictamente al derecho penal argentino en lo que nos interesa de la pluma del maestro Sebastián Soler. –ver infra-.

Entre los representantes del derecho penal en Italia descollaron luego los positivistas –Grispigni, Garófalo, Ferri, etc- como ya se vio al analizar esa corriente en la parte histórica, que fue de gran influencia en nuestro país en aquella época (finales del XIX y principios del Siglo XX). Llegarían después las concepciones de la Terza Scuola que trató con Bernardino Alimena de conciliar aspectos de la escuela llamada clásica con la escuela positiva considerando al delito como un fenómeno tanto individual como social, negando el libre albedrío no obstante lo cual sostenía la necesidad de distinguir entre imputables e inimputables, rechazando la idea del delincuente nato. La

Terza Scuola emplea el método positivo, pero no acepta las estrictas categorías y consecuencias de la Antropología criminal. En el ámbito de la responsabilidad que para Alimena tenía un fundamento psicológico sólo eran imputables aquellos que se podían determinar y por ello dirigirse según ciertos motivos, siendo uno de ellos la pena. Introducía así el concepto de “dirigibilidad” entendiendo que si la imputabilidad era el aspecto interno de la responsabilidad, sólo podían ser castigados aquellos que se podían dirigir. La pena constituía un instrumento de coacción psicológica, con carácter preventivo general. Para los irresponsables proponía en cambio, la aplicación de medidas de seguridad, que tendrían propósito preventivo especial. Dice Alimena en su magnífico libro *“Notas Filosóficas de un Criminalista”* ; “Nosotros respondemos; es verdad que el perro, el loco y el delincuente producen el mal, y que la sociedad debe defenderse de todos, mas ya que se defiende de diverso modo en cada uno de estos casos, y siente de distinta manera estas diversas acciones nocivas, es necesario que mientras se admite la defensa social como género, se admitan de igual modo otras tantas defensas específicas y es cierto que la penalidad es una de ellas, esto es, un conjunto de medidas destinadas a defendernos de los delincuentes, y de ellos solamente, dejando a otras ciencias y a otras artes, el cuidado de encontrar otras medidas que nos defiendan de los locos y de los perros (...)Es verdad que la penalidad ha nacido como simple reacción defensiva, mas no lo es, que hoy sea solamente una reacción defensiva”. Axial remarca la importancia de la coacción psicológica que solo actúa en la pena y no en las restantes formas de defensa, como las medidas de seguridad. Al determinarse el hombre por su razón cuando delinque sopesa los motivos y la pena es uno contrapuesto al delito. La penalidad, dice Alimena tiene dos características diferenciales: obra como coacción psicológica y es sentida por los asociados como sanción. Y más adelante agrega: “La *imputabilidad* es para nosotros la aptitud para sentir la coacción psicológica, despertando al mismo tiempo en la conciencia colectiva el sentimiento de la sanción”-ob cit. Pág. 49-. Por otro lado, entiende que entre los múltiples factores que contribuyen al delito cada vez ira tomando más importancia el sociológico, por eso se niega a quedar atrapado en las categorías naturalistas y orgánicas de la Antropología criminal.

El desgaste que produjo en Italia la lucha de escuelas determinó en parte la pérdida de su hegemonía en el ámbito de la doctrina penal. Así Arturo Rocco reivindicó la importancia de la elaboración jurídica dentro del derecho penal, y fue quizá en 1910 cuando Italia cedió su primacía científica, pues según Jescheck las posturas expuestas por Rocco ese año en su discurso ofrecido en la Universidad de Sassari se ubicaron junto a la doctrina alemana. Consideró que el derecho penal debía limitarse a estudiar el delito y la pena desde un punto de vista jurídico, dejando que las otras ciencias se ocuparan de los aspectos diversos (sociológico, antropológico). Se imponía el método exegético, dogmático y sistemático y el crítico del derecho vigente. Ello favoreció las tendencias totalitarias posteriores.

Fuera de Rocco, se destacaron Francesco Antolisei y Giuseppe Bettiol. El primero imponía el realismo al liberar a la dogmática del lastre del formalismo, hizo importantes aportes metodológicos, criticando la preeminencia que se daba a la letra de la ley sobre su espíritu, exigiendo que la ciencia penal comprendiera las relaciones sociales subyacentes en las normas jurídicas. Mantuvo en derecho penal la estricta bipartición entre elemento objetivo y subjetivo, rechazando la tripartición. En cuanto a Bettiol, encarnó el teleologismo, considerando que el derecho penal debía recoger valores inmutables. Acercando derecho y moral, tuvo una concepción retribucionista de la pena, sin excluir otros fines como el reeducativo en menores. Defendió el sistema tripartito alemán (objetivo, subjetivo y normativo).

Después de la segunda guerra mundial resurgió el positivismo bajo la forma del movimiento la Nueva Defensa Social, con Filippo Gramatica. Sustituyó el concepto responsabilidad penal por el de antisocialidad subjetiva, haciendo depender la respuesta del Estado de la estructura biopsíquica del sujeto.

En Italia luego de todos estos movimientos y escuelas, pasados los años del fascismo y comunismo postguerra, la reconstrucción del sistema penal republicano llevó a la ciencia penal a buscar un conjunto de principios y valores constitucionales que pudieran desgranarse en el ordenamiento jurídico penal y allí consolidarse. La Corte Constitucional tuvo especial relevancia en esta etapa, valorizando principios como los de legalidad y culpabilidad. Se destacó también la Escuela de Bologna con Franco Bricola, quien elaboró la teoría del bien jurídico constitucionalmente orientada, considerando que dado que la Constitución refleja el conjunto de valores que se autoimpuso la sociedad –democrática– de allí es posible extraer los criterios materiales tanto a efectos de incriminación como de desincriminación. Se desarrollaron entonces los planteamientos de orden político criminal, criminológico y sociológico que se verán al tiempo de tratar el aspecto Sociológico de esta investigación. Destacando las obras de Alessandro Baratta y Massimo Pavarini, quienes cuestionan al derecho penal como instrumento idóneo para enfrentar la criminalidad, fundando la necesidad de buscar alternativas a las penas privativas de libertad, atento sus efectos criminógenos.

También destaca la teoría del garantismo desarrollada por Luigi Ferrajoli que entiende esencialmente que del poder debe esperarse un uso abusivo, por tanto, resulta indispensable imponer límites a su ejercicio a través de un sistema de garantías que lo vinculen con la protección de derechos, con apego irrestricto al principio de legalidad.

No obstante, ninguno de estos autores italianos llegó a ejercer la influencia y hegemonía en el ámbito del derecho penal de sus antecesores.

Suele señalarse que más allá de la pérdida de preeminencia a favor de la doctrina alemana, ello se debe a que Italia vive en constante crisis política institucional lo que obliga a ocuparse de cuestiones inmediatas, parciales, sectoriales, no dando oportunidad para la reflexión sobre los temas fundamentales del derecho penal general.

Sí ha descollado en obras referidas a temas puntuales como corrupción, delitos transnacionales, y otros de especificidad y eminente carácter práctico. Hasta aquí los aportes más destacados de la ciencia italiana al tema referido a las medidas de seguridad y los aspectos generales del derecho ligados a ellas.

La doctrina nacional contemporánea.

Seguidamente analizaré la doctrina correspondiente a los autores que se consideran parte del acervo nacional, aunque algunos de ellos no han nacido en nuestro país, pero han desarrollado en él destacada carrera e incluyendo a quienes como el doctor Bacigalupo han nacido en Argentina, aunque desarrollaron gran parte de su labor académica y jurisdiccional en el extranjero. Asimismo, por resultar imposible referenciarlos en su totalidad analizaré la obra de quienes se ocuparon del tema con alguna nota distintiva, a fin de establecer cómo lo abordan y particularmente cuáles son los principales problemas que detectan en el sistema de medidas de seguridad de nuestro derecho. En este caso la reseña será sucinta incluyendo sólo a los que más aporten al caso, toda vez que se presume un mayor conocimiento de la doctrina nacional en nuestro medio y a fin de evitar reiteraciones de temas ya expuestos al abordar a los autores extranjeros que han tenido mayor influencia en nuestro país.

Sebastián Soler.

El maestro Soler (DPA, 1983) se ocupa expresamente de las medidas de seguridad para inimputables –parágrafo 70 del tomo II de su tratado- señalando que existen medidas con el fin genérico de evitación de daños, cuya acción se ejerce inmediatamente sobre los individuos, para los que representan, aún estando despojadas de todo sentido punitivo, una considerable restricción de libertad. Su aplicación se encuentra generalmente vinculada a la comisión de un delito. De ellas se ocupan todos los códigos modernos –como ya lo adelantó Carrara- en virtud de la necesidad de que la actividad preventiva se desarrolle ordenada y jurídicamente, y en cuanto ella importe una restricción, mediante la garantía jurisdiccional. Explicando la razón por la que son necesarias, señala que existen sujetos a los cuales la amenaza penal no puede alcanzar, porque carecen de un mínimo de capacidad de comprensión. Para corregir deficiencias individuales o para inocuizar al sujeto cobran dichas medidas valor primordial. Las medidas de seguridad propiamente dichas, señala, son medidas cuya acción se ejerce, sobre todo, mediante la prevención específica, removiendo en el sujeto las causas que lo llevaron a delinquir. El ejemplo típico es el internamiento en un establecimiento especial dispuesto para el que ha delinquir en estado de inimputabilidad. El derecho penal clásico, absolvía al inimputable y se desentendía de las consecuencias de esa absolución desde el

punto de vista penal, manteniendo a lo sumo en otras áreas su injerencia, por ejemplo, las custodias, que ya se conocían en el derecho romano. Sin embargo, las relaciones genéricas comprobadas entre la comisión de ciertos delitos y esas anomalías, hicieron que en la legislación moderna el juez examine, en concreto, la existencia de peligrosidad en el sujeto inimputable, a fin de resolver si corresponde someterlo en prevención a determinadas medidas, que a la par que curativas tengan la función de asegurar el bienestar social. Realiza un breve repaso acerca de las teorías unitarias y dualistas que proponen respectivamente la vía doble o la vía única (como el positivismo con fundamento defensivo de la sociedad) indicando que Grispigni funda la vía única en la igualdad emergente de que ambas consecuencias –pena y medida– consisten en la disminución de un bien jurídico para quien la recibe, tienen como presupuesto un delito, son proporcionadas a la peligrosidad, tienden a readaptar o inocuizar y son impuestas judicialmente. Sin embargo, opina Soler, la confusión proviene de pensar que sólo hay penas privativas de libertad e imaginar sólo el momento ejecutivo de ellas, olvidando que toda sanción debe contener un plus sobre la reposición al estado anterior, o no sería una norma penal. Antes de poder ser aplicada una pena debe haber sido conminada como la consecuencia de ejecutar cierta, concreta, acción y no puede amenazarse a la gente con curarla en un hospital. En rigor, cuando el derecho dispone que un sujeto anormal sea internado, esa internación no es conminada como sanción, y no constituye disminución de bien jurídico, contrariamente a lo que dice Grispigni, pues tiene carácter administrativo.

La amenaza de la pena tiene fin de prevención general, que espera alcanzar a través de las psiquis de los destinatarios del precepto. Las medidas de seguridad en cambio, no operan por ese mecanismo. Cuando el derecho dispone que un sujeto anormal sea internado, esa internación no es conminada como sanción y no constituye la disminución de un bien jurídico. No es una medida penal. Una medida no se torna penal por el hecho de que se aplique jurisdiccionalmente o esté contenida en el código penal.

La norma que prescribe la medida de seguridad no está dirigida al anormal, sino al juez que debe aplicarla. Nunca el internamiento del anormal es consecuencia del incumplimiento de un deber. Confundir estos aspectos presupone teñir de ese reproche a la medida de seguridad que debe estar inspirada por fines curativos y pietistas. Y profundizando la distinción expresa, las penas acompañan siempre la descripción de una conducta criminal, señalan la ilicitud del hecho, lo valoran y fijan su magnitud.

Las medidas de seguridad no señalan calidad alguna a un hecho determinado. Cuando siguen a un delito no dependen ni en su duración ni clase de la gravedad del delito cometido, sino de otras razones, entre ellas la peligrosidad. Con el dualismo, a partir del proyecto de Stooß, los códigos penales ampliaron el campo de acción del juez, mediante el empleo de medidas despojadas de contenido punitivo, en vista de lograr mayor eficacia preventiva que la alcanzada por una ley penal que se desentienda de los efectos probables de la

imposición o no de una pena. La unificación de penas y medidas de seguridad está destinada al fracaso mientras se reconozca la necesidad de prefijar escalas penales proporcionadas a la gravedad de los delitos. En cuanto a su duración, es absolutamente indeterminada, pues cesa sólo cuando desaparece ese peligro genérico de daños que motivó el internamiento. Y agrega Soler, que incluso entre las propias medidas hay grandes diferencias, mencionando las medidas de pedagogía correctiva aplicables a menores, que se distinguen de las medidas curativas para tratamiento de enfermedades mentales. Por ello indica la importancia de analizar en cada caso para fijar su significación y naturaleza. Al ocuparse de la reclusión manicomial ingresa al tratamiento del tema que nos ocupa.

Sabemos, dice, que no es punible el que no haya podido comprender la criminalidad de su acto o dirigir sus acciones, a causa de la insuficiencia de sus facultades mentales o por alteración morbosa de las mismas. Cuando un sujeto en tales condiciones delinque, el juez, al declararlo impune, puede disponer la reclusión manicomial del enajenado (Código Penal art. 34 inciso 1). Para el ejercicio de esta facultad, agrega, son precisos dos presupuestos: la comisión de un hecho delictivo y la existencia de un peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás, coincidiendo con la fórmula empleada también por el código civil en su artículo 482. No se trata, aclara, de una aplicación estrecha de la discutible teoría de la peligrosidad criminal, sino que la medida procede aún cuando el daño que del sujeto pueda esperarse no sea estrictamente un delito. La ley, además de ese peligro, considera el de que el enfermo se dañe a sí mismo. De este modo, la reclusión manicomial, además de los fines de prevención específicamente criminal, a que algunos parecerían quererla limitar, tiene un sentido de asistencia tutelar para el propio enfermo.

La duración de la medida es absolutamente indeterminada y su cesación depende exclusivamente de la desaparición de ese peligro genérico de daños que motivó el internamiento. La ley, en este punto, para dar garantía a la seriedad jurisdiccional del procedimiento, contiene normas procesales para disponer la cesación de la medida: es obligatoria la intervención de peritos y la del ministerio fiscal. Respecto de los delincuentes culpables e imputables, trata en el punto VII las medidas contra reincidentes y habituales, señalando que en la teoría general de las medidas de seguridad suele sistematizarse el estudio de un conjunto de instituciones que se refieren a los reincidentes y habituales. Cuando el régimen ordinario de penas se demuestra reiteradamente impotente para ejercer influjo de prevención especial con respecto a determinado sujeto, se plantea el difícil problema de buscar un procedimiento nuevo, ya no adecuado, en concreto a la gravedad objetiva del hecho cometido, sino al carácter peligroso del sujeto, demostrado en la reiterada comisión de delitos. ¿Qué es esta nueva medida que se aplica en consideración preferente del sujeto, en vez del hecho? se pregunta Soler. La legislación comparada responde a esta cuestión, dice, de las más variadas maneras. A veces, la reincidencia da lugar a una medida que reemplaza a la pena, a veces, a un complemento de pena, a

veces a una medida que se aplica después de cumplida la pena, etc. Ante nuestra ley esta cuestión es particularmente complicada y es difícil hallar opiniones claras acerca del alcance de la medida del artículo 52 del C.P. Ilustrando su origen, señala que es preciso entender que la medida citada, es una amenaza penal secundaria, que acompaña a todas las penas privativas de libertad, mostrando su eventual aplicación para el caso en que la pena sufrida concorra con otras. Es accesoria de la última condena, pero no es una agravación de ella sino un reforzamiento de todas las penas sufridas, en virtud de haberse producido la reiterada imposición de penas o la reiteración de delitos a que se refiere el artículo. Critica que se le acuerde a esta medida duración perpetua, pues no hay razón para ello. No basta con las concepciones doctrinarias que ven una medida de defensa social extrema para eliminar de la sociedad a ciertos elementos, pues más allá de lo que diga la doctrina, hay que ver lo que dice la ley, y está muy claro que ella no habla aquí de reclusión perpetua, sino de reclusión por tiempo indeterminado, lo cual es muy distinto. Es una medida indeterminada a priori en su duración, pues corresponde al juez de la causa determinar a posteriori la cesación, así como hace en los demás casos en que se aplica una medida sin fijar tiempo.

En cuanto a su concepción de la categoría culpabilidad, Sebastián Soler considera que la raíz de ella se encuentra en la relación subjetiva del autor y del hecho, pero excede el marco psicológico, y se proyecta o complementa en el plano espiritual. El contenido de la culpabilidad está dado por la capacidad del sujeto de participar del orden jurídico y el conocimiento concreto del significado de su acción como negación de ese orden jurídico. Lo que interesa, dice, es la actitud del sujeto frente a algo que conoce como jurídicamente valorado. Por ello se deduce claramente que aquel sujeto que no tenga dicha capacidad o ese conocimiento obra sin culpa. Pero también dice, el juicio de culpabilidad supone la vinculación del sujeto con un orden jurídico, y a la vez, con un hecho (la raíz de la culpabilidad). La culpabilidad consiste siempre en una respuesta, en una actitud subjetiva ante cierta exigencia extra subjetiva, que deviene de la norma como instancia externa al sujeto. (vid. "Culpabilidad real y culpabilidad presunta" Soler, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales" tomo 3 año 1962).

Respecto a la categoría imputabilidad, señala que la redacción del artículo 34 inciso 1° del Código Penal Argentino al referirse a la capacidad de comprender la *criminalidad* del acto, muestra que la imputabilidad comporta algo más que la mera capacidad de tener representaciones adecuadas y correctas de los fenómenos del mundo externo, pues la criminalidad de un hecho es siempre el resultado de una valoración. Define entonces para nuestro derecho a la imputabilidad como *la posibilidad, condicionada por la salud y la madurez espiritual del autor, de valorar correctamente los deberes y de obrar de acuerdo con ese conocimiento.*

El derecho penal distingue y separa a los sujetos en los cuales los presupuestos subjetivos de la imputabilidad faltan, pues ante ellos la norma no actúa por el

mismo mecanismo de prevención mediante la amenaza de retribución jurídica, por la cual el derecho tiende a poner en la conciencia del sujeto un contramotivo. Ello aclara Soler, porque la ley aspira a ser obedecida por el individuo, que es su destinatario, pues la voluntad primaria de aquélla no tiende a que, cometida la violación, sea aplicada la pena, sino a que la violación no se cometa. Por ello no supone un destinatario incapaz de entenderla y determinarse conformemente. Asimismo, entiende que en un sistema jurídico existen dos maneras bien distintas de ejercitarse la tutela jurídica: una importa la sanción jurídica basada en la conducta, la otra, es una defensa contra un estado peligroso del sujeto. En la primera, el hecho cometido tiene una importancia decisiva, en la segunda, tiene apenas el valor de un síntoma y es por ello que, en este caso, sea cualquiera el hecho cometido, vemos siempre desplazada la escala sancionatoria primaria y reducida la reacción a una medida de naturaleza uniforme.

La medida contra el inimputable que ha delinquido se parece mucho más a la que se aplica al alienado que no ha delinquido, que a la del delincuente común. En la internación del que no delinquiró, es decir también en esa actividad administrativa, actúan razones de defensa social y de prevención.

Luego de señalar que para nuestra ley es esencial la diferencia entre sujetos imputables y sujetos no imputables, indica que hay un mínimun de condiciones que hacen de un sujeto una persona imputable. Así rechazando mezclar en este punto las doctrinas del libre albedrío o las deterministas, indica que nuestra ley adopta una fórmula mixta psiquiátrica-psicológica-jurídica, con bases esenciales en la madurez espiritual, la salud mental y la conciencia.

Destaca que basta un mínimo de condiciones porque las ilicitudes penales son más groseras que otras, al prohibir las formas extremas de ilicitud e inmoralidad. Por ello no hace falta una fina conciencia valorativa para conocerlas. Así quedan fijadas las condiciones que un sujeto debe reunir para que pueda analizarse su culpabilidad por la comisión de un delito. Determinada su imputabilidad, que es el presupuesto, puede entonces entrar a considerarse si también existe culpabilidad. Aquí me parece oportuno destacar la distinción que resulta clara en nuestro ordenamiento y doctrina entre imputabilidad y culpabilidad (de la que aquella es presupuesto). A diferencia de la doctrina alemana por haberlo así establecido su legislación penal se refiere a incapacidad de culpabilidad –que correspondería en rigor a lo que denominamos en nuestro derecho inimputabilidad-, en nuestra ley y consecuentemente también en la doctrina queda claro que la imputabilidad es el presupuesto básico del que debe partirse para luego llegar a analizar la culpabilidad, si es que aquel presupuesto se encuentra cumplido, sin que concurren confusiones terminológicas al respecten el análisis de Soler sobre el tema destaca primordialmente a mi juicio el reconocimiento de un carácter o naturaleza administrativos respecto de las medidas de seguridad, cuyo categórico reconocimiento lo distingue de otras opiniones. Más allá de la órbita jurisdiccional que la aplique y del código que las contenga, la naturaleza

se distingue a su criterio porque toda sanción debe contener un plus sobre la reposición al estado anterior, y ello no sucede con la medida respecto de la cual tampoco debe caerse en confusión por la contingencia de la privación de libertad que le es meramente funcional. Indica así que no puede amenazarse a la gente con curarla, por lo tanto, esa internación no constituye una amenaza ni una disminución de bien jurídico. Rechaza categóricamente esa confusión de aspectos porque ello implica teñir del reproche del incumplimiento de un deber a la medida de seguridad que debe estar inspirada por fines curativos y pietistas. Reconociéndole así sin lugar a dudas el carácter tuitivo que en el ordenamiento nacional contienen. Por esa misma distinción es que las medidas no señalan calidad alguna a un hecho determinado, siguen a un delito sin depender de él ni en su duración ni en la clase, pues están fundadas en otras razones entre ellas la peligrosidad. Su incorporación al derecho con el dualismo se hizo en vista de lograr mayor eficacia preventiva que la alcanzada por una ley penal. Por ello considera que la unificación de penas y medidas está destinada al fracaso mientras siga reconociéndose la necesidad de prefijar escalas penales proporcionadas a la gravedad de los delitos. Las dos formas de ejercer la protección de bienes jurídicos por el Estado son aceptables, una importa la sanción jurídica basada en la conducta, la otra, es una defensa contra un estado peligroso del sujeto, en la primera es decisiva la importancia del hecho cometido, en la segunda, apenas tiene el valor de un síntoma, por eso cualquiera sea el hecho cometido, la medida es de naturaleza uniforme. También deben resaltarse en su análisis la diferenciación del sujeto destinatario del precepto, que en la pena es el autor y en las medidas el juez que debe aplicarlo, real destinatario de la norma que prescribe la medida de seguridad. Un aspecto que me parece destacable en el pensamiento de Soler sobre el tema es que comprende perfectamente que la medida de internación manicomial no está limitada a los fines de prevención especial criminal, pues también se aplica por el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo, con un sentido de asistencia tutelar para el propio enfermo que no puede desconocerse. En ese aspecto se parece más a la internación civil del enfermo mental prevista en el art. 482 del Código Civil que a una pena. (Véase al respecto mi tratamiento sobre la internación civil y su comparación con la prevista en el art. 34 Inc. 1° del C.P. en esta segunda sección Infra).

También resulta esclarecedor su comentario a la custodia de seguridad establecida en el artículo 52 del Código Penal Argentino, que ha suscitado siempre controversias, en tanto señala que suele confundirse el carácter indeterminado de dicha medida en cuanto a su duración con perpetuidad, siendo dos cosas totalmente distintas. Por los valores que expuse en la crítica, y atento la gravitación que Sebastián Soler ha tenido en nuestra formación como juristas, su doctrina será una de las que habré de retener en algunos puntos pertinentes para la construcción de mi sistema conceptual.

Enrique Bacigalupo

La obra de este autor ha ejercido una importante influencia en la doctrina de nuestro país, incluso luego de haberse radicado en España tras haber transitado en Buenos Aires los círculos académicos junto a Luis Jiménez de Asúa. Su obra se encuentra muy influida por la doctrina alemana. Por tal motivo relevaré los aspectos más destacados de su pensamiento sobre la materia investigada, y en especial lo referido al derecho penal argentino. Luego de referenciar al derecho del siglo XX como más extensivo en cuanto a sus funciones en su tratado (1999) al abarcar la prevención de comportamientos delictivos futuros, a través de la doble vía que se inicia con la incorporación de las medidas de seguridad al sistema penal señala una dicotomía en el caso del derecho español, en tanto no se asimilo que tanto los inimputables peligrosos como los reincidentes implicaban el tratamiento del mismo problema, evitar la recaída en el delito a futuro, consecuencia de un impulso delictivo ya exteriorizado. Lo cual hacía que no se comprendiera acabadamente en España el fenómeno y se concibiera a la pena de modo poco compatible con el principio de culpabilidad por el hecho. Ello sucedía mientras el derecho penal moderno ya había dejado sentado que toda pena presupone la culpabilidad del autor en la comisión de un hecho que pertenece al pasado, mientras toda medida de seguridad presupone una peligrosidad duradera del autor en relación al futuro. De allí, sostiene, un sistema de doble vía que no se caracteriza porque el ordenamiento prevé penas para capaces de culpabilidad y medidas de seguridad para incapaces de culpabilidad, *sino porque el sistema de reacciones penales prevé penas para los culpables y medidas para los peligrosos (capaces o no de culpabilidad).*

Hay una importante diferencia entre la medida aplicada sustituyendo la pena de la aplicada complementariamente que destaca Bacigalupo al señalar que la conexión entre medida y validez de la norma no se da en el caso de las que van en reemplazo de una pena y cuya meta no es la validez de la norma sino la eliminación del peligro. La medida en ese caso asume una función independiente dando una solución propia al conflicto. En el supuesto de las medidas impuestas en lugar de una pena podrá decirse que se trata de estabilizar la norma quebrantada en tanto se elevan las posibilidades lácicas de su observancia. Se procura mediante estas medidas asegurar la validez de la norma actuando sobre la tendencia lesiva del autor.

Al abordar el tema de la imputabilidad esclarece los aspectos terminológicos que ya habíamos señalado, en tanto refiere que en la terminología tradicional se designa a la capacidad de culpabilidad como imputabilidad, queriéndose hacer referencia con ello a las condiciones para la imputación subjetiva de un hecho determinado, es decir la atribución de una acción a un sujeto. Esta terminología tradicional a su juicio es poco práctica y se emplea en su lugar la terminología usada por los alemanes, capacidad de motivación o capacidad de culpabilidad. De todos modos, siempre se trata, dice, de una capacidad

normativa, aunque comprenda aspectos psiquiátricos o médicos. La capacidad de motivación es la capacidad de determinarse por el cumplimiento del deber, y requiere: a) la capacidad de comprender la desaprobación jurídico-penal, b) la capacidad de dirigir el comportamiento de acuerdo con esa comprensión.

No se trata de comprobar una relación de causalidad real, sino de establecer normativamente si el sujeto se encontraba en una situación personal que le permitiera determinarse por la norma que vulnera.

En cuanto a su concepción de la culpabilidad, es concebida como reprochabilidad, siendo reprochable quien pudiendo obrar de otra manera lo ha hecho en forma típica y antijurídica. Los presupuestos que condicionan esa capacidad de obrar de acuerdo a derecho son a) la capacidad de comprender la antijuridicidad del hecho y la capacidad de dirigir las acciones de acuerdo con esta comprensión, b) la posibilidad de conocer la antijuridicidad del hecho. Nuestro sistema penal se funda en la culpabilidad por el hecho y ello significa que la culpabilidad por el hecho determina el fundamento y el límite dentro del cual el Estado encuentra justificación para la aplicación de una pena.

La reprochabilidad está condicionada entonces por la capacidad de culpabilidad y la cognoscibilidad de la antijuridicidad. La capacidad de culpabilidad o imputabilidad requiere que el autor haya podido, en el momento del hecho punible, comprender la criminalidad de su acto y comportarse de acuerdo con esa comprensión (Art. 34 Inc. 1 del CPA.) Esta capacidad de comprender y dirigir la posee todo el que no haya obrado en alguno de los estados psicológico-psiquiátricos previstos por la ley: insuficiencia de las facultades mentales, alteración morbosa de ellas y grave perturbación de la conciencia. La exclusión de la capacidad de culpabilidad depende, por lo tanto, de la existencia de un determinado estado psicológico-psiquiátrico y además, de un determinado efecto psicológico: la imposibilidad de comprender y dirigir. Esta formulación es mixta o psiquiátrico-psicológica-jurídica. Como corolario podemos señalar que es importante en este autor la consideración que hace de la base única – más allá de las diferencias que el mismo señala- que abarca a los peligrosos (imputables o no) dentro del sistema de medidas de seguridad penal, porque de tal manera afronta en común los inconvenientes del sistema de medidas aplicado sobre la base común de la peligrosidad del sujeto.

Luis Jiménez de Asúa

Me parece apropiado traer el pensamiento de Jiménez de Asúa en este punto atento la influencia que ha ejercido en nuestro ámbito, con importantes discípulos como Bacigalupo, entre otros. En cuanto a su extensa obra, preferí para abordar el tema ceñirme a los principios fundamentales que aborda puntualmente en las obras de referencia.

Al referirse al estado peligroso (Principios, 1922) señala claramente que a los penalistas no les incumben las disputas filosóficas sobre libre albedrío y determinismo, sino la noción de “estado peligroso” que el delincuente

representa para la sociedad. Destaca que en los comienzos el estado peligroso no se expuso como una teoría general, capaz de sustituir a los clásicos conceptos de imputabilidad y responsabilidad, sino como doctrina aplicable tan solo a ciertas categorías de delincuentes (habituales, defectuosos, etc.). Luego la teoría del estado peligroso tomo vuelo y fue analizada por el mismo como formula amplia y comprensiva del fundamento de la intervención estatal. No obstante, reivindica la necesidad de conservar el concepto de imputabilidad, aunque señala “desembrazada de su arcaico nexa moral del libre albedrío, hallándole un cimiento psicológico”. Desprecia en cierto modo la actitud de los positivistas italianos que renegaron totalmente de la imputabilidad y aparece deslumbrado por las posibilidades brindadas por el Psicoanálisis. Exige que la imputabilidad resucite con vida nueva, prestada por la Psicología. Repudia dice, el aspecto teológico de la imputabilidad moral, reconociendo su índole psicológica. Como elemento indispensable para la culpabilidad admite a la imputabilidad como *facultad de conocer el deber*. La imputabilidad siguiendo a Max Ernesto Mayer, dice es la posibilidad condicionada por la salud mental y el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente. El objeto de la imputación es siempre una conducta típica y antijurídica. Y el supuesto primero de la culpabilidad es la imputabilidad del autor.

Hace una interpretación amplia de las causales de inimputabilidad y entiende que no deben encerrarse en el repertorio de causas que la ley consigna, sino reconocerlo en cuantos casos Este excluida la facultad de conocer el deber. Descarta por defectuosas las formulas psicológica pura y la psiquiátrico-psicológica, valorando la formula psiquiátrico-psicológico-jurídica por entender que a la moderna Psiquiatría no le bastan los rótulos nomológicos ni los cortes transversales, sino el estudio evolutivo del paciente a lo largo de su existencia. En cuanto a la culpabilidad como la imputabilidad señala, no se han definido de modo afirmativo en las legislaciones vigentes. En vez de definir quienes son imputables, enuncian quienes son inimputables. Y respecto de la culpabilidad, aunque no se de en articulo alguno la noción afirmativa de ella, suelen aparecer en los códigos modernos conceptos positivos del dolo y la culpa, sus especies. Los tratadistas sin embargo componen sobre el derecho vigente una teoría general de la culpabilidad (cita a Mayer, Menger y Soler). Y esclareciéndonos al respecto dice, el concepto de culpabilidad esta basado en la culpabilidad del acto concreto injusto. El limite para la imposición de penas esta en lo incalculable, en el caso fortuito. La culpabilidad cuando puede surgir se basa en el acto injusto. No puede existir una “norma del deber independiente” de que hablo Goldschmidt, ni la “culpabilidad del carácter”, que Liszt defendió, ni tampoco la “culpabilidad potencial” de Lenz. El juicio de culpabilidad no se refiere exclusivamente al carácter, aunque se tenga en cuenta, sino a lo injusto concreto.

Asimismo, el nexa común entre las especies, dolo y culpa, estriba en que en ambos casos *se debe y se puede* obrar de otro modo (conforme al Derecho). En

suma, dice; en la *exigibilidad* que es el contenido de la culpabilidad normativamente concebida. Analizando el contenido del juicio de culpabilidad señala que se refiere: al acto de voluntad (elemento psicológico de la culpabilidad) y a sus elementos: los motivos, parte motivadora y las referencias de la acción a la total personalidad del autor (parte integrante caracterológica). Es aquí donde debe apreciarse la *peligrosidad*. Ello no implica contemplar para el reproche de culpabilidad desde las concepciones positivistas, pues la referencia de la acción a la personalidad de su autor se refiere a la parte integrante caracterológica, pero no asume un papel descollante en los códigos vigentes, pues la culpabilidad de la conducta se refiere al *acto concreto* y, no *solo* al carácter y a la peligrosidad.

Partidario de las teorías del estado peligroso como nueva formula para el tratamiento penal y preventivo, encuentra en la definición de Grispigni de peligrosidad criminal la más precisa, como la probabilidad (muy relevante capacidad) de convertirse en autor de un delito. Los elementos que servirán para determinar la peligrosidad de un individuo se vinculan con determinados criterios que Jiménez de Asúa enumera en la segunda de las obras citadas, a saber: a) personalidad del hombre en su triple aspecto antropológico, psíquico y moral b) la vida anterior al delito o acto de peligro manifiesto c) la conducta del agente, posterior a la comisión del hecho delictivo o revelador d) la calidad de los motivos e) el delito cometido o el acto que pone de manifiesto la peligrosidad.

Pese a la difusión y vigencia que en su tiempo tenía la teoría del estado peligroso a nivel internacional, reconoce que su concepto no estaba firmemente delimitado ni enteramente fijo. Repulsa de las transacciones y eclecticismos, proponiendo con entusiasmo abrazar la nueva teoría preventiva, del estado peligroso, al afirmar no patrocinemos a medias las ideas fecundas, reprobemos toda transacción. Aceptar el estado peligroso como formula parcial y coexistir con los conceptos de imputabilidad y culpabilidad sin redefinirlos, conservando su viejo sentido, es un grave error. Entender que hay peligro para la sociedad en ciertos casos y que no existe en otros es, en nuestro sentir, un grave error. El delincuente revela con sus actos una temibilidad evidente para los coasociados. Trátese, pues al infractor de la norma como un ser peligroso, y no se hagan distingos que dañan a la fecundidad del concepto. Y allí introduce su concepción sobre las medidas de seguridad, al señalar; La generalización de la teoría de la temibilidad del delincuente requiere un mayor empleo de las medidas asegurativas, con las que, a diferencia de las penas clásicas, se procura prevenir más que reprimir, y si la pena se mantiene, debe ser a condición de despojarla de su viejo sentido expiatorio. Aceptada íntegramente la formula del estado peligroso, la pena –si es que no acaba por desaparecer totalmente- no Serra una venganza ni una expiación, ni tan siquiera una medida correccional en el sentido de Röder; Serra un medio que participa del triple aspecto intimidante, correctivo e inocuizador, según los casos, una pena adaptada al carácter y naturaleza del agente. El delincuente,

dice, debe estar sometido al régimen penal hasta tanto cese su estado peligroso, y no debe durar más que lo que reclame su temibilidad; esto es, que la sentencia definitiva, debe reemplazarse por la sentencia indeterminada. En cuanto a los riesgos del pronóstico, los relativiza, señalando; las sentencias en que se haga la declaración del estado peligroso, serán *provisionales*, esencialmente mudables y susceptibles de reformas. Ese abominable arcaísmo de la santidad de la cosa juzgada debe ser desterrado para siempre. Nos parece desacertado decidir a priori de modo inexorable, que un individuo es peligroso, pero no podemos, por igual razón, decir de antemano, de manera definitiva, que no lo es. Hagamos primeramente una vez cometido el delito y aun antes, cuando haya elementos suficientes para ello, una declaración *provisoria* sobre la temibilidad del agente. Que sea provisional y con todo género de garantías, pero no dejemos de hacerla. Si ha habido error no perdurara por mucho tiempo, ya que todo trato aplicable al infractor de la norma, tanto la pena (si esta perdura) como la medida asegurativa, serán de duración indeterminada. Si el sujeto que se declaró peligroso no lo era, bien pronto saldrá del establecimiento, puesto que no precisa ser corregido ni inocuizado. Axial se resuelve, a nuestro juicio, esta objeción de relevante interés.

En la conclusión de su trabajo sobre la teoría del estado peligroso señala “defendamos a la sociedad contra el peligro que el criminal representa, mediante procedimientos asegurativos y tutelares –que no excluyen el necesario rigor en ciertos casos- como la defendemos contra los enfermos peligrosos, contra los dementes, contra los incapaces en general, que son temibles para los coasociados”.Citando a Dorado Montero concluye que el derecho penal preventivo Serra protector de la sociedad y tal vez, por eso mismo, llegue a ser un verdadero derecho protector de los criminales.

Que Jiménez de Asúa no se explaye acerca de los tipos de medidas, se debe a que considera que por adaptarse a cada caso y sobre todo a cada sujeto, deben ser apreciadas con discrecionalidad por el magistrado. Básicamente proponía las medidas contra los enajenados peligrosos, y medidas contra los delincuentes contumaces, profesionales e incorregibles. En algunos casos también aceptaba las medidas predelictuales. Su concepción ha quedado suficientemente clara con sus palabras y propuestas, que me hacen superfluo cualquier comentario. Solo habré de señalar que su pensamiento se da en un momento en que a nivel mundial (prueba de ello son las citas abundantes de Congresos Internacionales sobre el tema que el realiza y los proyectos de distintos países enumerados en su libro) la teoría del estado peligroso dominaba y ganaba terreno, junto al desarrollo de las ciencias auxiliares del derecho penal, por ello no es extraño que la teoría seductora de la prevención del delito impactara en su mente fecunda y lo llevara a imaginar un nuevo orden jurídico con postulados modernos que pudiese ir más allá de lo que permitían las categorías tradicionales. Jiménez de Asúa creía que luego de la Revolución francesa los postulados de libertad y derecho se habían enquistado tan profundamente en las autoridades que ya no cabía la posibilidad de abusos.

Claro que se equivocaba con ello, pues nunca las garantías externas y establecidas jurídicamente en un estado de derecho son innecesarias para evitar los exabruptos y extremos de teorías jurídicas o criminológicas de aquel tiempo o de futuros tiempos.

Eugenio Raúl Zaffaroni

Su pensamiento es ampliamente conocido en nuestro medio, por lo que reseñaré exclusivamente los aspectos fundamentales para el tema en estudio. En lo que atañe a la culpabilidad (Tratado, 2006) la entiende como un juicio personalizado que le reprocha al autor su injusto, considerando el ámbito de autodeterminación con que actuó. La considera como uno de los caracteres del delito, convertido en juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor, condicionando axial la magnitud del poder punitivo que puede ejercerse sobre él. Lo que se le reprocha es lo que hizo (una acción típica y antijurídica) y no lo que es. En el derecho penal políticamente liberal, el injusto no es un síntoma de la personalidad del autor, sino el objeto mismo del reproche y cuando toma en cuenta la personalidad del autor para establecer el juicio de reproche personalizado lo hace jugando un papel diferente dentro de un contexto constitucional y liberal del derecho. Sirve para señalar el catálogo de posibles conductas que el sujeto tenía a su disposición, reprochándosele el ámbito de decisión que su personalidad contribuya a configurar. La culpabilidad es un juicio de reproche que no tiene por objeto legitimar el ejercicio del poder punitivo, sino proporcionar un criterio racional de limitación del mismo.

Propone un concepto de culpabilidad que incluya como síntesis la consideración los datos reales de selectividad que tiene en general el poder punitivo (refiriéndose con ello a los estereotipos que fundan la selección criminalizante), llega axial al concepto del esfuerzo por la vulnerabilidad, al que entiende como “la contribución personal del sujeto a las pretensiones legitimantes del poder punitivo, y por ende, contrario al esfuerzo reductor y pacificante del derecho penal” y esta destinada a reducir el ejercicio del poder punitivo. La culpabilidad por la vulnerabilidad es la contracara dialéctica de la culpabilidad por el acto y como síntesis hace surgir la culpabilidad penal.

El concepto de culpabilidad penal entonces sería *el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, en su caso, operar como principal indicador del máximo de la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste. Resultando de la síntesis de un juicio de reproche basado en el ámbito de la autodeterminación de la persona en el momento del hecho con el juicio de reproche por el esfuerzo del agente para alcanzar la situación de vulnerabilidad en que el sistema penal ha concretado su peligrosidad, descontando del mismo el correspondiente a su mero estado de vulnerabilidad.*

Requiere la posibilidad exigible de comprensión de la antijuricidad (a la que entiende como internalizada). A su vez, el grado de esfuerzo que el sujeto debía haber realizado para internalizar los valores jurídicos y motivarse en ellos, es inverso al de exigibilidad (reprochabilidad y por ende de culpabilidad). También requiere un cierto ámbito de autodeterminación. En cuanto a la capacidad psíquica de culpabilidad (imputabilidad) es la necesaria para que le haya sido posible comprender la naturaleza antijurídica de lo que hacía y que le hubiese permitido adecuar su conducta conforme a esa comprensión, este ámbito enfatiza el extremo de vulnerabilidad al poder punitivo que presentan los inimputables por enfermedad mental. La adecuada terapia respetuosa de la dignidad debe brindarse al enfermo mental a fin de permitirle sublimar o canalizar en forma constructiva las pulsiones agresivas.

Respecto del sistema conceptual, propone que el concepto de imputabilidad se construya sin prescindir del límite óptico impuesto por la existencia de la psicopatología y la peligrosidad del poder punitivo para la persona con un padecimiento psíquico. Aunque para ello deba reconocer y depurar los elementos represivos y controladores o punitivos del propio discurso de las ciencias de la conducta.

En lo que atañe a las medidas de seguridad para inimputables por enfermedad mental, considera que por implicar una privación de libertad por tiempo indeterminado, que no difiere de la pena más que en su carencia de límite máximo resultan desproporcionadas con la magnitud de la lesión jurídica causada. Por ello los códigos liberales del siglo XIX no las establecieron o solo fijaron medidas que correspondían a las que hoy dispone el juez civil en función del derecho psiquiátrico. Por ello entiende que estando regulada por el derecho civil la internación de pacientes agresivos, no se explica una regulación diferente para quienes son objeto del poder criminalizante, como no sea en función de una pena, que como se impone por vía de la selectividad punitiva resulta arbitraria. Luego de esta muy sucinta exposición, considero que destaca en su doctrina: la incorporación del criterio de selección del poder punitivo a la categoría de culpabilidad, a través del concepto del esfuerzo realizado por el agente para alcanzar la situación de vulnerabilidad.

Tiene en común con la doctrina alemana el tratar la imputabilidad como capacidad psíquica de culpabilidad. Respecto de los inimputables por enfermedad mental reconoce expresamente la exclusión que padece el psiquiatrizado, con una indefensión mayor que la del penado. Destaca que la asociación del discurso tutelar a esa situación lo lleva a mayor indefensión, perdiendo su condición de ciudadano para convertirse en tutelado. Advierte que el texto expreso del artículo 34 inciso 1º del Código Penal Argentino puede permitir en inadecuadas interpretaciones judiciales, que el inimputable enfermo mental pueda permanecer manicomializado el resto de su vida, cualquiera sea el injusto cometido, aunque no corresponde interpretarlo de esa manera. Lo que más me interesa resaltar en el pensamiento de este autor es su advertencia respecto del tremendo potencial habilitador de poder punitivo que

la manipulación del concepto de imputabilidad conlleva, conforme lo que ya advirtiera ut supra cuando me referí a la manipulación y cambio de contenido en la terminología que han utilizado en la praxis con frecuencia regimenes totalitarios. Y en tal sentido, destaco su exhortación a que el derecho penal reserve la potestad de depurar el discurso psiquiátrico, del mismo modo crítico en que debe hacerlo con el jurídico. También debe señalarse la relativización que Zaffaroni hace de la tradicional distinción entre lo normal y lo patológico, indicando que ella es muy discutible y en definitiva, es un problema psiquiátrico, lo que importa es el grado de esfuerzo que la persona debe haber realizado para comprender la antijuridicidad de su conducta, sin importar si ella es normal o patológica. Lo que el perito debe informar son las características psíquicas de la persona que facilitaron o dificultaron la comprensión de la antijuridicidad en el momento de la conducta típica y antijurídica. Axial, cuanto mayor sea la perturbación de la consciencia comprobadas mayor debió ser el esfuerzo del sujeto para comprender la antijuridicidad y consecuentemente, menor la reprochabilidad. El objetivo del peritaje psiquiátrico es ayudar al tribunal a comprender la magnitud de ese esfuerzo, que es lo que el juez debe valorar para determinar si excede el marco de lo jurídicamente exigible y por ende, reprochable. La nosotaxia psiquiátrica ayuda a cuantificar la magnitud del esfuerzo y la posibilidad de su realización, pero por si misma dice muy poco.

Patricia S. Ziffer

Relevaré exclusivamente los aspectos fundamentales que esta autora refleja en su obra "*Medidas de Seguridad*" (2008) al ocuparse de las medidas aplicables a los enfermos mentales que han delinquido. Dado que sigue a grandes rasgos el pensamiento de su director Wolfgang Frisch -cuya teoría ya reseñé- evitaré reiteraciones teóricas y me concentraré en las perspectivas vinculadas al derecho argentino en la obra de Ziffer que tienen mayor interés para nuestro tema. Inicia su libro destacando el escaso tratamiento por parte del de legislador y la doctrina que han merecido en cuanto a construcciones teóricas las medidas de seguridad. Indica que en tanto las medidas no se orientan a expresar un juicio de disvalor acerca del autor y su hecho, carecen de vinculación con la culpabilidad, siendo su punto de referencia exclusivo la peligrosidad futura, de la cual el hecho desencadenante de la intervención estatal es solamente un punto de referencia. En rigor, señala, no importa en que ordenamiento se encuentren, su naturaleza como respuesta legal es de tipo administrativo o de seguridad pública.

Da por sentada la inevitabilidad de algún grado de intervención estatal a nivel preventivo, lo cual no justifica, señala, la ausencia de elaboraciones teóricas sobre su legitimación. No siendo suficiente la utilidad de las medidas dado

que con ello se instrumentalizaría a la persona. Asimismo, a su juicio, deberían tratarse las cuestiones relativas a los aspectos específicos de las medidas; señalando sus objetivos, presupuestos, determinación de su configuración, formas de seleccionar correctamente a sus destinatarios y formas de lograr una ejecución exitosa. Considerando los límites impuestos por el sistema constitucional argentino, reconoce el presupuesto indiscutido de que la persecución por parte del Estado de fines de prevención especial no sólo es aceptable, sino, bajo ciertas condiciones, puede resultar obligatoria. Ello impone fijar los límites dentro de los cuales puede perseguirse dicho objetivo y cómo habrá de equilibrarse frente a los otros derechos constitucionales que pueden entrar en conflicto, tales como el principio de culpabilidad por el hecho, el de reserva y el de legalidad.

Lo crucial, es fijar los límites a la injerencia del Estado, ponderando la suma de males que se infiere al afectado, a la propia sociedad y compararlos con la suma de los males que se ahorran a los posibles lesionados. Para esa valoración interesan: la medida de la peligrosidad del autor, el grado de idoneidad de la medida y la gravedad de la injerencia para el sujeto que dependerá de la duración forma y condiciones de la ejecución de esa medida. El derecho de medidas encontraría en esta concepción justificación en la protección del interés público preponderante, que consiste en la necesidad de seguridad de la sociedad estatal. Entonces deberá acceder el derecho individual del autor, cuando la amenaza que de él deriva es tan significativa que adquiere predominio la protección de la generalidad. Cuando los posibles delitos son graves y la probabilidad de comisión es alta, el interés público se torna prevalente dice la autora citando al jurista alemán Günther Kaiser.

Rechaza las argumentaciones que exculpan cualquier carácter gravoso que presenten las medidas aplicadas a los enfermos mentales, alegando su carácter tuitivo, pues sostiene que sustentarlas exclusivamente en criterios tutelares, como si siempre se actuara únicamente en beneficio del afectado, no explica el núcleo jurídico-político de la injerencia y deja asimismo sin explicación convincente no sólo el carácter coactivo de la medida, sino también su imposición en los casos en que no hay esperanza de curación. Tanto las medidas privativas de libertad de carácter penal como ciertas restricciones de la libertad derivadas del derecho administrativo (vgr., en casos de epidemias y pandemias) se justifican en la noción del “interés preponderante”, originalmente elaborado en la dogmática penal para el ámbito de las causas de justificación. El primer presupuesto de la justificación es la *necesidad* de la intervención, es decir que el objetivo no se pueda alcanzar por un medio menos lesivo y el siguiente es que no produzca injerencias sobre esferas intangibles de la personalidad (como sucedería con lobotomías o castraciones) cuestiones que aunque dependan de valoraciones y concepciones histórico sociales, en la actualidad y aunque la restricción que importan las medidas se produzca en condiciones severas, no alcanza a afectar el núcleo intangible de la personalidad.

Para concretar esa valoración del interés preponderante aconseja analizar la gravedad de las lesiones jurídicas que se esperan del autor y la dimensión de probabilidad de su producción. Del lado del autor se meritán la duración de la medida, su clase y forma de ejecución, además de la carga adicional que representa su indeterminación. Es decir, jugará el *principio de proporcionalidad*, que puede ser relacionado en forma directa con la noción de Estado de derecho en su aspecto material, en cuanto tiende a establecer ciertas reglas básicas en la relación Estado-individuo, protegiendo a éste de las intervenciones estatales excesivas. En sentido positivo expresa un mandato de ponderación y en sentido negativo, una prohibición de exceso. Incluso el Código Civil permite extraer este principio de rango constitucional cuando expresa en el art. 482 párrafo 3º la designación de un defensor que tenderá a asegurar que la internación no se prolongue más de lo indispensable y aun evitarla, si pueden prestarle debida asistencia las personas obligadas a la prestación de alimentos.

Enfatiza la autora que no parece razonable ni factible negar la existencia de la necesidad de la sociedad de preservarse frente a posibles delitos, ni la legitimidad de esta necesidad en cuanto tal, y no le podría estar vedado a la comunidad asegurarse frente a posibles delitos, incluso recurriendo a la privación de libertad, lo que no se puede afirmar es que el exclusivo interés público baste para justificarlo.

Rechaza también como insostenible la tesis que afirma que cualquier medida preventiva que no esté cubierta por la medida de la culpabilidad resulta intolerable bajo cualquier circunstancia, señalando lo siguiente; cuando se plantea la alternativa en términos “derecho penal de culpabilidad vs. Necesidades de política criminal” los contextos no son percibidos correctamente. Agrega que la cuestión de hasta dónde se llevará la exigencia de que el ordenamiento jurídico renuncie a una punición en los casos en que ello aparece como dudoso desde el punto de vista de la política criminal, puede ser diferenciada de la correspondiente a la legitimación de ese ordenamiento para imponer restricciones a la libertad con independencia de la culpabilidad, con el fin de proteger a la comunidad. La culpabilidad, expresa, no es el único título que autoriza legítimamente al Estado a privar a un individuo de su libertad. Originariamente ya se reconoció esta potestad en el ámbito del derecho administrativo.

La finalidad curativa alegada como suficiente por algunos autores, señala Ziffer, tampoco basta por sí misma para legitimar una intervención coactiva en la libertad. La curación es impuesta por vías de hecho, ya se trate en el ámbito penal o civil (art. 482 Código Civil) y de acuerdo con los parámetros de normalidad imperantes en el órgano estatal de ejecución. Aun cuando *tutela y aseguramiento* no deberían constituir alternativas opuestas, dice la autora, en la ejecución de las medidas ellas pueden entrar en conflicto y según el acento esté puesto en las necesidades de reinsertar socialmente o en cambio en los

requerimientos sociales de seguridad, y en cada caso la disposición a asumir los riesgos propios de la atenuación de la ejecución será diferente.

Y siguiendo a Frisch señala, que atento el carácter transitorio o provisional del juicio de peligrosidad, cualquier modificación en la situación que originó la imposición debe poder ser considerada de inmediato y no pueden existir plazos fijos que limiten la posibilidad de recuperar la libertad.

Aquí me permito señalar coincidiendo con Ziffer y Frisch, que precisamente la forma de detectar inmediatamente cualquier modificación en la situación original que determinó la imposición de la medida, sólo podrá detectarse si existen controles periódicos sobre la situación del afectado y ello no sucederá cuando luego de todos los debates y disquisiciones sobre su imputabilidad, una vez aplicada la medida todos los órganos parecen olvidar al inimputable, como suele suceder en la praxis (incluyendo los propios defensores que según buena parte de los afectados entrevistados en los trabajos de campo que desarrollé en el interior de las unidades 20 y 27 del S.P.F. y 33 y 34 del S.P.B., indicaron que incluso dejaron de recibir las visitas de sus defensores y dejaron de interponerse a su respecto recursos y solicitarse medidas cuando arribaron a la declaración de inimputabilidad –cfr. tercera sección de esta tesis-).

Los criterios relevantes para la aplicación del principio de proporcionalidad son sintetizados por Ziffer en cinco items: a) intensidad del peligro a ser evitado (ateniendo al grado de probabilidad y gravedad de los hechos esperados, para establecer una distribución aceptable de los riesgos –allí surgirá el problema material de la confiabilidad de los juicios de peligrosidad-; b) la intensidad de la injerencia en los derechos del afectado (contemplando las condiciones en que se ejecuta la medida y la doble estigmatización que frecuentemente importa) ponderado ello con el carácter emancipatorio buscado en la medida en cuanto tiende a superar el estado de falta de libertad de decisión; c) la necesidad de la medida y su vinculación con la finalidad perseguida; d) la adecuación de la medida (exige en el caso concreto examinar las perspectivas de éxito de una injerencia); e) el principio de subsidiariedad y la prohibición de exceso (según el cual sólo es necesaria la medida menos lesiva con similares resultados).

En cuanto a la consideración del hecho que justifica la intervención estatal y los límites de la medida, se opone a considerar el límite máximo de la pena fijada para el delito en cuestión porque no se trata de ningún límite efectivo ni sustituye al principio de proporcionalidad en el derecho argentino. Ello toda vez que puede surgir de peritajes psiquiátricos que los hechos esperables puedan ser más graves que el cometido y por otro lado, en tanto es desaconsejable una simplificación tal de los problemas en juego, sin pensar que la injerencia que hay que evitar es la injerencia estatal, olvidando que en materia civil sin hecho delictivo previo se producen injerencias más graves que la penal. Olvidando igualmente que en materia de medidas no es el derecho penal la *ultima ratio* pues la *ultima ratio* es la internación misma, sea cual fuere su órbita. Asimismo, resalta que los criterios utilizados por el legislador al fijar

las escalas penales en cada delito, obedece a criterios político-criminales que no se relacionan necesariamente con las necesidades de prevención especial, ni con la peligrosidad como valoración predominante. Los casos en los que lo único que interesa es la prevención especial, deben regirse por otros criterios. Además, esa opinión crítica no establece cómo se fija el término adecuado, ni funda la legitimidad de la intervención.

Teniendo en cuenta la gravedad de la injerencia que la medida implica y el carácter endeble de su fundamento material en lo que a pronósticos de peligrosidad se refiere, analiza luego los métodos posibles para alcanzar un pronóstico de peligrosidad criminal (pueden relevarse en el parágrafo 28 de su obra, al que remito). Lo decisivo, sin embargo, cualquiera fuere el método empleado, es que para la justificación de una medida resulta necesaria la presencia de cierta estructura de personalidad, de características tales que frente a algunos hechos, se manifiesta en conductas delictivas y la producción de éstos, a su vez, debe ser posible en cualquier momento. Desde esa perspectiva, el fundamento de legitimación no consiste en la previsión de un desarrollo futuro, sino, en la determinación de la existencia de ciertas situaciones de riesgo actuales. El juez, no debe hacer afirmaciones acerca del futuro, sino examinar el caso dado y sus riesgos posibles bajo el aspecto de la sustentabilidad de una decisión sobre ciertas consecuencias jurídicas a partir de los intereses normativos en juego. La cuestión puede ser vista como un problema de distribución de riesgos, a ser resuelto tomando en consideración las valoraciones previas implícitas en las normas de derecho material que autorizan la injerencia. Los riesgos del propio pronóstico errado pueden también jugar a favor del afectado o de los intereses generales. Todo ello debe ser asumido formalmente a fin de establecer los límites dentro de los cuales la sociedad está dispuesta a correr riesgos. En lo que a la normativa penal argentina se refiere, indica que la regla en el artículo 34 inciso 1° del Código Penal no es la ordenación de la medida sino todo lo contrario, la excepción es la internación. La asunción de riesgos calculados y formalizados, con limitación y control en su ejecución mejora el panorama de aplicación de las medidas. A ello debe agregarse el carácter provisional de tales juicios, que siempre deben estar sujetos a revisión y control por la modificación misma de la situación y por su propia endeblez, que los distancia del rigor de la cosa juzgada.

Citando fallos del Tribunal Constitucional Alemán, señala que la tensión entre el derecho del afectado a la libertad y las necesidades de seguridad de la generalidad frente a las lesiones relevantes a los bienes jurídicos que resultan esperables requiere llegar a un equilibrio justo y sustentable. Para la suspensión que implica un riesgo asumible, y tiene el carácter de experimento, no es necesaria sin embargo la seguridad acerca del comportamiento correcto del afectado. Los pronósticos son necesarios y siguen siendo la base imprescindible de toda reacción frente a un peligro, manteniéndolo con esos postulados y adecuaciones pueden ser útiles a tal fin. Concluye la obra

señalando que la prevención de delitos no puede ser un valor a ser alcanzado a toda costa, y si se pretende conservar algún ámbito de libertad, la sociedad debe convivir con cierto grado de “peligrosidad” y asumir algunos riesgos. Ninguna Constitución, aun la más liberal, establece una prohibición absoluta que impida a la sociedad preservarse frente a sujetos considerados peligrosos por medio de la privación de libertad, y es irrelevante si tal privación se manifiesta bajo la forma de pena o medida, o si la cuestión es materia de derecho penal, civil o administrativo. Un derecho penal de hecho puro ya no se concibe, todos los códigos tienen concesiones bajo la forma de agravantes de la pena por reincidencia o por habitualidad, el precepto “no hay pena sin culpabilidad” se refiere a un sistema de doble vía y no puede ser sostenido donde la pena asume funciones de prevención general. Una reacción punitiva que se desentienda de sus consecuencias constituye un instrumento de política criminal insuficiente y junto a la reacción al hecho punible sucedido, necesariamente habrán de aparecer otras valoraciones, vinculadas a la prevención del delito. La consagración constitucional y legislativa de la necesidad de que las penas privativas de libertad se dirijan fundamentalmente a la prevención especial, marca un límite inexorable para un rechazo absoluto de la valoración jurídico-penal de elementos preventivos en la determinación y ejecución de las penas. Por sus características, el sistema argentino de sanciones está impregnado de elementos preventivistas, que no pueden ser desconocidos ni menospreciados.

En el análisis de esta autora me interesa destacar su criterio de objetividad adecuado a las necesidades y herramientas con que cuentan tanto las ciencias aplicables a las medidas de seguridad para inimputables por enfermedad mental como las normas que las regulan. El reconocimiento del carácter inevitable que tiene la intervención estatal preventiva lo considero un criterio acertado, en tanto no se deja engañar por criterios tendenciosos muy poco realistas. Lo importante es reconocer que la injerencia debe ser controlada y fijar las pautas a tal efecto. Destaco asimismo su clara perspectiva decidida a reflejar que lo más importante es la propia injerencia, sin importar el ámbito o materia en la que se produzca, toda vez que son igualmente graves las injerencias a la libertad en el ámbito civil o penal. Ya advertí que en mi opinión desplazar el tratamiento hacia el ámbito del derecho civil, lejos de solucionar los inconvenientes simplemente los traslada de lugar dejándolos sin respuesta. A partir de su perspectiva sensata la autora fija los parámetros que servirán de auxilio para establecer los límites aceptables de injerencia estatal en un Estado de Derecho, oponiéndose a aquellas que avasallen el núcleo intangible de la persona y su dignidad. Las críticas que realiza por otra parte, a las teorías que con solo afirmar el carácter tuitivo de las medidas rechazan toda consideración de sus aspectos gravosos, es contundente, toda vez que la curación no puede ser impuesta o incluso el mero aseguramiento cuando aquella es inalcanzable, sin cuestionar la legitimación de tal “protección” impuesta coactivamente al sujeto. Al igual que su mentor Wolfgang Frisch señala el carácter provisorio o

transitorio que tiene el juicio de peligrosidad y las resoluciones que de él surgen, lo que obliga a alejarlo del carácter definitivo propio de la cosa juzgada y a la vez impone la necesidad de revisión periódica, que sólo con controles podrá garantizar, en mi opinión, un conocimiento exacto de la concreta situación, evolución y estado del afectado por la medida durante su internación. En tal sentido, la sustentabilidad que exige a la decisión del juez, resulta un concepto sumamente esclarecedor para la teoría de las medidas.

Su crítica a las posiciones que pretenden fijar el máximo de duración de la medida en base a la pena máxima prevista para el delito cometido, es muy clara, toda vez que ellas no explican cuál será la duración adecuada de la medida –no ya la extrema- y tampoco legitiman la internación, al tiempo que confunden los aspectos de cuestiones diversas, pues el legislador al fijar límites a las penas tiene en mente otros criterios que no guardan relación con el derecho de las medidas de seguridad.

Finalmente el punto estratégico de su pensamiento y aporte en lo que respecta a la teoría de las medidas, es a mi juicio, además de la ya mencionada sustentabilidad, su consideración al problema de la distribución de riesgos en la sociedad, pues entiendo que esa es la cuestión más determinante, toda vez que la sociedad decide qué tipo de riesgos asume y en qué condiciones lo hace, y el legislador refleja las valoraciones vigentes en la sociedad, por ello resultan evidentes ciertas premisas implícitas y hasta ciertos prejuicios no enunciados pero vigentes en nuestra sociedad respecto de los enfermos mentales, que llevan a sus integrantes a admitir riesgos más altos respecto de sujetos imputables y descartar la asunción de otros riesgos emanados de los inimputables por enfermedad mental, tanto al momento de la aplicación de la medida como de su cese. La clara determinación de los riesgos y la fijación de su distribución es un punto esencial para la teoría de las medidas y su praxis, motivo por el cual habré de retener de esta autora que tan claramente lo establece, su doctrina sobre el particular.

Hasta aquí el recorrido y exposición de algunos de los autores que conforman la doctrina más influyente en el sistema de medidas de seguridad de nuestros días.

La Psiquiatría Forense y los conceptos relevantes en materia de medidas de seguridad para inimputables.

Siempre resulta provechoso recorrer los conceptos y categorías que los autores más influyentes en nuestra Psiquiatría Forense han ido modelando para aprehender de manera provechosa el complejo universo de la enfermedad mental en su intersección con el derecho penal.

Me impondré un sintético recorrido por aquellas categorías y conceptos que resultan fundamentales para el tema en estudio, atento la imposibilidad e inconveniencia – en razón de no contar con formación psiquiátrica personal-

de relevarlos en la totalidad y diversidad de autores y teorías. Dado que la Psiquiatría emplea modelos explicativos para abordar los fenómenos que estudia, destacaré los más apropiados al sistema de medidas de seguridad para inimputables del derecho penal argentino, siendo en su ámbito los más relevantes los conceptos y categorías de: *agresión, imputabilidad y peligrosidad*. Más allá de las diversas teorías que en distintos ámbitos se ocupan del concepto de *agresión* en seres humanos para la Psiquiatría Forense ella sólo abarca a la conducta agresiva propiamente dicha, careciendo de interés en dicho campo, por ejemplo, sus formas simbólicas como la ironía, la sátira o el chiste, incluidos por algunas teorizaciones en aquel concepto. Como señala el Profesor Dr. Jorge O. Folino (1999)⁷ - a quien sigo rigurosamente en este capítulo- el concepto de *agresión* es complejo pues; el deseo puede ser inhibido, los sentimientos modelados, tolerados, expresados o desplazados, el humor puede facilitar o no la *agresión*, el ejercicio reflexivo puede perseguir o contrariar el deseo, que puede ser breve o prolongado, orientarse a efectivizar la *agresión* o implementar alternativas, en tanto los elementos de la historia vital del individuo condicionan a la significación que éste otorga a las circunstancias al tiempo que establece determinados patrones conductuales, mientras el entorno con su influencia puede incitar o inhibir la conducta agresiva y finalmente los factores enajenantes disrumpen la responsabilidad y competencia individual. Por todo eso es que la *agresividad*, una vez dada, sería una tendencia o posibilidad de acción no necesariamente destinada a efectivizarse. También por ello resulta necesario enfocar objetivamente el fenómeno agresivo, excluyendo preconceptos o prejuicios, tales como las aseveraciones vulgares que consideran que el trasfondo de toda *agresión* es patológico o que nadie que esté en su sano juicio puede cometer determinado tipo de *agresión* –respecto de la *agresión* como reacción del hombre sano me permito recordar aquí a Lorenz- (ed., español 2005)⁸, entre otras afirmaciones sin sustento científico, toda vez que no se encuentra probado en el campo de la ciencia que el ser humano no enfermo sea capaz de realizar sólo algunas *agresiones* y de dirigirlas sólo hacia algunas personas, tratándose de una mera definición apriorística teñida de juicios valorativos y pretensiones normativas, señala Folino agregando; el ser humano tiene la potencialidad de cometer cualquier tipo de *agresión* y puede dirigirla hacia cualquier objetivo, de hecho el ser humano a lo largo de la historia ha cometido suicidio y homicidio, violación a quien no conocía y a su prole, ha disparado armas contra uno y contra muchos. De allí que en la ciencia no queda lugar ni para el reduccionismo ni para el prejuicio de considerar que detrás de toda *agresión* hay un estado patológico.

La conducta agresiva puede ser manifestación de un trastorno psicopatológico (síntoma) o bien puede ser conducta de un sujeto normal. Corresponde a la

⁷ Folino, Jorge Oscar. “*Interfase Psiquiátrico Judicial*” Bs.As. Lema editora. 1999.-

⁸ Lorenz, Konrad “*Sobre la Agresión; el pretendido mal*” México, Siglo XXI. 2005.-

ciencia delimitar un tipo de agresividad del otro por ser emergentes de diferentes fenómenos. En tal sentido deben valorarse los resultados estadísticos, teniendo en cuenta el contexto, toda vez que no se ha determinado la existencia de una relación directa -por ejemplo- entre psicosis y violencia, operando otras razones que llevan a criminalizar la conducta del enfermo mental (aumento de enfermos en la sociedad, cambios en políticas y leyes referidas a ellos, mayor vulnerabilidad de los esquizofrénicos, menor disponibilidad de servicios sanitarios, trastornos vinculares, etc., -D'Orban & O'Connor 1989). Además, las conclusiones estadísticas dependen de las características del sistema judicial y sistema de salud en cuestión que modifican la composición de las muestras estudiadas (Cirincione y otros, 1992). Por otra parte, al momento de evaluar la reincidencia al otorgarse la externación, se ha comprobado que los esquizofrénicos tienen menos posibilidades de reincidir en actos violentos que los no esquizofrénicos (Rice & Harris, 1992). Respecto de la dirección de la conducta agresiva en los casos patológicos, hay cierta tendencia que favorece el pronóstico y su consiguiente prevención, pues los esquizofrénicos suelen dirigir la agresión homicida hacia los sujetos de su entorno familiar (Gottlieb y otros, 1987; Singhal & Dutta, 1990), al igual que los insanos en general (Folino, 1992). También se incluyen entre los destinatarios de la agresión a los médicos (Madden, Lion & Penna, 1976) y el staff de enfermería, dependiendo todas estas agresiones no sólo del diagnóstico sino del momento evolutivo, las circunstancias (Bloom, 1989) y también de la asociación con anormalidades neurológicas y neuropsicológicas (Krakowski y otros, 1989). En tanto los sujetos que desarrollan paranoia están particularmente predisuestos a actuar de manera calculada y violenta contra sus persecutores o contra quienes son vistos como perjudicadores, con menos frecuencia también puede surgir la agresión de otros tipos de delirios sistematizados como el reivindicatorio, el místico o el erotomaníaco. Los ancianos, por su parte, cuando experimentan delirios o alucinaciones pueden creer que están en peligro o que son atacados y actuar violentamente en consecuencia. Respecto de la depresión, comúnmente asociada a riesgo de suicidio-homicidio debe destacarse nuevamente la influencia del contexto pues hay sociedades, señala Folino, que generan agresión, pero impiden su expresión, presentando entonces mayor incidencia de depresiones. Lo mismo sucede con el género y la edad, pues la mayor posibilidad que tienen los varones jóvenes de ser agresivos determina que ellos presenten menos incidencia de depresión que las mujeres y los ancianos. En cuanto a la depresión que genera autoagresión se adscribe a los trastornos afectivos y puede conducir a un tipo de homicidio descrito en Psiquiatría Forense como altruista. Como puede advertirse de lo expuesto, la agresión es un fenómeno no sólo dependiente de las peculiaridades psíquicas que el sujeto pudiera tener, sino también de las circunstancias en las que puede hallarse involucrado. No obstante, hay datos que el psiquiatra detecta y forman la caracterización de los trastornos que incrementan el riesgo agresivo. Así por ejemplo incidirán la

historia individual de violencia del sujeto, las ideas delirantes, las intenciones de agresión expresadas o detectadas, las fantasías agresivas, la tendencia a externalizar los problemas y actuar precipitadamente, la permisividad para instrumentar la agresión como medio para obtener beneficios o resolver conflictos, el estado colérico, de excitación o reserva del sujeto, las intoxicaciones por drogas o alcohol, el conflicto familiar, el stress, entre otros. Todos estos elementos analizados por la Psiquiatría Forense permiten al experto diagnosticar y en cierta medida anticipar conductas agresivas del sujeto.

Si de pronósticos se trata, nada más complejo que aquel concepto analizado al tratar de las teorías jurídicas, que también habita el ámbito de la Psiquiatría Forense y complejiza la labor de los expertos; la *peligrosidad*.

Tanto el sistema legal como el sanitario, así como el entorno del enfermo mental requieren del psiquiatra predecir si un sujeto realizará en el futuro actos violentos contra sí mismo o contra los demás. Destaca Folino la inexistencia de instrumentos confiables y la dificultad de anticipar eventos que tienen una baja frecuencia en la vida del individuo, como por ejemplo el homicidio. Sin embargo –refiere– la sociedad pone de manifiesto su necesidad de predecir, insistiendo en el requerimiento. En el ámbito de conocimiento de la Psiquiatría conspira contra la determinación, la falta de uniformidad en las definiciones de peligrosidad y en las interpretaciones de las demandas que la justicia hace a los expertos, lo cual lleva, en algunos casos, a la existencia de concepciones extremas, por ejemplo, la de creer que el requerimiento judicial se restringe a la predicción precisa. Destaca asimismo el autor comentado la confusión conceptual que opera cuando los términos violencia y peligrosidad se usan como sinónimos, pues en rigor la violencia denota una acción y la peligrosidad una relación entre el sujeto y la probabilidad que tiene ese sujeto de ejercer violencia. De allí que dependiendo de la definición operativa de peligrosidad que se administre, podrán incluirse otros riesgos diferentes a las conductas violentas (por ejemplo, el deterioro y la incapacidad de cuidarse a sí mismo). No existe uniformidad en las definiciones de violencia, entre otras razones por la complejidad del fenómeno, pues la violencia es una conducta genérica que abarca múltiples formas de presentación.

La meta del experto requerido en el ámbito penal es identificar los datos que orienten a una estimación de las probabilidades que tiene ese sujeto de actuar agresivamente, en tanto la definición operativa de peligrosidad en uso se relacione con conductas agresivas. Posteriormente, presentará y fundamentará una estimación acerca de la probabilidad de que el sujeto actúe agresivamente, dejando al juez la valoración de la justificación de la intervención o de la medida de seguridad. La evaluación tiene una limitación importante, a saber, que el psiquiatra tiene al alcance de su conocimiento sólo unos pocos aspectos de todos aquellos que influyen en cualquier episodio violento. Para evitar errores se suelen emplear definiciones amplias, pues resulta más seguro predecir violencia o acciones agresivas que el homicidio o el abuso sexual.

Asimismo, deben tenerse en cuenta los datos estadísticos básicos, pues la tasa o proporción básica indica la prevalencia de la conducta violenta en un determinado grupo, debiendo incorporarse también la información medio ambiental, entre otros factores para la correcta evaluación. También en el ámbito de la Psiquiatría, continúa Folino, la predicción de violencia ha sido criticada con argumentos sustentados en la limitada estructuración empírica del proceso de predicción, en el riesgo para la libertad individual y en el conflicto ético que se les plantea a los profesionales de la salud mental, que están preparados para un rol asistencial y no para una actividad de control social.

Desde la crítica a la metodología se ha señalado que la predicción de una conducta de baja frecuencia en la vida de una persona y de marcada dependencia del contexto, como es la conducta violenta, no puede ser simplísticamente concebida ni fácilmente convertida en rutina (Lidz et al., 1992), también se cuestionan los datos en que se basa la predicción. Pese a todo ello, como señala Folino, la pregunta acerca de peligrosidad continúa siendo planteada, demostrando la necesidad social de su respuesta.

Para el adecuado manejo técnico, como en todos los ámbitos científicos, es necesario realizar siempre las correspondientes especificaciones conceptuales y precisiones metodológicas; plantear qué tipo de violencia es pretendido predecir, en qué período de tiempo y en qué circunstancias y desde el punto de vista metodológico, corresponde plantear además qué grado de sensibilidad y especificidad en las predicciones representa un aceptable nivel de certeza conforme las investigaciones más actualizadas en la materia. Así, por ejemplo, si bien la relación entre trastornos mentales y violencia cuenta con publicaciones que indican hallazgos no coincidentes, debido a la falta de consideración de la gravedad de la patología y del momento evolutivo, existe consenso en que los retrasos mentales, las psicosis y los abusos de drogas incrementan el riesgo de violencia. Al analizar el aspecto jurídico en esta investigación, destaqué dos momentos importantes en que el derecho requiere al experto en Psiquiatría Forense la evaluación de la peligrosidad; al momento de decidir la imposición de la internación psiquiátrica mediante la medida de seguridad y al momento de disponer el alta. Respecto a este segundo momento indica el autor citado que una vez establecida la remisión sintomática, estabilidad y ausencia de conductas agresivas en el lugar de internación, debe contemplarse el acondicionamiento del medio que receptorá al enfermo, tanto en lo necesario para asegurar la continuidad del tratamiento como para disminuir los estímulos relacionados con antiguos conflictos desencadenantes de agresiones. Se informan así en detalle los recaudos tomados y fundamentos al responder al requerimiento judicial.

En definitiva, como destaca Folino, la Psiquiatría “es una disciplina científica que de ninguna manera tiene un rol represor, por lo que nada más alejado que concebir que exclusivamente en su nombre o por su perspectiva de la realidad pueda ejercerse una acción represora. No es posible psiquiatrizar la agresión al

punto de considerarla siempre producto patológico, pues la agresión forma parte del repertorio conductal del hombre normal. El médico puede colaborar con el sujeto normal que no quiere actuar agresivamente y busca tal colaboración, pero no es su objetivo limitar la libertad individual ni ejercer el rol protector de la seguridad social más allá de las funciones que institucionalizadamente dentro de su ética le competen. Sólo cuando la agresión es sintomatología de patología capaz de alterar la autoconducción psíquicamente responsable del enfermo, puede ser encuadrada en la responsabilidad profesional y aquel ser pasible de intervención médica sin consentimiento, siempre que se actúe de acuerdo a la pauta legal correspondiente. (...) La oportunidad de intervención es siempre patrimonio judicial y, por cierto, un patrimonio que tiene recursos limitados en los casos en que no se encuentra patología evidente”.

Analizado así el controvertido concepto de peligrosidad, corresponde referirse ahora a la categoría de *inimputabilidad* y su evolución en los autores de Psiquiatría Forense.

A fin de evitar reiteraciones de lo expuesto al tratar esta categoría en el ámbito de los autores nacionales de derecho penal, se abordará en este punto el pensamiento de los autores de Psiquiatría Forense de mayor influencia en nuestro medio. Tuve ocasión de referirme al pensamiento del maestro E.F.P. Bonnet al ocuparme de la categoría de inimputabilidad en nuestro derecho penal, agregaré a ello las observaciones que el doctor Folino expresa al referirse al eminente psiquiatra desde el ámbito médico, en cuanto destaca que su perspectiva es extendida a lo largo de una visión sumamente amplia y estructurada del hombre, entendiéndolo como una integridad en la que no sólo no es excluída la vida afectiva, sino que es contemplada como miembro constitutivo del todo en ejercicio de un rol inseparable. Para esa perspectiva, agrega, es función de la conciencia el alcanzar un juicio de realidad, darse cuenta de la realidad, discernir, sentir y hacer intencionalmente, todo en forma integrada. Desde el estudio de esa estructura, Bonnet define médicamente si el sujeto está o no contemplado en las previsiones de inimputabilidad. Bonnet – agrega el autor- es cauto al limitar su opinión al área médica, cuando menciona que la fórmula relativa a la inimputabilidad, al separar la comprensión de la criminalidad y la dirección de las acciones, lo que hace es contemplar la totalidad de las situaciones que pueden presentarse en el análisis de la imputabilidad, incluyendo aquellas que la medicina estima como no susceptibles de ocurrir, como es la posibilidad de comprender, pero no poder dirigir. Dicho de otro modo, acepta que desde lo legal sea considerada la posibilidad de existencia de tal alternativa, pero no lo acepta desde la ciencia en general, ni desde la medicina en especial. Se diferencia de Frías Caballero particularmente al conceptualizar la inconciencia, que homologa con el concepto de Krafft Ebing, pues entiende que aquel autor sostiene un concepto jurídico de la inconciencia. Por su parte Frías Caballero (1981) aborda la inimputabilidad desde múltiples perspectivas, considera que la distinción entre

imputables e inimputables se halla en la naturaleza de las cosas y plantea que la inimputabilidad tiene un carácter normativo-valorativo que evidencia en los términos “en la medida de las exigencias del derecho”. Criticando el elemento psicológico de la fórmula de inimputabilidad por considerarla insuficiente afirma que debe exigirse no sólo una captación intelectual del sentido del acto, sino una aprehensión emocional –valioso/desvalioso- señalando que la comprensión de la criminalidad supone valoraciones de carácter ético social. Ello mereció la crítica de Jiménez de Asúa por considerar que la distinción está fuera de las posibilidades e intereses penalistas, aclarando que la imputabilidad es psicológica pero la prueba de ella la apreciará el juez conforme a las disposiciones del derecho, lo que sin duda, es valorar. Agrega que la imputabilidad es el presupuesto de la culpabilidad. Germán Marracino (1961) al igual que M. Almeyra (1969) propusieron mayor amplitud al considerar a las personalidades psicopáticas como causales de inimputabilidad, propiciando así su inclusión en dicha categoría alegando que la concepción psiquiátrica olvidaba los componentes culturales de la personalidad, sus tendencias afectivas e instintos y las instancias discriminativa y valorativa. Señala Folino que en la década del 70 se movilizó el concepto alienista. Salmi y Segovia (1971) operan con la definición de Nerio Rojas considerándola de utilidad doctrinaria y práctica además de científicamente precisa, destacando en ella: el trastorno psíquico general persistente, la falta de autoconciencia, desadaptación al medio y ausencia de utilidad. Así destaca Folino que resulta notorio cómo estos autores ven en la definición de alienación aspectos coincidentes con los relacionados con el demérito social que Marracino encuentra en la concepción de Jaspers sobre enfermedad y con las facetas valorativas que otros autores incluyen en la enfermedad mental. Pareciera, agrega, que en las mismas construcciones teóricas alienistas algunos ven cosas que otros no ven. En la segunda mitad de la década del 80 los juristas (López Bolado 1987) adhieren a identificar en el psicópata, entre otras características, el defecto moral por carecer de valores internos, incorporándolo a la categoría de inimputables. En 1989 Achával se limita a exponer la oposición entre el criterio alienista de Rojas y el criterio que incluye entre la alteración morbosa de las facultades los trastornos afectivos o volitivos que hayan producido el efecto de impedir comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones, además de aclarar que la jurisprudencia se va modificando. En 1989 Tieghi sostuvo que la fórmula legal “alteración morbosa de las facultades” se refiere al conjunto de trastornos mentales que, en el momento del hecho, impiden comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones, incluyendo no sólo psicosis, sino también neurosis y psicopatías entre otras alteraciones morbosas, en tanto éstas, al tiempo de la comisión del delito obstan a la comprensión de la criminalidad o a la dirección de las acciones por parte del autor. El análisis efectuado por Folino permite apreciar los cambios y evolución tanto en el ámbito psiquiátrico como jurídico de la interpretación y extensión que los autores y jurisprudencia fueron dando a la categoría de inimputabilidad,

destacando el autor que los vaivenes se originaron en la parcialidad de algunos enfoques que han desvirtuado la realidad. Además, cita a Lluesga-Uranga, (1965) para referirse a la comprobación de oscilaciones periódicas en los resultados penales según la tonalidad social predominante, tendiendo a la flexibilización en épocas de bienestar y a la dureza de las respuestas en épocas de tensión. Así Günther Kaiser (1978), agrega, al referirse a los problemas de responsabilidad penal en el derecho penal alemán señala que es expresión de una decisión política, hija de su época, por ello cuando sean presentados un cambio y una nueva opinión, habrá que buscar también nuevas convenciones. Folino realiza una importante observación al destacar que los conceptos de corte alienista tan criticados ahora, corresponden a una convención que fue útil para su época y los modelos científicos instrumentados en ese momento y es necesario respetarlos y examinarlos a la luz de lo que quisieron decir y de los elementos que tuvieron disponibles entonces. Tanto la concepción tradicional como la interpretación moderna del Standard de inimputabilidad adolecen de una visión fraccionada; la tradicional por interpretar dicho standard de manera excesivamente intelectualista desconociendo la realidad afectiva y su trascendencia; la moderna por dar supremacía a lo afectivo. Igualmente se oponen sus concepciones de la enfermedad, en extremos que van desde la concepción naturalista que concibe la enfermedad exclusivamente con un sustrato orgánico, descuidando el demérito social como síntesis de la connotación valorativa que conlleva la enfermedad mental y la concepción amplia, que focaliza en el demérito social esgrimiendo criterios valorativos que generan una concepción jurídica que puede ir más allá de la médica. Sin embargo, los autores se critican mutuamente por los aspectos más extremos de sus teorías, olvidando que los modelos psiquiátrico forenses no pueden dejar de contemplar al hombre en su integridad. Pensar de tal manera, enfatiza Folino, es negar la estructura científica de la Psiquiatría como ciencia de integración, es olvidar que en su evolución, la Psiquiatría ha sido una ciencia impulsora de la consideración histórica del hombre y de la concepción integral del mismo en su modelo bio-psico-social. Concluyendo, el doctor Jorge Folino expresa categóricamente su criterio –que comparto en cuanto a las personalidades psicopáticas e imputabilidad se refiere-, al señalar “la Psiquiatría Forense no sale espantada del tema de las valoraciones que un sujeto realiza, pero tampoco las toma como el objeto nuclear de su estudio (...) tiende a distanciarse de lo puntual de las actitudes personales circunstanciales, incorporándolas como un elemento más en el conjunto a evaluar, pues pretende lograr una captación del estilo personal más consistente y obtener una visión de la conducta en términos científicos, diferente a la del sentido común, religioso o filosófico. La superestructura ética de un sujeto es estudiada por el psiquiatra pues de no ser así sería imposible comprender su conducta en tanto conducta humana (...) pero el psiquiatra debe penetrar más allá, pues es reconocido que el sujeto suele ser variable y vulnerable en su actitud hacia los valores sociales y, de hecho, superpone en su vida contradictoriamente, roles

que no parecen regirse por los mismos valores, mientras lo justifica acomodaticiamamente”. El perito, agrega, no puede ser tan omnipotente como para aseverar que el sujeto examinado no puede “sentir los valores”, sin haber identificado una alteración funcional que produzca tal limitación. El experto habrá de cumplir mejor su rol, señala, si focaliza en el proceso psicofuncional evaluando su integridad o alteración, pues es el sustrato necesario para la interacción normal del hombre con su sociedad, incluyendo en esa interacción la conducta coincidente o no con los valores sociales y el desarrollo personal en la dialéctica del aprendizaje social. Ése es el ámbito donde es más confiable la opinión psiquiátrica científicamente fundada.

La claridad de la exposición en la evolución de los principales conceptos y categorías psiquiátricas realizada por el autor que he seguido en detalle atento su autoridad sobre la materia que es ajena a mi conocimiento técnico, permite apreciar que también en la medicina y particularmente en el discurso psiquiátrico puede realizarse un análisis diferencial del discurso utilizado en el foro, al tiempo de advertirse la diversidad de modelos explicativos y concepciones sobre la enfermedad mental que en el transcurso de varias décadas, conforme el avance científico y las exigencias de política criminal se fueron pergeñando en la aplicación del sistema de medidas de seguridad que el derecho penal argentino concibió para los sujetos declarados inimputables. Para finalizar este capítulo dedicado al corpus teórico de la Psiquiatría Forense, agregaré algunos datos y elementos referidos al ámbito local que permiten integrar más adecuadamente las circunstancias y aspectos que inciden en nuestro tema en razón de la forma en que se concibe la salud mental en la Argentina. En lo que hace a las instituciones mentales en general y las estructuras del sistema de salud mental Argentina presentan una situación heterogénea, donde subsisten antiguos criterios y estructuras de diverso matiz. La dictadura militar fragmentó el sistema de salud mental, so pretexto de descentralizarlo, ello provocó que las provincias debieran asumir la administración de las grandes colonias ya existentes, sin tener los recursos necesarios para ello. Esta situación incide –hasta el presente- en la política de salud mental nacional porque no se ha podido viabilizar una política nacional, existiendo únicamente acuerdos parciales y adhesiones que dependen de cada provincia y su presupuesto. En el año 1975 había once grandes colonias en el país (alojaban 18.000 pacientes) y más de treinta hospitales psiquiátricos. Como resultado de la fragmentación citada no hay perspectivas globales ni políticas globales, coexistiendo provincias en las que la salud mental no recibe casi atención específica, otras donde se brinda dentro de un sistema obsoleto (Tucumán) y algunas con tendencias innovadoras y más eficientes (Río Negro, Chubut, La Pampa). Según datos del año 2008 permanecían las once colonias y 42 hospitales en todo el país, siendo la cantidad de pacientes internados 20.000. En la actualidad apenas dictada la nueva Ley 26.657 y antes que se visualicen sus efectos, existen 54 instituciones con internamiento crónico: 1 colonia nacional; 11 colonias y 42 hospitales psiquiátricos provinciales. La

cantidad de personas internadas en instituciones públicas estatales es de aproximadamente 21.000 (14.000 en colonias y 7.000 en hospitales psiquiátricos) destacándose la ausencia de atención primaria y atención en crisis, que al no resolver los conflictos en lo inmediato terminan remitiendo al hospital central la mayoría de los pacientes, iniciando así la cronificación del paciente, en la denominada por el sociólogo Goffmann “carrera del paciente mental”. En cuanto a las prácticas y terapias aplicables en salud mental, prevalecen las tradicionales; psicofármacos (generalmente destinados a atender al síntoma y resolver un conflicto inmediato que es más complejo pues abarca la vida de relación del paciente, familiar, laboral, lo cual no es tenido en cuenta); la psicoterapia en centros urbanos (generalmente realizada en condiciones poco óptimas pues se recarga a los especialistas con número excesivo de pacientes que deben ser atendidos en lugares no siempre apropiados para la privacidad y ámbito de contención que requiere la consulta). La rehabilitación y terapias laborales, culturales, deportivas y educacionales, que sufren las mismas restricciones y subsisten por el esfuerzo del equipo que las integra, en las provincias que cuentan con tal actividad. En cuanto a la planta de atención, la mayoría de los hospitales tienen escaso personal médico y de enfermería para hacerse cargo de un excesivo número de pacientes y pabellones. (Obsérvese vgr., en Inglaterra se designan 15 enfermeros por cada psiquiatra). Para revertir la situación brevemente esbozada en estos datos, se requiere primordialmente: analizar los problemas que cada provincia y jurisdicción presentan en base a los recursos disponibles; desarrollar y reforzar la atención al primer nivel, para evitar la cronificación innecesaria por no resolverse una crisis, este aspecto debe contemplar los recursos en los diversos centros asistenciales y el apoyo referido a los conflictos de relación, ambiental y social que el paciente tiene. En cuanto al orden político y jurídico, debería instalarse en la sociedad de forma seria la cuestión de la salud mental, a fin de concientizar e informar a las personas para que no se utilice el cómodo expediente de solicitar intervención médica y judicial a la primera dificultad que tengan con un familiar que padece enfermedad mental.

Sintetizado así el contexto en que se inserta la temática de la salud mental en general, de la que no escapa la referida a los lugares de internación de los servicios penitenciarios donde cumplen los inimputables las medidas de seguridad, que también se encuentran sometidos a los vaivenes y falencias de las instituciones penitenciarias en general y comparten problemas propios de los centros psiquiátricos, ajustados por el exiguo presupuesto que cada gobierno asigna a los centros penitenciarios, pueden también evidenciarse dónde deben comenzar a aplicarse con urgencia las modificaciones y mejoras necesarias para no incurrir en la desidia e inconsistencia de pretender logros en el campo de la salud mental sin apuntar debidamente los problemas básicos que urge resolver y los de largo y mediano plazo que no pueden descuidarse y permitirán afrontar social jurídica y científicamente de forma adecuada la problemática que la enfermedad mental conlleva.

En la sección tercera abordaré en detalle los aspectos vinculados a la ejecución de las medidas de seguridad en el ámbito penal.

Breve excursión sobre Sociología y Criminología

El análisis sociológico *in extenso* del fenómeno tratado excedería el objetivo y características de esta investigación, por ello me limitaré a realizar una referencia breve sobre puntos abordados por la Sociología contemporánea y la Criminología actual, que permitan comprender algunos trasfondos y fijar puntos apropiados de reflexión sobre el sistema jurídico de medidas de seguridad en estudio. Así como la sociología criminal en auge con el positivismo centraba sus estudios en las observaciones sobre el delincuente, la criminología actual llamada “nueva” o “crítica” más que al delincuente estudia a los órganos de control social. Ha abandonado el punto de vista causal explicativo dejando en el centro de su atención la reacción social y jurídico penal contra el hecho. Su objeto primario de estudio no es el comportamiento del autor del hecho sino de los órganos de control social. Esta particular perspectiva permite analizar con mayor fluidez las ideologías subyacentes al orden jurídico social en un momento determinado.

Uno de los exponentes más destacados de la actual Criminología el Profesor Máximo Pavarini (2006) se refiere a los cambios experimentados por los ordenamientos jurídicos contemporáneos sobre el tema que nos ocupa “*Las tipologías subjetivas y las cuestiones problemáticas inmediata y más directamente encaradas por las políticas de disciplina social de las agencias del Estado social son aquellas más inclinadas hacia el extremo de la ‘ayuda’ y de la ‘asistencia’ que hacia el polo del mero control. En este contexto, la categoría de peligrosidad social (entendida en una acepción diversa a la de origen positivista) ha servido para seleccionar la desviación misma en función de las múltiples respuestas disciplinarias (...) La ideología que históricamente había legitimado la práctica del secuestro institucional (la terapia, la prevención especial, la corrección, etc.) abandona irremediamente la institución para devenir un vector que impulsa el proceso mismo de salida de las prácticas custodiales. La elección custodial permanece por tanto huérfana de todo oropel justificativo: La institución total pierde toda cobertura ideológica, para ser justificada, en términos tecnocráticos, en función de lo que ella realmente es: una instancia de control para aquellos que no pueden ser gobernados de otro modo*”.⁹

⁹ Pavarini, Máximo “*Un arte abyecto*” Bs. As. Ad-Hoc. 2006. Pág. 42 y sgtes.

La ideología¹⁰ juega un rol destacado por supuesto, pues al decir de David Ingleby citado por Kraut “*la hazaña de segregar el sufrimiento y los conflictos mentales, apartándolos de la vida normal no se efectúa por medio de la fuerza bruta, sino de las ideas: porque los barrotes y las cadenas de hierro dejar de ser necesarios si la ideología médica logra definir la condición del paciente como ajena al reino de la experiencia humana con sentido*”. Por ello los cambios ideológicos, entre otras circunstancias, jugarán un importante papel en los cambios de paradigma y respuestas forenses a la cuestión.

Pavarini alude a la experiencia en Italia, no obstante, se trata de cuestiones que se reiteran en los distintos países, por lo que aquella experiencia de desmanicomialización itálica debe contemplarse cuidadosamente. Debo señalar que en la obra citada Pavarini luego de efectuar la descripción de la realidad –modelo descriptivo- no ensaya un modelo explicativo, excusándose de hacerlo –pág. 206- dando algunos puntos de inicio.

No obstante, sus observaciones son válidas para tener en cuenta y sortear convenientemente la que denomina “falacia normativista” –pág. 267- que consiste en tomar como natural, no convencional, al saber criminológico y penal.

En un destacado artículo ¹¹ analiza los cambios que se sucedieron en Italia evidenciados en los cuestionamientos en Congresos de Psiquiatría y Derecho, hasta llegar a la discusión de proyectos de ley que modificaron la tradicional estructuración de la tutela social de la locura en ese país. Ello obedeció a un cambio en el paradigma teórico y de las prácticas psiquiátricas a partir de la crisis asilar centrada en el binomio curación-custodia. Indica el autor que los proyectos legislativos que analiza (vgr. del Senador Grossi) que buscaron abrogar la inimputabilidad del enfermo mental autor de delito y del propio gobierno (Ministro de Salud) modificando la forma no custodial asumida por la asistencia psiquiátrica en Italia desde cinco años antes, implican discutir los compromisos jurídicos de la Psiquiatría y sus funciones de control social. Como ciencia se niega a dar sustento a la definición normativa de imputabilidad, sobre la que se funda la represión penal. Como práctica institucional, liberada de los manicomios, descubre que puede prestarse a diferentes estrategias de control social. Y añade que la historia misma del control social, siguiendo a Hassemer, puede recorrerse como historia de las modalidades de tutela de los diversos bienes jurídicamente protegidos en los distintos sistemas sociales. A juicio de Pavarini la ciencia criminológica termina siempre por construirse (o reconstruirse) en torno a una demanda social de política criminal.

¹⁰ Ideología entendida en el sentido que destaca Teun A. van Dijk como la base de las respuestas sociales compartidas por los miembros de un grupo y como sistema de creencias sociales. No en sentido negativo ni en términos de dominación.

¹¹ Pavarini, Máximo- Betti, Matilde “*La tutela social a la locura*” Università degli Studi di Bologna. Traducido al castellano por Máximo Sozzo en Revista Delito y Sociedad del Instituto Gino Germani la Facultad de Sociología de la U.B.A. N° 13 año 1999.

Para la Psiquiatría, en cambio, es más complicado responder si podría dar un conocimiento científico asumiendo los mandatos de tutela social o si ello sólo resultaría posible rechazando los mismos. Cita entonces a Robert Castel en cuanto señala *“Ante la ambivalencia de horror y piedad que suscita el loco, la medicina mental jugará la carta de la benevolencia; de este modo controlará el polo peligroso”*. Así la Psiquiatría, dando respuesta médica a problemas sociales va cambiando su rumbo, de allí que la demanda de poder de los psiquiatras en Italia se presentó como una faceta más amplia de control –no represivo ni a posteriori sino científico y preventivo- necesaria para el nuevo estado burgués –lograda con la Ley 36 en el año 1904 – en que la psiquiatría se ofreció como agencia de seguridad haciéndose responsable de funciones de tutela social. Surgirá más tarde la antipsiquiatría y sobre el plano institucional dice Pavarini, la voluntad de la Psiquiatría de hacerse ciencia médica con finalidades únicamente terapéuticas lleva en Italia a la ley 180/78 de reforma psiquiátrica (conocida como “ley Basaglia) y la inserta en el marco de la ley que instituye el Servicio Sanitario Nacional. Este cuadro normativo excluyó la segregación manicomial, negada por la “nueva psiquiatría” en cuanto práctica terapéutica y estructuró las intervenciones frente a la enfermedad mental en forma análoga a los otros tratamientos sanitarios. Dicha Ley abolió los Hospitales Psiquiátricos Generales. Esto determinará la aparición de varias psiquiatrías, ante la desaparición de la homogeneidad del tratamiento asilar, las cuales intervendrán mediante la palabra, el fármaco y la ayuda. Esa pluralidad de corrientes psiquiátricas afectará también la relación entre el ámbito jurídico forense y la Psiquiatría, tornándola más inestable.

Interrumpo aquí la exposición del pensamiento de Pavarini para recordar la importancia del camino recorrido por Italia en este ámbito, ya que se trata de un sistema similar al que se introduce en el ordenamiento jurídico argentino a través de las nuevas normativas de salud mental, en particular la Ley 26.657. Por ello me detengo en el análisis de esta etapa del sistema de salud mental en Italia, cuando se produjo el cambio de paradigma psiquiátrico, pues considero que la experiencia italiana debe observarse con sumo cuidado, ya que no fue exitosa a juzgar por los resultados y la situación de los enfermos mentales que en muchos casos fueron reingresados a encierros más severos como los subsistentes en los hospitales neuropsiquiátricos judiciales –ver asimismo en Derecho extranjero el ítem Italia en esta investigación-.

Franco Basaglia considera que la Psiquiatría como institución antes que como ciencia, se insertó mediante la ley 833 italiana en el conjunto de disciplinas sanitarias, lo cual implicaba renunciar al mandato de ser mera agencia de control social y plantear la cuestión de la necesidad de redefinirse respecto de sus propios problemas. (Basaglia 1967; 1980). Luego de la abolición de los Hospitales Psiquiátricos del medio libre en Italia, subsistieron los penitenciarios, donde se recluye a los inimputables peligrosos, y debe destacarse que aumentaron las internaciones en estos últimos cuando fueron abolidos los primeros (datos recogidos y analizados por Manacorda A. 1982).

Ello demuestra, en mi opinión, que a la realidad no le cuadran las construcciones forzadas y que las respuestas a estas cuestiones complejas nunca habrán de ser simplista si desea ser eficiente. Por ello reitero el interés es observar la experiencia italiana para no caer en los mismos desatinos.

Pavarini advierte que no bastó la progresiva deslegitimación del manicomio para determinar su abandono y ello no se produjo en Italia hasta que surgieron razones urgentes estructurales -la crisis fiscal- que impusieron alternativas menos costosas a las instituciones totales. Este es otro dato que no debemos pasar por alto para evaluar el futuro en Argentina de la reciente Ley 26.657 en su sustrato, finalidades expresas y encubiertas, así como en su futura evolución. Reitero aún es prematuro para arriesgar un juicio sobre el devenir social y jurídico de esta ley de salud mental en Argentina, pero debemos estar atentos, como sociedad, a todas estas cuestiones tanto latentes como evidentes. Pavarini-Betti hacen una importante advertencia; si el portador de la demanda de servicio psiquiátrico es quien padece el sufrimiento mental individualmente, entonces, la intervención psiquiátrica sólo y únicamente tiene sentido si está subordinada al consentimiento del paciente de someterse voluntariamente a un tratamiento sanitario. De allí puede deducirse la importancia de fijar a quién se atribuye la demanda de tratamiento dentro del sistema que en Argentina se quiera implementar.

La situación de las personas afectadas por enfermedad mental en Italia luego de estos cambios lejos de mejorar fue trastocada a un sistema perverso de permanente circulación entre las distintas agencias que parecen ignorarse entre sí negándose a asumir la competencia y tratamiento de los pacientes. Ota de Leonardis ¹² denomina a este fenómeno “espiral de cronificación” detallando el circuito que se obliga a recorrer a los pacientes como un efecto perverso de la lógica de funcionamiento del espiral donde son características descollantes; la inconstancia, el rechazo a la cura, la fuga, la falta de ingreso a una tutela efectiva, incluso tanto en E.E. U.U. (donde la desinstitucionalización se dio en la administración Reagan) como en Italia la Psiquiatría ha llegado a crearse una nueva categoría diagnóstica: los “pacientes en crisis crónica” para referirse a ellos.

En la dinámica de la circulación, señala de Leonardis -como sucedía antes en la estática de la segregación custodial- el control social se conjuga y suma al abandono.

Las distintas instancias y agencias los van remitiendo unas a otras sin hacerse cargo ninguna de su tratamiento, así los frustran, abandonan y cronifican. En estos nuevos vagabundos de las sociedades post modernas que además se convierten en incómodos y conflictuales porque van acumulando necesidades y marginalidad –que se retroalimentan-, la peligrosidad como categoría se ha

¹² de Leonardis, Ota “*Estatuto y figuras de la peligrosidad social entre Psiquiatría reformada y sistema penal; notas sociológicas*” traducido al castellano por Máximo Sozzo. Revista de Ciencias Penales N° 4 año 1998, Montevideo 1999.

transformado, ya no se trata de un estado naturalizado de enfermedad ni atributo de un sujeto, por el contrario, se ha socializado también el concepto de peligrosidad, ha cambiado, convirtiéndose en un concepto o categoría situacional, definida con referencia al contexto, momento y situación, explicable a través de un conjunto de pequeñas causas, un esquema interaccionista o sistémico. Desde el punto de las implicaciones operativas significa que la peligrosidad define una condición social de riesgo atribuida a determinados sectores de población. Además, se relaciona con un contexto interactivo determinado, se inscribe en una dimensión dinámica surgiendo mayor flexibilidad en los pronósticos y en la discrecionalidad del juez al disponer medias provisionales. Por último, señala de Leonardis, implica el reconocimiento de una subjetividad que no está basada en un presupuesto ontológico, sino sobre mecanismos de interacción concretos.

En el circular constante de los pacientes, ya no excluidos ni segregados, se da un ingreso a la vida social, circulando, por lo tanto, hay algo amenazante en su migrar y vagabundear entre los servicios, competencias, instituciones y normas, dándose en un eterno círculo vicioso que sólo genera más abandono y marginalidad.

Evidentemente esta situación no constituye la respuesta que se esperaba de la desinstitucionalización; más abandono y un perverso circuito de eterno peregrinaje. Esperemos que ello no se produzca en nuestro país que recién comienza el camino de la desinstitucionalización de los pacientes psiquiátricos. La advertencia existe y tiene sustrato concreto en la experiencia italiana, deberán entonces implementarse y sobre todo coordinarse adecuadamente las alternativas entre las distintas agencias que se harán cargo de la salud mental, para dar efectiva protección y tratamiento al paciente, no una ficción de ellos, revirtiendo así la tendencia perversa que el proceso ha demostrado tener en Italia y Estados Unidos.

NORMAS JURÍDICAS VIGENTES. Análisis dogmático

Las Normas Superiores en su referencia a los Enfermos Mentales.

NORMATIVA INTERNACIONAL:

Para analizar las normas jurídicas aplicables a la situación de los enfermos mentales conviene reunir los principios y normas que conllevan el reconocimiento y actualización de muchas de las ideas elaboradas por la doctrina con anterioridad. Atendiendo a la precedencia lógico-formal habrán de ser analizadas en primer término las normas internacionales pese a su posterioridad cronológica respecto de la creación de los órganos que las sancionaron. Luego se continuará con la Constitución Nacional inserta en ese

orden y que constituye a su vez la base del derecho nacional. Dentro de ese complejo ámbito resulta evidente que las materias relacionadas con el trato debido a los enfermos mentales, incluso la normativa constitucional, conforman una temática propia de los derechos humanos.

La Constitución de la Nación Argentina no sólo establece y regula el proceso de creación y aplicación de las leyes y el funcionamiento de los órganos del Estado. En su primera parte formula declaraciones, reconoce derechos y establece garantías que limitan a los particulares y al Estado para salvaguardar los derechos que considera fundamentales. El inciso 22 del artículo 75 dispone que ciertos instrumentos internacionales ya dictados y los que en el futuro apruebe el Congreso de la Nación tienen jerarquía constitucional y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías que reconoce. Otras normas internacionales también regularon cuestiones que afectan a los derechos fundamentales de las personas. Las reclusiones son consideradas en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Asamblea General de la ONU del 31 de julio de 1957), el trato a los discapacitados en la Declaración de los Derechos de los Impedidos (Asamblea General de la ONU del 9 de diciembre de 1975) –(www.un.org.es)- y también se han ocupado de los enfermos mentales.

En relación a estos últimos, los instrumentos internacionales reflejan las mismas preocupaciones que los diversos Estados tuvieron desde el siglo XIX. Básicamente evitar las internaciones arbitrarias y proteger los derechos personales y patrimoniales del enfermo mental. Casi todas las legislaciones europeas reconocen que el enfermo mental es un enfermo distinto de los otros, considerando los elementos distintivos que permiten contemplar adecuadamente su situación. Asegurando la libertad de todas las personas y estableciendo los mecanismos para garantizarla como principio general, los instrumentos internacionales reconocen algunas excepciones que regulan minuciosamente.

Entre esas excepciones, la Convención Europea de Derechos Humanos al ocuparse de la situación de los enfermos mentales, dispone en su artículo 5: *“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: a) si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente [...] e) si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo”*. Reconoce la posibilidad de privar de libertad al enajenado, pero a condición de que se disponga y se cumpla siguiendo el procedimiento previamente establecido en el derecho interno. No distingue entre los enfermos mentales que fueran internados por aplicación de la normativa civil o penal, como tampoco diferencia en este último caso al inimputable del imputable afectado por un trastorno psiquiátrico sobreviniente al hecho típico cometido o incluso a la sentencia. El Tribunal Europeo de

Estrasburgo controla que los estados cumplan -en su derecho interno- con los requisitos previstos en esta convención. En ejercicio de esta competencia, fijó en diversos fallos los requisitos mínimos para que la privación de libertad del enfermo mental resulte conforme a derecho.

Pueden ser citados el caso “Winterwerp” del 24 de octubre de 1979, serie A volumen 33, referido a un ciudadano holandés internado en un establecimiento psiquiátrico por orden del alcalde de su municipio; el caso “Luberti” del 23 de febrero de 1984, serie A volumen 75 en el cual un ciudadano italiano fuera condenado por uxoricidio y absuelto en segunda instancia al demostrarse que padecía una enfermedad mental aplicándosele un internamiento por su peligrosidad y el caso “Megyeric/Alemania” del 12 de mayo de 1992, serie A volumen 237-A, relativo a un ciudadano húngaro residente en Alemania, internado en un hospital psiquiátrico en el curso de un proceso penal por resistencia a la autoridad, lesiones y evasión.

Este tribunal exige fundamentalmente: que haya una comprobación judicial de que el sujeto padece una enfermedad mental, mediando un dictamen practicado por médicos ajenos a quienes soliciten la internación, al paciente y a la institución en que será internado; que la gravedad o naturaleza de la enfermedad justifiquen la internación y que esa internación se mantenga en tanto y en cuanto persistan esos supuestos. Respecto de la gravedad o naturaleza de la enfermedad mental considera relevante la peligrosidad demostrada por el individuo y así reconoció la legitimidad de los internamientos de personas que resultaban peligrosas para sí o para los demás, aún cuando fueron practicados sin agregarse informes médicos en atención a la urgencia (“X c/Reino Unido” del 5 de noviembre de 1981, serie A, volumen 46).

También consideró que el ordenamiento interno debe proveer al control del internamiento mediante la adecuada información al sujeto acerca de los motivos de su detención para que sea oído con la debida asistencia legal de un defensor o representante. Asimismo, deberá garantizarse la existencia de una vía recursiva ante un órgano judicial con las garantías adecuadas ante una privación de libertad. En algunos países la internación puede ser dispuesta por una autoridad médica administrativa (Dinamarca, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Luxemburgo, Irlanda) y en otros corresponde a un órgano judicial. En cualquier caso, el Tribunal Europeo exige un control de legalidad de naturaleza jurisdiccional, posterior a la medida y que incluso habrá de realizarse en intervalos razonables, atendiendo con cierta flexibilidad a la naturaleza de la medida y a la evolución del paciente. Desaparecidos los motivos que justificaron la medida de internación (por ejemplo, la peligrosidad) el mantenimiento de la detención devendría en arbitrario. En tal caso un órgano jurisdiccional debe tener competencia para decidir la liberación del sujeto.

En materia de control de la ejecución de la medida, el Tribunal hizo especial hincapié en la necesidad de exigir el mayor respeto al Convenio en razón de la situación de inferioridad en que se encuentran los pacientes internados en

establecimientos psiquiátricos. Y más allá del reconocimiento de la autoridad científica de los médicos para establecer los tratamientos terapéuticos a seguir respecto de cada paciente, resaltó la necesidad de respetar su dignidad e intervenir en casos de tratamientos degradantes o contrarios a la condición humana. Es así que, velando por los derechos del enfermo mental, revisó la legalidad de disposiciones que modificaron radicalmente las condiciones de cumplimiento de una medida de internación.

En el ámbito americano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (www.corteidh.org.cr), que es el órgano de la Organización de Estados Americanos competente para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tuvo oportunidad de pronunciarse por primera vez respecto de esta materia el 4 de julio de 2006. Fue en el caso “*Ximenes Lopes vs. Brasil*” que llegó a la Corte Interamericana a raíz de la demanda presentada contra el Estado de Brasil por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que sometió a su consideración el caso originado en la denuncia N° 12.237 recibida en la Secretaría de la Comisión el 22 de noviembre de 1999. Según lo solicitado en la demanda por la Comisión, la Corte Interamericana debía resolver si el Estado de Brasil era responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 4, 5, 8 y 25 de la Convención Americana (derecho a la vida, derecho a la integridad personal, derecho a las garantías judiciales y derecho a la protección judicial, respectivamente) y de la obligación de respetar los derechos establecida en el artículo 1.1 de la Convención, por las supuestas condiciones inhumanas y degradantes de la hospitalización del señor Damiao Ximenes Lopes, persona con discapacidad mental; los golpes y ataques contra la integridad personal de que se indicó fue víctima por parte de los funcionarios de la Casa de Reposo Guararapes y su muerte, ocurrida mientras se encontraba allí internado sometido a tratamiento psiquiátrico; así como de la supuesta falta de investigación y garantías judiciales que caracterizaron su caso manteniéndolo en la impunidad. La víctima se encontraba internada en un establecimiento psiquiátrico privado que operaba en el marco del sistema público de salud de Brasil. La Comisión consideró que los hechos se veían agravados por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas con discapacidad mental, así como por la especial obligación del Estado de brindar protección a las personas que se encuentran bajo el cuidado de centros de salud que funcionan dentro del Sistema Único de Salud del Estado. La Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado a adoptar las medidas de reparación indicadas en la demanda y reintegrar costas y gastos. El tribunal consideró indispensable pronunciarse sobre la especial atención que los Estados deben a las personas que sufren discapacidades mentales en razón su particular vulnerabilidad, considerándolas titulares de una protección especial debida por el Estado para garantizar el respeto a los derechos humanos. Expresó que no bastaba que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que “...es imperativa la adopción de medidas positivas,

determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad. En tal sentido, los Estados deben tomar en cuenta que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las personas que viven en condiciones de extrema pobreza; niños y adolescentes en situación de riesgo, y poblaciones indígenas, enfrentan un incremento del riesgo de padecer discapacidades mentales, como era el caso del señor Damiao Ximenes Lopes. Es directo y significativo el vínculo existente entre la discapacidad, por un lado y la pobreza y la exclusión social, por otro. En razón de lo anterior, entre las medidas positivas a cargo de los Estados se encuentran aquellas necesarias para prevenir todas las formas de discapacidad prevenibles, y dar a las personas que padecen de discapacidades mentales el tratamiento preferencial apropiado a su condición. Las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades mentales sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad. Con relación a la salvaguarda de la vida y la integridad personal, es necesario considerar que las personas con discapacidad que viven o son sometidas a tratamientos en instituciones psiquiátricas, son particularmente vulnerables a la tortura u otras formas de trato cruel, inhumano o degradante. La vulnerabilidad intrínseca de las personas con discapacidades mentales es agravada por el alto grado de intimidad que caracteriza a los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas, que torna a esas personas más susceptibles a tratos abusivos cuando son sometidas a internación”. En los entornos institucionales, ya sea en hospitales públicos o privados, el personal médico encargado del cuidado de los pacientes, ejerce un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. Este desequilibrio intrínseco de poder entre una persona internada y las personas que tienen la autoridad, se multiplica muchas veces en las instituciones psiquiátricas. La tortura y otras formas de trato cruel, inhumano o degradante, cuando infligidas a esas personas afectan su integridad psíquica física y moral, suponen una afrenta para su dignidad y restringen gravemente su autonomía, lo cual podría tener como consecuencia agravar la enfermedad. Todas las anteriores circunstancias exigen que se ejerza una estricta vigilancia sobre dichos establecimientos. Los Estados tienen el deber de supervisar y garantizar que en toda institución psiquiátrica, pública o privada, sea preservado el derecho de los pacientes de recibir un tratamiento digno, humano y profesional, y de ser protegidos contra la explotación, el abuso y la degradación”. La atención de la salud mental debe estar disponible a toda persona que lo necesite. Todo tratamiento de personas que padecen de discapacidades mentales debe estar dirigido al mejor interés del paciente, debe tener como objetivo preservar su dignidad y su autonomía,

reducir el impacto de la enfermedad, y mejorar su calidad de vida". (VI c 103-109). En el caso sometido a conocimiento de la Corte Interamericana se trataba de un hombre joven (30 años) dedicado a la música y las artes que presentaba una discapacidad mental de origen orgánico, proveniente de alteraciones en el funcionamiento de su cerebro (la sentencia no menciona con exactitud el diagnóstico) a raíz de las cuales presentaba esporádicamente dificultades y necesidad de tratamiento específicas que obligaron a su madre conviviente a internarlo en dos oportunidades en la Casa de Reposo Guararapes. La primera internación duró dos meses y salió mejorado, aunque presentaba heridas en sus rodillas y tobillos, que según manifestó al ser preguntado por su madre, fueron causadas por la violencia empleada contra él en dicha institución. En tal circunstancia ante la presentación efectuada por los familiares las autoridades de la institución afirmaron que se las había autoinfligido al intentar fugarse. El episodio no fue investigado. El 1 de octubre de 1999 se produce una nueva internación de Ximenes Lopes en la misma Casa de Reposo Guararapes porque no tomaba la medicación y no quería comer ni dormir, encontrándose nervioso. Al ingresar lo hizo en perfecto estado de salud físico y no se constataron lesiones en su cuerpo como tampoco presentaba en su conducta señales de agresividad.

En la historia clínica obraba una sola observación dejando constancia de que se encontraba "calmo, desorientado, (...) confuso", el 3 de octubre tuvo una crisis de agresividad y estaba desorientado, negándose a salir de un baño, fue entonces dominado por un auxiliar de enfermería y dos pacientes. Sufrió una lesión en el rostro al ser reducido, en la noche tuvo otro episodio y volvió a ser sometido a contención física durante la noche del domingo y el lunes por la mañana. El 4 de octubre a las 09.00 hs., cuando llegó a visitarlo su madre, lo encontró sangrando, con hematomas, la ropa rota, sucio y oliendo a excremento, con las manos atadas hacia atrás y dificultad para respirar, agonizante, gritando y pidiendo auxilio a la policía. La madre del paciente acudió al director médico quien sin examinarlo le prescribió medicinas y se retiró de la institución en la que ningún médico quedó a cargo. A las 11.30 hs del mismo día el paciente falleció en circunstancias violentas, dos horas después de haber sido medicado y sin ser asistido por médico alguno en el momento de su muerte. No se le prestó una adecuada asistencia y el paciente se encontraba, según concluyó la Corte Interamericana, a la merced de todo tipo de agresiones y accidentes que pudieran colocar en riesgo su vida, en razón de la falta de cuidados. El médico declaró la muerte y no ordenó realizar autopsia, señalando como causa de aquella "paro cardiorrespiratorio". Los familiares solicitaron la realización de una autopsia y su cuerpo fue trasladado al Instituto Médico Legal en donde el mismo médico director de la clínica era también médico y realizó la autopsia del cadáver concluyendo "inferimos que se trata de una muerte real de causa indeterminada". Una posterior reautopsia en el año 2002 practicada en el mismo instituto con el cadáver en avanzado estado de descomposición concluyó nuevamente que se trataba de un caso de

“muerte real de causa indeterminada”. La investigación penal de la justicia se hallaba considerablemente demorada al tiempo de expedirse la Corte Interamericana,, no habiéndose dictado hasta entonces resolución de primera instancia.

La Corte encontró diversas irregularidades pues la Casa de Reposo había sido inspeccionada por la Comisión de Investigación Administrativa encontrando que la misma no ofrecía las condiciones exigibles y era incompatible con el ejercicio ético profesional de la medicina. El Grupo de Acompañamiento de Asistencia Psiquiátrica del Ministerio de Salud recomendó el cierre de dos enfermerías que funcionaban en el sótano, por faltas en su funcionamiento e irregularidades, además de constatar superpoblación que obligaba a los pacientes a ocupar lechos-pisos, durmiendo en el suelo. Las irregularidades y falencias se verificaron también respecto de la falta de medios de asistencia de urgencia, condiciones de higiene de baños y cocina, instalación eléctrica riesgosa y falta de medios de protección para el personal y los pacientes. No constaban informes de seguimiento de terapeutas ocupacionales, asistentes ni enfermeros *“los cuales son de fundamental importancia para los cuidados de salud mental”*. También se comprobaron malos tratos a los pacientes, se sugirió se suprimiera el permiso para prestar servicios en el ámbito del sistema único de salud. Ante tales circunstancias la Corte Interamericana, entre otros aspectos fundamentales expresados en su fallo reconoció *“...que la discapacidad mental no debe ser entendida como una incapacidad para determinarse, y debe aplicarse la presunción de que las personas que padecen de ese tipo de discapacidades son capaces de expresar su voluntad, la que debe ser respetada por el personal médico y las autoridades. Cuando sea comprobada la imposibilidad del enfermo para consentir, corresponderá a sus familiares, representantes legales o a la autoridad competente, emitir el consentimiento en relación con el tratamiento a ser empleado”*.

La Corte aquí se refiere, al “discernimiento” que puede presentarse o no en el enfermo mental, dependiendo de cada circunstancia, como habrá de analizarse al tratar en detalle los conceptos de la sección segunda referida a la teoría y la normativa.

El tribunal interamericano entendió como “sujeción” cualquier acción que interfiera con la capacidad de un paciente de tomar decisiones o que restringe su libertad de movimiento. Señalando que el uso de la sujeción posee un alto riesgo de ocasionar daños o la muerte del paciente y que las caídas y lesiones son comunes durante dicho procedimiento, agregando *“El tribunal considera que la sujeción es una de las medidas más agresivas a que puede ser sometido un paciente en tratamiento psiquiátrico. Para que esté en conformidad con el respeto a la integridad psíquica, física y moral de la persona, según los parámetros exigidos por el artículo 5 de la Convención Americana, debe ser empleada como medida de último recurso y únicamente con la finalidad de proteger al paciente o bien al personal médico y a terceros, cuando el comportamiento de la persona en cuestión sea tal que ésta represente una*

amenaza a la seguridad de aquéllos. La sujeción no puede tener otro motivo sino éste, y sólo debe ser llevada a cabo por personal calificado y no por los pacientes (...) el personal médico debe aplicar el método de sujeción que sea menos restrictivo, después de una evaluación de su necesidad, por el período que sea absolutamente necesario, y en condiciones que respeten la dignidad del paciente y que minimicen los riesgos al deterioro de su salud. Al señor Damiao Ximenes Lopes se le sujetó con las manos hacia atrás entre la noche del domingo y el lunes por la mañana sin una reevaluación de la necesidad de proseguir en la contención, y se le dejó caminar sin la adecuada supervisión. Esta forma de sujeción física a que fue sometida la presunta víctima no satisface la necesidad de proveer al paciente un tratamiento digno, ni la protección de su integridad psíquica, física o moral”.

Al evaluar los deberes del Estado en relación con las personas con discapacidad mental la Corte entendió que *“el Estado asume la posición especial de garante con respecto a personas que se encuentran bajo su custodia o cuidado, a quienes el Estado tiene la obligación positiva de proveer las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna. Considerando que ello se aplica de forma especial a las personas que se encuentran recibiendo atención médica, ya que la finalidad última de la prestación de servicios de salud es la mejoría de la condición de salud física o mental del paciente, lo que incrementa significativamente las obligaciones del Estado, y le exige la adopción de las medidas disponibles y necesarias para impedir el deterioro de la condición del paciente y optimizar su salud. Finalmente, los cuidados de que son titulares todas las personas que se encuentran recibiendo atención médica, alcanzan su máxima exigencia cuando se refieren a pacientes con discapacidad mental, dada su particular vulnerabilidad cuando se encuentran en instituciones psiquiátricas”.*

“El tribunal ha establecido que el deber de los Estados de regular y fiscalizar las instituciones que prestan servicio de salud, como medida necesaria para la debida protección de la vida e integridad de las personas bajo su jurisdicción, abarca tanto a las entidades públicas y privadas que prestan servicios públicos de salud como aquellas instituciones que se dedican exclusivamente a servicios privados de salud (...) el Estado no sólo debe regularlas y fiscalizarlas, sino que además tiene el especial deber de cuidado en relación con las personas ahí internadas (por la normativa internacional y su normativa interna)

La Corte entendió que el Estado de Brasil conocía las condiciones de internación que la Casa de Reposo de Guararapes ofrecía en la época de los hechos, la violencia en contra de sus pacientes ya había sido el contexto de la muerte de dos personas internadas en dicho hospital, además el Grupo de Acompañamiento de Asistencia Psiquiátrica del Ministerio de Salud había emitido un informe sobre el resultado de la inspección de dicha Casa de Reposo encomendando el cierre de dos enfermerías, el Departamento de Vigilancia Sanitaria de la Secretaría de Salud y Asistencia Social un médico

auditor y la Coordinadora de Control, Evaluación y Auditoría del Sistema Municipal concluyeron que no cumplía con las exigencias de la normativa pertinente y recomendaron que se arreglaran de inmediato las irregularidades. Ninguna medida fue adoptada para mejorar las precarias condiciones lo que no es compatible, según la Corte con el deber del Estado de regular la atención de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción. Por ello concluyó que el Estado tenía responsabilidad internacional por incumplir su deber de cuidar y prevenir la vulneración de la vida y la integridad personal, así como su deber de regular y fiscalizar la atención médica de salud, que constituyen deberes especiales derivados de la obligación de garantizar los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana.

También entendió que una de las condiciones para garantizar efectivamente el derecho a la vida y a la integridad personal es el cumplimiento del deber de investigar las afectaciones a los mismos, el cual se deriva del artículo 1.1 de la Convención en conjunto con el derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado. Dado lo anterior, consideró que “...*El Estado tiene el deber de iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, que no se emprenda como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la investigación, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables de los hechos, especialmente cuando están o pueden estar involucrados agentes estatales*”.

Por todo ello, la Corte Interamericana declaró:

“... *Por unanimidad, que:*

2. *El Estado violó, en perjuicio del señor Damião Ximenes Lopes, tal como lo reconoció, los derechos a la vida y a la integridad personal, consagrados en los artículos 4.1 y 5.1 y 5.2, de la Convención Americana, en relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado, en los términos de los párrafos 119 a 150 de la presente Sentencia.*

3. *El Estado violó, en perjuicio de las señoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda y los señores Francisco Leopoldino Lopes y Cosme Ximenes Lopes, familiares del señor Damião Ximenes Lopes, el derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana, en relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado, en los términos de los párrafos 155 a 163 de la presente Sentencia.*

4. *El Estado violó, en perjuicio de las señoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, familiares del señor Damião Ximenes Lopes, los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos establecida en el*

artículo 1.1 de la misma, en los términos de los párrafos 170 a 206 de la presente Sentencia.

5. Esta Sentencia constituye per se una forma de reparación, en los términos del párrafo 251 de la misma.

Y DISPONE,

Por unanimidad, que:

6. El Estado debe garantizar, en un plazo razonable, que el proceso interno tendiente a investigar y sancionar a los responsables de los hechos de este caso surta sus debidos efectos, en los términos de los párrafos 245 a 248 de la presente Sentencia.

7. El Estado debe publicar, en el plazo de seis meses, en el Diario Oficial y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, el Capítulo VII relativo a los Hechos Probados de esta Sentencia, sin las notas al pie de página correspondientes, así como la parte resolutive de la presente Sentencia, en los términos del párrafo 249 de la misma.

8. El Estado debe continuar desarrollando un programa de formación y capacitación para el personal médico, psiquiátrico, psicológico, de enfermería, auxiliares de enfermería y para todas aquellas personas vinculadas con la atención de salud mental, en particular, sobre los principios que deben regir el trato de las personas que padecen discapacidades mentales, conforme a los estándares internacionales en la materia y aquellos establecidos en la presente Sentencia, en los términos del párrafo 250 de la misma.

9. El Estado debe pagar en efectivo a las señoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, en el plazo de un año, por concepto de la indemnización por daño material, la cantidad fijada en los párrafos 225 y 226 de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 224 a 226 de la misma.

10. El Estado debe pagar en efectivo a las señoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, y los señores Francisco Leopoldino Lopes y Cosme Ximenes Lopes, en el plazo de un año, por concepto de la indemnización por daño inmaterial, la cantidad fijada en el párrafo 238 de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 237 a 239 de la misma.

11. El Estado debe pagar en efectivo, en el plazo de un año, por concepto de costas y gastos generados en el ámbito interno y en el proceso internacional ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la cantidad fijada en el párrafo 253 de la presente Sentencia, la cual deberá ser entregada a la señora Albertina Viana Lopes, en los términos de los párrafos 252 a 253 de la misma.

12. Supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para darle cumplimiento.

-El juez Sergio García Ramírez hizo conocer a la Corte su Voto Razonado y el Juez Antônio Augusto Cançado Trindade hizo conocer a la Corte su Voto Separado, los cuales acompañan la presente Sentencia-. Redactada en español y en portugués, haciendo fe el texto en español, en San José, Costa Rica, 4 de julio de 2006”.

El reconocimiento de la Corte Interamericana en forma detallada y expresa de fundamentales derechos que deben ser respetados y garantizados por los Estados en la protección de los enfermos y discapacitados mentales, así como la expresa obligación de aquellos de efectivizar y garantizar la protección debida a quienes por su situación se encuentran en particular condición de vulnerabilidad, resulta un antecedente de enorme trascendencia que deberá servir como guía en la decisión y encuadramiento de las diversas formas de avasallamiento y lesión a sus derechos que estos pacientes padecen tan frecuentemente por la imposibilidad de defenderse adecuadamente y exigir ser protegidos a quienes tienen el deber de velar por ellos, dándoles los cuidados adecuados y el tratamiento que necesitan para que la protección no se convierta en una medida que los somete a un régimen que se torna en castigo.

También debe mencionarse la labor desarrollada en tiempos recientes por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en tal sentido y en el marco de soluciones amistosas (vgr. en el caso “Victor Rosario Congo c/República de Ecuador –N° 11.427 del 12 de marzo de 1997) vinculado a malos tratos y abusos. Así como en el caso “Porco, Marcela contra el Estado de Bolivia” –N° 11.426 del 5 marzo de 2008- donde la ciudadana de origen marplatense se encontraba alojada en una cárcel común pese a su enfermedad mental, la Comisión obvió los procedimientos internos del Estado, por retardo injustificado, haciendo la denuncia ante el órgano internacional.

En cuanto a las normas internacionales de primordial aplicación en América la “Convención Interamericana sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad” es el primer instrumento jurídico internacional americano que se ocupa específicamente de las personas con discapacidad. En cuanto a la escasa jurisprudencia emitida hasta el presente en la materia, se explica teniendo en cuenta que incluso los fallos emitidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo correspondientes a violaciones de derechos humanos vinculados con privaciones de libertad y tratamientos prodigados a enfermos mentales, son un porcentaje mínimo dada la escasez de los casos que llegan a tramitarse, ya que deben agotarse previamente todos los procedimientos previstos en el orden interno de cada Estado.

Dentro del marco de la Organización de Estados Americanos y de las Naciones Unidas se destacan en la materia, además de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y un documento más específico aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de

diciembre de 1991 en su septuagésimo quinta sesión plenaria, mediante la Resolución 46/119. Fue denominado “Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental” y lleva un anexo. Este documento y su anexo fueron presentados ante la Asamblea General por la Comisión de Derechos Humanos por medio del Consejo Económico y Social, valorándose asimismo las recomendaciones de éste respecto a la necesidad de adoptar el proyecto y darle la más amplia difusión a su texto completo para referencia de los gobiernos y del público en general. Para ello tuvo en cuenta documentos anteriores como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Declaración de los Derechos de los Impedidos, como así también los principios que hacen a la protección de toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión y atendiendo a un estudio sobre la protección de las personas detenidas a causa de enfermedad mental con el objetivo de formular directrices en la materia. Estos principios se habrán de aplicar, según el enunciado del anexo referido, sin discriminación alguna por motivos de discapacidad, raza, color, sexo, idioma, religión, opinión, origen nacional, étnico o social, estado civil o condición social, edad, patrimonio o nacimiento.

Ese instrumento contiene una cláusula general de limitación: *“El ejercicio de los derechos enunciados en los presentes Principios sólo podrá estar sujeto a las limitaciones previstas por la ley que sean necesarias para proteger la salud o la seguridad de la persona de que se trate o de otras personas, o para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de terceros”* (*). Esta cláusula admite las restricciones a la libertad que establecen la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales respecto de ciertos enfermos mentales cuando presentan el peligro de causar daño, sea a sí mismos o a otras personas (por ejemplo, la normativa del artículo 482 del Código Civil de la República Argentina).

*La versión original en idioma inglés de la Resolución 46/119 emplea el término *“others”* que la versión en español disponible en el Centro de Documentación de Naciones Unidas traduce como “terceros”. Esta traducción no resulta concordante con el significado jurídico del término “terceros”, propio del ámbito del derecho civil y que designa a quienes son ajenos a una relación -al menos- bilateral. La traducción al español emplea entonces el término “terceros” en un sentido vulgar, como sinónimo de “otras personas”, siendo este último, técnica y lingüísticamente más adecuado al *“others”* del original inglés.

La exposición detallada de estos “Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental” resulta oportuna toda vez que se verán reflejados en normas de distinta jerarquía dictadas en distintas épocas por la legislación interna argentina.

El Principio Primero consagra las libertades fundamentales y derechos básicos:

“Todas las personas tienen derecho a la mejor atención disponible en materia de salud mental, que será parte del sistema de asistencia sanitaria y social. Todas las personas que padezcan una enfermedad mental, o que estén siendo atendidas por esa causa, serán tratadas con humanidad y con respeto a la dignidad inherente de la persona humana”. Se establecen límites irrenunciables respecto del trato digno que debe prodigarse a los enfermos mentales en las particulares condiciones en que se encuentren, sea en libertad o en un medio hospitalario o carcelario. Rechaza los tratamientos experimentales -aún aceptados por la comunidad científica- en cuanto afecten a su salud de manera irreversible. El párrafo tercero consagra la protección contra la explotación económica, sexual o de otra índole, contra el maltrato físico y contra el trato degradante. El cuarto y el quinto son abstractos en cuanto establecen que “no habrá discriminación por motivo de enfermedad mental” y 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”. El párrafo sexto atiende a la capacidad civil de las personas que padecen enfermedades mentales: “Toda decisión de que debido a su enfermedad mental, una persona carece de capacidad jurídica y toda decisión de que a consecuencia de dicha incapacidad se designe a un representante legal, se tomará sólo después de una audiencia equitativa ante un tribunal independiente e imparcial establecido por la legislación nacional. La persona de cuya capacidad se trate tendrá derecho a estar representada por un defensor. Si la persona no obtiene por sí misma dicha representación, se le pondrá a su disposición sin cargo alguno en la medida de que no disponga de medios suficientes para pagar dichos servicios. El defensor no podrá representar en las mismas actuaciones a una institución psiquiátrica ni a su personal, ni tampoco podrá representar a un familiar de la persona de cuya capacidad se trate, a menos que el tribunal compruebe que no existe ningún conflicto de intereses. Las decisiones sobre la capacidad y la necesidad de un representante personal se revisarán en los intervalos razonables previstos en la legislación nacional. La persona de cuya capacidad se trate, su representante legal, si lo hubiere y cualquier otro interesado, tendrán derecho a apelar esa decisión ante un tribunal superior”. El párrafo séptimo prevé la adopción por parte del tribunal competente de las medidas necesarias y apropiadas para asegurar la protección de los intereses de una persona que padece enfermedad mental que no le permite ocuparse de sus propios asuntos.

El principio segundo considera aplicables los propósitos enumerados a los menores que, de ser necesario, serán dotados de un representante ajeno a su familia.

El principio tercero favorece el mantenimiento del sujeto en el ámbito propio del entorno libre, priorizando el tratamiento ambulatorio: *“Toda persona que padezca una enfermedad mental tendrá derecho a vivir y a trabajar, en la medida de lo posible, en la comunidad”*.

El principio cuarto –párrafos primero a tercero- resguarda contra los abusos de los conceptos de “enfermedad mental” y de “enfermo mental” que pudieran ser utilizados para justificar persecuciones de cualquier índole: *“La determinación de que una persona padece una enfermedad mental se formulará con arreglo a normas médicas aceptadas internacionalmente. La determinación no se efectuará nunca fundándose en la condición política, económica o social, en la afiliación a un grupo cultural, racial o religioso, o en cualquier otra razón que no se refiera directamente al estado de la salud mental. Los conflictos familiares o profesionales o la falta de conformidad con los valores morales, sociales, culturales o políticos o con las creencias religiosas dominantes en la comunidad de una persona, en ningún caso constituirán un factor determinante del diagnóstico de enfermedad mental”*. Deja a salvo las determinaciones aceptadas por la comunidad científica, que deberán ser interpretadas cuidadosamente pues los conceptos de enfermedad y sus diferentes entidades nosológicas forman parte del paradigma de una cultura determinada. Los párrafos cuarto y quinto establecen otros resguardos: *“El hecho de que un paciente tenga un historial de tratamiento o de hospitalización no bastará por sí solo para justificar en el presente o en el porvenir la determinación de una enfermedad mental. Ninguna persona o autoridad clasificará a una persona como enferma mental o indicará de otro modo que padece una enfermedad mental salvo para fines directamente relacionados con la enfermedad mental o con las consecuencias de ésta”*.

El principio quinto se ocupa del examen médico que permite comprobar la existencia de la enfermedad mental en cuanto a la forma en que deberá desarrollarse: *“Ninguna persona será forzada a someterse a examen médico con objeto de determinar si padece o no una enfermedad mental, a no ser que el examen se practique con arreglo a un procedimiento autorizado por el derecho nacional”*.

El principio sexto establece la confidencialidad de la información relativa a los enfermos mentales.

El principio séptimo se ocupa del tratamiento del enfermo mental respecto de su lugar de arraigo: *“Todo paciente tendrá derecho a ser tratado y atendido,*

en la medida de lo posible, en la comunidad en la que vive (...) Cuando el tratamiento se administre en una institución psiquiátrica, el paciente tendrá derecho a ser tratado, siempre que sea posible, cerca de su hogar o del hogar de sus familiares o amigos y tendrá derecho a regresar a la comunidad lo antes posible”.

El principio octavo establece las normas de la atención: *“Todo paciente tendrá derecho a recibir la atención sanitaria y social que corresponda a sus necesidades de salud y será atendido y tratado con arreglo a las mismas normas aplicables a los demás enfermos. Se protegerá a todo paciente de cualesquier daño, incluida la administración injustificada de medicamentos, los malos tratos por parte de otros pacientes, del personal o de otras personas u otros actos que causen ansiedad mental o molestias físicas”.*

El principio noveno atiende a las particularidades del tratamiento: *“Todo paciente tendrá derecho a ser tratado en un ambiente lo menos restrictivo posible y a recibir el tratamiento menos restrictivo y alterador posible que corresponda a sus necesidades de salud y a la necesidad de proteger la seguridad física de otros”.* Este párrafo guarda relación con la cláusula general de limitación en cuanto a la prevención de perjuicios hacia otras personas. *“El tratamiento y los cuidados de cada paciente se basarán en un plan prescripto individualmente, examinado con el paciente, revisado periódicamente, modificado llegado el caso y aplicado por personal profesional calificado. La atención psiquiátrica se dispensará siempre con arreglo a las normas de ética pertinentes de los profesionales de salud mental, en particular las aceptadas internacionalmente como los Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas. En ningún caso se hará uso indebido de los conocimientos y las técnicas psiquiátricos. El tratamiento de cada paciente estará destinado a preservar y estimular su independencia personal”.*

Las cuestiones referidas a la medicación son consideradas en el principio décimo: *“La medicación responderá a las necesidades fundamentales de salud del paciente y sólo se le administrará con fines terapéuticos o de diagnóstico y nunca como castigo o para conveniencia de terceros. Con sujeción a las disposiciones del párrafo 15 del principio 11 infra, los profesionales de salud mental sólo administrarán medicamentos de eficacia conocida o demostrada. Toda la medicación deberá ser prescrita por un profesional de salud mental autorizado por la ley y se registrará en el historial del paciente”.*

El principio undécimo se ocupa del consentimiento necesario para someter al enfermo mental a un tratamiento: *“No se administrará ningún tratamiento a un paciente sin su consentimiento informado, salvo en los casos previstos en*

los párrafos 6,7,8, 13 y 15 del presente principio. Por consentimiento informado se entiende el consentimiento obtenido libremente sin amenazas ni persuasión indebida, después de proporcionar al paciente información adecuada y comprensible, en una forma y en un lenguaje que éste entienda, acerca de:

a) el diagnóstico y su evaluación

b) el propósito, método, duración posible y beneficios que se espera obtener del tratamiento propuesto

c) las demás modalidades posibles de tratamiento, incluidas las menos alteradoras posibles d) los dolores o incomodidades posibles y los riesgos y secuelas del tratamiento propuesto.

El paciente podrá solicitar que durante el procedimiento seguido para que dé su consentimiento estén presentes una o más personas de su elección. El paciente tiene derecho a negarse a recibir tratamiento o a interrumpirlo, salvo en los casos previstos en los párrafos 6, 7 8, 13 y 15 del presente principio. Se deberán explicar al paciente las consecuencias de su decisión de no recibir o interrumpir tratamiento”. Luego se establece el carácter irrenunciable del derecho al consentimiento informado y sus excepciones: “Con excepción de lo dispuesto en los párrafos 7,8, 12, 13, 14 y 15 del presente principio, podrá aplicarse un plan de tratamiento propuesto sin el consentimiento informado del paciente cuando concurren las siguientes circunstancias:

a) Que el paciente, en la época de que se trate, sea un paciente involuntario.

b) Que una autoridad independiente que disponga de toda la información pertinente, incluida la información especificada en el párrafo 2 del presente principio, compruebe que, en la época de que se trate, el paciente está incapacitado para dar o negar su consentimiento informado al plan de tratamiento propuesto, o si así lo prevé la legislación nacional, teniendo presente la seguridad del paciente y la de terceros, que el paciente se niega irracionalmente a dar su consentimiento.

c) Que la autoridad independiente compruebe que el plan de tratamiento propuesto es el más indicado para atender a las necesidades de salud del paciente.

Estas disposiciones podrán salvarse cuando “...el paciente tenga un representante personal facultado por ley para dar su consentimiento respecto del tratamiento del paciente; no obstante, salvo en los casos previstos en los párrafos 12, 13, 14 y 15 del presente principio, se podrá aplicar un tratamiento a este paciente sin su consentimiento informado cuando, después que se le haya proporcionado la información mencionada en el párrafo 2 del presente principio, el representante personal dé su consentimiento en nombre del paciente. Salvo lo dispuesto en los párrafos 12,13, 14 y 15 del presente principio, también se podrá aplicar un tratamiento a cualquier paciente sin su consentimiento informado si un profesional de salud mental calificado y autorizado por ley determina que ese tratamiento es urgente y necesario para impedir un daño inmediato o inminente al paciente o a otras personas. Ese

tratamiento no se aplicará más allá del período estrictamente necesario para alcanzar ese propósito. No se someterá a ningún paciente a restricciones físicas o a reclusión involuntaria salvo con arreglo a los procedimientos oficialmente aprobados de la institución psiquiátrica y sólo cuando sea el único medio disponible para impedir un daño inmediato o inminente al paciente o a otros. Esas prácticas no se prolongarán más allá del período estrictamente necesario para alcanzar ese propósito. Todos los casos de restricción física o de reclusión involuntaria, sus motivos y su carácter y duración se registrarán en el historial clínico del paciente. Un paciente sometido a restricción o reclusión será mantenido en condiciones dignas y bajo el cuidado y la supervisión inmediata y regular de personal calificado. Se dará pronto aviso de toda restricción física o reclusión involuntaria de pacientes a los representantes personales, de haberlos y proceder. Nunca podrá aplicarse la esterilización como tratamiento de la enfermedad mental. La persona que padece una enfermedad mental podrá ser sometida a un procedimiento médico u operación quirúrgica importante únicamente cuando lo autorice la legislación nacional, cuando se considere que ello es lo que más conviene a las necesidades de salud del paciente y cuando el paciente dé su consentimiento informado, salvo, cuando no esté en condiciones de dar ese consentimiento, sólo se autorizará el procedimiento o la operación después de practicarse un examen independiente. No se someterá nunca a tratamientos psicoquirúrgicos u otros tratamientos irreversibles o que modifican la integridad de las persona, a pacientes involuntarios de una institución psiquiátrica y esos tratamientos sólo podrán, en la medida en que la legislación nacional lo permita, aplicarse a cualquier otro paciente cuando éste haya dado su consentimiento informado y cuando un órgano externo independiente compruebe que existe realmente un consentimiento informado y que el tratamiento es el más conveniente para las necesidades de salud del paciente. No se someterá a ensayos clínicos ni a tratamientos experimentales a ningún paciente sin su consentimiento informado, excepto cuando el paciente esté incapacitado para darlo, en cuyo caso sólo podrá ser sometido a un ensayo clínico o a un tratamiento experimental con la aprobación de un órgano de revisión competente e independiente que haya sido establecido específicamente con este propósito. En los casos especificados en los párrafos 6,7,8, 13, 14 y 15 del presente principio, el paciente o su representante personal, o cualquier persona interesada, tendrán derecho a apelar ante un órgano judicial u otro órgano independiente en relación con cualquier tratamiento que haya recibido”.

El principio duodécimo consagra la información que debe proporcionarse al paciente respecto de sus derechos: “*Todo paciente recluido en una institución psiquiátrica será informado lo más pronto posible después de la admisión y en una forma y lenguaje que comprenda, de todos los derechos que le corresponden de conformidad con los presentes Principios y en virtud de la*

legislación nacional, información que comprenderá una explicación de esos derechos y la manera de ejercerlos". En caso de no hallarse el paciente en condiciones de comprender dicha información deberá comunicarse a su representante o a las personas capaces de representar sus intereses que deseen hacerlo. *"El paciente que tenga la capacidad necesaria tiene el derecho de designar a una persona a la que se debe informar en su nombre y a una persona que represente sus intereses ante las autoridades de la institución"*. Este párrafo emplea de forma errónea el término "capacidad", pues en rigor se está refiriendo al "discernimiento" (*)

(*) Lo referido al significado jurídico de los términos capacidad y discernimiento se desarrollará más adelante en el capítulo correspondiente a la normativa civil aplicable a los enfermos mentales.

El principio decimotercero establece los derechos y condiciones a que deben quedar sujetas las instituciones psiquiátricas: *"Todo paciente de una institución psiquiátrica tendrá, en particular, el derecho a ser plenamente respetado por cuanto se refiere a su:*

a) reconocimiento en todas partes como persona ante la ley.

b) vida privada.

c) libertad de comunicación (incluye comunicación dentro de la institución, recibir visitas, enviar y recibir correspondencia, libre acceso a los servicios postales y telefónicos y a la prensa, radio y televisión).

d) libertad de religión o creencia.

El medio ambiente y las condiciones de vida en las instituciones psiquiátricas deberán aproximarse en la mayor medida posible a las condiciones de la vida normal de las personas de edad similar e incluirán en particular:

a) instalaciones para actividades de recreo y esparcimiento

b) instalaciones educativas

c) instalaciones para adquirir o recibir artículos esenciales para la vida diaria, el esparcimiento y la comunicación.

d) instalaciones y estímulo que permitan a los pacientes emprender ocupaciones activas adaptadas a sus antecedentes sociales y culturales, que permitan aplicar medidas apropiadas de rehabilitación para promover su reintegración en la comunidad (...)

"En ninguna circunstancia podrá el paciente ser sometido a trabajos forzados (...) El trabajo de un paciente en una institución psiquiátrica no será objeto de explotación. Todo paciente tendrá derecho a recibir por un trabajo la misma remuneración que se pagaría a una persona que no sea un paciente".

El principio decimocuarto indica los recursos que deben tener las instituciones psiquiátricas en cuanto al personal médico y profesionales calificados en número suficiente, a lugares de extensión adecuada para resguardar la intimidad del paciente, a un programa de terapia apropiada y activa, a un

equipo de diagnóstico y terapia y al suministro de medicamentos. También se ocupa de la necesidad de ejercer un adecuado control: *“Todas las instituciones psiquiátricas serán inspeccionadas por las autoridades competentes con frecuencia suficiente para garantizar que las condiciones, el tratamiento y la atención de los pacientes se conformen a los presentes Principios”*.

Los principios decimoquinto y decimosexto tratan acerca de las formas de admisión en las instituciones psiquiátricas: *“Cuando una persona necesite tratamiento en una institución psiquiátrica, se hará todo lo posible por evitar una admisión involuntaria. El acceso a una institución psiquiátrica se administrará de la misma forma que el acceso a cualquier institución por cualquier otra enfermedad. Todo paciente que no haya sido admitido involuntariamente tendrá derecho a abandonar la institución psiquiátrica en cualquier momento, a menos que se cumplan los recaudos para su mantenimiento como paciente involuntario, en la forma prevista en el principio 16 infra; el paciente será informado de ese derecho. “Una persona sólo podrá ser admitida como paciente involuntario en una institución psiquiátrica o ser retenido como paciente involuntario en una institución psiquiátrica a la que ya hubiera sido admitida como paciente voluntario, cuando un médico calificado y autorizado por ley a esos efectos determine, de conformidad con el principio 4 supra, que esa persona padece una enfermedad mental y considere:*

a) que debido a esa enfermedad mental existe un riesgo grave de daño inmediato o inminente para esa persona o para otros.

b) que, en el caso de una persona cuya enfermedad mental sea grave y cuya capacidad de juicio esté afectada, el hecho de que no se la admita o retenga puede llevar a un deterioro considerable de su condición o impedir que se le proporcione un tratamiento adecuado que sólo puede aplicarse si se admite al paciente en una institución psiquiátrica de conformidad con el principio de la opción menos restrictiva.

En el caso a que se refiere el apartado b) del presente párrafo, se debe consultar en lo posible a un segundo profesional de salud mental, independiente del primero. De realizarse esa consulta, la admisión o la retención involuntaria no tendrán lugar a menos que el segundo profesional convenga en ello. Inicialmente la admisión o la retención involuntaria se harán por un período breve determinado por la legislación nacional, con fines de observación y tratamiento preliminar del paciente, mientras el órgano de revisión considera la admisión o retención. Los motivos para la admisión o retención se comunicarán sin demora al paciente y la admisión o retención misma, así como sus motivos se comunicarán sin tardanza y en detalle al órgano de revisión, al representante personal del paciente, cuando sea el caso, y salvo que el paciente se oponga a ello, a sus familiares. Una institución psiquiátrica sólo podrá admitir pacientes involuntarios cuando haya sido

facultada a ese efecto por la autoridad competente prescripta por la legislación nacional”.

El principio decimoséptimo establece que el órgano de revisión debe ser judicial u otro órgano independiente e imparcial establecido por la legislación nacional, que será asistido para sus decisiones por uno o más profesionales de la salud mental calificados e independientes. El examen inicial por parte del órgano de revisión se llevará a cabo lo antes posible y de conformidad con procedimientos sencillos y expeditivos establecidos por la legislación nacional. *“El órgano de revisión examinará periódicamente los casos de pacientes involuntarios a intervalos razonables especificados por la legislación nacional”.* El párrafo siguiente menciona el derecho de todo paciente involuntario a solicitar al órgano de revisión que le otorgue el alta o que se le considere como paciente voluntario, a intervalos razonables prescritos por la legislación nacional. En cada examen, el órgano de revisión determinará si se siguen cumpliendo los requisitos para la admisión involuntaria –principio 16 párrafo 1-, en caso contrario el paciente será dado de alta como paciente involuntario. *“El paciente o su representante personal o cualquier persona interesada, tendrá derecho a apelar ante un tribunal superior la decisión de admitir al paciente o de retenerlo en una institución psiquiátrica”.*

El principio décimo octavo fija las garantías procesales; designar defensor, asistencia de intérprete, presentar informes y pruebas sobre su salud mental, obtener copias del expediente del paciente, asistir a la audiencia del tribunal y ser oído.

Según el principio décimo noveno, el paciente y quien hubiera tenido esa condición con anterioridad, aunque no la revista en el presente, tendrá derecho de acceso a la información relativa a su persona en el historial médico y en el expediente personal de la institución psiquiátrica.

Particular interés tiene el principio vigésimo en cuanto se ocupa de los “delincuentes”: *“El presente principio se aplicará a las personas que cumplan penas de prisión por delitos penales o que han sido detenidas en el transcurso de procedimientos o investigaciones penales efectuados en su contra y que, según se ha determinado o se sospecha, padecen una enfermedad mental”.* Este párrafo no distingue entre la situación del sujeto imputable que padece enfermedad mental sobreviniente al hecho antijurídico o incluso a la condena dictada por su comisión, del caso del sujeto que resultó inimputable por padecer al momento de cometer el hecho típico antijurídico una enfermedad mental que le impidió comprenderlo o dirigir sus acciones. Según el párrafo segundo *“ todas estas personas deben recibir la mejor atención disponible en materia de salud mental, según lo estipulado en el principio 1. Los presentes*

principios se aplicarán en su caso en la medida más plena posible, con las contadas modificaciones y excepciones que vengan impuestas por las circunstancias. Ninguna modificación o excepción podrá menoscabar los derechos de las personas reconocidos en los instrumentos señalados en el párrafo 5 del principio 1. “La legislación nacional podrá autorizar a un tribunal u otra autoridad competente para que basándose en un dictamen médico independiente, disponga que esas personas sean internadas en una institución psiquiátrica”.

Según el principio vigésimo primero *“Todo paciente o ex-paciente tendrá derecho a presentar una queja conforme a los procedimientos que especifique la legislación nacional.*

Los principios vigésimo segundo y vigésimo tercero señalan el rol que cabe a los Estados para sean efectivos los principios enunciados: *“Los Estados velarán para que existan mecanismos adecuados para promover el cumplimiento de los presentes Principios, inspeccionar las instituciones psiquiátricas, presentar, investigar y resolver quejas y establecer procedimientos disciplinarios o judiciales apropiados para casos de conducta profesional indebida o de violación de los derechos de los pacientes. Los Estados deberán aplicar los presentes Principios adoptando las medidas pertinentes de carácter legislativo, judicial, administrativo, educativo y de otra índole, que revisarán periódicamente. Los Estados deberán dar amplia difusión a los presentes Principios por medios apropiados y dinámicos”*

El principio vigésimo cuarto extiende la aplicación de todos los principios enumerados a toda persona que ingrese a una institución psiquiátrica.

Finalmente, el principio vigésimo quinto enfatiza, como lo hace el artículo 33 de la Constitución de la Nación Argentina, en declarar que nunca la enumeración precedente podrá entenderse como limitativa de derechos: *“No se impondrá ninguna restricción ni se admitirá ninguna derogación de los derechos de los pacientes, entre ellos los reconocidos en el derecho internacional o nacional aplicable, so pretexto de que los presentes Principios no reconocen tales derechos o de que sólo los reconocen parcialmente”.*

Estos principios consagrados en la Resolución 46/119 de la Asamblea General de Naciones Unidas resultan especialmente relevantes al momento de analizar las normas de protección a los enfermos mentales en el orden internacional y, como se anticipó, se encontrarán reflejados en el orden interno. (www.un.es) La Asamblea General de Naciones Unidas dicta otra resolución (46/120 del 17 de diciembre de 1991) de especial relevancia, referida a *“Los derechos humanos en la administración de justicia”*. Exhorta en ella a los Estados a prestar debida atención a los preceptos y normas que referencia,

proporcionando los mecanismos adecuados y los recursos suficientes para garantizar su eficaz aplicación como así también para que sean observados al momento de elaborar estrategias nacionales o regionales.

Esta resolución tiene en cuenta los documentos internacionales dictados contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en cuanto estipula que nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente y prohíbe imponer la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de dieciocho años de edad; la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial, atendiendo a los Principios para la protección de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión; los documentos referidos a la protección de las víctimas de abusos de poder; los principios básicos sobre la independencia de la judicatura y las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos.

También resulta de interés en la materia el Informe Anual presentado por el Secretario General a la Asamblea General de Naciones Unidas sobre los “Progresos realizados para velar por el pleno reconocimiento y el disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad”. (A/58/181, del 24 de julio de 2003). Este informe se concentra en las salvaguardias procesales de las personas con discapacidad mental, en particular lo relativo a su capacidad jurídica, internamiento y tratamiento, examinando los instrumentos internacionales y su incorporación en las legislaciones internas de los respectivos Estados. Fue confeccionado por el Secretario General en cumplimiento de la resolución 2002/61 de la Comisión de Derechos Humanos, en base a la información requerida mediante cuestionarios remitidos a los Estados, órganos y organizaciones pertinentes del sistema de Naciones Unidas e instituciones nacionales de derechos humanos. Los Estados que aportaron información respondiendo al cuestionario fueron: Argentina, Armenia, Belice, Costa Rica, Croacia, España, Guatemala, Líbano, Marruecos, México, Noruega, Países Bajos, Panamá, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Serbia y Montenegro y Suecia.

Refiriéndose a los Principios para la protección de los enfermos mentales, el Secretario General señala que *“en algunos casos el nivel de protección de los Principios es menor que el de los instrumentos de derechos humanos vigentes, como, por ejemplo, en lo que respecta al requisito del previo consentimiento informado para seguir un tratamiento. A este respecto, algunas organizaciones de personas con discapacidad, como la Red Mundial de Usuarios y Sobrevivientes de Tratamientos Psiquiátricos, han cuestionado la protección que ofrecen los Principios y su adecuación a las normas vigentes de derechos humanos en el contexto del tratamiento involuntario y de la detención. Además, los Principios carecen de disposiciones concretas en las que se exija a las autoridades judiciales competentes que adapten el régimen de la tutela a las capacidades reales de la persona”*.

En lo concerniente a la capacidad jurídica de las personas, señala el reconocimiento internacional de la personalidad jurídica que conduce al reconocimiento de la autonomía de la voluntad (*). Dado que en ciertas situaciones las personas afectadas de enfermedades mentales no se encuentran en condiciones de actuar con independencia, para proteger sus intereses se consagraron en los ordenamientos jurídicos nacionales los procesos de interdicción, incapacitación jurídica y curatela. La curatela (tutela según la versión española del documento) está destinada a proteger a la persona de cualquier peligro que pueda causarle su enfermedad mental. En ese ámbito, el derecho internacional exige la adopción de garantías sustanciales y procesales para impedir que se recurra indebidamente a ella y a la incapacitación jurídica de las personas.

* Artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

A partir de las respuestas remitidas por los distintos Estados, el Secretario General comprueba que en la mayor parte de ellos, la decisión sobre la capacidad jurídica es adoptada por un tribunal civil, teniendo en cuenta generalmente las opiniones de un especialista en salud mental. Como excepción señala a los Países Bajos, en los que la decisión sobre la capacidad es adoptada por un “proveedor de asistencias” en consulta con los miembros de su equipo y generalmente después de haber oído la opinión de un facultativo independiente. En la Región Administrativa Especial de Hong Kong, el nombramiento de tutor se lleva a cabo por la Junta de Tutela, que está integrada por expertos en diferentes disciplinas. Asimismo, en algunos países como Noruega, República Islámica de Irán, Armenia y Suecia, las decisiones sobre atención obligatoria son adoptadas por los profesionales de la medicina y sólo se someten al control de la autoridad judicial en una fase posterior. En cuanto a la procedencia del internamiento, la mayoría de los países solo admiten el internamiento cuando la persona representa un peligro para sí misma o para los demás. En otros, Croacia, Fiji, Grecia, RAE de Hong Kong, Noruega, Reino Unido, Rwanda, Suecia y Venezuela, el internamiento civil en una institución psiquiátrica también puede ordenarse cuando la persona necesite tratamiento aún cuando no revista esa peligrosidad.

En su informe, el Secretario General recuerda que el párrafo 1 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “*todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta*”. Esta disposición es de fundamental importancia en relación con el internamiento civil de personas con discapacidad intelectual o psiquiátrica, pues exige que el internamiento de discapacitados en instituciones psiquiátricas se realice con arreglo a las normas sustantivas y las garantías

procesales establecidas por la ley nacional. En tal sentido, el Comité de Derechos Humanos señaló en el párrafo 1 de su Observación General nº 8 del año 1982, que *“la protección que dispensaba el párrafo 1 del artículo 9 era aplicable a todas las formas de privación de libertad, ya sea como consecuencia de un delito o de otras razones, como por ejemplo las enfermedades mentales”*.

Destaca el Secretario General que *“el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, junto con los principios humanos básicos de la dignidad y la autonomía, faculta a los individuos para tomar decisiones independientes sobre sus vidas basándose en su propia conciencia (...) Las personas con discapacidades mentales –y en particular, los que residen en instituciones psiquiátricas- a menudo se ven privadas de este derecho, sobre la base –a veces errónea- de que carecen de capacidad para gobernar sus propios actos y comportamientos. La violación de su derecho a la autonomía propia puede ser especialmente grave en relación con la administración de tratamientos involuntarios o forzados, es decir, cuando las personas con discapacidades mentales son sometidas a tratamientos médicos o experimentos científicos sin su consentimiento previo e informado”*.

En sus conclusiones y recomendaciones expresa que *“Uno de los principales obstáculos para aplicar las normas actuales sobre derechos humanos relativas a las personas con discapacidad mental es la falta de directrices específicas para su aplicación. (...) Sería deseable que se analizara más detalladamente la aplicación de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos en las instituciones psiquiátricas. Esta clarificación podría proporcionarla el Comité de Derechos Humanos en una observación general (...) Los principios no reconocen ningún derecho expreso a rechazar el tratamiento por personas internadas en instituciones psiquiátricas. Las generosas excepciones a este derecho contenidas en el Principio 11 lo privan de su verdadero significado. El internamiento psiquiátrico de una persona no debería implicar la renuncia a su derecho a elegir su tratamiento médico. Este derecho está profundamente arraigado en el derecho internacional relativo a los derechos humanos. La limitación de los derechos referentes a las decisiones sobre los tratamientos debería ser siempre susceptible de revisión judicial (...) Los citados Principios no ofrecen criterios para evaluar si las decisiones sobre capacidad adoptadas por un tribunal son ‘necesarias’ y ‘apropiadas’ para proteger los intereses de la persona de que se trate. Cualquier restricción de los derechos de una persona debe basarse en la constatación específica de que esa persona es incapaz de tomar decisiones por sí misma en relación con la actividad concreta de que se trate. La decisión del tribunal debe determinar claramente los actos que la persona puede realizar por sí sola y aquellos para los que necesita asistencia. La privación absoluta de la capacidad jurídica sólo debe utilizarse como último recurso, cuando no haya otra alternativa. El juez deberá elegir siempre la opción que se acomode mejor a las necesidades de la persona en cuestión. Las decisiones sobre la*

capacidad jurídica deberían ser revisadas por la autoridad judicial competente a intervalos periódicos establecidos por la ley (...) también deberían revisarse los criterios de internamiento obligatorio, la existencia de un riesgo grave de daño inmediato o inminente para esa persona puede no ser una razón suficiente para justificar una medida que conculca drásticamente el disfrute de varios derechos humanos, incluidos el derecho a la libertad y la seguridad de la persona y el derecho a la libertad de movimiento”.

Este informe finaliza refiriendo “los abusos y la violación de las normas sobre derechos humanos son práctica común en muchas instituciones psiquiátricas de todo el mundo. Para evaluar el respeto en la práctica de tales normas sería preciso supervisar de cerca la aplicación real de los derechos de las personas con discapacidad mental. Los actuales órganos creados en virtud de los tratados de derechos humanos deberían alentar a los gobiernos a que incluyeran en sus informes periódicos información sobre las medidas adoptadas a este respecto”.

El 13 de diciembre de 2006 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la *Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad*, ratificada por nuestro país mediante Ley 26.378 –junio 2008-, constituye el instrumento de máxima jerarquía internacional sobre la materia incorporado así a la legislación argentina.

La existencia de los Principios reseñados precedentemente no era suficiente para hacer efectiva la obligación del Estado de aplicarlos, en todos sus poderes. Por eso debió sancionarse esta Convención.

Su artículo 12 regula la capacidad jurídica que abarca la capacidad de hecho y derecho, denotando un cambio de paradigma al respecto, adscribiendo al modelo social de discapacidad. En tanto los países suscriptores provenían de un régimen de “sustitución” del incapaz al momento de tomar decisiones, el nuevo modelo implementó el apoyo en la toma de decisiones adaptándose a cada caso, atendiendo a la vulnerabilidad y evitando mediante revisiones periódicas por los tribunales, que el sistema de apoyo se convierta en abuso. Fue necesaria una convención específica, porque la aplicación de los restantes tratados, no contemplaban la situación del enfermo mental. Dicha convención les dio voz a los enfermos mentales mediante su participación durante las discusiones. También regula el acceso a la justicia obligando a los Estados a adoptar las medidas necesarias para garantizar el rol efectivo en los procesos del sujeto con discapacidad abarcando todos los procesos no sólo el penal, y el artículo 13 en su inciso 2 prevé la capacitación al personal de justicia, policial y penitenciario sobre la materia. Incluye a todas las personas con cualquier tipo de discapacidad y tal vez la consolidación del nuevo modelo o paradigma que ella plantea, traiga modificaciones a nuestro Código Civil en el sentido de adaptar la legislación hacia un régimen prevalente de asistencia y no de sustitución.

Del análisis de las normas y documentos internacionales hasta aquí referidos, surge que se reconocen los principios y derechos fundamentales inherentes a la situación de los enfermos mentales, pero también que se constata la necesidad de instaurar y hacer efectivos controles relativos a las situaciones de riesgo en que pueden quedar estos enfermos dada su particular vulnerabilidad frente al medio en que habitan. De allí la importancia de establecer en las legislaciones nacionales todas las garantías procesales y sustantivas que permitan velar adecuadamente por el respeto a la dignidad y a la protección que estas personas merecen. No es superfluo recordar que según datos obtenidos en el Programa Global de Acción en Salud Mental presentado por la O.M.S. en Ginebra en el año 2004 el 20 % de la población de América Latina carecía de cobertura sociosanitaria y un 20 % de la población controlaba el 80 % de la riqueza. Tal contexto es bastante ilustrativo para hallar respuestas y reflexionar sobre la situación actual de la salud mental, toda vez que los trastornos neuropsiquiátricos juntos con el abuso de drogas constituyen la principal problemática en Latinoamérica.

LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA

La Constitución de la Nación Argentina establece en el artículo 31: *“Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten y los tratados con las potencias extranjeras son ley suprema de la Nación”*. Esta disposición aparece en la primera parte, consagrada a las declaraciones, derechos y garantías y se integra con lo establecido en el artículo 75 inciso 22 situado dentro del título primero de la segunda parte, en el capítulo dedicado a las atribuciones del Congreso de la Nación, que enumera los instrumentos internacionales declarados de jerarquía constitucional, disponiendo asimismo un régimen especial de votación para que otros tratados y convenciones sobre derechos humanos tengan la misma jerarquía. Esas convenciones internacionales, señala también este artículo, deben entenderse en su jerarquía constitucional como complementarias de los derechos y garantías reconocidos en la propia constitución.

Entre las garantías fundamentales, el artículo 18 tiende a evitar la detención o el encarcelamiento arbitrarios de las personas, garantizando así la libertad ambulatoria que sólo puede afectarse por orden escrita de autoridad competente. También reconoce la inviolabilidad de la defensa en juicio. Ambas garantías son enteramente aplicables a la situación de los enfermos mentales en lo que respecta a su libertad ambulatoria, a través del denominado “principio de limitación” y sus derivados.

Además de la intervención que corresponde al Estado frente a la comisión de delitos del derecho criminal, debe mencionarse el ejercicio del poder de policía que éste tiene en materia de salubridad. Para garantizar la salud pública, entendida como bien jurídico protegido, la libertad de las personas puede sufrir

algunas restricciones y hasta se pueden imponer algunas conductas como obligatorias. Son ejemplos de ello el caso de las vacunaciones, las denuncias de enfermedades, el cumplimiento de cargas públicas, el tratamiento de enfermedades infecciosas en período de contagio y la revisión médica previa al ingreso a empleos públicos o para la práctica deportiva. Pero el caso más extremo es el encierro coercitivo en caso de que una persona padezca una enfermedad mental que revista peligrosidad, aunque no haya cometido ningún hecho tipificado como delito.

La defensa de de la libertad -garantía constitucional y principio internacional- resulta decisiva para evaluar la aplicación de las normas sustantivas y procesales relativas a la internación forzada de enfermos mentales y a la restricción de su capacidad jurídica.

De conformidad con las competencias establecidas por el artículo 75 inciso 12 de la Constitución de la Nación Argentina, corresponde al Congreso de la Nación sancionar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales. Respetando los principios, garantías y derechos consagrados en la constitución, tratados y convenciones internacionales, corresponde a las provincias regular los aspectos procesales referidos a la aplicación de esas normas sustantivas.

En cualquier caso, tanto en el Código Penal de la Nación y el Código Civil de la República Argentina, como en los códigos procesales locales, como el Código Procesal Penal de la Nación, el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y los de las restantes provincias, como así también las leyes complementarias respectivas, habrán de respetarse los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

EL CÓDIGO PENAL

LA DECLARACION DE INIMPUTABILIDAD:

En el ámbito del derecho penal argentino, al igual que en otros ordenamientos del derecho comparado contemporáneo, tiene particular relevancia la distinción entre los sujetos autores de un hecho tipificado como delito que resultan imputables y aquéllos que pueden ser considerados inimputables. Esta distinción acarrea una consecuencia fundamental respecto de quienes, al momento de cometer el hecho típico, no reunieran las condiciones subjetivas que harían posible la representación de la criminalidad del acto y la dirección de sus acciones. En el proceso penal se producirá una declaración de inimputabilidad que habrá de descartar la imposición de la pena que le correspondería al autor del hecho típico.

Si ese sujeto, además, resulta peligroso para sí mismo o los demás, concurre el presupuesto de aplicación de una medida de seguridad contemplada en el

artículo 34 inciso 1 del Código Penal Argentino. Dicha norma no define la inimputabilidad, limitándose a señalar quienes no son punibles.

En su formulación positiva, según señala Soler, la imputabilidad *“es la posibilidad condicionada por la salud y la madurez espiritual del autor, de valorar correctamente los deberes y de obrar de acuerdo con ese conocimiento. La imputación de un hecho a un sujeto como persona es integrada por dos momentos distintos: una imputación objetiva y una subjetiva. Por eso el derecho penal distingue y separa a los sujetos en los cuales los presupuestos subjetivos de la imputabilidad faltan”* (...) *“Esos presupuestos subjetivos que establecen la impunidad del autor por motivos también subjetivos, no dependen de un hecho delictivo determinado, ni deben confundirse con las causas de justificación, ni con las de inculpabilidad por un hecho en particular”* (1). Esta aclaración es relevante en cuanto la mención aparentemente indiferenciada que realiza el código penal en el primer inciso del artículo 34 puede dar lugar a confusión al referirse al error o ignorancia de hecho no imputable inmediatamente después de designar a la insuficiencia, a la alteración morbosa de las facultades y al estado de inconciencia como causales que pueden llevar a un sujeto a obrar impedido de comprender la criminalidad del acto o de dirigir sus acciones. Ni el error ni la ignorancia de hecho no imputables se relacionan con la imputabilidad, sino con la culpabilidad, de la cual aquélla es necesario presupuesto. Las causales de inimputabilidad no deben confundirse con las causales que descartan la culpabilidad. La culpabilidad presenta un aspecto psíquico y otro valorativo, consistiendo en una actitud genérica de menosprecio de los valores jurídicos relacionada con cada figura en particular y admite dos formas básicas: el dolo y la culpa. La imputabilidad es un presupuesto necesario en cuanto fija las condiciones mínimas que el sujeto debe reunir para hacer posible un análisis de su culpabilidad por la comisión de un delito.

Dada la naturaleza del derecho penal y la jerarquía y carácter fundamental de los bienes jurídicos que protege, los elementos de la imputabilidad son básicos pues, como también refiere Soler citando casos de jurisprudencia resueltos en tal sentido, *“no es necesaria una fina conciencia valorativa para saber que el homicidio, el robo o el secuestro son malas acciones, por ello no es preciso encontrar perfecciones psíquicas en los procesados para concluir en su imputabilidad. Basta un mínimo de condiciones, siempre que de ellas resulte que el sujeto haya tenido conciencia de la criminalidad de su acto y facultad de dirigir sus acciones”* (2).

La elaboración doctrinaria del concepto de imputabilidad, así como su formulación negativa, la inimputabilidad, parte del artículo 34 inciso 1° del Código Penal en tanto establece que *“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 (...) no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”*. Se trata en definitiva de la falta de comprensión, por parte del agente, del valor y

alcance de sus acciones, a la que puede llegar por la alteración morbosa de las facultades mentales o por la falta de desarrollo de las mismas, pues, como también indica Soler, lo que constituya insuficiencia o alteración morbosa de las facultades es un problema pura y exclusivamente psiquiátrico, y el psiquiatra habrá de pensarlo en concreto, con referencia a cada caso y desde el punto de vista de su *lex artis*. El mecanismo de la inimputabilidad en la norma es claro: la imposibilidad de comprender la criminalidad del acto o de dirigir su accionar deben provenir de una insuficiencia o alteración morbosa de sus facultades, sea esta alteración permanente o transitoria.

Las causales de inimputabilidad se refieren entonces básicamente a la falta de desarrollo psíquico y a las alteraciones morbosas de las facultades mentales, concepto éste que por su amplitud, así como por la utilización del plural en la norma, abarca a todas aquellas entidades nosológicas que la psiquiatría reconoce, cuando tengan el alcance de impedir la comprensión del hecho típico o la dirección de las acciones por parte del autor del mismo. Entre las fórmulas empleadas por los códigos penales para fundamentar la inimputabilidad del sujeto activo respecto del hecho típico antijurídico cometido, el Código Penal argentino recogió la denominada “fórmula psiquiátrico-psicológico-jurídica”, “fórmula integral” o “mixta”, en tanto emplea denominaciones psiquiátricas y psíquicas subordinadas a un enunciado que se sintetiza en “no comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones” al momento de la comisión del acto antijurídico. Sigue la misma fórmula el código español de 1995 en su artículo 20 incisos 1º y 2º mientras que en el derecho penal alemán el § 20 del StGB (Strafgesetzbuch), se resume en las posibilidades de comprender lo injusto del hecho y de dirigir la actuación conforme a dicho entendimiento. Por su parte, el doctor Emilio Federico Pablo Bonnet ilustra las distintas fórmulas de inimputabilidad seguidas por otros códigos, mencionando la “fórmula psiquiátrica o biológica pura” originalmente establecida por el Código Penal Francés al referirse al estado de demencia, y que otros códigos la emplean usando expresiones referidas a entidades nosológicas psiquiátricas como “locura”, “demencia”, “enajenación” y otras similares. (3)

La “fórmula psicológica” se apoya en enunciados que señalan trastornos de las funciones psíquicas en general o en particular, pero sin referirse a entidades nosológicas psiquiátricas. Señala la “alteración de la conciencia” sirviendo de ejemplos en su caso, el código de Perú y el de Paraguay. La “fórmula psiquiátrico-jurídica” reúne tanto entidades nosológicas como funciones psíquicas en general o particular, siendo ejemplo citado por Bonnet el código de Bolivia. La fórmula empleada por el Código Penal argentino tiene como ventaja considerar que la no punibilidad por el hecho cometido no deriva solamente de un diagnóstico psiquiátrico sino del estudio de la personalidad del autor antes, durante y después del hecho. Este criterio resulta más apropiado pues los conceptos de imputabilidad y de inimputabilidad no son hechos ni entidades de carácter médico, psiquiátrico, jurídico o psicológico, sino conceptos culturales complejos que se integran con elementos científicos,

descriptivos y valorativos. Por ende, para determinarlos, es necesario analizar los aspectos biológicos, psicológicos y psiquiátricos para culminar en una valoración jurídica dentro de la cual resuelve el juzgador, ya que es su tarea propia y no la de los peritos establecer si un sujeto resulta imputable o inimputable en relación al hecho típico que ha cometido.

Las causas de inimputabilidad en el Código Penal argentino, según concuerdan Bonnet y Soler, se resumen en dos situaciones: la minoría de edad y la alienación mental, sea esta última congénita (insuficiencia de las facultades mentales) o adquirida (alteración morbosa de las facultades y estados de inconciencia). En relación a los estados de inconciencia receptados por el artículo 34 inciso primero del código sustantivo Bonnet (1983) recuerda que la inconciencia considerada desde el punto de vista médico-legal fue definida por Krafft Ebing, como *“un estado patológico caracterizado por la gravedad de la perturbación de la conciencia, que llega hasta la supresión y que es muy profunda en comparación a su duración”*. Dicho estado suele tener un carácter funcional, transitorio y menos somático en su base que en los casos de alteración morbosa de las facultades. Son ejemplos la ebriedad, la epilepsia (sonambulismo, ebriedad del sueño, manía transitoria) y la emoción patológica (emoción inconciencia según Bonnet, emoción violenta patológica en la terminología de Cabello). Se trata siempre, en rigor, de perturbaciones muy profundas de la conciencia.

No obstante, parece razonable que esas perturbaciones profundas de la conciencia sólo podrán dar lugar a la imposición de una medida de seguridad cuando el sujeto se haya encontrado en tal estado que no hubiera podido comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones, resultando además peligroso. Por ello, debe entenderse que el estado de inconciencia interesará a los fines de la medida de seguridad establecida en el artículo referido, en cuanto tenga vinculación con alguna enfermedad mental o predisposición patológica y en tal caso lo relevante será la entidad nosológica psiquiátrica, no su síntoma. El trastorno mental transitorio cuando es completo, señala Bonnet, denota alienación mental, ocupando un lugar especial dentro de las alteraciones morbosas, pero no dentro de los estados de inconciencia. En rigor, esto incumbe específicamente al psiquiatra forense quien habrá de determinar las características del estado de inconciencia y sus alcances.

La “insuficiencia de las facultades mentales” equivale a la denominación genérica de los estados de alienación congénitos y comprende exclusivamente a la idiocia con todas sus variedades y a la imbecilidad en todas sus formas clínicas. En cuanto a la debilidad mental no es una forma clínica de alienación mental. En opinión del doctor Avelino Do Pico (lecciones) la insuficiencia de las facultades mencionada por el Código Penal, corresponde a la oligofrenia, término que reemplazó a la terminología italiana “frenastenia” y admite ser clasificada en base a su graduación: la oligofrenia más profunda corresponde a la “idiocia”, la de gravedad mediana a la “imbecilidad” y la más leve a la “debilidad mental”. En términos muy generales, aproximados y meramente

ilustrativos, puede decirse que el “idiota” presenta en general un desarrollo psíquico similar al de un niño normal de tres años como máximo. Generalmente no habla, no lee ni escribe y emite sonidos guturales. El “imbécil” puede alcanzar un desarrollo máximo semejante al de un niño normal de siete años, puede hablar, pero por lo general no lee ni escribe. Por su parte el “débil mental” puede lograr un desarrollo similar al de un niño de entre doce y catorce años, poseyendo voluntad definida pero escasa o nula capacidad de abstracción.

Para la psiquiatría forense la frontera más crítica, por la dificultad de trazarla, es la que existe entre el imbécil y el débil mental. Nerio Rojas siguiendo la tesis alienista, considera siempre imputables a los imbéciles y a los débiles mentales. Frías Caballero (1994) impone el criterio de las anormalidades, considerando como inimputables a algunos imbéciles, a ciertas personalidades psicopáticas y a ciertas neurosis. Como señalara desde la cátedra el doctor Avelino Do Pico; la imputabilidad debe considerarse contemplando en cada caso el estado mental del sujeto en sus antecedentes y circunstancias y el tipo de delito cometido. Simplificando como regla práctica, puede considerarse que los idiotas siempre son inimputables, los imbéciles sólo a veces son imputables y los débiles mentales sólo a veces inimputables.

Para Bonnet, el concepto de “alteraciones morbosas de las facultades mentales”, es preciso y suficientemente explícito. Rechaza la opinión de quienes incluyeron en él cuadros ajenos como la “locura moral”, las “personalidades psicopáticas” y las “neurosis graves”. Alteración morbosa de las facultades significa alienación mental adquirida, en cualquiera de sus variedades. *“La ley es bien clara, desde que no se limita a declarar no punible al que tenga una clase de enfermedad mental (que es la pretendida puerta de entrada de los partidarios de la inimputabilidad de las personalidades psicopáticas o neuróticas, por estimar que son ‘enfermedades’) sino que también exige que en el momento de cometer la acción antijurídica no haya podido comprender la criminalidad de la misma o no haya podido dirigir sus acciones...(...)...Si se admitiera que las personalidades psicopáticas son enfermedades, tendría que demostrarse, en el caso de la comisión de un delito, que en el momento del hecho, el portador de esa personalidad no pudo comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. Ergo, en ese momento, lo que ocupará el primer plano será el estado de inconciencia o la alteración morbosa de las facultades mentales del actor, y la personalidad sólo representará un elemento accesorio, que pudo dar colorido o no al delito, pero que de ningún modo fue la causa de la inimputabilidad”* (4). *“...las personalidades psicopáticas no son enfermedades, es decir, entidades nosológicas, sino simplemente modos de ser de la personalidad, modalidades características de cada individuo”* (5). Citando a Schneider señala que *“No existe ningún motivo justificado para calificar como patológicas a las personalidades anormales psicopáticas”* (6). Finaliza expresando que *“No es correcto, desde ningún punto de vista, ni psiquiátrico ni psiquiátrico-forense,*

decir que todo perverso no tiene capacidad para comprender la criminalidad de sus actos. La mayoría, la tienen perfecta y cabal; los menos, no la poseen porque son alienados, y entonces, dejan de ser perversos para convertirse en alienados mentales (esquizofrénico, maníaco, delirante, etc.), donde su componente constitucional perversa rige la agresividad y magnitud delictuosa de sus actos. Lógicamente, sólo entonces y por ser un alienado perverso y no sólo un perverso psicopático, es que será inimputable. El perverso, como cualquiera otra personalidad anormal, sólo no comprenderá la criminalidad de sus actos cuando sea un alienado mental, porque hay perversos psicóticos y no psicóticos” (7).

Al tratar el concepto de alteración morbosa Sebastián Soler señala que la naturaleza de la enfermedad es indiferente. Sólo se requiere que el sujeto esté privado de comprender la criminalidad del acto o de dirigir sus acciones. En cuanto al trastorno mental transitorio, opina sin margen de duda, que conduce a la inimputabilidad cuando implica una alteración morbosa con los efectos psíquicos requeridos por el artículo 34 inciso 1°.

Respecto de estas cuestiones, la jurisprudencia también resulta ilustrativa.

En fallos ya clásicos ha dicho:

“...Según la fórmula legal adoptada por nuestro legislador en el artículo 34 inciso 1° del código penal, se excluye la imputabilidad cuando el sujeto no sólo no ha tenido ‘comprensión de la criminalidad’ de los actos que realizara, sino también cuando no ha podido ‘dirigir sus acciones’. La citada norma separa así dos situaciones bien definidas: la primera, en cuanto concierne a la capacidad mental del agente; la segunda, en cuanto recae sobre el gobierno de su conducta. De aquí que en el primer supuesto, al no saber lo que hace, no quiere impedir el hecho; en tanto que en el segundo sabe lo que hace, pero no lo puede impedir”. –Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital, ‘Calatrava’ del 15 de abril de 1977. Fuente: Rubianes, Carlos “El Código Penal y su interpretación jurisprudencial”. Depalma. Bs. As. 1989.

“...A los fines de determinar la imputabilidad, el primer paso que el intérprete debe dar consiste en no conformarse con la concurrencia de determinadas anomalías psíquicas, ni con los efectos causados por ella, sino en requerir que tales efectos alcancen determinado nivel de relación con el orden jurídico penal”. -Supremo Tribunal de Entre Ríos, ‘Velázquez’ 16 de julio de 1976. J.A. 1977-I-112. Fuente: Rubianes, obra citada.

“...Conforme el criterio psiquiátrico-psicológico adoptado por nuestro código penal, cualquier perturbación mental ha de existir en el mismo momento de la actuación exterior del sujeto y producir las consecuencias de privarle de la posibilidad de dirigir sus acciones o de comprender la criminalidad de sus actos, careciendo de relevancia jurídico-penal a los efectos de la inimputabilidad la perturbación posterior”. -Cámara Federal de Apelaciones

de Capital. 'Ayala' La Ley 146-683 resolución del 3 de noviembre de 1971. Fuente: Rubianes, obra citada.

"...Para que proceda la eximente del artículo 34 inciso 1° del código penal, es indispensable una perturbación total y no sólo parcial en la conciencia o en la voluntad, por lo que la inadaptabilidad al medio del individuo, su anormalidad, sus reacciones desproporcionadas, sus disturbios psíquicos, no se comprenden en la causal de inimputabilidad". -Cámara en lo Criminal de Concordia. 19 de agosto de 1977. RLL 1979-984 n°16. Fuente: Rubianes, obra citada.

"...La inimputabilidad es un concepto cultural de índole compleja: psiquiátrica-psicológica-valorativa. El artículo 34 inciso 1° del código penal, exige la concurrencia de dos extremos para que se configure la causal de inimputabilidad por alteración morbosa de las facultades: la existencia de la alteración morbosa y que esa perturbación tenga la magnitud suficiente como para impedir que el sujeto comprenda la criminalidad del acto, lo que debe ser decidido, en definitiva, por la justicia". -Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital. Sala III 'Sánchez' del 4 de noviembre de 1982. Fuente: Rubianes, obra citada.

"... el derecho penal argentino utiliza una fórmula mixta que presenta caracteres biológico-psiquiátricos, en cuanto supedita la imputabilidad a cierto grado de madurez y la salud mental, y psicológico-normativos, en tanto exige la comprobación de que a causa de la afección se haya visto el sujeto impedido de 'comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones'. Y en las fórmulas mixtas no basta la verificación de un estado, sino que se requiere una verificación que hará el juzgador, dado que se trata de una cuestión jurídica, por supuesto que sin desconocer el valor del aporte pericial que suministrará los datos bio-psicológicos". -Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital. Sala VII, 24 de junio de 1983 in re "Ludueña"- Fuente: Rubianes, obra citada.

"...El 'momento del hecho' a que alude el artículo 34 en su inciso 1° es el del despliegue de la acción causal, productora del resultado (aunque la plenitud psíquica no subsista cuando este último se produce)". -Cámara en lo Criminal y Correccional de Capital. 2 de agosto de 1968 LL 131-929. Fuente: Rubianes, obra citada.

"...Por insuficiencia de facultades, se ha de entender con arreglo a las expresiones usadas por nuestra ley, la insuficiencia mental congénita o de la primera época de la vida, es decir, los diferentes tipos de alienación mental por detención del desarrollo cerebral. Son, pues, la imbecilidad y el idiotismo de la nomenclatura clásica y más difundida, llamados también frenastenia

mayor”. -Cámara de Apelaciones en lo Criminal, 2da Circunscripción de Córdoba, 8 de octubre de 1962 RLL XXV-690- Fuente: Rubianes, obra citada.

“...Las alteraciones morbosas de las facultades a las cuales se refiere el artículo 34 inciso 1° del código penal, comprenden todas las formas de alienación mental adquirida”. –Cámara en lo Criminal Segunda Circunscripción de Córdoba, 8 de octubre de 1962 RLL XXV-690 s.4). Fuente: Rubianes, obra citada.

Y más recientemente, entre otros;

“...La fórmula mixta biológica-psicológica incluida en el Art. 34 Inc. 1 del código penal exige, para considerar inimputable a un sujeto activo, no sólo que, en el momento del hecho, padeciera una insuficiencia de sus facultades mentales, una alteración morbosa de las mismas o se hallara en un estado de inconciencia, sino que además, cualquiera de esas situaciones en la que se hallara, debieron impedirle comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones “ –Tribunal de Casación Penal de la provincia de Bs.As.- II 4676. RSD 830-3. A.R.E s/Recurso de Casación. Sentencia del 4-12-2003 y en 16.582 . RSD 171-8, sentencia del 22-4-2008.

“...Para que una persona sea considerada inimputable no sólo deberá concurrir el requisito de la alteración morbosa, sino también que esta ocasione alguno de los dos efectos psicológico-normativos previstos por la norma: la ausencia de comprensión de la criminalidad del acto o la imposibilidad de dirección de su accionar”. Tribunal de Casación Penal de la provincia de Bs.As. 2933. RSD 94-11 sentencia del 10-3-2011.

EL EJERCICIO DE LA DEFENSA POR PARTE DEL SUPUESTO INIMPUTABLE:

Un aspecto relevante relacionado con la tutela del inimputable es el referido a su defensa en el proceso penal. Sus derechos deben ser respetados como en el caso de cualquier procesado y sin que los inconvenientes o particularidades propios de su enfermedad mental vayan en desmedro de sus garantías constitucionales. Resultarán de suma importancia en ese sentido los dictámenes que emitan los peritos psiquiatras para establecer si el sujeto se encuentra en condiciones de actuar en el proceso penal y en qué medida. Similares dificultades a las que presenta la determinación de la peligrosidad de que el sujeto se dañe a sí mismo o dañe a terceros, pueden manifestarse al tiempo de establecer si sus facultades psíquicas le permiten intervenir activamente en el proceso penal en el que se encuentra acusado. El tema es también dominio de los médicos psiquiatras y equipos interdisciplinarios y los métodos para establecer conclusiones pueden ser variados, incluyendo las

imprescindibles entrevistas y exámenes clínicos, la administración de test, los estudios neurológicos e incluso hasta recursos estadísticos, como la “Escala de Evaluación de Capacidad para actuar en el Proceso Penal” de incipiente uso en nuestro medio (8), resultando ideal la integración de todos los recursos posibles. En ciertos casos, el estado mental del sujeto dificulta el desarrollo de un proceso penal con todas y cada una de sus contingencias. Los peritos psiquiatras deberán dictaminar acerca del punto específico. Por ejemplo, en el caso de un psicótico, deberán expedirse para establecer si a causa del tipo de psicosis que presenta y sus circunstancias particulares, se encuentra en condiciones de brindar una declaración indagatoria al tiempo del proceso o si su desconexión con la realidad y pérdida del juicio crítico no lo permiten. Importa, en definitiva, establecer debidamente si el sujeto está en condiciones de comprender las mínimas intervenciones que del inimputable se requieren para proveer a su debida defensa, como la comprensión de la naturaleza del proceso penal y de sus consecuencias, así como la comunicación efectiva con el defensor. También sobre este punto se encuentran antecedentes jurisprudenciales:

“...la resolución que dispuso el cese de la actuación del letrado defensor designado, en el legajo del inimputable, es equiparable a sentencia definitiva en la medida en que, al privar al inculcado sobre el que recae la medida de seguridad prevista en el artículo 34 inciso 1° del código penal del derecho a ser representado por un letrado de su elección, es susceptible de causar un agravio irreparable a la garantía de la defensa”. –Corte Suprema de Justicia de la Nación. Severo Caballero, Belluscio, Fayt, Petracchi. ‘Fernández, Mario Raúl s/incidente de falta de acción promovido por Miguel Radrizzani Goñi’. Sentencia del 27 de junio de 1989. Fuente: SAIJ. -Sistema Argentino de Informática Jurídica- www.saij.jus.gov.ar-

“...A la persona sometida a la medida asegurativa prevista en el artículo 34 inciso 1° del código penal le asiste la facultad de proponer defensor de confianza para que la represente en el procedimiento tendente a hacerla efectiva, mantenerla o hacerla cesar”. Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re ‘Fernández, Mario Raúl’ sentencia del 27 de junio de 1989. idem.

LA MEDIDA DE SEGURIDAD

Cuando el sujeto autor de un hecho típico y antijurídico, por las causales reseñadas precedentemente, no haya podido comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones, revistiendo además peligro para sí o para otros, están dadas las condiciones para la procedencia de una medida de seguridad. La intervención de la justicia penal se abre con la comisión de un delito, es decir de un hecho típico y antijurídico, de manera que esta normativa no puede aplicarse a autores de contravenciones ni a otras situaciones que pueden darse

en la práctica, relativas a la peligrosidad de un enfermo mental y a la necesidad de tratamiento en determinadas situaciones. En esos casos el curso de acción se encontrará en otros ámbitos del ordenamiento legal.

El inciso 1° del artículo 34 del Código Penal en sus párrafos 2° y 3° establece que *“En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso”*. Se advierte que en esta norma existen algunas diferencias entre la situación aludida en el párrafo segundo respecto de la aludida en el tercero. El segundo párrafo se refiere al caso de “enajenación”, término que no se emplea en la primera parte del artículo al definir las causales de inimputabilidad. Puede entenderse que se encuentran comprendidas en el concepto de enajenación todas las entidades nosológicas psiquiátricas que puedan abarcarse en la amplia fórmula “alteraciones morbosas de las facultades”. Bonnet incluye dentro del concepto de alienación mental a la insuficiencia mental como una de sus variedades la congénita, por oposición a la adquirida.

La inserción del sujeto autor de un hecho típico, antijurídico que padece insuficiencia mental y resulta peligroso para sí o para terceros dentro de la normativa del artículo 34 inciso primero, suele realizarse en los términos del apartado segundo en lo que a la medida de seguridad se refiere, como opina Sebastián Soler. En definitiva, las características y profundidad de la patología, junto a la personalidad del autor, a las características del hecho y a su conducta anterior, posterior y concomitante, serán los elementos que aconsejen la naturaleza y condiciones de la medida de seguridad que resulte conveniente aplicarle.

El alto grado de sugestionabilidad que presentan algunos sujetos afectados por las variedades de la insuficiencia mental facilita su manipulación por terceros con fines criminales. Es éste un elemento que debe ser considerado al momento de disponer la medida, no sólo en relación al hecho cometido sino a la importancia que tal característica tiene dentro del ámbito en que habrá de ser cumplida la misma, consideración que se impone tanto en miras a la protección del autor como de la sociedad. La vulnerabilidad del sujeto que padece insuficiencia mental frente a quienes son portadores de personalidades psicopáticas torna indebido su alojamiento conjunto, ya que los últimos suelen someter a los primeros a manipulaciones con fines diversos: desde la utilización del insuficiente mental para obtener psicofármacos no prescritos hasta la instigación a cometer agresiones contra el personal penitenciario. Acerca de la constatación de estos extremos se volverá en la sección tercera al considerar el cumplimiento efectivo de las medidas de seguridad y los

resultados obtenidos en los trabajos de campo en las Unidades del Servicio Penitenciario.

No todas las diferencias que se presentan entre el segundo y tercer párrafo del artículo 34 inciso 1° del Código Penal poseen idéntica relevancia en el aspecto práctico al momento de disponerse la aplicación de la medida de seguridad o durante el período de su ejecución. Sin embargo, algunas deben ser tenidas en cuenta. Se advierte un tratamiento diferenciado desde el punto de vista dogmático en la norma del artículo 34 primer inciso en cuanto separa el caso de enajenación (con la amplitud del concepto ya señalada) de los restantes. Una de las diferencias más notorias es que en el caso de los enajenados se prevé la internación (reclusión en los términos del código) en un manicomio, sin realizar mayores indicaciones. Por ello, parte de los autores consideran que podría tratarse de un hospital neuropsiquiátrico ajeno a la órbita del servicio penitenciario o incluso uno privado, siempre que reúna las condiciones de seguridad que la medida requiere y, por supuesto, que se mantenga el control de la autoridad judicial en la ejecución. Dejan entonces la cuestión relativa al tipo de establecimiento al arbitrio del juez.

Observa Soler (9) que durante muchos años en Argentina el sistema para la internación de alienados, siguiendo el principio sostenido por el doctor Domingo Cabred, estuvo constituido por una sección especial de alienados delincuentes –y delincuentes alienados- dentro del manicomio común, pues no presentando ellos una variedad clínica de alienación mental, no había en opinión del prestigioso psiquiatra, razón científica que justificara la existencia de un manicomio criminal como institución autónoma. No obstante, con el fin de brindar alojamiento y tratamientos específicos a partir de la organización del servicio penitenciario en las distintas jurisdicciones, se crearon inicialmente algunas secciones especiales y luego unidades enteras dedicadas al alojamiento de los sujetos declarados inimputables con aplicación de una medida de seguridad. Una de las razones prácticas de tal devenir surgió de la necesidad de contar con niveles de máximo control como un perímetro especial de seguridad, alambrado y puestos de vigilancia. Esos niveles de control no existían o eran infrecuentes en los hospitales neuropsiquiátricos comunes del medio libre. Cabe señalar que en la actualidad se presenta un devenir inverso: el traslado de internos “peligrosos” del hospital neuropsiquiátrico común hacia la unidad penitenciaria. Al realizar trabajos de campo en la Unidad 27 del Servicio Penitenciario Federal pudo apreciarse que se reciben internas que presentaron conductas peligrosas durante su alojamiento en el Hospital Neuropsiquiátrico Braulio Aurelio Moyano, circunstancia que incluso se encuentra prevista en el Reglamento Penitenciario y en convenios interinstitucionales. Tal el caso de una interna alojada en la ocasión en esa unidad por solicitud del Director del Hospital Neuropsiquiátrico Braulio Aurelio Moyano por haber provocado un principio de incendio en el pabellón de dicho hospital donde había estado alojada.

Otro motivo de la creación de las unidades penitenciarias en que funcionan actualmente los servicios psiquiátricos centrales, fue la necesidad de contar con personal especializado, acostumbrado al trato con autores de delitos en muchos casos de gravedad extrema y que presentan los conflictos propios de la situación procesal por la que atraviesan. Más allá de las razones que en el devenir histórico pudieron conducir a la creación de unidades de servicio psiquiátrico penitenciario exclusivamente dedicadas a estos sujetos, en muchos casos las mismas surgieron accidentalmente, así la Unidad Número 20 del Servicio Penitenciario Federal tuvo su origen en la necesidad de mantener la atención del “Pabellón Meléndez” ubicado en el actual Hospital Borda, durante una huelga realizada en el año 1962 por el personal de sanidad. Ese pabellón alojaba a los “locos criminales”. Ante la prolongación de la huelga se solicitó la colaboración de la entonces Dirección Nacional de Institutos Penales para que asumiera las tareas propias del personal en conflicto. Finalizada la medida de fuerza, el servicio penitenciario mantuvo dos enfermeros en ese pabellón y quedó a cargo de la seguridad del mismo. El 28 de abril de 1969 se formalizó la autorización legal correspondiente y en el mismo año fue firmado el convenio de transferencia gratuita del edificio, las instalaciones y los bienes del pabellón Meléndez y del Chiaruggi, ambos ubicados dentro del Hospital Neuropsiquiátrico Borda.

Para los casos del inciso primero del artículo 34 que no constituyan enajenación, la internación habrá de cumplirse en un “establecimiento adecuado”, es decir adecuado a los caracteres particulares que requiera el tratamiento de los inimputables no enajenados, como serían los toxicómanos o alcoholistas que hubieran sido declarados inimputables en un proceso penal. Sin embargo, estos establecimientos de características especiales que parecen exigir el código, no han sido efectivamente creados a nivel nacional como así tampoco en la mayoría de las provincias. En cualquiera de esos casos, el establecimiento debería reunir las condiciones de tratamiento terapéutico, asistencia y seguridad que la medida persigue teleológicamente considerada. En definitiva, la tutela del sujeto autor del hecho típico antijurídico está orientada a la custodia de su salud -no ya a su libertad cuando se aplica la internación- y a la defensa o protección del resto de los integrantes de la sociedad respecto de las conductas en que podría incurrir el sujeto debido a su estado.

En el segundo párrafo del inciso 1 del artículo 34 se advierte otra diferencia en el operador deóntico utilizado para referirse a los distintos supuestos. Mientras en el caso de la enajenación se emplea el término “podrá” denotando el carácter facultativo que para el Tribunal tiene disponer la reclusión, siempre que se den las condiciones de su procedencia, en los restantes casos del inciso el término “ordenará” connota un carácter imperativo según dichas condiciones. Asimismo, distingue al sujeto que habrá de ser sometido a la medida en caso de enajenación denominándolo “agente” y “enfermo” cuando considera las

condiciones del cese de la internación. El “enfermo” podrá salir mediante el procedimiento previsto: resolución judicial con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren que ha desaparecido el peligro de que se dañe a sí mismo o a los demás. Por último, prevé el caso del “procesado” que hubiere sido absuelto por las causales previstas en ese inciso y respecto del cual se ordenará la reclusión.

En los otros supuestos, no se menciona en particular el procedimiento, aunque se infiere que habrá de emplearse el mismo. Algunos autores entienden que no habiéndolo indicado la norma expresamente, no sería necesario reunir todos los requisitos previstos anteriormente. De todos modos, la ley señala que el encierro durará hasta que se compruebe la desaparición de los indicadores de su peligrosidad, abarcando así a las diversas hipótesis contenidas en el párrafo segundo y presuponiendo una constatación por parte de los médicos forenses y una decisión del magistrado. De conformidad con la redacción de la norma y en atención a la importancia de la medida, tanto en su aplicación cuanto en su cese, el procedimiento previsto en el párrafo segundo debería ser aplicado en todos los casos.

Para que resulte procedente la medida de seguridad se requiere, por una parte, la concurrencia de las causales establecidas por el código penal con el efecto de impedir al autor, coautor, instigador o partícipe comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones y por otra, que el sujeto revista peligrosidad. Si no la revistiere, a pesar de la concurrencia de los demás presupuestos deberá ser absuelto sin sujeción a la medida de seguridad que importa reclusión y por ende no será privado de su libertad. Ello resulta evidente toda vez que la medida representa un fuerte menoscabo y restricción a la libertad del sujeto, superpuesta a otras limitaciones a sus derechos, propias del medio y del régimen en que habrá de cumplir su internación. Por lo tanto, la existencia de una enfermedad mental en el autor al momento del hecho, no debe conducir a la aplicación automática de la medida de seguridad. Enfermedad mental no es sinónimo de peligrosidad. La peligrosidad debe comprobarse en cada caso, en base a un estudio exhaustivo del individuo, con observación psiquiátrica, médica y psicológica, atendiendo a las complejidades que el concepto de peligrosidad encierra. Es que hay enfermos mentales que son efectivamente peligrosos en los términos del artículo 34 inciso 1° del código penal y otros que no lo son. Asimismo, un enfermo mental puede resultar peligroso en determinadas circunstancias y no serlo en otras. Todo ello obliga a un estudio exhaustivo y pormenorizado de cada caso, donde sean analizadas las características del hecho y la personalidad del autor con todas sus circunstancias existenciales. Estas pautas resultan concordantes con los principios del sistema establecido en el Código Penal, que toma en cuenta los efectos de las causales de inimputabilidad al momento del hecho, así como la peligrosidad del autor tratando de conciliar el maximun posible de seguridad social con el minimun posible de vejación individual, como lo señala el propio Rodolfo Moreno (10) y lo ha entendido también la jurisprudencia:

“...La legalidad de la medida se sustenta en razón de su aplicación a los supuestos jurídicos establecidos en la ley, esto es que el individuo hubiese cometido un hecho considerado objetivamente delictuoso por el cual se lo haya declarado inimputable y que se presente como un sujeto peligroso en los términos del artículo 34 inciso 1° del Código Penal...” –Cámara Nacional de Casación Penal. Capital Federal. Sala I, Catucci, Madueño, Bisordi. ‘Rainieri, Víctor N. s/recurso de casación. Causa: 424. Sentencia del 30 de mayo de 1995-. Fuente: SAIJ..-

“...Corresponde imponer al procesado absuelto por haber obrado en estado de ebriedad, la medida de seguridad estatuida por el artículo 34 inciso 1° del código penal consistente en la disposición de un sistema de atención médico psiquiátrico de carácter ambulatorio y sometido a control de los médicos forenses; porque aquél ha demostrado una proclividad llamativa a la comisión de hechos criminosos de parecidas características, siendo condenado por varios de ellos. Si bien no reviste un alto grado de peligrosidad, de allí no se sigue que carezca de ella y es ostensible que existe cierto riesgo de su recaída en conductas como las aquí juzgadas. El Tribunal tiene facultades para ordenar un tratamiento de carácter ambulatorio hasta tanto el justiciable se encuentre curado de los efectos antisociales que en su persona desata la ingestión de alcohol; puesto que aceptar el criterio restrictivo que se atribuye a las medidas de seguridad que excluye toda posibilidad diferente a la internación forzada del sujeto, importaría desnaturalizar el sistema creado por el legislador, pues a ese punto de vista que se podría llamar de “todo o nada” se opone el que toma en cuenta el objetivo final de las medidas de seguridad y relega el encerramiento para los supuestos en que no aparezcan alternativas menos gravosas”. Se citaron: Cámara Nacional en lo Criminal Sala III, “Dresti. O.R” n° 14.267 del 9 de diciembre de 1981, de la misma Sala in re “Suinchinsky, E” causa n° 15.745 del 19 de mayo de 1983, casos en los que a su vez se citaron sentencias recaídas en las causas “Chumba, H” del 6 de septiembre de 1977 y “Vidal” del 23 de mayo de 1978.- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Capital Federal. Sala I. Costa, Mitchell, Bonorino Perú. ‘Lema Giménez, R. S/imputabilidad. Medidas de Seguridad’. Sentencia del 24 de septiembre de 1985.- Fuente: SAIJ.

“...No obstante absolverse al procesado, por ser éste peligroso debe imponérsele la medida de seguridad contemplada en el artículo 34 inciso 1° del código penal, que en el caso consiste en establecer un sistema de atención médico-psiquiátrica de carácter ambulatorio, con control de los médicos forenses intervinientes, sin perjuicio de que, de ser necesario, se lo recluya en un establecimiento adecuado”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Capital Federal. Sala III. De La Riestra, García

Torres, Gómez “. ‘Suinchinsky, Edgardo s/medidas de seguridad’. Sentencia del 19 de mayo de 1983. –Fuente: SAIJ.

“...Corresponde conceder el tratamiento ambulatorio del inimputable, recomendado por la perito forense al cuidado de su progenitor que se hace responsable de su supervisión, atento a que la imposición y ejecución de medidas de seguridad deben reducirse a lo estrictamente necesario con miras al respeto a la dignidad del hombre reconocida en la Constitución Nacional” –Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal. Sala 1ª. ‘C., M.G’ del 1 de julio de 2002. Fuente: J.A. 2003-II. 2 de abril de 2003.

“...a) El problema de las personalidades epileptoides no radica en el no comprender la criminalidad del hecho, sino en no poder dirigir las acciones conforme a esa comprensión, puesto que, actúan por una impulsión en ‘cortocircuito’ que les impide dejar de actuar con violencia. b) Si no se efectuaron los exámenes médicos aconsejables para determinar con certeza la existencia de alteraciones mentales en la procesada, y por otro lado las afirmaciones de los testigos e informes médicos señalan que padece de disturbios mentales, acompañados de conductas agresivas, debe arribarse a una absolución por aplicación del artículo 13 del Código de Procedimientos en Materia Penal, por la duda existente sobre su inimputabilidad. c) En caso de duda sobre la inimputabilidad del procesado, no es procedente la internación como medida de seguridad.” –Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Capital Federal. Sala I. Tozzini, Ouviaña. ‘Sandoval, Gladys s/inimputabilidad’ sentencia del 23 de abril de 1992.- Fuente: SAIJ.

En relación al peligro de que se produzca un daño, considerado para imponer y hacer cesar la medida de seguridad, opinan destacados autores, entre ellos Ricardo Nuñez, Carlos Creus y Sebastián Soler, que ese daño futuro no debe ser necesariamente delictivo. Soler, refiriéndose a la posibilidad de imponer la medida de seguridad que define como reclusión manicomial, expresa que *“... son precisos dos presupuestos, la comisión de un hecho delictivo y la existencia de un peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. Esa fórmula coincide, casi textualmente, con la que emplea el art. 482 del código civil... la medida procede aún cuando el daño que del sujeto pueda esperarse no sea estrictamente un delito; la ley, además de ese peligro, considera el de que el enfermo se dañe a sí mismo. De este modo, la reclusión manicomial además de los fines de prevención específicamente criminal a que algunos parecerían quererla limitar, tiene un sentido de asistencia tutelar para el propio enfermo...su cesación depende exclusivamente de la desaparición de ese peligro genérico de daños que motivara el internamiento”* (11). En varios sentidos tiene particular relevancia la tutela del inimputable, que en ningún caso debería descuidarse. Por una parte, la finalidad más destacada de la

medida es la posibilidad de brindar tratamiento terapéutico al enfermo mental que ha cometido un acto típico y antijurídico. En efecto, debe tenerse presente que la medida de seguridad está destinada a proteger al sujeto en su salud (no ya en su libertad, pues se trata de casos extremos en que la peligrosidad del enfermo mental no permite implementar tratamientos ambulatorios) además de amparar a la sociedad del daño que él pudiera provocar mientras persistan las condiciones que hicieron necesaria la medida.

Para evitar tanto una protección paternalista como una reclusión arbitraria, deben darse todos los extremos rigurosamente requeridos por la ley penal, con control jurisdiccional. Este control a su vez está sometido a las normas que exigen, como en todos los casos, que la medida tenga un fundamento acorde con los principios y garantías del derecho penal. La investigación del hecho, así como las circunstancias particulares del estado mental del autor habrán de ser comprobadas por los expertos y debidamente acreditadas en el debido proceso para que pueda aplicarse la medida en una resolución judicial que a su vez deberá exteriorizar todos los fundamentos que demuestren su razonabilidad y permitan ejercer los controles en instancias superiores a fin de evitar arbitrariedades, sean éstas médicas, administrativas o judiciales.

Resulta irrazonable que un sujeto que no es pasible de pena a raíz de su estado mental, se vea afectado en sus derechos más gravosamente que el sujeto imputable, es decir que la situación del inimputable resulte finalmente más gravosa que la del condenado. Admitirlo implicaría que el régimen tuitivo que viene elaborando el derecho penal en su evolución histórica perdiera todo sentido. La tutela del inimputable torna indispensable realizar una exhaustiva investigación del hecho cometido o tentado por el sujeto, agotando el juzgador los medios de investigación del hecho típico y antijurídico en todas sus circunstancias, como en cualquier otro caso. La contingente circunstancia de encontrarse en el proceso ante un autor, coautor o partícipe con características que probablemente lo hagan pasible de sujeción a una medida de seguridad, no exime en modo alguno al órgano jurisdiccional de realizar una investigación tan profunda y exhaustiva como en el caso de los imputables. Lejos de resultar una obviedad, esta premisa se ve lamentablemente muchas veces alejada de la práctica judicial. No resulta infrecuente advertir la escasez de medidas probatorias e impulso procesal tendientes a esclarecer el hecho en la totalidad de sus circunstancias, luego de contar con un dictamen pericial psiquiátrico que encuentra en el agente la presencia de alteraciones o insuficiencia en sus facultades mentales que le impidieron comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. Todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar relativas al hecho, sea tentado o consumado, como las referidas a la intervención que a título de autor, coautor, instigador, partícipe primario o secundario pudieron caberle al sujeto, deben investigarse. El respeto a los principios fundamentales del orden jurídico exige la comprobación de todas esas circunstancias. Incluso las normativas procesales suelen establecer un orden de precedencia entre las diversas causales que permiten arribar al dictado de un sobreseimiento o una

sentencia absolutoria. Asimismo, confieren al inimputable y a su defensor la posibilidad de apelar determinadas resoluciones (vgr. sobreseimiento o absolución con imposición de una medida de seguridad) para exigir la observancia de dicha prelación.

La exhaustiva investigación del hecho constituye una condición indispensable, pues tratándose del sistema penal debe probarse la existencia del antecedente previsto por la norma para que proceda el consecuente jurídico establecido, sea una pena o una medida de seguridad. No puede descartarse que el sujeto no sea el autor del hecho reprochado, o que opere una causa de justificación que legitime su accionar excluyendo toda antijuridicidad en su conducta, así como otras situaciones que ampararían en todo caso al presunto autor, sea éste imputable o inimputable. La experiencia presenta situaciones extremas como aquella en la que se intentó imponer una medida de seguridad a un enfermo mental que, siendo víctima de un ilícito buscó auxilio refugiándose en una vivienda y resultó procesado por violación de domicilio.

La jurisprudencia demuestra que la ligereza con que suele tratarse en tal sentido la inimputabilidad, no es tan infrecuente en la práctica judicial:

“...Debe declararse la nulidad de la sentencia que en el considerando primero deja sentado que el procesado es un inimputable por insuficiencia de sus facultades mentales, y en el considerando segundo atiende a la eventual aplicación de las medidas de seguridad, descartando su aplicación por ausencia de peligrosidad. La nulidad se impone desde que, más allá de un orden lógico establecido por la dogmática, es el propio derecho de defensa en juicio el que demanda que la decisión sobre imputabilidad o inimputabilidad se refiera necesariamente al autor de un hecho considerado delictuoso por la ley penal, ya que el pronunciamiento sobre tal materia no puede realizarse en abstracto sino en concreto, no sólo en relación a una persona determinada, sino con específica referencia a un hecho que debe ser típico y antijurídico, y además cometido por esa persona, pues no debe atribuirse tácitamente un hecho a quien quizás no lo cometió. Dado que la imputabilidad debe existir al tiempo de cometerse la acción típicamente antijurídica, con carácter previo al juicio relativo a la posibilidad genérica de ser culpable, resulta imperioso pronunciarse concretamente en orden a la demostración de la materialidad de la conducta ilícita reprochada y en torno a la autoría de esa conducta, para después recién penetrar legítimamente en el plano subsiguiente, a lo que se añade que la sentencia hizo caso omiso de la normativa implementada en los artículos 495 y 496 del Código de Procedimientos Criminal cuyos contenidos se omitieron casi por entero”. –Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Capital Federal. Sala II. Rivarola, Rocha Degreef, Ragucci. ‘Cardozo, Juan Carlos s/nulidad de sentencia’. Sentencia del 7 de febrero de 1985. Fuente: SAIJ.

“...En virtud de lo dispuesto por el artículo 337 del Código Procesal Penal de la Nación, previo a resolver la situación del imputado en orden a la causal de inimputabilidad, corresponde analizar las cuestiones atinentes a la existencia del hecho, eventual tipicidad y, en su caso la intervención del imputado, extremos que de ser acreditados, harán procedente la citación a prestar declaración indagatoria, a fin de garantizar su defensa en juicio. Frente a un acusado inimputable, si falta la certeza absoluta respecto de su ajenidad en el hecho investigado, no corresponde aplicar el artículo 336 inciso 5° del Código Procesal Penal de la Nación, y debe revocarse el sobreseimiento; se estima vulnerado el orden sistemático determinado por el método analítico impuesto a partir de la teoría del delito, dejando invertida la carga de la prueba al exigirle por vía indirecta la acreditación irrestricta de su responsabilidad penal, dato que conculca el principio de inocencia”. -Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Sala VI, González, Elbert, Escobar. ‘G.A. R s/sobreseimiento’ interlocutorio del 8 de agosto de 2002. Fuente: SAIJ.

“...Dictado el sobreseimiento definitivo en la causa y respecto del procesado por el delito de homicidio, con base en los artículos 34 inciso 1° del código penal y 434 inciso 3° del Código de Procedimiento Criminal, disponiéndose la internación manicomial del encausado, corresponde la revocación para que se prosiga la investigación a un supuesto de falta de autoría, que abre una expectativa incuestionable mucho más favorable para el procesado inimputable, no sólo en lo que atañe a la medida de seguridad que prevé la ley sustantiva –que sólo corresponde imponer al autor- sino también en orden a las consecuencias civiles del delito” –Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Sala V. Almeyra, Madueño, Scime. ‘Nucci, A.L. s/inimputable alienado’ interlocutorio del 20 de mayo de 1977. Fuente: SAIJ.

Estos son algunos ejemplos que sirven como una grave advertencia para evitar un tratamiento ligero o un proceder automático e irreflexivo ante la situación procesal del sujeto que presenta alguna de las características mencionadas por el artículo 34 inciso 1° del código penal. Las conclusiones de un dictamen pericial psiquiátrico en tal sentido no deben tomarse como fundamento para el cómodo expediente de finalizar el proceso mediante el dictado de un sobreseimiento o una absolución, sin investigar la totalidad de circunstancias que la complejidad de todo proceso judicial implica.

Una dificultad particular presenta la oportunidad en que puede disponerse la aplicación de la medida de seguridad prevista en el artículo 34 inciso 1° del código penal. Muchos autores consideran que, si fuera el caso, debe disponerse con la sentencia absolutoria, dado que la sería interferencia en la libertad del individuo que aquella medida representa requiere un pronunciamiento fruto de un proceso llegado a su etapa final. Consideran entonces que no procede disponerla en oportunidad del dictado de un sobreseimiento en la etapa

sumarial o investigativa, por resultar dicha etapa procesal prematura para tamaña disposición que comporta una grave restricción a la libertad y restantes derechos del sujeto sobre el que recae la medida. Jorge De La Rúa (12) expresa que incluso razones gramaticales fundan esta posición, ya que el artículo 34 inciso 1° en su párrafo tercero se refiere a “los demás casos en que se absolvieren...”. Al respecto es importante señalar que no debe confundirse la medida de seguridad establecida en el artículo 34 del Código Penal con las medidas cautelares tales como la prevista en el artículo 168 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, consistente en la internación provisional del posible inimputable en un establecimiento específico, por lo general de la órbita penitenciaria.

La práctica demuestra, por razones vinculadas al estado mental del sujeto, que no siempre resulta sencillo o posible arribar a la conclusión de todo el proceso, superar la etapa investigativa, desarrollar la etapa del juicio en sentido estricto y arribar a la sentencia. De todas maneras, deberán cumplirse en cada caso todos los recaudos que permitan garantizar al inimputable el respeto a todos los derechos del debido proceso en sentido adjetivo, así como aquellos que surgen de su particular situación.

El control de la ejecución de la medida de seguridad dispuesta en base al artículo 34 inciso 1° del Código Penal, no siempre es ejercido por la misma autoridad que la dispuso. En algunas jurisdicciones, el mismo Tribunal Oral en lo Criminal o en su caso la Cámara de Apelaciones que dispuso la medida, habrá de realizar el seguimiento y control de la misma. En otras jurisdicciones donde existe juez de ejecución, suele acordarse a éste el control de la medida dispuesta por el tribunal de juicio y en algunos casos, en etapas de transición de la organización judicial puede observarse que algunos tribunales orales y cámaras de apelaciones se encuentran a cargo del control de las medidas que oportunamente dispusieron respecto de los inimputables, en tanto los jueces de ejecución lo hacen sólo respecto de aquéllas que fueron dispuestas desde que el órgano de ejecución se encontraba en funciones. En la Provincia de Buenos Aires, es el caso del Departamento Judicial Lomas de Zamora a partir de la puesta en funcionamiento del único Juzgado de Ejecución Penal.

En cualquier caso, dependiendo de las leyes que regulan la organización judicial local, siempre habrá un órgano jurisdiccional encargado de controlar la ejecución de la medida. Este control es uno de los puntos más importantes de la problemática de las medidas de seguridad y que debe ser rigurosamente observado y cumplido en la práctica, dado el carácter flexible que posee por su naturaleza la medida de seguridad, así como las variaciones que pueden darse en la evolución del sujeto y el carácter indeterminado en el tiempo de la propia medida. La jurisprudencia realizó su aporte en cuanto al control del cumplimiento de la medida de seguridad:

“...el juez de ejecución tiene funciones de contralor, de inspección, de consulta y de decisión, como son las del cese de las medidas de seguridad...Es este el

órgano de la ejecución penal con funciones destinadas al mejor desenvolvimiento y eficacia en el tratamiento administrativo de los sujetos pasivos de las medidas sujetas a su control. Lógico es entonces señalar que en los casos de medidas de seguridad tiene las mismas facultades que en los de pena privativa de libertad...”-Cámara Nacional de Casación Penal. Capital Federal. Sala I. Madueño, Catucci, Rodríguez Basavilbaso –en disidencia-. ‘Domínguez, Cristina Concepción s/conflicto causa 742’. Sentencia del 20 de febrero de 1996. Fuente: SAIJ.

“En materia de medidas de seguridad, no hay conflicto posible entre el tribunal oral y el tribunal de ejecución: éste último vigilará el cumplimiento de la medida, recibirá los informes de las autoridades del establecimiento o lugar en que se cumpla, e informará al tribunal oral sobre el estado de la persona sometida a la medida o sobre cualquier otra circunstancia de interés, pero el órgano que la dispuso es soberano para adoptar las resoluciones que el curso de la ejecución aconseje. Y si razones de urgencia autorizaran la inmediata intervención del magistrado a cargo de aquellas funciones de vigilancia, va de suyo que su providencia será provisoria y ‘ad referendum’ de su aprobación posterior” (Voto en disidencia del Dr. Rodríguez Basavilbaso en el fallo citado). Sin embargo, los trabajos de campo demuestran que es el menos respetado de todos los presupuestos de una correcta aplicación de la medida de seguridad (13).

“...El término "podrá" que señala la norma del art. 34 inc.1 1º párrafo 2º del Código Penal indica que el juez cuenta con la facultad de ordenar la internación llamada manicomial, o remitir las actuaciones a la justicia civil para que, en el marco de la insania, se resuelva lo vinculado con la internación del enajenado. Si, como en el caso, se utilizó la primera alternativa, luego no se puede soslayar la intervención legal en todo lo vinculado con la internación dispuesta ya que, el declarado inimputable no puede salir del establecimiento sin una resolución judicial, con audiencia del Ministerio Público y dictamen de peritos, que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. No empece a ello la existencia del sobreseimiento dictado por causal de inimputabilidad (arts. 34 inc. 1, C.P.; 323 inc. 5, C.P.P.) si se dispuso la internación provisoria como medida de seguridad y la misma se mantuvo no obstante el sobreseimiento (fs. 2/3 vta.). La situación hubiese sido diferente si la inimputabilidad no fuera acompañada de la internación y se remitieran las actuaciones por insania a la justicia civil, en función de la expresión "podrá" que menta la norma involucrada para el caso. Entonces, en ese supuesto, resultaría pertinente que el tribunal de familia sea el que intervenga en la internación, tratamiento y eventual egreso del causante, circunstancia distinta a la acaecida en autos.” SCJBA Ac. 96811 del 8-2-2006

“A, C.A s/robo agravado. Incidente de competencia e/Juzgado de Garantías n° 4 y Tribunal de Familia N° 2 de San Isidro” (entre otras).

El control de la ejecución de la medida, como se advirtió, puede estar a cargo del órgano jurisdiccional que la dictó o en caso de existir juez de ejecución o vigilancia, a cargo de éste. En cambio, el cese de la misma habrá de ser dispuesto por el tribunal que la dictó, según lo normado por el Código Penal. El inciso 1° del artículo 34 establece tanto en su párrafo segundo como en el tercero, que la reclusión se mantiene hasta comprobarse la desaparición del peligro en el sujeto al que se aplica la medida. Ese peligro es el mismo que fue valorado al tiempo de disponer su aplicación. El segundo párrafo dispone en lo fundamental los elementos de juicio que deben tenerse en cuenta para llegar al cese de esa internación (reclusión según el código): dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás, audiencia del ministerio público y finalmente resolución judicial que disponga la “salida del agente del manicomio”. El tercer párrafo no establece detalles de procedimiento, pero determina que la reclusión del procesado que hubiere sido absuelto por las demás causales del inciso, deberá extenderse hasta que se compruebe la desaparición de las condiciones que le hicieron peligroso y dieron fundamento a la medida.

Una de las características fundamentales de la medida de seguridad es la duración indeterminada al momento de ser dispuesta. Así lo imponen tanto la naturaleza de la medida como la necesidad de adaptarla (flexibilidad) a la evolución de la salud mental del sujeto en relación a su peligrosidad. No obstante, se requiere de cierta proporcionalidad a la peligrosidad del autor que no estará relacionada con la gravedad del hecho, ya que eso implicaría, como se dijo en su oportunidad (14) transportar inadecuadamente elementos del régimen de los imputables a los inimputables. En igual sentido lo ha entendido la jurisprudencia al referir que “...la medida prevista en el artículo 34 inciso 1° del código penal, debe depender y ser proporcionada a la peligrosidad y no a la escala pena del delito que en su momento se atribuyó al sujeto...”-Cámara Nacional de Casación Penal. Capital Federal. Sala 1. Catucci, Madueño, Bissordi. Rainieri, Víctor s/recurso de casación’ causa 424. Sentencia del 30 de mayo de 1995. Fuente SAIJ.

No cabe exigir una completa curación para disponer el cese de la medida. Se trata de comprobar la desaparición en el sujeto de ese peligro genérico de daño que de él se temía y por el cual le fue impuesta. La forma de comprobar la desaparición de ese peligro admite en su realización práctica las mismas variantes y complejidades que se trataron al tiempo de establecer la existencia de tal peligrosidad. Algunos autores sostienen que la reclusión manicomial presenta, cuanto menos, las mismas posibilidades y etapas que se reconocen en el tratamiento en establecimientos comunes. Mientras ello pueda implementarse, esa postura resulta más conveniente a los fines de lograr la

progresiva adaptación del sujeto al medio libre, siempre que –tratándose de una externación temporaria- se den las condiciones que hagan posible su control y favorezcan la evolución del sujeto. Influyen aquí factores diversos, entre otros la contención familiar, la existencia de una persona que oficie de tutor responsable para asegurar la continuidad del tratamiento, los controles médicos periódicos, la ingesta de la medicación y la abstención respecto de sustancias tóxicas, la posibilidad de insertarse laboral y socialmente y la eficaz asistencia de los trabajadores sociales. Factores todos necesarios para garantizar el éxito en la recuperación del sujeto en las etapas de externación temporal o a prueba. Efectuando una interpretación sistemática e integral de la cuestión, se advierte que también, al tiempo de disponer las externaciones transitorias del enfermo mental, resultará necesario que los peritos se expidan de manera categórica acerca de esa posibilidad.

Para el cese definitivo de la medida debe tenerse presente que el código exige la desaparición de las condiciones que lo hicieron peligroso o del peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. La jurisprudencia lo ha ratificado: *“Para que proceda el egreso del alienado, es necesario que se haya producido una total y absoluta desaparición del peligro que determinó la internación, no siendo suficiente a tales efectos el informe médico que dice: ‘Se encuentra en condiciones de ser dada de alta siempre que una persona de responsabilidad se encargue de su cuidado y vigilancia.’”*-Cámara de Apelaciones en lo Criminal de Capital Federal. LL 54-239 del 19 de octubre de 1948. Fuente: Rubianes, Carlos, obra citada.

Frecuentemente, en la práctica forense se encuentran dictámenes que presentan falencias por no concluir en términos bien definidos, usando expresiones tales como “ha disminuido la peligrosidad”, o “no hay signos de peligrosidad inminente”. Queda en la incertidumbre entonces qué significan tales expresiones; en qué grado puede medirse la disminución de la peligrosidad y cuál es el riesgo de peligrosidad no inminente. Situaciones como ésta obligan al órgano jurisdiccional a requerir al perito que se expida en forma clara y concreta determinando si ha desaparecido o aún existe el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a un tercero. No debe perderse de vista que la medida de seguridad del artículo 34 inciso 1º del Código Penal supone la utilización de medios curativos, sometidos al principio de legalidad, que el juez dispone en atención a la peligrosidad relacionada con la enfermedad mental que padece el autor de un delito y para evitar que se dañe a sí mismo o a los demás. En virtud de ese carácter curativo y de tutela de la salud, tiende prioritariamente a eliminar la causa que determinó la medida.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS:

- 1- Soler, Sebastián. “Derecho Penal Argentino” T II páginas 35 y 37, Buenos Aires TEA, edición 1983.
- 2- Soler, Sebastián. Op. cit., pág. 40.

- 3-Bonnet encuentra además una concordancia jurídica con el artículo 39 del proyecto penal ruso de la época imperial, señalada también por otros autores y comentaristas del código penal argentino. Ver "Psicopatología y Psiquiatría Forense" Tomo I. López Libreros editores S.R.L. Buenos Aires.
- 4-Bonnet, Emilio Federico Pablo. Op. cit. T I. pág. 147/148.
5. Bonnet, Emilio Federico Pablo. Op.cit. Pág. 153.
- 6 Bonnet, Emilio Federico Pablo. Op. cit. Pág. 157.
- 7 Bonnet, Emilio Federico Pablo. Op. cit. Pág. 157.
8. "Escala de Evaluación de Capacidad para actuar en el Proceso Penal", elaborada adaptada y comentada por los doctores Jorge Oscar Folino, Jorge L. Castillo y Ronald Roesch."EECAPAPP" colección Derecho y Salud Mental, editorial Interfase Forense, versión en español, La Plata, año 2003.
9. Soler, Sebastián. Op. cit. Tomo II pág. 408. en nota al pie.
10. Moreno, Rodolfo. "Origen del Derecho Penal Argentino", T II.
11. Soler, Sebastián. Op. cit. Tomo II pág. 408.
12. De La Rúa, Jorge. "Código Penal Argentino" Parte general. Buenos Aires, 2a. Edición. Depalma. Año 1997, página 474.
13. Como podrá apreciarse en la sección tercera al tratar acerca de la ejecución y efectivo cumplimiento de la medida.
14. En mi perspectiva y propuesta. Sección Segunda.

NORMATIVA PROCESAL PENAL

Pese a la diversidad, riqueza e importancia de las cuestiones que surgen a diario respecto de la aplicación de las normas procesales que se ocupan de la situación de los presuntos inimputables, se evidencia un escaso tratamiento por parte de la doctrina. Los comentarios de los autores, aún aquellos contenidos en las obras dedicadas específicamente a la exégesis de esas normas son sumamente parcos y la doctrina judicial no constituye una excepción. Esa escasez obliga a reflexionar sobre el contenido de esas normas y sobre su relación con el caso judicial, pero deja al descubierto cierta liviandad con que parecen tratarse cuestiones tan importantes del derecho. Es entonces oportuno emprender un recorrido que puede resultar más arduo, disperso e incierto, pero también vital y enriquecedor, recorrido que se inicia en el caso judicial para remontarse a la norma y desde ella nuevamente a la complejidad del caso.

Probablemente sólo la aplicación de la norma en cada caso pueda ilustrar de manera adecuada la multiplicidad de inconvenientes y de variantes que plantea la disposición de una medida de seguridad. Es por ello que el análisis de los ordenamientos procesales ofrece una riqueza particular en el marco de la intermediación y de la dinámica que les son propios. Curiosamente, no parece que los autores hayan dedicado sus mayores esfuerzos para la exégesis de esas normas. Distante de una monótona enumeración de preceptos, la doble vía que transita desde el caso sometido a juzgamiento hasta la norma aplicable y de ésta nuevamente al hecho que es su antecedente de aplicación, brinda una rica amplitud de perspectiva que sólo la complejidad de la existencia humana puede ofrecer. La diversidad de cuestiones e interrogantes que plantea pueden vislumbrarse al acercarse a algunos de esos casos que constituyen el material

cotidiano del ámbito forense. Alejados de construcciones abstractas, muestran generosos las incertidumbres y conflictos humanos que necesariamente deben ser atendidos y resueltos con equidad, adecuados conocimientos y, muy especialmente, con sentido común.

Uno de los temas de mayor relevancia en lo que atañe a la normativa procesal, es el referido a la oportunidad en que puede disponerse la aplicación de la medida de seguridad establecida en el artículo 34 inciso 1° del código penal. Abordaré en primer lugar la normativa relativa al sobreseimiento en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires tal como fue aplicada hasta la reforma introducida por la reciente *Ley 14.296* (B.O. 8-IX-2011) pues siendo una modificación importante requiere cierta adaptación y gradual adaptación de los tribunales al procedimiento oral para la aplicación y cesación de la medida, que seguramente conviene evaluar cuando tenga cierto devenir temporal que por su novedad no posee aún.

Mencionaré luego de analizar el procedimiento habitual, las normas que se modifican y los términos de dicha modificación.

Son muchos los autores que, atendiendo a la gravosa restricción de la libertad y de los derechos del presunto inimputable que la medida acarrea, consideran que sólo debe aplicarse en un pronunciamiento definitivo, dictado en la etapa final del juicio en sentido estricto, es decir al momento de dictar sentencia absolutoria a causa de la inimputabilidad del sujeto activo del hecho antijurídico cuya autoría se tiene por comprobada. Sin dudas, esta etapa procesal es la más apropiada para asegurar la realización del proceso contradictorio en toda su amplitud, con una exhaustiva investigación del hecho en todas sus circunstancias y garantizando la intervención del sujeto -cuya inimputabilidad se analiza- para su propia defensa. Así podría decidirse, con la debida certeza y la convergencia de los requisitos de procedencia, la necesidad de aplicar una medida de seguridad con los alcances y consecuencias previstos por el artículo 34 inciso 1° del Código Penal. Pero no siempre puede alcanzarse esta situación ideal en el trámite del proceso. En muchas ocasiones el estado psíquico del sujeto impide que se desarrollen plenamente todas las etapas del proceso hasta el dictado de la sentencia definitiva. Esas contingentes dificultades no deben obstar al estricto cumplimiento de los recaudos que garanticen al supuesto inimputable el ejercicio de sus derechos en el marco del debido proceso. Por el contrario, esos recaudos deberán extremarse dada la mayor vulnerabilidad del enfermo mental que hubiera cometido un hecho tipificado como delito.

La normativa contempla la posibilidad de imponer la medida de seguridad en la etapa inicial del proceso (sea sumarial, instructoria o penal preparatoria), atendiendo a las situaciones que podrían tornar imposible la superación de esa etapa para llegar al juicio o plenario. El Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires -Ley 11.922- regulaba en el artículo 323 inciso 5 (*en su redacción anterior a la Ley 14.296*) la procedencia del dictado de sobreseimiento cuando mediare alguna causa de inimputabilidad. En el artículo

325 establece el carácter impugnabile, sin efecto suspensivo, de ese sobreseimiento por parte del imputado o su defensor cuando “...*se le haya impuesto a aquél una medida de seguridad*”. Cabe destacar que, según lo normado en el artículo 321 del mismo código, el juez de garantías puede dictar el sobreseimiento en cualquier estado de la investigación penal preparatoria. Por su parte, en el inciso 5 del artículo 336 el Código Procesal Penal de la Nación también admite la procedencia del sobreseimiento cuando mediere una causa de inimputabilidad. El artículo 334 dispone que el juez puede dictar el sobreseimiento en cualquier estado de la instrucción y el artículo 337 que ese auto es apelable por el imputado o por su defensor cuando impone una medida de seguridad. La normativa procesal reconoce entonces la posibilidad de imponer la medida de seguridad en la etapa inicial del proceso penal atendiendo a las circunstancias del caso. Resulta apropiado contemplar cómo se aplica este principio de oportunidad en la práctica judicial.

Los casos analizados corresponden a causas penales tramitadas en el Departamento Judicial Lomas de Zamora. Cabe destacar aquí que dada la imposibilidad material de compulsar expedientes en todos los departamentos judiciales, se ha seguido el mismo criterio empleado para seleccionar las unidades penitenciarias en las que se realizaron los trabajos de investigación de campo, y en consecuencia, también en esta oportunidad se ha optado por el departamento judicial que resulta más representativo por el elevado índice de criminalidad y litigiosidad que presenta, así como el volumen de causas judiciales que en él tramitan. Ello encuentra fundamento en los datos ofrecidos por el Departamento de Estadísticas de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, según los cuales durante el año 2004 se iniciaron en dicho departamento judicial 83.239 Investigaciones Penales Preparatorias, tramitando 6.742 causas en los Juzgados Correccionales e iniciándose 28.280 Expedientes en los Juzgados Civiles y Comerciales. El Departamento Judicial Lomas de Zamora se ubica así en el primer lugar en materia de litigiosidad y criminalidad. En materia de Investigaciones Penales Preparatorias iniciadas en dicho año, el Departamento Judicial San Martín ocupa el segundo lugar con 55.737 investigaciones, en tanto que el Departamento Judicial San Isidro ocupa el tercer lugar registrando 51.498 Investigaciones Penales Preparatorias como iniciadas en ese año. La compulsión y comentario de las causas que tramitaron en el Departamento Judicial de Lomas de Zamora ofrece una amplia posibilidad de conocer el aspecto dinámico de la aplicación de las normas que rigen la materia.

Ante el Juzgado de Garantías N° 2, tramitó el incidente de inimputabilidad correspondiente a la causa N° 5175 seguida contra D. M., por el delito de homicidio simple. Luego de tener por comprobada la existencia del hecho imputado, el juez interviniente lo encuadró en la figura del homicidio simple según los términos del artículo 79 del Código Penal y consideró que las probanzas acreditaban “prima facie” la autoría del imputado y, en una evaluación razonada y de conjunto, analizó si éste podía ser penalmente

responsable. El examen psiquiátrico-psicológico practicado, refirió que el imputado presentaba un cuadro de alienación mental bajo la forma de síndrome delirante, con noción situacional y orientado respecto de su persona y entorno, pero mostrando un curso de pensamiento rígido, un juicio desviado con ideación delirante paranoide autoreferencial que movilizaba su conducta. El juez consideró que la conducta del imputado, así como los antecedentes detallados eran demostrativos de una alteración morbosa de sus facultades, llegando a la convicción de que al momento del hecho no actuó con la capacidad (*) de comprender la criminalidad del acto y de dirigir sus acciones. Dándose pues la situación prevista en el inciso 1 del artículo 34 del Código Penal, correspondía hacer lugar a su sobreseimiento en relación al hecho imputado, según lo solicitara el agente fiscal, en los términos del artículo 323 inciso 5 del código procesal. Resuelto el sobreseimiento de D. M., en orden al hecho constitutivo del delito de homicidio simple por el cual fuera formalmente imputado (artículos 321, 322, 323 inciso 5 y 324 del código procesal penal), el magistrado dispuso, atento a la peligrosidad del imputado y por razones de seguridad, que continuara privado de su libertad, según lo establecido en el artículo 34 inciso 1° del Código Penal. También dispuso la extracción de copias de las partes pertinentes de la causa para que sean remitidas al asesor de incapaces en turno. Se advierte que la medida de seguridad fue impuesta en la etapa inicial del proceso penal por haberse constatado que el sujeto activo del hecho no pudo comprender la criminalidad del mismo ni dirigir sus acciones a raíz de un cuadro de alienación mental en la forma de síndrome delirante. Constatada su peligrosidad en un nuevo estudio dispuesto por el juez de garantías, se determinó la aplicación de la medida de seguridad prevista por el Código Penal en esa etapa inicial de la investigación penal preparatoria.

(*) Corresponde destacar aquí que el empleo del término “capacidad” por los códigos procesales penales, tanto de la Provincia de Buenos Aires como de la Nación resulta equívoca. La capacidad jurídica no debe ser confundida con la imputabilidad que consiste en la aptitud de un sujeto para comprender la criminalidad del hecho o de dirigir sus acciones, ni con la presencia de esas aptitudes para actuar en el proceso penal. En ese equívoco también incurren frecuentemente la jurisprudencia y la doctrina. El concepto de capacidad tiene un significado específico, propio del ámbito del derecho civil, como supuesto de validez de los actos jurídicos (artículo 52 del Código Civil) y no resulta trasladable al ámbito penal, donde rige el concepto de imputabilidad, propio de los actos ilícitos y equivalente al concepto civil de voluntariedad (artículo 897 del Código Civil), según se habrá de analizar más adelante.

Similar situación, en cuanto a la etapa procesal, se presenta en la causa n° 5334, seguida contra Y.M.A. por ante el Juzgado de Garantías n° 4 en orden a la comisión del delito de homicidio agravado por el vínculo. En ella, el agente fiscal y el defensor solicitaron al juez de garantías que dicte el sobreseimiento del imputado según las previsiones del artículo 323 inciso 5 del código procesal. El magistrado lo consideró procedente por surgir de la investigación

penal preparatoria que el autor se encontraba alcanzado por esa norma en razón de su inimputabilidad. Los informes elaborados por los médicos psiquiatras y legistas de la unidad penitenciaria de Melchor Romero (Unidad 10) donde había sido internado en forma provisional, señalaron que al momento de ocurrir el hecho Y.M.A, no pudo comprender la criminalidad del acto ni dirigir sus acciones por tener un trastorno orgánico cerebral y un trastorno depresivo mayor que hicieron recomendable la continuación de su internación hasta que esos trastornos desaparecieran. El juez, en el marco de las previsiones del artículo 324 del código de procedimientos, consideró que la acción penal no estaba extinguida, que el hecho investigado ocurrió constituyendo el delito de homicidio agravado y que fue cometido por el imputado. No obstante, surgiendo que éste se hallaba comprendido dentro de las causas de inimputabilidad del artículo 34 inciso 1 del código penal, resolvió sobreseerlo totalmente en orden al delito de homicidio agravado (artículo 80 inciso 1 y 45 del Código Penal) conforme lo previsto por el artículo 323 inciso 5 y 324 del código procesal, disponiendo la continuidad del tratamiento terapéutico adecuado y de su alojamiento en el servicio penitenciario provincial dado que su afección lo tornaba peligroso para sí o para terceros. También dispuso que la unidad penitenciaria remitiera al juzgado informes mensuales sobre su evolución y que se ponga la resolución en conocimiento del asesor de incapaces en turno y del curador de alienados.

-Cabe señalar que el tratamiento se cumplió obteniendo finalmente el 23-3-2006 por resolución del Juez de Garantías N° 4 departamental el alta definitiva con controles médicos psiquiátricos periódicos, en razón de la buena evolución demostrada y la transición realizada en las altas a pruebas que le habían sido renovadas.

La disposición de la medida de seguridad en una etapa incipiente del proceso es congruente con lo establecido por los ordenamientos procesales penales respecto de la finalidad misma de la instrucción o investigación penal preparatoria. En efecto, el artículo 266 del código procesal penal bonaerense, en su inciso 4°, dispone que la investigación penal preparatoria tendrá por finalidad “... *verificar la edad, educación, costumbres, condiciones de vida, medios de subsistencia y antecedentes del imputado, el estado y desarrollo de sus facultades mentales, las condiciones en las que actuó, los motivos que han podido determinarlo a delinquir y las demás circunstancias que revelen su mayor o menor peligrosidad*”. Esta redacción es similar a la del artículo 193 inciso 4 del Código Procesal Penal de la Nación según el cual la instrucción tendrá por objeto “... *verificar la edad, educación, costumbres, condiciones de vida, medios de subsistencia y antecedentes del imputado; el estado y desarrollo de sus facultades mentales, las condiciones en que actuó, los motivos que han podido determinarlo a delinquir y las demás circunstancias que revelen su mayor o menor peligrosidad*”. Para determinados casos, entre los cuales se incluye la probabilidad de aplicación de una medida de seguridad,

estos códigos previeron la realización de un examen mental obligatorio respecto del imputado (artículos 64 del procesal bonaerense y 78 del procesal nacional).

Contrariamente a lo exigido por algunos autores (entre ellos Jorge De La Rúa), la interpretación de la normativa aplicable en las primeras etapas del proceso, permitió concluir en que la medida de seguridad establecida en el código penal podía disponerse aún antes de la celebración del debate y del dictado de la sentencia resultando indispensable en los casos en que no se puede arribar al final del proceso, conclusión ideal desde el punto de vista normativo pero no siempre factible frente a cada caso particular. En cualquier supuesto, la imposición de una medida de seguridad en una u otra etapa del proceso no implicaba una interpretación normativa incongruente con los principios constitucionales ni un menoscabo de la garantía de una debida defensa del enfermo mental sometido a investigación penal.

Al sancionarse la Ley 14.296 (B.O. 8-IX-2011) que modificó algunos artículos del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires y ciertos artículos de la Ley de Ejecución provincial 12.256, la situación en lo que atañe a las medidas de seguridad cambió.

Si bien es prematuro como ya señalé aventurar comentarios por la necesidad de contar con un devenir que la norma aún no tiene en la práctica judicial, se pueden reseñar los puntos más importantes de la normativa reformada.

El artículo 3 de la nueva ley señala que se modifican los artículos 1, 25, 323, 325, 341, 404, 503, 509, 510, 514, 517 y 518 del Código Procesal Penal Ley 11.922 y modificatorias. En cuanto al artículo 1 en lo que nos interesa, en el párrafo final expresa *“La imposición de medidas de seguridad en los términos del artículo 34 inciso 1º del Código Penal requiere la previa observancia de las normas relativas al juicio previstas en el Libro III de este Código”*.

Conforme la reforma introducida al artículo 25 del citado cuerpo legal, en el inciso 6 se establece que *el juez de ejecución tiene competencia en las medidas de seguridad aplicadas a mayores de 18 años de edad*.

El artículo 323 en la nueva versión de su texto expresa; *“El sobreseimiento procederá cuando:5) Media una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absolutoria, siempre que no proceda la aplicación de una medida de seguridad en los términos del artículo 34 inciso 1º del Código Penal”*. Esta mención modifica profundamente la procedencia del Sobreseimiento tal como se venía aplicando en los tribunales y se comentó en los párrafos precedentes. A partir de la aplicación de la Ley 14.296 sólo podrá disponerse el sobreseimiento del inimputable que no revista las características de peligrosidad que llevan a sujetarlo a la medida de seguridad del artículo 34 inciso 1 del código penal. Cuando ella deba imponerse, será necesario otro tipo de procedimiento, el del juicio oral.

Agrega el artículo 341 en su nueva redacción *“Si en cualquier estado del proceso, con posterioridad dispuesta en el artículo 338, por nuevas pruebas resultare evidente que el imputado obró en estado de inimputabilidad y no*

proceda la aplicación de una medida de seguridad en los términos del artículo 34 inciso 1 del Código Penal, o que surja claramente la falta de tipo, una causal de justificación, de inculpabilidad o una causa extintiva de la acción penal, para cuya comprobación no sea necesario el debate, el Tribunal podrá dictar el sobreseimiento”.

Según el nuevo artículo 404 *“En los casos que la ley permita suspender el proceso, a requerimiento de parte y desde la declaración del artículo 308 de este Código, el órgano jurisdiccional competente convocará a las partes a una audiencia. El acuerdo entre Fiscal y Defensor será vinculante para el Juez o Tribunal, salvo ilegalidad o irracionalidad de las obligaciones impuestas...”*

El artículo 517 según reforma citada señala que *“La ejecución definitiva de una medida de seguridad será vigilada por el Juez de Ejecución Penal. Las autoridades del establecimiento o el lugar en que se cumpla le informarán al Magistrado oportunamente lo que corresponda, pudiendo también requerirse el auxilio de peritos”.* Aditando el nuevo artículo 518 *“El Juez de Ejecución, al disponer la ejecución de una medida de seguridad, impartirá las instrucciones necesarias a la autoridad o al encargado de ejecutarla. También fijará los plazos en que deberá informárselo acerca del estado de la persona sometida a la medida o sobre cualquier circunstancia de interés, el que no podrá ser superior a los seis (6) meses. Dichas instrucciones no podrán ser modificadas en el curso de la ejecución, según sea necesario, dándose noticia al encargado. Contra estas resoluciones no habrá recurso alguno”.* Obvia señalar el beneplácito que causa esta disposición en tanto establece firmemente los controles periódicos que deben efectivizarse sobre toda medida de seguridad aplicada al inimputable, tan pasible de evoluciones e involuciones en su estado, siempre variable, a causa de la enfermedad, entre otras circunstancias que hacen a su vulnerabilidad.

La Ley 14.296 prevé en su artículo 7 la gradualidad de implementación para ciertos casos, como los vinculados a la oralidad, en razón de la misma necesidad de adaptación que en su agenda, estructura y funcionamiento requerirán los tribunales departamentales.

Debo destacar que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires declaró mediante la Acordada **3562 (del 28-9-11)** la **invalidez del artículo 1º de la citada Ley en cuanto modifica los artículos 169, 182, 183, 184, 185, 198, 199, 221, 222, 223 y 224 de la Ley 12.256 y el artículo 404 de la Ley 11.922 en tanto atribuyen funciones a las Secretarías de Control. Asimismo, declaró la invalidez de las funciones asignadas a las Secretarías de Control mencionadas en el artículo 4º de la referida ley.** Ello en tanto se les confería a dichas Secretarías funciones de carácter administrativo competencia del Poder Ejecutivo. Las funciones eran desarrolladas por el Patronato de Liberados lo que indicaba su carácter administrativo y la transferencia de competencias entre Poderes del Estado que es rechazado por la Suprema Corte, en dicha Acordada cumpliendo su control de constitucionalidad y en ejercicio de sus facultades propias e implícitas.

MEDIDA CAUTELAR -internación provisional-

La aplicación de la medida de seguridad en la etapa preparatoria o instructoria no debe confundirse con la “internación provisional” del presunto inimputable prevista por los códigos procesales penales. Esta internación provisional es una medida meramente cautelar cuya finalidad y naturaleza es distinta de la medida de seguridad con internación prevista en el código penal y que más precisamente asegura la futura medida de seguridad. La internación provisional se encuentra regulada por el artículo 76 del Código Procesal Penal de la Nación: *“Si se presumiere que el imputado, en el momento de cometer el hecho, padecía de alguna enfermedad mental que lo hacía inimputable, podrá disponerse provisionalmente su internación en un establecimiento especial, si su estado lo tornare peligroso para sí o para terceros. En tal caso, sus derechos de parte serán ejercidos por el curador, o si no lo hubiere, por el defensor oficial, sin perjuicio de la intervención correspondiente a los defensores ya nombrados. Si el imputado fuere menor de dieciocho años sus derechos de parte podrán ser ejercidos también por sus padres o tutor”*. También aparece en los artículos 62 y 168 del código procesal penal bonaerense. El artículo 62 establece que *“si se presumiere que el imputado, en el momento del hecho, padecía de alguna enfermedad mental que lo hiciera inimputable, podrá disponerse provisionalmente su internación en un establecimiento especial, si su estado lo tornare peligroso para sí o para terceros. En tal caso, sus derechos y facultades serán ejercidos por el curador o si no lo hubiere, por el defensor oficial, sin perjuicio de la intervención correspondiente a los defensores ya nombrados”* mientras que el artículo 168 expresa que *“el Juez de Garantías, a pedido de parte, podrá ordenar la internación del imputado en un establecimiento asistencial, cuando a los requisitos para la prisión preventiva se agregare la comprobación por dictamen de peritos oficiales de que el mismo sufre una grave alteración o insuficiencia de sus facultades mentales, que lo tornan peligroso para sí o para los demás. Regirán análogamente, los artículos que regulan el trámite de la prisión preventiva. Cuando no concurriendo los presupuestos para imponer la prisión preventiva, se reunieren las demás circunstancias a que se alude precedentemente, el juez informará al tribunal competente para resolver sobre su incapacidad o internación y pondrá a su disposición a quien estuviera detenido, de conformidad a lo dispuesto por el Código Procesal Civil y Comercial en la materia”*.

Los términos en que fue redactada esta última norma dieron lugar a opiniones divergentes en la doctrina y en el ámbito judicial. En principio, se advierte una situación ambigua respecto de aquellos casos en los cuales la declaración indagatoria no pudo ser recibida dado el estado mental del autor. A partir de la naturaleza, características y modalidad del hecho, cuando se sospecha que el

autor no habría podido comprender la criminalidad del acto ni dirigir sus acciones en razón de una enfermedad mental, los peritajes psiquiátricos se realizan de inmediato. En ese caso, no encontrándose el autor del hecho en condiciones de brindar declaración indagatoria, faltaría uno de los requisitos que en conjunto exige el artículo 157 del mismo texto legal para la procedencia de la prisión preventiva. Sin ese requisito, no puede aplicarse la primera parte del artículo 168, por ello y en razón de lo previsto por el último párrafo de la misma norma, sólo cabría la remisión de los antecedentes al tribunal de familia poniendo el sujeto a su disposición. Hasta qué punto esta solución es la adecuada resulta opinable dado que, habiéndose cometido un delito, no resultaría competente el tribunal de familia (o el juez en lo civil y comercial según el departamento judicial, de que se trate) ni podría cesar la intervención del juez de garantías. Así lo entendió la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires al resolver las cuestiones de competencia planteadas en esos casos entre jueces en lo civil y comercial y jueces en lo penal (de instrucción o garantías, según el sistema procesal aplicable) con motivo del control del régimen de internación, especialmente cuando preexistía un juicio de declaración de incapacidad por insania respecto del cual no cabe poner en dudas la competencia civil.

Eduardo Carlos Hortel (*) explica que *“el supuesto del primer párrafo [del artículo 168] no exige mayores explicaciones, en cuanto se trata de un caso en el que concurren los requisitos de la prisión preventiva, de manera que el juez de garantías se limita a decidir el lugar en el cual corresponde que el imputado continúe alojado, autorizándolo el artículo a que ordene su traslado a un establecimiento asistencial, cuando se comprobare por expertos que el mismo resulta peligroso para sí o para los demás. Si se tratara de un caso en que no concurren los requisitos para dictar la prisión preventiva y se diera la misma situación del párrafo anterior respecto de la peligrosidad del imputado, comprobada en la forma que explica el mismo, el juez de garantías deberá informar al juez de primera instancia en lo civil y comercial en turno a estos fines, poniendo al detenido a su disposición. Si el imputado no estuviere detenido, el segundo párrafo del artículo 482 del Código Civil, agregado por ley 17.711, establece que ‘las autoridades policiales podrán disponer la internación, dando inmediata cuenta al juez (en lo civil y comercial), de las personas que por padecer enfermedades mentales, o ser alcoholistas crónicos o toxicómanos pudieran dañar su salud o la de terceros o afectaren la tranquilidad pública. Dicha internación sólo podrá ordenarse, previo dictamen del médico oficial’, en lo que entendemos que si la internación provisional la puede ordenar la autoridad policial, también la puede ordenar el juez de garantías, dando inmediata cuenta con remisión de copia de las actuaciones pertinentes al juez de primera instancia en lo civil y comercial que corresponda”*.

(*) Comentario al artículo 168 en “Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires –Ley 11.922- Ed. Universidad” 1998. 9na . Edición.

A pesar de lo expresado por el comentarista y de lo señalado en varios casos con enfoques diferentes, se evidencia en este punto cierta inconsistencia del sistema procesal, derivada de la incorporación anacrónica de este artículo y de su inapropiada remisión a los requisitos del artículo 157, propios del dictado de la prisión preventiva. La inserción del artículo 168 dentro del capítulo IV del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires (Incidencias) y su redacción, hacen compartir al tema de la inimputabilidad con institutos novedosos o de reciente incorporación al código, probablemente tomados de fuentes diversas, extrañas a esta regulación particular.

Por hallarse también referida a la medida cautelar establecida en el artículo 168 del citado código, cabe mencionar la reforma introducida mediante la ley 13.449 (publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires el 17 de marzo de 2006), cuyo artículo 2º incorpora un nuevo artículo al final del Libro I “Disposiciones Generales”, Capítulo IV “Incidencias”, introduciendo una audiencia preliminar oral y pública que se efectuará, entre otros supuestos, antes de dictarse la internación provisional del imputado y en la que serán oídos el fiscal, el particular damnificado si lo hubiere, la defensa y el imputado si se hallare presente -en ese orden- a fin de fundar la procedencia o improcedencia de la medida.

Retomando la controversia a que diera lugar la interpretación del artículo 168 del ordenamiento procesal provincial debida a los términos de su redacción, cabe señalar que el Código Procesal Penal de la Nación no presenta la inconsistencia mencionada, toda vez que la redacción del artículo 76 no remite a ninguna otra norma ni exige requisitos adicionales para la imposición de la medida cautelar.

Las divergencias provocadas por la interpretación del artículo 168 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires se ven reflejadas en aquellas causas penales en las que el sujeto sindicado como autor del hecho típico y antijurídico no pudo brindar declaración en los términos del artículo 308 por impedirlo su estado psíquico. Así en la causa n° 9656 del Juzgado de Garantías n° 4, seguida a P. F. en orden al delito de homicidio calificado (artículo 80 inciso 8 del código penal) en grado de tentativa, el defensor oficial, al momento de mantener la entrevista previa a la declaración indagatoria, advirtió que el imputado no razonaba claramente resultándole imposible participar en la audiencia. Solicitó entonces que se practicara en forma urgente un peritaje psicológico y psiquiátrico para determinar su estado de salud mental y física. Una vez practicado, se concluyó en que el imputado no se encontraba en condiciones de prestar declaración, que presentaba una alteración morbosa de las facultades mentales bajo la forma de alienación mental, psicosis del tipo delirio paranoide, por lo cual al momento del hecho no pudo comprender la criminalidad del acto ni dirigir sus acciones y que en la actualidad evidencia

signos de peligrosidad para sí o para terceros, siendo necesaria su internación en un establecimiento especializado para su tratamiento, control y evaluación psicoterapéutica.

Ante la situación planteada, el agente fiscal, con fundamento en el artículo 168 párrafo tercero del código procesal, en el artículo 482 párrafo segundo del Código Civil y 618, 623 y concordantes del código procesal civil y comercial, solicitó al juez de garantías que ordenara la internación urgente del detenido. El magistrado, con fecha 23 de agosto de 2003, dispuso la internación de P. F. en la Unidad 34 del servicio penitenciario bonaerense para su tratamiento, requiriendo que se le remitieran informes cada sesenta días de conformidad con lo establecido por los artículos 23, 62 y 210 del código procesal penal. El 6 de octubre de 2004 los integrantes del Gabinete Psiquiátrico Forense del servicio penitenciario bonaerense, informaron al juez de garantías que el síndrome disociativo que presentara P.F. se hallaba compensado, no presentando en esa fecha peligrosidad para sí ni para terceros, por lo que podía iniciar una serie de salidas transitorias siempre que contara con un medio familiar continente.

El juez corre vista de las actuaciones al agente fiscal quien dictamina que, en razón de no haberse recibido al imputado la declaración prevista en el artículo 308 del código procesal, no solicitaría su sobreseimiento, restando resolver respecto de la aplicación de medidas de seguridad en resguardo de la integridad física del imputado y de terceros. El juez devolvió la causa al fiscal para que se expidiera respecto de la situación procesal del encausado toda vez que, de acuerdo al ordenamiento procesal, en especial el artículo 60, resultaba suficiente para considerar a una persona como imputado que en cualquier acto o procedimiento se lo identifique como autor o partícipe de un delito, debiendo garantizarse sus derechos constitucionales (artículos 23, 60, 209, 210 y concordantes del código procesal penal bonaerense y 34 inciso 1 del Código Penal). El fiscal insistió afirmando que P.F. sólo había sido notificado del contenido del artículo 60 del código procesal, diligencia que no implicó procesamiento y que no interesaba su detención por hallarse bajo una medida de seguridad. Considerando el juez de garantías que el fiscal debía tomar intervención por las eventuales vistas que debería evacuar ante la concesión al causante de altas a prueba, elevó las actuaciones al fiscal de cámaras quien mantuvo el criterio del agente fiscal entendiendo que correspondía aplicar lo dispuesto en el último apartado del artículo 168 con fundamento en la imposibilidad de haberse recibido la declaración indagatoria. Este caso muestra las consecuencias de una redacción normativa que aparece como inconsistente con el sistema procesal que integra y con la doctrina sentada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Volviendo a la temática de la internación provisional, en la causa n° 551.190, caratulada G.A.N. sobre homicidio, tramitada por ante la Sala III de la Excelentísima Cámara de Apelaciones y Garantías, el imputado había sido aprehendido y el juez de garantías dispuesto su detención por haberse

acreditado que, con intención de provocar la muerte de la víctima, le disparó al menos dos veces con un arma de fuego. Las heridas causaron el deceso de manera directa y determinante y se imputó entonces el delito de homicidio simple. El primer informe psiquiátrico realizado en la asesoría pericial departamental indica que el sujeto no se hallaba lúcido sino con sus facultades intelectuales básicas disminuidas, con pensamiento concreto, indiferencia afectiva y fallas en el juicio, y considera necesario que sea trasladado a una unidad penitenciaria con asistencia psiquiátrica para realizar estudios lineales ante la posible presencia de una simulación o disimulación de enfermedad psiquiátrica. Por su parte, el perito médico psiquiatra del ministerio público fiscal, advirtió una serie de circunstancias vinculadas con enfermedades padecidas por los progenitores del imputado y por sus descendientes, comprobando que se trataba de una personalidad primitiva, con desorientación amnésica, esfera perceptiva cualitativamente perturbada que acusaba alucinaciones auditivas, con afectividad embotada y falla en los resortes intelectuales que debilitaban el despliegue de su voluntad hallándose incapacitado para deliberar y decidir como consecuencia lógica de su evidente deterioro y defectos psico-orgánicos crónicos de etiología tóxica (alcoholismo crónico). El día del hecho había bebido y sus justificaciones respecto de su conducta resultaban pueriles. Concluye el perito en que G. A. N. padecía un deterioro psico-orgánico de etiología alcohólica, que no comprendió la criminalidad del hecho ni tuvo aptitud de dirigir sus acciones en el transcurso de su comisión, resultando peligroso para sí y para terceros y que debía ser internado en un establecimiento adecuado para su estudio, protección y tratamiento. El agente fiscal petitionó el dictado de la prisión preventiva por considerar al imputado “prima facie” autor penalmente responsable del delito de homicidio simple y que se disponga su internación en un establecimiento asistencial acorde a su afección por resultar peligroso y para que se realicen los estudios tendientes a determinar su capacidad judicial. Fundó su petición en la norma del artículo 168 del código procesal. El juez de garantías tuvo por acreditado el hecho que calificó como homicidio simple y entendió que G.A.N. resultaba ser “prima facie” autor del mismo. Considerando el informe brindado por el perito psiquiatra y la declaración del artículo 308 del código procesal que oportunamente se había recibido, estimó procedente la internación provisional solicitada por el fiscal, a mérito de lo previsto por los artículos 45 y 79 del Código Penal y 23 inciso 2, 157, 158, 168 y 210 del código procesal, disponiendo el traslado a una unidad del servicio penitenciario bonaerense y que se dé intervención al curador de alienados y al tribunal de familia en turno. El agente fiscal apeló por considerar que debía haberse dictado la prisión preventiva del imputado, recurso que mantuvo el fiscal de cámaras solicitando el alojamiento del imputado en la unidad 34 del servicio penitenciario bonaerense a fin de que se practiquen los estudios indicados por el perito psiquiatra y se establezca el tratamiento adecuado a seguir respecto de su situación y lugar de internación. La Sala III de la citada Cámara resolvió

confirmar lo resuelto por el juez de garantías, interpretando la normativa del artículo 168 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el artículo 157 y concluyendo que no correspondía en el caso dictar la prisión preventiva. Finalmente el 19 de septiembre de 2005 el juez de garantías dictó el sobreseimiento total de G., A.N en orden al delito de homicidio simple por haber confirmado los estudios psiquiátricos complementarios que el mismo se hallaba comprendido en las causas de inimputabilidad del artículo 34 inciso 1° del Código Penal, disponiendo a causa de la peligrosidad que revestía su inmediata internación en una Unidad dependiente del Servicio Penitenciario Provincial adecuada a la afección que padecía, la que remitía informes cada 30 días acerca de su estado y evolución. Se dio intervención al Juzgado de Ejecución Penal Departamental conforme lo previsto por el artículo 25 y se comunicó al Curador de Alienados departamental. El Juzgado de Ejecución Penal formó incidente de Ejecución de Medida de Seguridad en la causa respecto de G.; A.T. quedando alojado en la Unidad 34 del Servicio Penitenciario Provincial a disposición del Juez de Ejecución Penal, solicitándose la remisión de informes a fin de establecer si ha desaparecido la peligrosidad que motivó su internación en dicha unidad, además de todos los detalles de su evolución. El interno continuó alojado en la citada unidad penitenciaria.

Además de los recursos ordinarios mencionados en ocasión de tratar el dictado de sobreseimiento o la sentencia absolutoria con fundamento en la inimputabilidad del sujeto autor o partícipe del hecho típico antijurídico, el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires prevé la posibilidad de interponer recuso de casación y de inaplicabilidad de ley. Así como el artículo 424 establece que el imputado o su defensor podrán recurrir del auto de sobreseimiento o de la sentencia absolutoria que le impongan una medida de seguridad, de idéntica forma, el artículo 450 establece la procedencia del recurso de casación contra las sentencias definitivas y los autos que pongan fin a una medida de seguridad, pudiendo recurrir, según el artículo 454 el imputado o su defensor de la sentencia que le imponga una medida de seguridad. Finalmente, el artículo 494 establece la procedencia de recurrir ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires mediante el recurso de inaplicabilidad de ley respecto de las sentencias definitivas del Tribunal de Casación que por inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva o doctrina legal apliquen una medida de seguridad. El Ministerio Público Fiscal puede deducir este recurso en caso de sentencia adversa, cuando hubiese pedido la aplicación de una medida de seguridad.

En el ámbito del Código Procesal Penal de la Nación, el artículo 434 reconoce la facultad del imputado para *“recurrir la sentencia de sobreseimiento o absolutoria que le imponga una medida de seguridad”*. Facultad que mantiene el artículo 459 en relación al recurso de casación señalando que el imputado o

su defensor podrán recurrir “... 3) de la resolución que le imponga una medida de seguridad por tiempo indeterminado”.

Los casos judiciales reseñados precedentemente ilustran la complejidad suscitada por la interpretación y aplicación de la normativa procesal penal y por la determinación de la imputabilidad de los sujetos sometidos a juicio. En algunos se arribó a la etapa plenaria adhiriendo al criterio de quienes entienden que la disposición de la medida de seguridad del artículo 34 inciso primero del Código Penal sólo puede dictarse en esa etapa del proceso. Cuando las cuestiones de hecho lo permitieran, sobre todo las referentes al estado mental del sujeto, podrán cumplirse todas las etapas y diligencias del proceso: recibir declaración indagatoria, brindar las garantías de defensa, practicar las medidas probatorias que permitan investigar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollara el hecho típico y antijurídico, acreditándose debidamente la autoría, coautoría, instigación o eventualmente participación del sujeto. Entre esas diligencias, las peritaciones psiquiátricas en ciertos casos resultarán determinantes para establecer que si bien se encuentra acreditada la autoría del hecho típico y antijurídico por parte del sujeto, no resulta penalmente responsable por haber actuado en su momento sin poder comprender la criminalidad del acto o -aún comprendiéndolo- sin poder dirigir sus acciones. Sin embargo, el estado mental del sujeto permitió que actuara en el proceso en tanto y en cuanto pudo –mínimamente- entender la acusación en su contra, las características y consecuencias del proceso penal, comunicarse con su defensor e intervenir en la instrucción hasta que llegara a la etapa del plenario.

En la causa n° 17.848, “M.F.T. s/ homicidio” sustanciada ante la Sala III de la entonces Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, el informe del médico forense estableció que el imputado era hijo de un alienado mental, que bebía alcohol en exceso desde temprana edad, que padeció sífilis en su juventud y que presentó al momento del examen un evidente deterioro psico-orgánico. Incluso padeció ocasionalmente zoopsias, sueños terroríficos y alucinaciones auditivas, presentando bajo nivel mental, conciencia de ser alcohólico y de no poder detenerse en el consumo, inadecuada elaboración del problema que le permitiera asumirlo como enfermedad y lograr que el tratamiento que pudiera brindársele resultare efectivo. En relación a los hechos, manifestó no recordarlos y negó tener amistad con la víctima. El examen practicado al momento del hecho encontró un alto grado de alcoholización. El perito médico determinó que F.T.M, presentaba un cuadro de alcoholismo inveterado, según la clasificación de Jellinek, con manifestaciones orgánicas de toxifrenia alcohólica. Sin ser un alienado mental, presentó en el momento del hecho un cuadro de trastorno mental transitorio incompleto que enturbió su conciencia y le impidió valorar la trascendencia de sus actos. En cuanto a la ingestión de bebidas alcohólicas fue voluntaria. Los estudios electroencefalográficos confirmaron el deterioro orgánico funcional provocado por el alcoholismo. La cámara de apelaciones intervino por tratarse de un homicidio conforme lo previsto por el código de procedimientos por

entonces vigente (ley 3589) y dictó veredicto y sentencia en el año 1992 teniendo por acreditado el hecho y la autoría de F.T.M. En base a los peritajes médicos, entendió que, en la condición de alcohólico crónico del encartado y el marco de su estado psicofísico, era probable que la ingestión de esas cantidades de alcohol -que en anteriores ocasiones no le hubiesen producido tan notoria pérdida de control- en aquel momento le provocara signos y síntomas manifiestos, sufriendo una pérdida de la autonomía de la voluntad y de la capacidad auto y heterocrítica, con imposibilidad de comprender la criminalidad de sus actos y mucho menos, de dirigir adecuadamente su conducta. Se valoró también que, habiendo transcurrido más de cuatro horas del hecho, el sujeto aún se hallaba en estado de ebriedad. El tribunal se abocó a determinar si, al momento de embriagarse, F.T.M. tuvo la posibilidad de prever el resultado, logrando establecer que no se puso voluntariamente en el estado de inimputabilidad, no pudiendo prever el resultado típico en juzgamiento pues no obraban en su historial antecedentes que demostraran que al beber en forma descontrolada se tornara violento o agresivo. Por otra parte, consideró que el hecho por el cual era juzgado fue el primero en tener consecuencias como éstas. En consecuencia, no admitió la acusación fiscal y decidió absolver a F.T.M. por considerar que actuó, al momento del hecho, en las condiciones del inciso 1 del artículo 34 del Código Penal. Durante la audiencia de debate, el perito médico psiquiatra había señalado que el imputado resultaba peligroso para sí o para terceros puesto que existía la posibilidad de que nuevas ingestas etílicas provocaran situaciones similares a la que motivó la sustanciación del proceso. Por ello, ordenó su internación en un establecimiento adecuado hasta la desaparición de la causal que provocara su peligrosidad y requirió la remisión de informes trimestrales sobre la evolución del interno. El veredicto fue absolutorio por considerar al agente inimputable y se dispuso la internación con los alcances previstos por los artículos 34 inciso 1 y 79 del Código Penal y 70, 288 y 439 del código de procedimientos (ley 3589) (*). El imputado fue alojado bajo régimen de máxima seguridad en la Unidad 10 del servicio penitenciario bonaerense el 20 de noviembre de 1992. Según se informó el 17 de diciembre de 1992 no evidenció desbordes de conducta, pero se aconsejó mantener su internación en la misma unidad por no haber desaparecido las causas que la motivaron.

(*) El artículo 439 del código de procedimiento aplicable al momento de dictarse la sentencia referenciada establecía: *“Si de las conclusiones del informe médico resultare peligrosa la libertad del procesado, el juez, al decretar el sobreseimiento o al absolver, ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento de alienados. La reclusión se mantendrá hasta que hayan desaparecido las causas que la motivaron, lo que se resolverá por el mismo juez, previo examen médico legal. Es de aplicación en este caso lo dispuesto por el artículo 395 de este Código”*. Decía a su vez el artículo 395: *“Si la locura del procesado sobreviniere durante el plenario, se suspenderá éste respecto de aquél en tanto que el loco no recupere la razón. En todo caso de locura, el juez ordenará la internación en un establecimiento especializado,*

dependiente del órgano de ejecución penal, aunque en caso que se garantice la seguridad podrá hacerlo en un establecimiento privado a costa de quien lo peticione”.

El 11 de septiembre de 1995, la asistente social de la curaduría de alienados realizó un amplio informe en el medio familiar del causante, considerándolo apto para el proceso de resocialización gradual. Destacó los fuertes lazos afectivos existentes entre el imputado y un allegado domiciliado en el mismo inmueble, quien lo conocía desde varias décadas atrás y lo consideraba como un integrante de su grupo familiar. Finalmente, el Gabinete Psiquiátrico Forense del servicio penitenciario bonaerense, solicitó a la cámara la concesión a F.T.M. de un primer período de cuarenta y cinco días de externación transitoria, el que fue concedido el 16 de noviembre de 1995, habiéndose extendido luego en diversas oportunidades de acuerdo con su evolución favorable.

Desde la promulgación del Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires (ley 3589) hasta la promulgación del actual Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires (ley 11.922) se produjo una interesante transición respecto del régimen de la medida de seguridad prevista por el artículo 34 del Código Penal.

En la causa n° 23.290, caratulada “I.A.A. s/homicidio calificado” en trámite por ante la Sala III de la Excelentísima Cámara de Apelaciones, durante la etapa del debate, los peritos psiquiatras coincidieron en señalar que el procesado no se hallaba en condiciones de comparecer a juicio por presentar una alteración morbosa de sus facultades mentales bajo la forma clínica de trastorno afectivo mayor con un síndrome psico-orgánico post-traumático. El imputado se hallaba alojado en la Unidad 17 del servicio penitenciario provincial para la realización de estudios periciales. Al ingresar a ese establecimiento, la Junta Médica de Admisión determinó que presentaba un síndrome depresivo. Observada su evolución, se pudo establecer que tenía una personalidad de rasgos esquizoides con un trastorno afectivo mayor, depresión mayor melancólica y síndrome psico-orgánico post-traumático. Analizando sus antecedentes se encuentra que en la infancia padeció meningitis y un traumatismo de cráneo con pérdida de conocimiento, comenzando a consumir gran cantidad de alcohol sumido en ideas de ruina y vacío, todo lo cual culminó en el homicidio e intento de suicidio en el marco de una ideación patológica severa con grave desviación de su capacidad de juicio. Habiendo señalado los peritos que no se encontraba en condiciones de comparecer a juicio, el fiscal general solicitó la suspensión del juicio oral, adhiriendo el defensor. La cámara entendió, en base a las conclusiones de los peritos del Gabinete Psiquiátrico del servicio penitenciario provincial y los de la asesoría pericial departamental, que el sujeto carecía de la capacidad mental necesaria para actuar en el proceso lo cual necesariamente conducía a la paralización del trámite a fin de resguardar el derecho de defensa del imputado quien no sólo estaba impedido de ejercer su defensa material a través del descargo respectivo, sino también

de controlar la producción de la prueba en la audiencia de debate. Por acuerdo de fecha 24 de junio de 1997 se dispuso suspender el trámite del proceso conforme lo normado en los artículos 395 y 439 del código de procedimientos, ordenando la internación de I.A.A. en un establecimiento especializado dependiente del servicio penitenciario provincial, por resultar peligroso para sí y para terceros y disponiendo que se informe trimestralmente acerca de su estado, sin perjuicio de proseguir el debate en el caso de que recuperase la razón. Declaró asimismo improcedente el pedido de absolución efectuado por la defensa.

Los primeros informes provenientes de la Unidad 34 del servicio penitenciario bonaerense dieron cuenta de la necesidad de mantener el régimen de internación por no haber desaparecido las causales que la motivaron, no encontrándose tampoco en estado mental adecuado para intervenir en el proceso. Las mismas conclusiones se repitieron en los posteriores. Por sugerencia de los profesionales del gabinete psiquiátrico, la cámara dispuso dar intervención al Grupo de Admisión y Seguimiento de la Unidad 34 para una nueva evaluación del encartado. La Junta de Selección –también dependiente del servicio penitenciario provincial- recomendó que continuara internado bajo el mismo régimen, hallándolo apto para estar en juicio. El Grupo de Admisión y Seguimiento de la Unidad 34 concluyó a su vez en que I.A.A. se encontraba psíquicamente compensado, lúcido y coherente para declarar en juicio y en que, teniendo en cuenta el estado de la causa (plenario suspendido) existía la posibilidad de otorgarle algún beneficio. La cámara corrió vista al fiscal general, quien, con fecha 4 de octubre de 2002, explica en su dictamen que el procedimiento anterior, en casos de inimputabilidad penal del acusado, obligaba a suspender el debate (artículo 395) hasta tanto recuperara la razón, no pudiendo considerarse su absolución en base al artículo 34 inciso 1 del Código Penal. En cambio, sigue diciendo el código actual (ley 11.922) establece en su artículo 341 la posibilidad de que se dicte sobreseimiento cuando el imputado haya obrado en estado de inimputabilidad, pero exigiendo que exista nueva prueba producida con posterioridad a la audiencia del artículo 338 del mismo (270 del anterior). Encuentra esa nueva prueba en la declaración testimonial prestada por el perito médico al inicio del debate en cuanto señala que él mismo practicó el examen poco tiempo después de ocurrido el hecho, entrevistando al encartado en el lugar donde estaba internado, es decir en circunstancias diferentes a las existentes cuando se realizaron los informes posteriores, no sólo por el tiempo transcurrido sino también por la profundidad de los estudios practicados, no pudiendo descartar el estado de inimputabilidad al momento de perpetrar el hecho objeto de investigación, como tampoco su progresivo deterioro psíquico en razón de una severa lesión cerebral. Entiende que son contundentes los informes practicados por los profesionales de la asesoría pericial departamental y del gabinete psiquiátrico forense del servicio penitenciario provincial, ratificados y ampliados en plenario, en cuanto fundan científicamente que al momento del

hecho I.A.A. presentaba una alteración morbosa de sus facultades bajo la forma clínica de un trastorno afectivo mayor con síndrome psico-orgánico post-traumático, que derivó en un estado psicopatológico que le impidió al momento del hecho comprender la criminalidad del acto y/o dirigir sus acciones. En definitiva, solicita al juez requirente que “1°) *Se dicte sobreseimiento a favor de I.A.A. por no haber podido en el momento del hecho en virtud de padecer alteración morbosa de sus facultades mentales, comprender la criminalidad del acto y/o dirigir sus acciones -Artículo 34 inciso 1° del Código Penal y 341 del Código Procesal Penal (*). 2°) Conforme lo dispuesto en el segundo párrafo del inciso primero del artículo 34 del Código Penal, se determine mediante el correspondiente informe psiquiátrico si el acusado resulta peligroso para sí y/o para terceros”.*

(*) El artículo 341 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires -ley 11.922- que integra el libro tercero dedicado a los Juicios, establece: “*Si en cualquier estado del proceso, con posterioridad a la audiencia dispuesta en el artículo 338 (ofrecimiento de pruebas) por nuevas pruebas resultare evidente que el imputado obró en estado inimputabilidad, o que surja claramente la falta de tipo, una causal de justificación, de inculpabilidad o una causa extintiva de la acción penal, para cuya comprobación no sea necesario el debate, el Tribunal podrá dictar el sobreseimiento”.*

Realizado por disposición de la cámara, ese informe psiquiátrico concluyó en que el procesado, si bien no presentaba indicadores de peligrosidad inmediata, continuaba con una peligrosidad latente, ya que se observó que, a raíz de los sentimientos de culpa que experimentaba y su estructura de base depresiva, la vida en el exterior le resultaría altamente estresante mientras que la internación era contenedora en tanto mantenía su cuadro compensado. Por ello se aconsejó continuar la internación para su tratamiento y contención, debiendo producirse informes periódicos por parte del gabinete psiquiátrico del servicio penitenciario bonaerense. El 11 de septiembre de 2003 ese gabinete constató que había desaparecido la productividad psicótica y atenuado la peligrosidad de I.A.A. dictaminando entonces que estaba en condiciones de iniciar un régimen de salidas transitorias por un período de cuarenta y cinco días, previa evaluación por parte de la Curaduría Oficial de Alienados acerca del medio familiar continente. El fiscal general petitionó el dictado del sobreseimiento y la cámara dispuso el 27 de julio de 2004 sobreseer definitivamente a I.A.A. respecto del delito de homicidio calificado en los términos del artículo 80 inciso 1° del Código Penal, según lo normado en el artículo 34 inciso 1 del mismo texto legal y 341 del código procesal, requiriendo que se expida la Junta de Selección del servicio penitenciario provincial según lo normado en el artículo 24 de la ley 12.256 (*). El 19 de mayo de 2005 el mismo tribunal resolvió, habida cuenta del sobreseimiento antecedente y sin oposición del ministerio fiscal, conceder la externación transitoria bajo régimen terapéutico por un período de cuarenta y cinco días, debiendo cumplimentarse lo dispuesto en el artículo 24 de la ley 12.256. Se citó al familiar que actuaría como persona

responsable y se establecieron los controles médicos que deberían practicarse periódicamente al imputado en la Unidad 34 del servicio penitenciario bonaerense. Cabe destacar que dichas salidas se prolongaron por períodos de noventa y ciento veinte días sucesivamente, de conformidad con la evolución del enfermo hasta conceder la Sala III de la Cámara penal departamental el alta definitiva con controles médicos psiquiátricos periódicos el 24-4-2007. En agosto de 2011 fue citado nuevamente a peritaje psiquiátrico.

(*) Esta norma, referida a las externaciones relativas al artículo 34 inciso 1° del Código Penal expresa que “...cuando la junta de selección dictamine que ha disminuido o cesado la peligrosidad de absueltos y sobreseídos definitivos, podrá disponerse su inclusión en un régimen terapéutico de externaciones transitorias o altas a prueba; o continuación con el tratamiento específico en otros establecimientos especializados y/o su egreso con el alta definitiva”.

Esta causa presenta una pluralidad de temáticas. Al tiempo que ilustra sobre la posibilidad de declarar la inimputabilidad del sujeto en plena de etapa de juicio y en virtud nuevas pruebas agregadas al mismo, permite advertir las diferencias existentes entre la normativa procesal del código anterior y el vigente en ese momento en cuanto a la situación procesal del enfermo mental imposibilitado de actuar en la etapa del juicio. El artículo 371 del código procesal en vigencia establece que “...cuando el veredicto fuese absolutorio, se ordenará la libertad del imputado [...] o la aplicación de las medidas de seguridad resueltas oportunamente [...] El Tribunal podrá diferir el pronunciamiento respecto a la sanción imponible, por resolución fundada y de acuerdo a las circunstancias del caso, lo cual tratará en debate ulterior independiente sobre la pena o medida de seguridad aplicable [...] pudiéndolo postergar hasta por el término de un mes desde la fecha de notificación de la resolución”. El Código Procesal Penal de la Nación contiene disposiciones similares. Dentro del libro dedicado al juicio, el artículo 361 establece que “Cuando por nuevas pruebas resulte evidente que el imputado obró en estado de inimputabilidad o exista o sobrevenga una causa extintiva de la acción penal y para comprobarla no sea necesario el debate, o el imputado quedare exento de pena en virtud de una ley penal más benigna o del artículo 132 o 185 inciso 1 del Código Penal, el tribunal dictará de oficio o a pedido de parte el Sobreseimiento”. El artículo 402 dispone que “...la sentencia absolutoria ordenará, cuando fuere el caso, la libertad del imputado [...] o la aplicación de medidas de seguridad...”.

Similar problemática se planteó en la causa n° 19.761 tramitada por ante la Sala III de la Excelentísima Cámara de Apelación y Garantías, seguida a C.J. por homicidio. Al formular acusación, la fiscalía requirió que se condene al acusado a la pena de prisión perpetua con accesorias legales y costas, considerándolo autor penalmente responsable de homicidio calificado por la utilización de un medio idóneo para crear un peligro común (artículo 80 inciso 5 del Código Penal). En fallo absolutorio, el 5 de agosto de 1997, el tribunal dispuso la suspensión del trámite por entender que lo hacía ineludible el estado

mental del sujeto para resguardar el derecho de defensa en juicio, ya que se encontraba no sólo impedido de ejercer su defensa material prestando declaración indagatoria, sino también de controlar la producción de la prueba en la audiencia de debate. Al mismo tiempo, ordenó la internación en un establecimiento especializado del servicio penitenciario provincial (Unidad 10) por resultar peligroso para sí y para terceros, requiriendo además que se practiquen informes trimestrales sobre su evolución, sin perjuicio de proseguir el trámite en el supuesto de que recupere la razón. Al ser peticionado su egreso mediante salidas transitorias, el curador oficial y el fiscal general, requirieron que se resolviera la situación procesal del encausado con fundamento en los artículos 34 inciso 1° del Código Penal y 357, 395 y 439 del código de procedimientos. En este caso también se aportaron nuevas pruebas luego de ser radicada la causa para la realización del juicio. Ellas permitieron sostener que la enfermedad mental del acusado existía al momento del hecho y que le impidió comprender la criminalidad del mismo y dirigir sus acciones. La cámara corrió vista al fiscal general quien se expidió, con fecha 22 de abril de 2003, señalando que el nuevo código procesal en su artículo 341, aplicable a esta etapa de la causa, establece la posibilidad de que el tribunal dicte sobreseimiento en caso de comprobarse que el imputado obró en estado de inimputabilidad, exigiendo el aporte de pruebas producidas con posterioridad a la audiencia establecida por el artículo 338 del código procesal (artículo 270 del anterior). Estima que esas nuevas probanzas surgen del examen psiquiátrico practicado sobre el imputado, el cual determina que padece un cuadro de alteración morbosa de sus facultades mentales bajo la forma de psicosis parafrénica, lo que implica demencia en sentido jurídico, no pudiendo comprender ni dirigir sus acciones, estando la conciencia, la voluntad y la libertad desviadas y constreñidas a la acción por una interpretación delirante de la realidad. En cuanto al momento en que sucedieron los hechos que se le imputan, es verosímil que existiera el trastorno actual con anterioridad y que la amnesia completa sea producto de una desorganización psíquica propia de las patologías psicóticas. Recomienda que, dada su peligrosidad, sea internado en un establecimiento psiquiátrico por el tiempo que fuere necesario para su atención y tratamiento. Similares conclusiones de peritos oficiales y de parte, así como de los médicos legistas del servicio penitenciario, permiten, en base a las previsiones del ordenamiento ritual vigente, solicitar el sobreseimiento del encartado por haber obrado al momento del hecho en estado de inimputabilidad. En cuanto a la libertad de C.J., del informe respectivo surge que su peligrosidad se encuentra atenuada por lo que estaría en condiciones médicas de continuar su asistencia en el régimen abierto de la unidad en que se encuentra alojado. Asimismo, de los informes practicados por la curaduría departamental y por el gabinete psiquiátrico del servicio penitenciario bonaerense surge que se encontraría en condiciones de iniciar, con controles adecuados, el régimen terapéutico de las externaciones transitorias por un período de cuarenta y cinco días. Considera entonces que resulta factible su

externación, en caso de que los informes y estudios pendientes señalen la desaparición de las condiciones de peligrosidad que revistiera para sí o para terceros, efectuándose, en su caso, dicha externación transitoria bajo las condiciones que el tribunal considere adecuadas para su control, asistencia y continencia. Solicitó entonces: *“1° tener por contestada la vista dictándose oportuno sobreseimiento a favor de C.J. en virtud de no haber podido el mismo comprender la criminalidad del acto y/o dirigir sus acciones al momento del hecho en razón de padecer una alteración morbosa de las mismas (Artículo 34 inciso 1° del Código Penal y 342 del Código Procesal Penal). 2° Conforme lo dispuesto en el párrafo segundo del inciso 1 del artículo 34 y atento el contenido de los informes en cuanto establecen la viabilidad de la externación transitoria del nombrado, solicito se practiquen los estudios e informes pendientes complementarios, a fin de establecer si han desaparecido las condiciones que lo tornaran peligroso para sí o para terceros y en tal caso, de considerar V.E. viable dicha externación temporal, se fijen para efectivizar la misma, las condiciones que permitan un adecuado control, asistencia y continencia del nombrado”*.

El informe socioambiental resultó favorable, en tanto que el psiquiátrico concluyó en que C.J. presentaba un cuadro compatible con una psicosis crónica con antecedentes de consumo abusivo de alcohol en abstinencia al momento actual, patología que no le permite dirigir su persona ni administrar sus bienes (artículo 141 del Código Civil). Su enfermedad es de larga data, su pronóstico reservado debiendo continuar con tratamiento psicofarmacológico, no presentando índices de peligrosidad es posible comenzar una estrategia terapéutica de reinserción familiar y social. Se sugirió como paso previo a la externación que se conceda permiso para salidas progresivas, comenzando por horas hasta llegar a salidas programadas por días o más prolongadas, sin perjuicio de que, al ser externado deba continuar con los controles psiquiátricos en forma regular y periódica. El 19 de noviembre de 2003 la Cámara resolvió sobreseer definitivamente a C.J. respecto del delito de homicidio calificado en los términos del artículo 80 inciso 5 del Código Penal y, por no presentar índices de peligrosidad, conceder su externación otorgando salidas por horas, hasta llegar a salidas programadas por días o prolongadas de acuerdo con lo que aconsejare el servicio médico especializado. Para su instrumentación dispuso que, con carácter previo, sea citada la persona allegada a fin de interiorizarla acerca del control, asistencia y continencia del causante. Asimismo, dispuso que se informe periódicamente sobre su evolución y se practique nuevo examen psiquiátrico en la asesoría pericial departamental en el plazo de seis meses desde la efectivización de las salidas. Las altas a prueba comenzaron por cuatro horas cada quince días bajo el cuidado de su padre. Nueve meses después se dispuso su externación por ciento veinte días con rigurosos controles médicos y continencia familiar, externación que fue luego extendida por ciento ochenta días, prorrogados hasta que el 5 de diciembre de 2006 la Sala III de la Cámara departamental concedió el Alta Definitiva con

controles psiquiátricos periódicos, archivando la causa el 3 de noviembre de 2010.-

ALTERACIÓN MENTAL SOBREVINIENTE A LA COMISIÓN DEL HECHO. Efectos. ARTÍCULO 25 DEL CÓDIGO PENAL.

El artículo 25 del Código Penal Argentino establece que *“si durante la condena el penado se volviere loco, el tiempo de la locura se computará para el cumplimiento de la pena, sin que ello obste a lo dispuesto en el apartado 3 del inciso 1 del artículo 34”*.

La Ley 24.660 también se ocupa del tema en su artículo 186 al señalar *“En las instituciones de ejecución no se alojarán internos comprendidos en el artículo 25 del Código Penal mientras subsista el cuadro psiquiátrico y a quienes padezcan enfermedad mental crónica. Con intervención del juez de ejecución o juez competente, serán trasladados para su atención a servicios especiales de carácter psiquiátrico o servicios u hospitales psiquiátricos de la comunidad”*.

Resulta clara la regulación, como asimismo que el presente caso no guarda relación con aquellos en los cuales al momento de cometer el hecho el autor se encontraba bajo la influencia de la enfermedad mental, lo que entre otras condiciones determinó su declaración de inimputabilidad en proceso penal.

También el artículo 63 del código de procedimiento provincial contempla el caso de que el condenado presentare graves alteraciones mentales con posterioridad al inicio del proceso. *“Si durante el proceso sobreviniere la incapacidad mental del imputado, se suspenderá la tramitación de la causa y si su estado lo tornare peligroso para sí o para terceros, se ordenará su internación en un establecimiento adecuado, cuyo director informará trimestralmente sobre su situación al órgano interviniente. La suspensión del trámite del proceso impedirá la declaración del imputado o el juicio, según el momento en que se produzca, sin perjuicio de que se averigüe el hecho o se prosiga aquel contra los demás imputados. Si el imputado recobrase la capacidad mental, proseguirá la causa a su respecto”*. Términos similares presentaba el artículo 77 del Código Procesal Penal de la Nación: *“Si durante el proceso sobreviniere la incapacidad (*) mental del imputado, el tribunal suspenderá la tramitación de la causa, y si su estado lo tornare peligroso para sí o para los terceros ordenará la internación de aquel en un establecimiento adecuado, cuyo director le informará trimestralmente sobre el estado del enfermo. La suspensión del trámite del proceso impedirá la declaración indagatoria o el juicio, según el momento en que se ordene, sin perjuicio de que se averigüe el hecho o se prosiga aquel contra los demás imputados. Si curare el imputado, proseguirá la causa a su respecto”*.

(*) En relación al término “incapacidad” se aplican las reservas expuestas anteriormente.

Esta situación es distinta de la que presenta el inimputable. Se trata de un sujeto que, siendo imputable al momento de cometer el hecho y por ende punible, sufre una alteración morbosa posterior, ya sea durante el desarrollo del proceso o con posterioridad a él o cuando el condenado la sufre mientras cumple su pena. Previendo esas posibilidades, las unidades psiquiátricas de los servicios penitenciarios disponen de lugares para el alojamiento de los condenados con afecciones mentales previas o posteriores a la condena. En caso de recuperar la razón continuará el proceso de juzgamiento o se continuará con la ejecución de la pena según el caso. Se advierte la diferente situación del inimputable quien, en la medida que recupere la razón, recuperará su libertad.

Ilustra al respecto la causa n° 30.227 caratulada “A.A, s/homicidio”, en la que la Sala III de la Excelentísima Cámara de Apelaciones y Garantías, a mérito del informe realizado por el gabinete psiquiátrico forense del servicio penitenciario, suspendió la tramitación de las actuaciones hasta que desapareciera la enfermedad mental que motivó la internación del imputado. Asimismo, requirió del servicio penitenciario que informe trimestralmente sobre el punto con fundamento en lo previsto por el artículo 63 del código procesal. Dado que, además del deterioro de su estado mental, el procesado se negaba a ingerir alimentos, fue trasladado de la Unidad de Sierra Chica a la Unidad 34, especializada en enfermos mentales. El informe de su gabinete psiquiátrico estableció que se trataba de un débil mental, con mayor deterioro por problemas socioculturales y hábitos tóxicos, y con rasgos psicopáticos. Aconsejó mantener la internación hasta tanto desapareciera el peligro de que pudiera dañarse a sí mismo o a los demás. El 29 de octubre de 2003 se expide el primer informe que, si bien detecta una atenuación de la peligrosidad, ésta no desaparece. Los informes sucesivos destacaron la dificultad del imputado para autoabastecerse y la permanencia de las causales que motivaron su reclusión frenocomial. Para que el enfermo se encontrara en un lugar más cercano a su ámbito familiar, se petitionó y fue concedido el traslado a la unidad carcelaria 24 del mismo servicio penitenciario, pero ese traslado repercutió negativamente pues comenzó a presentar signos de productividad psicótica. Es que dicha unidad, a diferencia las unidades 34 y 10, no tiene medios para brindar tratamiento y medicación a los enfermos mentales. Debió entonces ser reintegrado a la Unidad 34 donde se verificó una estabilización de los síntomas y la conveniencia de otorgar permisos de egreso de 48 horas cada treinta días. El fiscal general se opuso en dictamen del 29 de diciembre de 2004 por entender que la estabilidad lograda era precaria, debiendo evaluarse los restantes elementos que demostraran la evolución del estado psicofísico del internado. En definitiva, el tribunal no hizo lugar a la externación sugerida.

Esta causa pone de manifiesto la situación de un sujeto que, siendo imputable al momento de cometer el hecho, padece con posterioridad una alteración morbosa de sus facultades mentales, determinando la suspensión del proceso y la remisión a un establecimiento para su tratamiento y protección. Para lograr un acercamiento familiar supuestamente beneficioso, se dispuso trasladarlo a

otro establecimiento sin atender a la compleja problemática que lo aquejaba. No siendo un lugar adecuado, se provocó un deterioro del estado del enfermo. Según se aprecia de la exposición precedente realizada en base al análisis de casos judiciales en trámite, la aplicación de normativas poco precisas a casos particulares presenta gran riqueza temática y compromiso de valores éticos y constitucionales, dejando al descubierto el escaso aporte doctrinario que acompaña al paso vacilante de las resoluciones judiciales.

EL ENFERMO MENTAL EN LA LEGISLACION CIVIL

Desde sus orígenes, el derecho civil se ocupó de la capacidad jurídica de los enfermos mentales, así como del trato que debía dispensárseles respecto de su libertad ambulatoria. La diferente consideración entre el enfermo mental que realizara un acto tipificado como delito y aquél que sin haberlo realizado necesita internación en razón de su estado, es una de las cuestiones que, desde el siglo XIX, despertó especial interés en la doctrina y la legislación. Fernando Álvarez Uría reflejó cómo se presentaron en España las particularidades de esa situación: *“Hemos comprobado ya en las estadísticas de 1847 la presencia de locos en las cárceles y casas de corrección, y es más que probable la presencia de delincuentes y forajidos en los hospitales, albergues y casas de locos. Vieja mezcolanza que reenvía a la época clásica y que, a partir del afinamiento de los códigos médicos y de la constitución de un cuerpo de policía, en el sentido actual, se irán progresivamente deslindando”* (*1). Sin embargo, señala más adelante que esta voluntad de diferenciación no excluye *“la necesidad de levantar una pared de ronda alrededor del edificio, para evitar la evasión de los locos”*, necesidad *“universalmente reconocida”* (2).

Diversas disposiciones del Derecho Romano en sus distintas etapas se ocuparon de la situación de los enfermos mentales. Explica Eugene Petit (3) que *“La ley de las XII tablas organizaba la curatela, únicamente para remediar a los incapacitados accidentales: la de los ‘furiosi’ y la de los pródigos. Más tarde, y a título de protección, fue extendida a los ‘mente capti’, a los sordos, a los mudos y a las personas atacadas de enfermedades graves, acabando también por aplicar la curatela a una incapacidad de otro orden: se daba curadores a los menores de veinticinco años, y en ciertos casos, a los pupilos (I, 2-5, de curat. I, 23). Los locos y los pródigos sólo tenían curadores ‘legítimos’ según la ley de las XII tablas. A falta de curadores legítimos, los curadores son nombrados por los magistrados de la misma manera que los tutores, por cuya razón se les llama ‘honorarii’. (...) El curador ‘administra’ y no da ‘autorictas’. Solamente en el Bajo Imperio, el curador del menor de veinticinco años debía dar algunas veces su consentimiento al acto realizado por el incapacitado. Este ‘consensus’ no tiene nada de solemne, y puede ser suministrado aún después del cumplimiento del acto”*. En cuanto a la curatela de los furiosi, sigue diciendo, *“Los romanos distinguían los furiosi y los mente capti. El furiosus es el hombre*

completamente privado de razón, tenga o no intervalos lúcidos. El mente captus, por el contrario, no tiene más que un poco de inteligencia [...] una persona cuyas facultades intelectuales están poco desarrolladas. La ley de las XII tablas sólo se ocupó de los furiosi, y decidió que el 'furiosus sui juri' y púbero, es decir, que no tuviera ni la protección del jefe de la familia ni la del tutor, se sometiese a la curatela legítima de los agnados, y a falta de éstos a la de los gentiles. Desde que se manifiesta la locura, se abre la curatela para los agnados, sin necesidad de una decisión del magistrado. (...) Cuando la gentilidad cayó en desuso, entonces era el magistrado quien nombraba el curador (I., 3, de curat. I, 23). El curador del furiosus tiene por misión cuidar tanto de su persona como de su patrimonio, pues la misma obligación tiene de hacer lo posible por su curación como de administrar sus bienes (Juliano, L.7, pr., D., de curat. fur. XXVII, 10). El furiosus no está afectado de interdicción, aunque le alcanza una incapacidad natural. Mientras dure su locura no puede efectuar ningún acto jurídico; pero recobrando toda su capacidad, cuando tiene un intervalo lúcido, entonces puede obrar solo, como si nunca hubiese estado loco. La misión del curador es la de administrar, ejecutando los actos necesarios a los intereses pecuniarios del incapacitado en estado de locura. Recobrando el loco la razón, ¿termina la curatela para volver a empezar con la locura? Los jurisconsultos no estaban de acuerdo en esta cuestión; Justiniano decidió que no cesara la curatela, pero el curador quedaba inactivo, puesto que el loco vuelto a la razón puede legalmente obrar por su cuenta (L. 6, C., de curat fur., V.70). En suma, el curador del furiosus no da nunca su consentimiento; tiene que limitarse a administrar; de donde resulta para él la obligación de rendir cuentas al final de la curatela y hasta todas las veces que, recobrando el loco su razón, exigiese la administración de sus bienes (Paulo, L. 4, 3, D., de tut. et rat., XXVII, 3). El pretor extendió esta curatela a las personas cuyas enfermedades reclamaban una protección, y por eso nombró curadores para administrar el patrimonio de los mente capti, de los sordos, de los mudos y de todos los que teniendo una enfermedad grave no podían mirar por su interés". Acerca de los alcances de la curatela en ese derecho, Alfredo Di Pietro expresa en igual sentido que "...El principal rasgo de la curatela es que el curador administra simplemente; él no da su 'auctoritas' sino que obra mediante la 'gestio', pues en la persona del pupilo no hay insuficiencia jurídica sino fáctica que cubrir" (4).

En las "Instituciones de Justiniano" se detalla el procedimiento aplicable en esos casos. El título XXIII "De los Curadores" dispone: "I. Se dan los curadores por los mismos magistrados que los tutores. Mas no se dan por testamento: pero una vez dados, se confirma por decreto del pretor o del presidente [...] 3. Los furiosos y los pródigos, aunque sean mayores de veinticinco años, se hallaban por la ley de las Doce Tablas bajo la curatela de sus agnados. Más comúnmente en Roma el prefecto de la ciudad o el pretor, y en las provincias los presidentes, les dan curadores en vista de la averiguación practicada. IV. Pero a los insensatos, a los sordos, los mudos y a los que

*padecen una enfermedad perpetua, que no pueden desempeñar sus negocios, se les han de dar curadores” (5). Para el nombramiento de los curadores, las Institutas remiten al procedimiento establecido en el Título XX para nombrar tutores: “3. Mas los tutores cesaron de ser dados conforme a estas leyes, después que los cónsules primero principiaron a darlos a los pupilos de ambos sexos, en vista de la sumaria practicada; y después los pretores conforme a las constituciones, porque las leyes de que acabamos de hablar no había nada estatuido, ni sobre la caución que se debía exigir de los tutores para asegurar los intereses del pupilo, ni sobre los medios de obligar a los tutores a la administración de la tutela. 4. Pero conforme al derecho que usamos, en Roma el prefecto de la ciudad, o el pretor, según su jurisdicción y en las provincias el presidente, nombran los tutores en virtud de sumaria indagación, o bien los magistrados por orden del presidente, si no son grandes los bienes del pupilo. 5. Pero nosotros, haciendo desaparecer por nuestra constitución estas dificultades de personas, hemos dispuesto que, sin esperar la orden de los presidentes, cuando los bienes del pupilo no excedan de 500 sólidos, los tutores y curadores serán nombrados por los defensores de las ciudades, conjuntamente con el santo obispo, o por las otras personas públicas, a saber: los magistrados, o el juez de Alejandría. La caución legal debe darse conforme a esta constitución, es decir, de cuenta y riesgo de los que la reciben. 6. Es conforme al derecho natural que los impúberos se hallen en tutela, a fin de que el que no ha llegado a mayor edad sea defendido por otro”. Puede apreciarse que el nombramiento de curador para el *furiosi* procuraba fundamentalmente la protección de su patrimonio.*

La normativa del derecho romano respecto de los enfermos mentales tuvo en común el pretendido interés de tutelarlos sujetándolos a un régimen asimilable al de la minoridad, situación que perduró en las legislaciones posteriores. “A los locos (*furiosi*) es decir, los que sufren alteraciones de sus facultades mentales e idiotas (*mentecapti*), es decir, aquellos que a pesar de ser púberes no las tienen suficientemente desarrolladas, los asimila el derecho romano a los infantes, considerándolos, en consecuencia, absolutamente incapaces de obrar. Pero en lugar de nombrárseles tutores se los somete, desde la ley de las XII tablas a curatela. A los *furiosi*, sin embargo, se les permitía actuar en los intervalos lúcidos, durante los cuales se los consideraba capaces”. (6) **

** En esta cuestión conviene tener presente que la palabra “capaces”, utilizada en este contexto, resulta ambigua para la concepción del lenguaje técnico-jurídico actual. En relación a los intervalos lúcidos de los insanos, la actual normativa civil los define en función del discernimiento, ya que la incapacidad no cesa sino hasta la rehabilitación o la muerte. El artículo 921 del Código Civil de la República Argentina considera que el discernimiento falta en los menores impúberes respecto de los actos lícitos y en los dementes cuando no fueran practicados en intervalos lúcidos, respecto de cualquier tipo de actos. A su vez el artículo 469 previene que “Son incapaces de administrar sus bienes, el demente aunque tenga intervalos lúcidos...”.

Frente a la internación del enfermo mental, la medicina y el derecho fueron estableciendo una diferenciación que habría de distinguir el encierro manicomial respecto del carcelario, aunque ambos se erigieron sobre el común denominador de la peligrosidad. Álvarez Uría (7), recoge una clasificación efectuada por el filántropo español Ramón La Sagra que permite advertir ese elemento aglutinante y su repercusión sobre la forma de legislar respecto de la capacidad de las personas. Generalmente mezclados con otras categorías de sujetos, los locos y los débiles mentales fueron sometidos a un régimen de minoridad. En ese orden de ideas las incapacidades fueron así clasificadas por La Sagra:

Categoría 1^a. Incapacidad Física

Clase 1^a. Infancia (niños expósitos, huérfanos, niños de las clases pobres)

2^a. Ciegos de nacimiento

3^a. Sordomudos

4^a. Inválidos

5^a. Decrépitos

Categoría 2^a. Incapacidad Moral

1^a. Jóvenes delincuentes

2^a. Mujeres públicas

3^a. Criminales

4^a. Esclavos

Categoría 3^a. Incapacidad Intelectual

1^a. Idiotas

2^a. Dementes

Esta clasificación se reflejó en las leyes que sometían al enfermo mental al régimen de minoridad o incapacidad, justificando su tutela (curatela) física o moral.

La internación o el encierro establecido en diferentes geografías y épocas por las normas respecto del enfermo mental, recurren al constante y destacado concepto de peligrosidad, tanto en el ámbito penal como en el civil. Para Álvarez Uría *“la peligrosidad social es un asunto de policía pública. La locura es un asunto de los especialistas de la mente, es decir, de los psiquiatras. Sin embargo y precisamente porque el alienado es a la vez un peligroso social y un enfermo mental, la medicina mental al tratarlo, al crear para él el dispositivo manicomial resuelve un problema de gobierno y de administración...”* y continúa, citando nuevamente a La Sagra: *“La celda para el detenido debe ser considerada, ante todo como un medio de vivir solo en un estado de libertad moral. Bajo este punto de vista el encierro individual es una medida de protección y no un medio de sujeción.”* Al loco, reafirma, se le encierra por su bien, el secuestro es una de las condiciones previas e indispensables de la curación y no obstante ese denominador común, la medicina, el derecho y los propios afectados distinguen la falta de racionalidad del loco y su connotación peyorativa, pues, en el decir de Monlau *“tampoco los presos desean ser confundidos con los locos, ya que están orgullosos de su racionalidad”* (8).

EL DERECHO CIVIL ARGENTINO

Las cuestiones nodales que ocuparon a las leyes y a los civilistas de tiempos anteriores, fueron recogidas por los códigos modernos. En el título décimo de la sección primera del libro primero, el Código Civil de la República Argentina se ocupa de los “Dementes e Inhabilitados” (conforme denominación de la ley 17.711). En el artículo 140, primero de los que componen dicha sección, se encuentra el procedimiento para llegar a la interdicción del enfermo mental y en el artículo 141, los presupuestos de esa interdicción, fijados para proteger a quien “*no resulta apto para gobernar su persona y administrar sus bienes*”. Desde el siglo XIX la legislación persiste en la protección del enfermo mental principalmente orientada a sus bienes, aunque no faltan previsiones referidas al tratamiento de su libertad ambulatoria.

Para entender adecuadamente el sentido y alcances de estas disposiciones es conveniente precisar algunos conceptos relacionados con la terminología que se emplea corrientemente. Hasta en los códigos se puede apreciar cierta ligereza en el manejo de algunos conceptos fundamentales. En primer lugar, cabe tener presente que la capacidad y el discernimiento son conceptos absolutamente diferentes. La capacidad de hecho se reconoce a todo individuo que no se encuentre afectado por alguna expresa condición que disminuya sus facultades intelectuales o volitivas y se la define como la aptitud de llevar a cabo actos idóneos para provocar efectos jurídicos. Así el infante o el insano declarado no pueden, actuando por sí mismos, transmitir, modificar o extinguir sus derechos. La capacidad jurídica entonces es la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones. El discernimiento, en cambio, es una condición de la voluntariedad de un acto, sea lícito o ilícito *.

* El artículo 897 del Código Civil define al “*hecho voluntario*” como aquél que es ejecutado con discernimiento, intención y libertad.

Nota: advierto que para facilitar la exposición del tema abordaré en primer lugar la redacción del Código Civil según ley 17.711 y por separado me ocuparé de las Reformas introducidas por la Ley Nacional 26.657 sancionada el 25 de noviembre de 2011.

El artículo 52 del Código Civil de la República Argentina dispone como regla a la capacidad y como excepción a la incapacidad. Por lo tanto aquélla se presume. Las incapacidades de derecho surgen de la carencia de aptitud por parte de una persona para ser titular de una determinada relación jurídica. Un sujeto es incapaz de hecho cuando se considera que carece de la aptitud para ejercer por sí mismo sus derechos y esa incapacidad suele determinarse con sentido tuitivo ante una insuficiencia psicológica para el pleno ejercicio de los derechos, siendo suplida mediante la actuación de un representante. Dado que la incapacidad de derecho se fundamenta en razones de orden moral o de orden público, no es subsanable y no busca la protección del sujeto comprendido. El ordenamiento sancionará con nulidades absolutas a los actos realizados

mediando una incapacidad de derecho. En cambio, los realizados por una persona afectada de incapacidad de hecho serán pasibles de una declaración de nulidad relativa o de un régimen de confirmación a impulso de quienes son considerados legítimos interesados. Cabe señalar que sólo puede concebirse una incapacidad absoluta de hecho, ya que una incapacidad absoluta de derecho implicaría una auténtica muerte civil.

La capacidad (9) “es una aptitud legal que se otorga al sujeto y lo habilita para el ejercicio, por sí mismo, de sus derechos, favoreciendo la condición de aquél, en tanto que el discernimiento es una aptitud natural del sujeto –facultad de conocer- que la ley toma en cuenta para imputarle la autoría de lo obrado y especialmente para exigirle responsabilidad por las consecuencias de tales actos perjudiciales para los demás”. Falta el discernimiento cuando la razón se encuentra insuficientemente desarrollada (menores o débiles mentales) o ausente (alienados). Por ello, el discernimiento no debe confundirse con la capacidad, siendo esta última una condición de validez de los actos jurídicos (artículos 944 y 1040 del Código Civil). La ausencia de capacidad alcanza a una generalidad de actos jurídicos en tanto que la falta de discernimiento debe analizarse respecto de cada acto en particular. Francisco Víctor Torija Zane (2001) explica con gran claridad conceptual (10) que “Dentro del Código Civil falta de discernimiento e incapacidad coinciden en un solo supuesto: el de la falta de discernimiento presumida ‘iuris et de iure’ de acuerdo a la minoría de cierta edad. La diferencia aparece notable en el caso de la falta de razón. Frente a un acto concreto se atenderá al estado mental del individuo en el momento de realizarlo, si es que se entiende necesario determinar si el acto fue voluntario (...). Un demente no declarado no es incapaz, pero sus actos podrán ser considerados involuntarios por carecer de discernimiento, lo que deberá acreditarse en cada caso. A la inversa, un declarado demente podría recuperar la razón en un momento dado, transitoria o definitivamente. Los actos jurídicos realizados en ese momento serán voluntarios, aunque igualmente inválidos (...) por haber sido hechos por un incapaz –artículos 140 y 1070 del Código Civil-. En este orden de ideas se manifiesta la diferente condición de nulos o de anulables de los actos jurídicos, según fueran realizados por incapaces o por privados de voluntad respecto del acto particular”. Respecto del acto ilícito no tiene significación alguna el concepto de capacidad. Refiere el autor citado que “Dado que el Derecho Penal se ocupa solamente de actos ilícitos, para él no hay distinción posible entre capacidad y voluntariedad. Es improponible hablar de capacidad como condición de validez de un acto ilícito. Cada acto motivo de juzgamiento impondrá la formulación de un juicio acerca de las condiciones de imputabilidad del agente. El concepto penal de imputabilidad guarda similitud con el concepto civil de voluntariedad. Un acto será imputable al agente cuando haya podido en el momento del hecho comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones (artículo 34 inciso 1º del Código Penal)”.

Para Sebastián Soler (11), la “imputabilidad es la posibilidad, condicionada por la salud y la madurez espiritual del autor, de valorar correctamente los deberes y de obrar de acuerdo con ese conocimiento”. Así lo ha expresado también la jurisprudencia al señalar que “No debe confundirse la capacidad con el discernimiento. La capacidad es la aptitud del sujeto para ser titular de relaciones jurídicas o para ejercer por sí mismo los derechos propios. El discernimiento es la cualidad o facultad del sujeto por la cual conoce y distingue lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente (Cámara Civil de Capital Federal, Sala A, LL 109-229). El discernimiento es una aptitud que provee la naturaleza, limitándose la ley a regir las situaciones excepcionales de insuficiencia de tal aptitud natural. La capacidad, en cambio, es aptitud que provee la ley y asunto que ella maneja y declara en función de los presupuestos de hecho que estima computables (el mismo tribunal en LL 109-229)”.

El Código Civil dispone que tienen incapacidad absoluta los dementes, las personas por nacer, los menores impúberes y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito (artículo 54), pero les asegura el ejercicio de sus derechos estableciendo que *“Los incapaces, pueden sin embargo, adquirir derechos o contraer obligaciones por medio de los representantes necesarios que les da la ley (artículo 56) disponiendo, respecto de los dementes, que sean los curadores que se les nombre (artículo 57 inciso 3°). El artículo 59 designa, además de los representantes necesarios, una representación promiscua para los incapaces, ejercida por el Ministerio de Menores que será, parte legítima y esencial de todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación. Ante la posibilidad de que se presenten intereses contrapuestos entre el representante y el incapaz, se establece la designación de un curador especial para el caso (artículo 61). “La representación de los incapaces es extensiva a todos los actos de la vida civil, que no fueren exceptuados en este código” (artículo 62).*

Mientras la capacidad de hecho es una aptitud que la ley reconoce al sujeto para actuar válidamente, la imputabilidad alude a una aptitud natural en razón de la cual les pueden ser reprochados los actos que realiza. La responsabilidad del insano no siempre depende de su capacidad sino del discernimiento que tuviera al momento de actuar. *“Los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no producen por sí obligación alguna” (artículo 900 del Código Civil). Si un sujeto carece de discernimiento no podrá ser considerado responsable, aunque fuera capaz. El artículo 921 del Código Civil reputa realizados sin discernimiento, entre otros, a los “actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos y los practicados por los que por cualquier accidente están sin uso de razón”. Concordantemente, el artículo 1070 considera que “no se reputa involuntario el acto ilícito practicado por dementes en lúcidos intervalos, aunque ellos hubiesen sido*

declarados tales en juicio; ni los practicados en estado de embriaguez, si no se probare que ésta fue involuntaria". La carencia de discernimiento no se presume, salvo en los casos de actos lícitos practicados por menores impúberes e ilícitos por menores de diez años (artículo 921 del Código Civil). Menos contundente es el caso de los dementes (cabe suponer que se trata de los declarados como tales) ya que se admite considerar realizados con discernimiento los practicados en intervalos lúcidos. En este último caso y en todos los restantes, deberá estarse a la prueba cuya carga pesa sobre la parte interesada en obtener una declaración, sea quien pretende que su acto fue realizado sin discernimiento o sea quien pretende que el acto del insano declarado fue realizado en un intervalo lúcido. Viene al caso mencionar que el "intervalo lúcido" adquiere relevancia jurídica cuando se evalúa un acto realizado por un demente declarado.

La diferente naturaleza de la imputabilidad penal y la incapacidad civil se nota a través de lo preceptuado por el artículo 151 del Código Civil: "*la sentencia sobre demencia y su cesación, sólo hacen cosa juzgada en el juicio civil para los efectos declarados en este código, mas no en juicio criminal, para excluir una imputación de delitos o dar lugar a condenaciones*". Por lo tanto, una persona declarada demente puede ser considerada "capaz" para actuar en el proceso penal (12)

Debe distinguirse claramente cuándo se trata de dementes "declarados tales en juicio" y cuándo se trata de dementes en sentido médico, pero no declarados judicialmente como tales. Según el artículo 141 del Código Civil "*Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes* (Texto según ley 17.711)". La redacción original de Vélez Sársfield establecía que "*Se declaran dementes los individuos de uno y otro sexo que se hallen en estado habitual de manía, demencia o imbecilidad, aunque tengan intervalos lúcidos o la manía sea parcial*". Este texto era interpretado en el sentido de que posibilitaba tener por dementes a las personas que padecieran las afecciones mentales que en la clínica psiquiátrica se denominaban manía, demencia o imbecilidad. Pero la mayoría de los códigos modernos empleaban una fórmula comprensiva de todas las afecciones o perturbaciones mentales que implicaran ausencia o disminución de la razón, privación de la dirección de su persona y de la posibilidad de administrar sus bienes. Esa concepción se generalizó en la doctrina y la legislación, resultando finalmente recogida en la reforma introducida por la ley 17.711 al Código Civil de la República Argentina. De todos modos, siempre se exigió que se tratara de una perturbación permanente, muy prolongada o reiterada con tanta frecuencia que resultara ser el estado común u ordinario del individuo, aunque fuera discontinuo. Esta modificación respondió a la necesidad de adaptarla a la evolución de los conceptos nosológicos de la psiquiatría, como así también a las concepciones más amplias que permitieron abarcar todas las enfermedades

mentales que tuvieran como consecuencia impedir a quienes las padecen, la dirección de su persona o la administración de su patrimonio, dando relevancia al tipo de ineptitud que hiciera necesario arribar a una declaración judicial de tan grave repercusión en el ejercicio de los derechos del individuo. A fin de valorar la incapacidad de dirigir su persona y administrar sus bienes, se analizará el conocimiento que el individuo tuviera acerca del valor de las cosas, de las posibilidades de expresarse –en especial a través de la escritura- y de guardar recuerdo de los hechos y del poder de resistir a las influencias externas o a sus propios impulsos. Se evaluará entonces la situación de quienes, por sus enfermedades mentales, tienen limitadas las posibilidades de su vida de relación. No bastará la enfermedad mental por sí misma mientras no dificulte hasta el grado exigido legalmente, la vida de relación del sujeto que la padece. Particular es el caso de los inhabilitados previsto en el artículo 152 bis del Código Civil introducido por la ley 17.711, que, aunque cubrió contingencias cotidianas no previstas anteriormente, altera la estructura original en materia de capacidad. El propio Vélez Sársfield había excluido expresamente la posibilidad de afectar la capacidad jurídica de los pródigos, como puede notarse en su nota al artículo 54.

Pueden encontrarse similitudes entre los términos utilizados por el artículo 141 del Código Civil y los empleados por el artículo 34 inciso 1° del Código Penal. Ambos exigen la presencia de una enfermedad mental que produzca en el individuo una consecuencia específica: en el ámbito penal la de impedirle comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones y en el ámbito civil la de impedir la dirección de su persona o la administración de sus bienes. En ambos casos la enfermedad incide sobre la voluntad del individuo, afectando el control posible sobre su persona y sus actos. Al igual que en el ámbito penal, la fórmula elegida por el artículo 141 del Código Civil en su redacción actual, para establecer la interdicción se corresponde con el sistema mixto o biológico-jurídico. El factor psiquiátrico brinda seguridad a la declaración judicial y el factor social demuestra la incidencia de la enfermedad en la vida de relación del sujeto, lográndose entonces la finalidad tuitiva propia de la interdicción civil. Si la enfermedad mental que presenta el sujeto no lo afecta en la administración de su patrimonio ni en el gobierno de su persona, no resulta posible que sea declarado interdicto. Así lo señaló la jurisprudencia considerando que *“La actual redacción del art. 141 del Código Civil, permite al juzgador seguir un criterio ecuaníme para emitir su fallo, declarando demente –desde el punto de vista jurídico-, sólo a aquél insano que sea, a la vez, incapaz de administrar y administrarse, es decir atender a sus bienes y a su persona con sujeción fundamentalmente al principio que, existiendo dudas sobre la capacidad o incapacidad de una persona, debe resolverse en favor de su capacidad (Cámara Civil de Capital Federal, Sala F. ED. 56-541)”*.

Para garantizar los derechos constitucionales del individuo, el procedimiento para llegar a la interdicción es jurisdiccional y está previsto en el artículo 140 del Código Civil estableciendo que *“Ninguna persona será habida por*

demente, para los efectos que en este Código se determinan, sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente". A ello se agregan las reglamentaciones procesales específicas que competen a las jurisdicciones locales, las que deberán respetar los principios esenciales de la norma sustantiva. El Derecho Romano no requería una intervención judicial para establecer la curatela del "furiosus", pues el desequilibrio mental producía "ipso iure" la incapacidad y la necesidad de designar un curador.

Atendiendo a las garantías fundamentales dadas las graves consecuencias que acarrea, las legislaciones actuales establecen un procedimiento específico para arribar a la interdicción. El Código Civil de la República Argentina emplea los términos "demente" para referirse al sujeto y "demencia" para mencionar la enfermedad. En rigor, estas designaciones incumben a la psiquiatría y, más precisamente, a una entidad nosológica en particular que no abarca a las restantes enfermedades mentales que pueden afectar el gobierno de la persona y su patrimonio. Resulta entonces más adecuado recurrir al concepto jurídico de interdicción. Sea que se trate de un psicótico, de un esquizofrénico, o un débil mental profundo, o de cualquiera de las afecciones que conforme la nosología psiquiátrica puedan presentar cada una de estas patologías, estarán comprendidas en el concepto de "demencia" siempre que impidan al sujeto la adecuada dirección de su persona y su patrimonio. La grave restricción que comporta para el sujeto una sentencia de interdicción encuentra fundamento en la necesidad de brindarle protección en cuanto no resulta apto para el gobierno de su persona y de sus bienes. La fórmula establecida por la legislación civil es la declaración de incapacidad de hecho absoluta que le impedirá ejercer sus derechos por sí mismo, colocando el gobierno de su persona y de sus bienes en manos de un curador designado a tal fin. Refuerza la legislación civil el carácter tuitivo del sistema estableciendo la nulidad de los actos jurídicos otorgados por el incapaz.

La declaración de interdicción, requiere la presencia de requisitos sustanciales y formales. El artículo 141 refiere que la persona debe estar afectada de una enfermedad mental habitual que altere su vida de relación. Pero no deben concurrir ciertos impedimentos: ser menor de 14 años (artículo 145) porque implicaría sujetarlo a una doble incapacidad absoluta, o que se haya rechazado en sentencia anterior una solicitud de declaración de demencia, sin que sobrevinieran con posterioridad al rechazo otros hechos indicadores de demencia. Se trata de evitar que el proceso de interdicción se transforme en una forma de persecución.

Los requisitos formales se relacionan con el procedimiento para verificar la enfermedad y llegar a la sentencia. Se inicia por denuncia de parte interesada (artículo 142) y podrá promoverlo e instarlo, según el artículo 144 y en este orden: el cónyuge no separado o divorciado, los parientes, el Ministerio de Menores, el cónsul respectivo si el demente fuera extranjero, cualquier persona del pueblo cuando el demente sea furioso, o incomode a sus vecinos. El carácter es taxativo y la denuncia es un deber que no puede ser declinado por

los legitimados (cónyuge y parientes, conforme surge de los artículos 198, 202 inciso 5, 266, 3295 y concordantes del Código Civil) pues se trata del resguardo de la persona y los derechos del enfermo sobre quien tienen una obligación genérica de cuidado.

También exige el artículo 142 que se efectúe al enfermo un previo examen por facultativos. En caso de comprobar la enfermedad, deberán calificar la demencia en su respectivo carácter (artículo 143). Es frecuente que los peritos médicos se expidan acerca del diagnóstico, pronóstico, tratamiento y necesidad de internación del examinado. Las normas procesales respectivas suelen asimismo requerir a los peritos que se expidan expresamente sobre tales puntos. Cumplidos los requisitos formales, el juez competente verificará la presencia de los requisitos sustanciales y dictará sentencia, si fuera el caso, declarando que el causante es demente en sentido jurídico por hallarse afectado de una enfermedad mental que lo priva de la aptitud para gobernar su persona y administrar sus bienes, con los alcances de los artículos 150, 151, 152 del citado código, y designando a la persona que cumplirá la función de curador definitivo. Cabe señalar que, por lo general, el juez civil por ante el cual tramita el juicio de interdicción, no suele tener un conocimiento personal y directo del presunto demente, salvo en algunos casos y por motivos diversos a la declaración misma, en especial cuando se encuentra internado en un hospital neuropsiquiátrico y en ocasión de las esporádicas visitas.

Hasta que no se dicte esa declaración judicial de interdicción, el insano es una persona plenamente capaz en sentido jurídico. No obstante, en algunos casos, pueden disponerse ciertas restricciones, tales como su internación, conforme lo establece el artículo 482 del Código Civil, el artículo 625 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación y el artículo 623 del procesal de la provincia de Buenos Aires. También puede designársele un curador provisional para resguardar los bienes durante la tramitación del juicio de insania. Establece el artículo 147 del Código Civil que *“Interpuesta la solicitud de demencia, debe nombrarse para el demandado como demente, un curador provisorio que lo represente y defienda en el pleito, hasta que se pronuncie la sentencia definitiva. En el juicio es parte esencial el Ministerio de Menores”*.

Durante la tramitación del proceso de insania pueden entonces ser nombrados dos curadores provisionales y un defensor: curador “ad-litem” que tiene como función la defensa del causante en lo concerniente al juicio de insania, en especial lo atinente a la determinación de su estado mental. Es parte esencial del proceso y resulta nulo lo actuado sin correrle vista. Se desempeña hasta que pasa en autoridad de cosa juzgada la sentencia y, en su caso, se designe al curador definitivo. En otros juicios en los que fuera parte el presunto insano, actuará el “curador a los bienes” (artículo 148 y 471 del Código Civil). A falta de éste podría autorizarse al curador “ad-litem” para que adopte medidas de carácter patrimonial con intervención del Ministerio de Menores y autorización del juez. El nombramiento de curador a los bienes no es forzoso como lo es el

del curador “ad-litem”. Se lo nombra únicamente cuando es notoria la enfermedad y existen bienes que pueden peligrar por el abandono en que los ha dejado el insano. Dicha curatela finaliza cuando termina el pleito de que se trate. Cabe destacar que conforme lo establecido en el artículo 482 del Código Civil (según ley 17.711) puede designarse también un “defensor especial” en los casos de los enfermos mentales que requieren internación manicomial, cuya función será la de asegurar que la internación del enfermo no se prolongue más de lo indispensable y aún evitarla si fuera posible.

El artículo 481 del Código Civil establece que *“La obligación principal del curador del incapaz será cuidar que recobre su capacidad, y a este objeto se han de aplicar con preferencia las rentas de sus bienes”*. Ello se funda en la naturaleza misma de la incapacidad declarada, ratificando el carácter tuitivo y la función básica del curador que consiste en proteger al incapaz de la posible realización de actos jurídicos que le resulten perjudiciales dado que su falta de discernimiento puede ser aprovechado por terceros. Pero también tiene la importante función de brindar asistencia a su persona, en particular respecto de su tratamiento médico con el objeto de lograr la rehabilitación o, al menos, la mejoría o estabilización en su estado de salud. En este cometido, y en caso de que su pupilo se encuentre internado en una institución psiquiátrica, resulta importante que lo visite periódicamente para estar al tanto de sus necesidades y de su estado y para controlar la atención que recibe. Por ello es importante que se desarrollen los procesos de interdicción aún en los casos de presuntos insanos que no poseen bienes, pues la protección judicial está dirigida también a su persona.

La declaración de demencia en sentido jurídico mediante la respectiva sentencia produce la incapacitación absoluta del causante (artículo 54 inciso 3° del Código Civil) y se le designa un curador definitivo para el gobierno de su persona y sus bienes. El gobierno de la persona hace al cuidado del incapaz, que implica brindarle tratamiento para su curación o mejoría, aunque el curador no puede decidir por sí solo la internación del pupilo, cuestión que sigue siendo de competencia judicial. Como señala la jurisprudencia *“El régimen de protección de los dementes no persigue solamente preservar la salud de éstos, sino también protegerlos de su propia inconsciencia y de la explotación de los terceros* (Cámara Civil de Capital Federal, Sala F, ED 42-569).

El curador gestionará por sí solo todo lo que se vincula con la persona y los bienes no registrables del interdicto, requiriendo autorización judicial para los actos de disposición de los registrables. En cambio, respecto de los inhabilitados, el curador brinda su asistencia para perfeccionar un acto que realizan ellos mismos. La curatela es así una forma específica de representación prevista por la ley para ciertos incapaces mayores de edad (dementes, sordomudos que no pueden darse a entender por escrito) para suplir sus deficiencias y evitar que de ellas deriven perjuicios. Equivale a la tutela de los menores, encontrándose emparentados sus regímenes por el artículo 475

del Código Civil, en cuanto señala que *“Los declarados incapaces son considerados como los menores de edad, en cuanto a su persona y bienes. Las leyes sobre la tutela de los menores se aplicarán a la curaduría de los incapaces”*. En tal sentido aparece con claridad en la legislación nacional la histórica asimilación del régimen jurídico de los enfermos mentales a un régimen de minoridad, que existió en diversas épocas y en casi todos los sistemas jurídicos occidentales. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la asimilación se produce respecto de los menores sujetos a tutela, es decir que no tienen la representación necesaria *ministerio legis* de quienes ejercen la patria potestad (artículo 57 inciso 2, 264, 274 y 377 del Código Civil).

La sentencia de interdicción es constitutiva de estado, pues no declara una situación pre-existente, sino que modifica la capacidad del declarado demente, creando un status nuevo, de incapacidad jurídica, que sólo existe desde el día en que la sentencia queda firme y que afectará a todos los actos que el causante puede llegar a realizar en el futuro (artículo 472 del Código Civil). Por lo tanto, la sentencia de interdicción tendrá dos consecuencias fundamentales: el sometimiento del incapaz a la autoridad del curador y la nulidad de los actos que otorgare por sí mismo en tanto se trata de un incapaz (artículos 472, 1040 y 1041 del Código Civil). Los actos anteriores a la declaración de incapacidad, podrán ser anulados, si la causa de la interdicción declarada por el juez, existía públicamente en la época en que los actos fueron ejecutados (artículo 473 del Código Civil), agregando el párrafo introducido por la ley 17.711 que, si la demencia no era notoria, la nulidad no puede hacerse valer, haya habido o no sentencia de incapacidad, contra contratantes de buena fe y a título oneroso. Después que una persona hubiera fallecido, no podrán ser impugnados sus actos entre vivos, por causa de incapacidad, a no ser que ésta resulte de los mismos actos, o que se hayan consumado después de interpuesta la demanda de incapacidad (artículo 474 del Código Civil). Según el agregado de la ley 17.711 esta disposición no rige si se demostrare la mala fe de quien contrató con el fallecido. Cuando no hubiere recaído declaración de insania, los actos del enfermo mental serán susceptibles de ser anulados por resolución judicial si se acreditare que obró careciendo de discernimiento (artículo 900 del Código Civil). Pero la anulación sólo puede promoverla el enfermo mental al recobrar la salud, o su representante si finalmente el insano fue declarado demente. (Artículo 145 inciso 1° del Código Civil). El juez, en cualquiera de los supuestos, declarará la nulidad del acto jurídico si llega a la convicción de que el sujeto obró sin discernimiento al otorgarlo. El plazo de prescripción de la acción es el genérico para las acciones personales, es decir diez años a partir de la fecha de realización del acto cuestionado.

El alcance de la sentencia de interdicción, así como la relación entre el proceso civil y el penal se establece en los artículos 151 del Código Civil en cuanto señala *“La sentencia sobre demencia y su cesación, sólo hacen cosa juzgada en el juicio civil, para los efectos declarados en este código; mas no en juicio criminal, para excluir una imputación de delitos o dar lugar a condenaciones”*

Aclarando el artículo 152 que *“Tampoco constituye cosa juzgada en el juicio civil, para los efectos de que se trata en los artículos precedentes, cualquiera sentencia en un juicio criminal que no hubiese hecho lugar a la acusación por motivo de la demencia del acusado, o que lo hubiese condenado como si no fuese demente el procesado”*.

En atención a la naturaleza de la causa que motivó la interdicción, las posibilidades de evolución de la enfermedad, su tratamiento y recuperación, el artículo 150 del Código Civil prevé la rehabilitación. *“La cesación de la incapacidad por el completo restablecimiento de los dementes, sólo tendrá lugar después de un nuevo examen de sanidad hecho por facultativos, y después de la declaración judicial, con audiencia del Ministerio de Menores”*. La incapacidad declarada perdura indefinidamente mientras el causante no sea rehabilitado. La única causal de rehabilitación es el restablecimiento mental “completo” del interdicto. No bastará, a tenor del texto de la norma, una mejoría parcial. Por ello afirma la doctrina (13) que es diversa la postura del juez según se trate de establecer la incapacidad de un insano o de levantarla, pues toda duda en la primera hipótesis conduce a mantener la capacidad de la persona denunciada, en tanto que en la segunda, ha de resolverse en el mantenimiento de la incapacidad.

La rehabilitación del interdicto requiere que se impulse un procedimiento con esa finalidad, un nuevo examen de facultativos y el dictado de una sentencia de rehabilitación. El juicio lo pueden promover los legitimados para iniciar el juicio de insania, el curador y el propio interdicto. El dictamen de los peritos médicos también será esencial en este proceso, pues en base al mismo el juez podrá merituar la posibilidad de rehabilitación. La sentencia, pasada en autoridad de cosa juzgada, que –al igual que la interdicción- se anota en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y en el Registro de Propiedad, produce el efecto de hacer cesar la incapacidad que pesaba sobre el sujeto de inmediato y sin otra formalidad.

En materia de capacidad, se presenta como especial la situación de los inhabilitados, considerada en el artículo 152 bis del Código Civil, introducido por la ley 17.711. En sus tres incisos se afecta la capacidad de las personas sin que medie alguno de los presupuestos del artículo 141 del Código Civil. Si bien se declara la inhabilidad y no la incapacidad, se trata de una seria restricción al desempeño del causante en el ámbito de las relaciones jurídicas y en el ejercicio de sus derechos. Vélez Sársfield había excluido expresamente la posibilidad de afectar la capacidad jurídica de los pródigos, como señala en su nota al artículo 54, suficientemente ilustrativa. *“En el número de los incapaces, no pongo a los pródigos porque esa calidad no podrá, según este Código, ni sujetarse a juicio ni traer una interdicción. El cód. de Luisiana, en el artículo 413, abolió la incapacidad de los pródigos o disipadores. Dice así: ‘La interdicción no tendrá lugar por causa de disipación o de prodigalidad’. Las razones de esta resolución son: 1° que la prodigalidad no altera las facultades intelectuales; 2° que la libertad individual no debe ser restringida,*

sino en los casos de interés público, inmediato y evidente; 3° que en la diferente manera de hacer gastos inútiles que concluyan una fortuna, no hay medio para distinguir con certeza el pródigo del que no lo es, en el estado de nuestras costumbres, y todo sería arbitrario en los jueces, poniendo interdicción a algunos, mientras quedaban innumerables disipadores; y 4° que debe cesar la tutela de los poderes públicos sobre las acciones de los particulares, y ya que no es posible poner un máximun a cada hombre en sus gastos, el que se llamase pródigo habría sólo usado o abusado de su propiedad, sin quebrantar ley alguna”. Esta nota ilustra respecto de las razones que llevaron a Vélez Sársfield a rechazar la inclusión de los pródigos entre los sujetos que sufren restricciones a su capacidad y muchos de los conceptos y prevenciones mencionados en el Código del Estado de Luisiana que él reproduce, mantienen actualidad en el ámbito forense local. Es por ello que, dentro de la estructura del Código Civil, la incorporación del artículo 152 bis altera la sistemática referida a la capacidad. No obstante, cabe reconocer que dicha norma vino a contemplar situaciones que requerían la intervención estatal para la protección de algunas personas que, sin reunir las condiciones exigidas por el artículo 141 ni hallarse en tan gravosa situación en cuanto a su estado mental, otorgaban habitualmente actos jurídicos perjudiciales a su patrimonio. Con anterioridad a la vigencia de esta norma, el juez tenía como alternativas dejar librado al sujeto la posibilidad de realizar actos en su perjuicio o bien recurrir al extremo de declararlo incapaz.

El artículo 152 bis establece la posibilidad de inhabilitar judicialmente a los ebrios habituales y toxicómanos que estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio (inciso 1°), así como a los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio (inciso 2°). Finalmente, se ocupa de una categoría muy diferente, señalando que podrá inhabilitarse a quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Procede pues la inhabilitación del pródigo solamente si tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. Correspondiendo a éstos la acción para obtener la inhabilitación. (inciso 3°). Este caso es más amplio que los anteriores, aunque siempre tuitivo, en cuanto se dirige también a la protección de otras personas, diferentes del inhabilitado. Se trata de categorías diversas que requieren una consideración particular en cada caso. Mientras el pródigo no sufre necesariamente de algún tipo de alteración psíquica, tratándose más bien de un rasgo de su personalidad y por ende permanente, los toxicómanos y ebrios consuetudinarios resultan sujetos afectados por vicios que presentan deficiencias en su personalidad a causa de la adicción, pero no llegan a ninguna de las categorías nosológicas psiquiátricas. Cuando el adicto a sustancias estupefacientes o el ebrio se encuentren en un estado de alteración mental tan profundo que los priven de

discernimiento, operarían las normas que rigen la declaración de incapacidad y la consideración de los actos como involuntarios. En cuanto al débil mental, teniendo en cuenta las graduaciones que dicha patología admite, al igual que en el ámbito del derecho penal, deberá analizarse cada caso en particular. La profundidad de la debilidad mental (idiocia, imbecilidad, debilidad mental) y las características del acto (más o menos complejo y perjudicial) determinarán la posibilidad de declarar la inhabilitación del sujeto.

Una característica específica del régimen de inhabilitación, distinto de la declaración de incapacidad, es que se somete al sujeto a un régimen de asistencia y no de representación. El inhabilitado conserva su capacidad para todos aquellos actos que no hayan sido expresamente previstos en la sentencia que lo inhabilita. El curador no reemplaza la voluntad del inhabilitado, sino que la complementa, brindando un régimen de asistencia al inhabilitado sólo en aspectos determinados, toda vez que aquél se encuentra dotado de discernimiento para la mayoría de sus actos, aunque presenta falencias en su personalidad en ciertos aspectos que motivan precisamente la inhabilitación. En caso que el curador se niegue o no pueda dar su consentimiento, el inhabilitado puede requerir la autorización judicial. Los actos otorgados por el inhabilitado sin la conformidad del curador cuando ésta es requerida según la sentencia, están sujetos a nulidad relativa al igual que los otorgados por un incapaz del hecho. Tratándose de una restricción que afecta la capacidad del sujeto, es ineludible el trámite jurisdiccional declarativo.

El inhabilitado conserva entonces la capacidad para todos los actos de la vida civil que no sean exceptuados. Por ello básicamente es capaz en cuanto sólo se le veda disponer de sus bienes por actos entre vivos sin contar con la conformidad (asistencia) del curador y puede otorgar por sí sólo actos de administración, salvo que también se encuentren limitados por la sentencia. El conocimiento preciso de la sentencia de inhabilitación permitirá saber para qué actos fue inhabilitado el sujeto. El inhabilitado podrá otorgar todos los actos personalísimos (contraer matrimonio, reconocer hijos, etc.) y todos los que hagan a su estado, aunque dichos actos tengan consecuencias patrimoniales, pues las mismas son efectos que la ley les asigna y no implican un acto de disposición patrimonial del sujeto, conforme lo entiende la doctrina (14). Podrá asimismo estar en juicio cuando se trata del ejercicio de acciones correspondientes a derechos personalísimos, como en el caso del proceso de divorcio.

LA INTERNACIÓN DEL ENFERMO MENTAL EN LA LEGISLACIÓN CIVIL.

La libertad ambulatoria del enfermo mental también puede verse restringida en el ámbito del derecho civil cuando se dan las previsiones del artículo 482¹³ del respectivo código: *“El demente no será privado de su libertad personal sino en los casos en que sea de temer que, usando de ella, se dañe a sí mismo o dañe a otros. No podrá tampoco ser trasladado a una casa de dementes sin autorización judicial.* La Ley 17.711 agregó a esa norma dos párrafos. El primero establece que *“Las autoridades policiales podrán disponer la internación, dando inmediata cuenta al juez, de las personas que por padecer enfermedades mentales, o ser alcoholistas crónicos, o toxicómanos pudieran dañar su salud o la de terceros o afectaren la tranquilidad pública. Dicha internación sólo podrá ordenarse, previo dictamen del médico oficial”.* Según el segundo, *“A pedido de las personas enumeradas en el artículo 144 el juez podrá, previa información sumaria, disponer la internación de quienes se encuentren afectados de enfermedades mentales aunque no justifiquen la declaración de demencia, alcoholistas crónicos y toxicómanos, que requieran asistencia en establecimientos adecuados, debiendo designar un defensor especial para asegurar que la internación no se prolongue más de lo indispensable y aún evitarla, si pueden prestarle debida asistencia las personas obligadas a la prestación de alimentos”.*

La ubicación sistemática de esta norma tal vez no sea la más apropiada en cuanto se inserta entre las referidas a la curatela. Dado que se trata de una grave restricción a la libertad del presunto enfermo mental, podría haberse introducido dentro del régimen general de los dementes e inhabilitados. En la redacción originaria de Vélez Sársfield la norma presenta, en principio, dos claros presupuestos básicos: peligrosidad de que el sujeto se dañare a sí mismo o a los demás y necesidad de una disposición judicial que autorice la internación. Sin embargo, no tiene igual claridad la referencia al “demente” suscitando divergencias en la interpretación de su significado. Para algunas opiniones jurisprudenciales y doctrinarias, abarcaría sólo al demente judicialmente declarado, es decir, al interdicto. Así lo entienden, entre otros, Eduardo Busso (15) cuando señala al tratar la demencia como causa de la privación de libertad; *“En una serie de casos los tribunales han entendido que no se puede tener privada de su libertad y recluida en un hospicio a una persona que no haya sido declarada demente. En cuanto a los dementes declarados se aplica el artículo 482”.* Menciona luego un fallo que se expide en el mismo sentido (Corte de Justicia Nacional, 16-11-1923, J.A. 11-938). En lo sustancial, este pronunciamiento expresa que *“La facultad del director de un hospicio para juzgar por sí solo de la insania de las personas internadas, y para mantenerlas recluidas de su propia autoridad, es inconciliable con las garantías constitucionales (...) Ninguna persona puede ser tenida por demente*

¹³ Se comenta según ley 17.711. El texto según reforma impuesta por Ley 26.657 es comentado al finalizar este título. Ver nota 16. Esta exposición resulta más beneficiosa para comprender su devenir.

sin que la denuncia sea previamente verificada y declarada por juez competente (...) procede el recurso de 'habeas corpus' si la reclusión del presunto insano no reviste mero carácter preventivo, ni ha sido puesto a la orden de ningún juez, ni se ha iniciado procedimiento judicial para obtener la declaración de insania". El mismo fallo explica que M. D. de M., había sido internada contra su voluntad por el esposo en el hospicio Melchor Romero y que el director de dicho establecimiento oficial de la provincia de Buenos Aires la mantuvo privada de su libertad, so pretexto de demencia, sin orden de juez competente y sin haberse siquiera iniciado el juicio de insania. Se alegó "locura moral" de la internada pero el alto tribunal advirtió que esa detención no aparecía autorizada judicialmente ni era el resultado de un procedimiento judicial en el cual ni la persona reclusa ni su defensor tuvieron oportunidad de cuestionar el fundamento de la privación de la libertad, es decir, el alcance de la enfermedad mental. La Corte entendió entonces que la Cámara de Apelaciones de La Plata que confirmara el fallo de primera instancia, había reconocido la facultad del director del hospicio para juzgar por sí solo de la insania de las personas internadas en el establecimiento y para mantenerlas reclusas. El alto tribunal consideró entonces *"que estas conclusiones son insostenibles dentro de un régimen constitucional que ofrece las garantías de no poder ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente, o penado sin juicio previo y que asegura la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos. Dentro de ese mismo régimen de garantías, no existe otra autoridad competente para restringir la libertad de las personas que la de los jueces designados por la ley, y esa norma es de más rigurosa aplicación en el presente caso, en que la causa invocada para la detención es la insania de la persona objeto de ella, desde que con arreglo a las leyes de la nación ninguna persona puede ser tenida por demente sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente, Código Civil artículo 140. Que si bien hay que reconocer como un mal necesario impuesto por razones de humanidad, el derecho y aún el deber de mantener reclusos 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 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, a fin de evitar que, so pretexto de curación o de seguridad de los insanos, pueda privarse impunemente de la libertad a los que no lo son (...)Que de los presente autos no aparece que se trate de una reclusión con mero carácter preventivo, ni se haya puesto a la detenida a disposición del algún juez, ni que se haya iniciado procedimiento judicial encaminado a obtener la declaración de insania o por lo menos la autorización para mantener privada de su libertad a la supuesta insana, la cual tiene a su favor la presunción de no serlo, mientras no se establezca lo contrario en el juicio correspondiente (...) Por ello se declara que la autoridad atribuida en el caso al director del hospital Melchor Romero es incompatible*

con el artículo 18 de la constitución y en consecuencia, se revoca la sentencia apelada, devolviéndose al tribunal 'a quo' a los fines consignados en la primera parte del artículo 16 de la ley 48 Fdo: Bermejo, González del Solar, Figueroa Alcorta, Méndez, Repetto”.

Este pronunciamiento resulta sumamente esclarecedor en cuanto al carácter excepcional de las restricciones a la libertad en el marco impuesto por la Constitución Nacional y por tanto es también oportuna la cita que brevemente efectuara Busso –y que otros tratadistas reiteraron- como representativa de la opinión que sostiene que dentro de la normativa del artículo 482 del Código Civil en la redacción originaria de Vélez Sársfield, sólo puede ser privado de su libertad con autorización judicial el demente interdicto, cuando sea de temer que, usando de esa libertad, se dañe a sí mismo o los demás.

Sin embargo, otros consideraron que aún en el texto original de Vélez Sársfield, concurriendo los presupuestos de comunicación a la autoridad judicial y peligro para sí o para otras personas, también el demente no declarado podía ser privado de su libertad. El mismo Eduardo Busso señala como ejemplo a la ley francesa de 1838 y a la ley italiana del 14 de febrero de 1904 que facilitaban la internación de los enfermos mentales, independizando la privación de libertad de la interdicción. De este modo, junto a la categoría de los dementes interdictos, se crea la de dementes internados, En todos los casos, la internación tiene como finalidad evitar que el insano pueda causarse mal a sí mismo o a los demás, sin llegar a la necesidad de recurrir a los trámites más complicados de la interdicción civil (16).

“El Código Civil argentino –sigue diciendo Busso- no ha reglamentado especialmente el régimen de la internación. Sólo se ha ocupado de los interdictos o de las personas sometidas al juicio de interdicción. Y para ellos ha prescripto que su internación no podrá hacerse sin autorización judicial. Queda, pues, en blanco el capítulo de las personas que no han sido sometidas a juicio de interdicción y que pudiera ser conveniente internar. La materia, a falta de disposición en el código civil, requiere una ley especial, para impedir los abusos posibles (...) el sistema del código, al restringir así la internación, no hace sino trasladar a la ley civil los principios constitucionales que garantizan la libertad de las personas (...) Un fallo, al señalar que debe tenerse en cuenta la felicidad personal del insano enuncia un principio que puede ser generalizado...nunca se conforta tanto la vida de un demente, como cuando está rodeado de los miembros de su familia, unidos por vínculos estrechos – Cámara Civil de la Capital Federal, 2da. 3 de julio de 1925. G.F., 19-45”. A raíz de la redacción de la norma del artículo 482 del Código Civil con frecuencia resultaba necesario recurrir a la internación del enfermo mental por presentar peligro de dañarse a sí mismo o a los demás, aunque sin recurrir a su interdicción, fuera porque no era su estado permanente o bien porque no se daban otras condiciones que tornaran en la práctica indispensable dicha declaración. Busso no ignoraba la existencia de esa situación e hizo directa referencia a las mismas. *“Es frecuente en nuestro país que se admita en los*

hospicios la internación de personas sin orden judicial, pero es lo cierto que el código civil no ha previsto la situación de personas que pudieran requerir una internación sin que forzosamente reúnan los caracteres necesarios para ser declarados interdictos (...) Cuando la autoridad policial interna a un furioso o peligroso, debe promover de inmediato el correspondiente juicio de insania, para obtener del juez una orden que permita mantener la internación". Este procedimiento además de forzar una interpretación extensiva de la norma del artículo 482 del Código Civil en su redacción originaria, resulta cuestionable en atención a la gravedad que conlleva declarar la interdicción, es decir una incapacidad de hecho absoluta, máxime si, marginando la necesidad de internación, no hubiera resultado procedente. Las dificultades que suscitaba el uso del término "demencia" contenido en el artículo 482 eran evidentes para los autores y el propio Busso admite que "la terminología legal no es siempre muy precisa. En algunos casos, cuando la ley habla de dementes, se refiere a dementes de hecho o comprende a éstos y a los judicialmente declarados, por ejemplo, en el artículo 1070" (17).

Con motivo de esta imprecisión y de la interpretación ensayada por la doctrina y la jurisprudencia citada, cabe reflexionar acerca del sentido de la interpretación judicial intentando hacer explícitas las contingencias de ese proceso interpretativo que en muchos casos, sobre todo cuando prevalece la dogmática jurídica, tienden a ser ocultadas o bien a ponerse de manifiesto como interpretaciones genuinas de la ley. Lejos del ficticio concepto de legislador puramente racional, de la supuesta ley que habla por sí misma, del sistema jurídico perfecto construido sin lagunas, redundancias, vaguedades ni texturas abiertas y ajeno a todo vicio lógico o semántico, ningún legislador, juez o jurista desconoce hoy los problemas que presenta la interpretación de las normas legales. Explicitar el proceso que lleva a adoptar alguna de las alternativas de inteligencia de una norma y que lleva al juez a adoptar una decisión, hace visible los argumentos y razonamientos con que se pretenden sostener las soluciones y, consecuentemente, permite ejercer el debido control que evite la caída en fórmulas mágicas o decisiones arbitrarias. En orden a los fundamentos que llevan a adoptar alguna postura en particular, es importante tener en cuenta las concepciones y la situación histórica de la sociedad a la que se aplicará el derecho, desde que ese derecho está destinado a regir las conductas del hombre en sociedad. Por ende, las soluciones que el intérprete podrá brindar tenderán a ofrecer soluciones posibles a problemáticas existentes.

Son diversas las técnicas, escuelas y métodos de interpretación que se forjaron para una pretendida aplicación correcta del derecho. Pueden presentarse como paradigmas, sintéticamente, la "escuela exegética", caracterizada por el culto al texto de la ley, por la sumisión a la interpretación auténtica que surgía supuestamente de captar la intención del legislador, por el carácter estatista y su apelación al principio de autoridad. Tuvo mucha repercusión en Francia, destacándose en ella Demolombe, Aubry y Rau, Troplong y Duranton. La

“*escuela científica*”, también desarrollada en Francia con Saleilles, Thaler, Planiol, Ripert, Capitant, Josserand y Gény, su representante más destacado, considerando que en toda regla de derecho o institución jurídica se presentan –a la manera aristotélica- la materia y la forma. Las fuentes materiales dan el contenido de la ley y las fuentes formales dan a ese contenido la delimitación apropiada. Los datos experimentales y la razón engendran las reglas del derecho. La ley, la costumbre, la doctrina y la jurisprudencia expresan y traducen las fuentes materiales. La “*escuela del derecho libre*” desarrollada en Alemania reaccionó contra el dogmatismo legislativo. Sus precursores Ihering, Kohler, influidos por la corriente voluntarista de la filosofía alemana, rechazaban la suficiencia absoluta de la ley y ampliaban las atribuciones del juez, asignándole la función de un legislador. Más allá de estas teorías sostenidas por distintas escuelas reconocidas históricamente, en la actualidad prevalecen criterios de interpretación vinculados a la hermenéutica y a la necesidad de reconocer la multiplicidad de factores que permiten analizar a una norma legal. Algunos están contenidos en la norma, como los relacionados con los conceptos, la semántica, los principios lógicos y las características fundamentales del ordenamiento en que se inserta. Otros son externos a la norma, como los conceptos extra jurídicos, las cuestiones sociales condicionantes, favorecedoras o indiferentes y la repercusión posible que en la sociedad habrán de tener cada una de las interpretaciones posibles. Lo importante, cualquiera fuese la teoría a la que se adhiriera, es la coherencia en la metodología empleada y fundamentalmente la honestidad intelectual para hacer explícitos los procesos y argumentos que dan sustento a la interpretación efectuada, evitando los tratamientos dogmáticos ocultos tras complejos procesos que pretenden encontrar una interpretación supuestamente genuina y unívoca de la norma. Dado que el derecho está llamado a regir la conducta del hombre en sociedad, no puede perderse de vista el contexto en que la norma habrá de aplicarse sin recurrir a abstracciones académicas sólo funcionales en una burbuja de cristal.

En lo que al tema de la internación atañe, la postura sostenida por Busso resulta la más coherente según la redacción originaria del artículo 482 del Código Civil, dado que la posterior incorporación de los párrafos segundo y tercero efectuada por la ley 17.711, vino a descartar los interrogantes que presentaba la regulación de la internación del enfermo mental peligroso no interdicto o que incluso no requería interdicción. Hasta entonces, las situaciones de hecho superaban toda interpretación de las palabras en sentido técnico. En su caso, el tiempo que insumía normalmente el proceso de insania tornaba inconcebible que habiéndose acreditado los extremos de la peligrosidad, debiera esperarse su finalización para proceder a la internación del causante. Más allá del escaso o a veces contradictorio tratamiento que diera la doctrina a la cuestión, los tribunales debieron afrontar cada caso llegando en definitiva a considerar que la palabra “*demente*” contenida en el artículo 482 aludía al “*enfermo mental*”. Las discusiones suscitadas por la interpretación del originario artículo 482 se

tornaron abstractas, toda vez que la redacción según ley 17.711 expresamente contempla la internación de quienes se encuentren afectados de enfermedades mentales, aunque no justifiquen la declaración de demencia.

Sin embargo, los párrafos agregados por la Ley 17.711 también presentan imprecisiones terminológicas y algunos vicios tales como la redundancia que se observa en la denominación de “*alcoholista crónico*”, desde que todo alcoholista reviste dicha cronicidad. En la terminología de la ciencia médica la palabra “alcoholista” designa al enfermo y lo distingue del alcohólico. En cuanto a los toxicómanos y alcoholistas que pudieran dañar su salud, cabe preguntar qué alcoholista o toxicómano no la daña como consecuencia de su misma condición. Evidentemente el daño a la salud aludido en esta parte de la norma es de la misma especie que el temido respecto de un enfermo mental. Las imprecisiones terminológicas no se reducen al ámbito de la norma del artículo 482, pues en diversas oportunidades el Código Civil emplea los términos “*enfermo mental*” y “*demente*” algunas veces en forma indiferente y en otras distinguiendo al interdicto del no interdicto. Habría mayor precisión terminológica si los artículos 54 y 469 mencionaran a los “*dementes declarados en juicio*” o bien el artículo 482 a los “*enfermos mentales*” en sus párrafos pertinentes. El artículo 166 inciso 8 del Código Civil aparece inconsistente con el 220 inciso 2, pues en tanto el primero, entre los impedimentos para contraer matrimonio menciona a “*la privación permanente o transitoria de la razón, por cualquier causa que fuere*” describiendo así a la falta de discernimiento, el segundo, en su segundo inciso, dispone, respecto del matrimonio celebrado con el impedimento establecido en el inciso 8 del artículo 166, que el “*incapaz*” puede demandar la nulidad cuando recobrase la razón, confundiendo así la incapacidad con la falta de discernimiento.

Cualquiera sea la norma, para su interpretación hay un límite infranqueable tanto para la autoridad como para los particulares: la normativa del artículo 18 de la Constitución Nacional. En consecuencia, el enfermo mental, declarado o no declarado como tal, no puede ser privado de su libertad personal sino cuando resultare peligroso para sí o para los demás y aún en esos casos la privación debe ser autorizada o convalidada por el juez.

El peligro al que alude la norma civil –en la citada redacción– es el mismo que se valora en el ámbito penal: posibilidad de producir un daño en su persona o a la de los demás. Dado que en el ámbito civil no se trata de un sujeto que ha cometido un acto antijurídico tipificado como delito penal podrá ser privado de su libertad en un establecimiento hospitalario, público o privado, según lo permita su situación personal, pero nunca en uno carcelario. El supuesto de internación que faculta a las autoridades policiales agrega al genérico caso de “*peligrosidad*” el de “*afectación de la tranquilidad pública*”, tratándose en definitiva en este caso de un bien jurídico: la “*tranquilidad pública*” que se supone en peligro y se pretende proteger mediante este recurso extremo, resultando entonces justificada la inclusión sin que implique una afectación de las garantías constitucionales del sujeto al que se interna. (Ello no cambia

sustancialmente con la reforma introducida por Ley 26.657 –B.O. 3-12-2010- que se comentará más adelante).

En cualquier caso, resulta ineludible comunicar la internación de manera inmediata al juez competente y contar con el previo dictamen del “médico oficial”, según el texto aquí comentado del artículo 482 del Código Civil –Ley 17.711-. En la práctica, a los fines de la internación, se recurre al dictamen de al menos dos peritos médico-forenses. Ello es materia de regulación procesal específica. En casos en que no se disponga de peritos por el carácter urgente que puede revestir la situación de peligro y por requerir una celeridad procesal diversa al trámite de interdicción, corrientemente se acepta que el dictamen previo sea realizado por médicos pertenecientes a hospitales públicos. Así sucedió cuando, por contingencias diversas, no funcionó la oficina pericial respectiva o cuando ésta se hallare distante del lugar en el que se encuentran las autoridades judiciales y el sujeto pasible de internación. Según el párrafo tercero del artículo 482 en la redacción que mencionamos, a pedido de las mismas personas que menciona el artículo 144, el juez podrá disponer, previa información sumaria acerca del estado psicofísico del causante y acerca de su peligrosidad, la internación de quienes padeciendo una enfermedad mental no presenten un cuadro clínico idóneo para posibilitar la interdicción, así como de los alcoholistas y toxicómanos que requieran asistencia en establecimientos adecuados. Reafirma el carácter tuitivo de este proceso, la designación de un defensor especial cuyo objetivo es asegurar que la internación del causante no se prolongue más tiempo del indispensable para el tratamiento y aún evitarla, *“si pueden prestarle debida asistencia las personas obligadas a la prestación de alimentos”*.

Esta protección no se extiende a las enfermedades de la clínica general. No es procedente compeler a un sujeto a que reciba tratamientos farmacológicos o intervenciones quirúrgicas aún cuando su vida se hallare en peligro, siempre que el sujeto reúna los requisitos de discernimiento, intención y libertad que hacen al pleno ejercicio de la voluntad. La protección que brinda el artículo 482 está dirigida exclusivamente a quienes por carecer de discernimiento pueden dañarse a sí mismos o los demás. La medida extrema de privar de la libertad al enfermo mental que resulta peligroso es regulada en esta norma con carácter excepcional y amerita una interpretación restrictiva junto con el cumplimiento de los recaudos previstos. El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación asimismo en su artículo 625, dentro de las normas relativas a la declaración de demencia, faculta al juez a *“ordenar la internación del presunto incapaz –por 48 horas- si fuere indispensable para su examen”*, es decir a fin de posibilitar el dictamen de los médicos forenses.

En cuanto a la externación del sujeto internado según sus presupuestos, el artículo 482 del Código Civil nada dispone. Las cuestiones relativas a este tema fundamental, se encontraban reguladas en forma detallada para el territorio de la capital federal mediante la acordada dictada el 11 de mayo de 1977 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, hasta la entrada en

vigencia de la Ley 22.914, aplicable en la Capital Federal y Territorio Nacional y publicada en el Boletín Oficial el 20 de septiembre de 1983, Dicha ley estableció el régimen general de internación y egreso de establecimientos de salud mental públicos o privados con la finalidad de proteger la libertad individual en aquellas situaciones en las que ésta se pueda ver comprometida. La internación sólo se admitirá por orden judicial, orden policial, instancia propia o del representante legal o a pedido de terceros. En todos los casos la solicitud deberá acompañarse de dictamen médico que contenga diagnóstico acerca de la necesidad de internación. Cuando la internación se realiza por disposición policial el director del establecimiento deberá dictaminar e informar dentro de las 24 horas al Ministerio de Menores, si al sexto día de internación no recibe orden judicial de mantenerla, el director lo comunicará al Ministerio de Menores y si dentro de los tres días no recibe orden judicial dispondrá la externación. No resulta claro si el director del establecimiento debe externar al sujeto, aunque lo considere peligroso y tampoco por qué no se practica directamente la comunicación al juez. En el artículo 4, que se ocupa de los casos de urgencia donde la solicitud es efectuada por las personas mencionadas en el artículo 144 incisos 1 al 4 del Código Civil, no se prevé el procedimiento a seguir en caso de rechazarse la internación. Respecto de los internados por orden judicial, el director deberá informar al juez de la causa cada cuatro meses sobre las condiciones del internado, autorizando, si fuera el caso, salidas a prueba con una persona responsable y comunicándolo al juez dentro de las 24 horas. Requiere autorización judicial para alta provisoria, traslado a otro establecimiento o externación definitiva. En todos los casos, la internación debe ser comunicada de inmediato a los parientes o personas que el internado indique.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Título II desde el artículo 624 hasta 637 quinter regula el procedimiento de declaración de insania, así como las medidas precautorias de internación para la Ciudad de Buenos Aires y el territorio nacional. El artículo 234 dispone la guarda de los incapaces mayores de 18 años que se encuentren abandonados, sin representantes o cuando éstos se hallaren impedidos de ejercer sus funciones o tengan conflicto de intereses con sus representados. En esos casos, el juez puede decretar la guarda para proteger la persona del incapaz. En el artículo 625, cuando las personas que se encuentran legitimadas por el Código Civil para pedir la declaración de demencia no acompañen los dos certificados médicos acerca del estado mental del presunto incapaz y su peligrosidad actual, exigidos por el artículo 624, el juez requerirá la opinión de dos médicos forenses, quienes deberán expedirse dentro de 48 horas. En este caso y a ese solo efecto el ordenamiento civil admite otra restricción a la libertad del enfermo mental, aunque acotada al término de 48 horas para posibilitar la realización del examen médico. El artículo 629 establece una medida precautoria para el caso en que la demencia aparezca notoria e indudable, facultando al juez a disponer de oficio, además de las providencias necesarias para asegurar los bienes del

enfermo mental (inhibición general de bienes), la internación del presunto demente en un establecimiento público o privado cuando resultare peligroso para sí o para terceros. Esta internación está prevista para los casos en que esté en trámite el juicio de insania, regulando en detalle una de las hipótesis ya previstas por el artículo 482 del Código Civil. En este ámbito civil, a los médicos que informen sobre la enfermedad mental se les exige precisión acerca del diagnóstico, la fecha aproximada de su manifestación, el pronóstico, el régimen aconsejable para la protección y asistencia del causante y la necesidad de internación. Conforme el artículo 636, en el supuesto de dementes, presuntos o declarados, que deban permanecer internados, el juez, atendiendo a las circunstancias de cada caso, podrá disponer que el curador y el asesor de menores e incapaces visiten periódicamente al internado e informen sobre la evolución de su enfermedad y el régimen de atención a que se encuentra sometido, pudiendo asimismo disponer que también informe periódicamente sobre el punto el director del establecimiento.

Aunque la normativa del Código Civil incursiona en temas de procedimiento reservadas a la legislación provincial, resulta indiscutible la conveniencia de precisar los contenidos mínimos tendientes a proteger la libertad individual y el ejercicio del derecho de defensa en juicio (artículo 18 de la Constitución Nacional). Lo mismo puede decirse de la nueva Ley 26.657. Pueden considerarse según el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional, como presupuestos propios de la ley de fondo para disponer la privación compulsiva de la libertad personal a los enfermos mentales que no cometieron actos subsumibles en una figura penal: La decisión judicial, el previo dictamen médico acerca de la existencia de la afección mental y que el sujeto resulte susceptible de causar un daño a su persona o a la de otros.

En la provincia de Buenos Aires, el tema se encuentra regulado por el Código Procesal Civil y Comercial, por las Acordadas de la Suprema Corte de Justicia, y por algunos decretos reglamentarios. El proceso de declaración de incapacidad o de inhabilitación no difiere del regulado por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y está contenido en el Título II del Libro IV dedicado a los procesos especiales. El artículo 619 (id. artículo 625 del código nacional) prevé una internación por cuarenta y ocho horas al solo efecto de posibilitar el examen médico del causante, supuesto no considerado en el artículo 482 –texto ley 17.711- del Código Civil. En la práctica, no es habitual que los peticionantes de la declaración de demencia o de la internación del artículo 482 del Código Civil acompañen certificados médicos, de manera que el juez dispone el examen del presunto insano por parte de los médicos de la asesoría pericial respectiva. La privación de la libertad en el sentido estricto de la norma del artículo 619 no siempre es necesaria, ya que el presunto insano puede concurrir por sí mismo, ser conducido con su conformidad o cuanto menos sin que ofrezca resistencia. Ello debido a la diversidad de patologías englobadas en el concepto jurídico de insania o en el genérico de enfermedad

mental. Sea cual fuere el concepto, la peligrosidad es un estado que se presenta eventualmente y suele poner en crisis el debido cumplimiento del plazo legal. Como medida precautoria, el artículo 623 (idem artículo 629 del código nacional) posibilita la internación del sujeto cuya demencia aparezca como notoria e indudable, debiendo dictarse las providencias necesarias para asegurar sus bienes, y en caso de ofrecer peligro para sí o para terceros, establece que el juez ordenará su internación en un establecimiento público o privado, regulación idéntica a la establecida en el artículo 629 del código procesal nacional. Según el artículo 624 (id. artículo 629 del código nacional), cuando se hallare internado el sujeto cuya declaración de demencia se solicita, el juez deberá tomar conocimiento directo del mismo y adoptar las medidas que considere necesarias para resolver fundadamente acerca del mantenimiento de la internación. En cuanto a la calificación médica de la enfermedad, la normativa procesal de la provincia de Buenos Aires, coincide con la nacional.

Aunque ambos códigos establecen que antes de dictar sentencia el juez hará comparecer al presunto insano a su presencia o se trasladará a su domicilio o lugar de internación, este conocimiento personal del insano no es frecuente, tal vez a causa de la acotación que las normas de ambos códigos presentan, según algunas interpretaciones, al referirse a que se cumplirá cuando las particularidades del caso lo aconsejaren. En la práctica, es excepcional que se entiendan verificadas dichas particularidades a pesar de la relevancia que tiene ese conocimiento personal por parte del juez ante la posibilidad de dictar una sentencia que afectará tan gravemente la capacidad del presunto insano. Al respecto, el artículo 8 de la Acordada 1990/81 de Suprema Corte provincial, reafirma el deber de los jueces de tomar contacto con el presunto incapaz y de visitar frecuentemente a quien se encuentre internado.

En cuanto al proceso de rehabilitación, los códigos procesales nacional y de la Provincia de Buenos Aires requieren que intervengan tres médicos psiquiatras o legistas (artículos 629 del código provincial y 635 del nacional) que examinarán al demente. Ese proceso continuará de manera similar al trámite de interdicción para arribar a una resolución que podrá hacerla cesar.

En los casos en que el enfermo mental deba permanecer internado, el juez podrá disponer que el asesor de menores e incapaces y el curador provisorio o definitivo realicen visitas periódicas al lugar donde se encuentra, elevando informes sobre la evolución. También podrá requerir idéntica información al director del establecimiento. El Código Civil es explícito en su artículo 482 cuando dispone la designación de un defensor especial para asegurar que la internación no se prolongue más de lo indispensable o aún evitarla si pueden asistir al enfermo las personas que están obligadas a la prestación alimentaria. En estos procedimientos se advierten falencias metodológicas en cuanto se superponen funciones y funcionarios, acaso por haberse legislado en forma separada la insania y la curatela, estableciendo directivas procesales en distintos textos legales. También resulta inconveniente relacionar el proceso

de interdicción con el trámite de la internación. Mientras el primero se endereza a la protección de los bienes, el segundo debe considerar de manera primordial la protección de la libertad ambulatoria del enfermo. En este caso confluye el derecho a la salud que sólo el Estado puede tutelar compulsivamente en el caso de los carentes de discernimiento, y la protección de la sociedad o el entorno del enfermo cuando resulte peligroso. Resultaría apropiado que la legislación de fondo se ocupase de delinear la protección de los principios generales, dejando a las provincias la organización del respectivo proceso, tal como en el caso del artículo 34 inciso 1° del Código Penal que se ocupa de los lineamientos esenciales y deja reservadas las cuestiones de procedimiento a las jurisdicciones locales.

El artículo 623 del código procesal provincial y el 482¹⁴ del civil, fueron reglamentados en un principio por el decreto-ley 7967/ 72 (aún vigente) con las modificaciones efectuadas por las leyes 8265 y 11.453, regulando la internación de enfermos mentales. Este decreto establece que la autoridad policial deberá comunicar al juez la internación del enfermo en un hospital neuropsiquiátrico dentro de las 24 horas de realizada. Por su parte el juez deberá requerir un informe al director del hospital quien deberá elevarlo dentro de las 48 horas. Recibido por el juez, dentro de las 24 horas deberá expedirse confirmando o revocando la internación. En los artículos 4 y 5, este decreto reglamentario prevé la externación del enfermo mental por disposición del director del hospital, estableciendo que éste comunicará al juez cuando estime que un enfermo puede ser externado. Si el magistrado no manifiesta oposición procederá a la externación provisoria hasta que se decida la definitiva. El certificado de externación deberá llevar la firma del director y de dos médicos responsables del mismo establecimiento. El artículo 6, referido a la externación por disposición judicial, señala que, dispuesta la misma, se librára oficio al director del hospital, estando esa diligencia a cargo del defensor de pobres y ausentes interviniente. Según el artículo 4 de la Acordada 1902/80. El juez o el tribunal de familia que previno en la internación, es competente para conocer acerca de la externación, de las posteriores internaciones y del proceso de demencia o inhabilitación.

La ley provincial 10.315 fue dictada con el propósito de facilitar la externación del enfermo mental internado en establecimientos psiquiátricos provinciales cuando se vea impedida por falta de parientes en condiciones de recibirlo o por carencias económicas del núcleo familiar que podría admitirlo en su seno, estableciendo un sistema de prestaciones asistenciales (artículo 1). También

¹⁴ El artículo 482 en su redacción según ley 17.711 que se comenta en estos párrafos fue sustituido en su redacción por la impresa en ley 26.657 sancionada el 25-11-2010 y publicada en el B.O. 3-12-2010, que también introdujo el art. 152 ter. Dicha reforma se comenta en los párrafos finales de este título.-

prevé la prestación para tratamiento ambulatorio a fin de asegurar la continuidad del tratamiento psiquiátrico y la subsistencia del enfermo. Estas prestaciones son otorgadas por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires a propuesta de la Curaduría Oficial de Alienados (organismo regido por el Acuerdo 1989/81 y destinado a los insanos sin posibilidad de tener curadores y que no entren en la órbita de actuación de la justicia penal) y previa conformidad del Procurador General. A fin de facilitar el conocimiento de cada caso, el artículo 3 establece que los directores de los establecimientos confeccionarán las listas de enfermos cuya externación se vea impedida por las causas mencionadas en el artículo 1, listas que serán enviadas a la Curaduría Oficial de Alienados a fin de que se consideren las situaciones en que resulte viable la concesión del beneficio. Asimismo, deberán proporcionar esa información los magistrados de los fueros civil y penal a cuya disposición se encuentren enfermos mentales en condiciones de ser externados con los inconvenientes referidos y los representantes de los ministerios públicos. Podrán también peticionar su concesión los familiares y allegados del enfermo, presentándose ante la Curaduría de Alienados que formará un expediente al que se agregarán copia del informe médico aconsejando el alta, resolución de las autoridades del establecimiento psiquiátrico concediéndola, informe practicado por asistentes sociales de la Curaduría Oficial y manifestación de voluntad debidamente documentada del responsable del núcleo familiar que acogerá al enfermo, si fuera el caso. Estas prestaciones tendrán una asignación mensual equivalente al monto de la jubilación mínima dispuesta para los agentes de la administración pública de la provincia. Podrán ser concedidas al enfermo mental dado de alta en hospitales neuropsiquiátricos que no tenga familiares y pueda valerse por sí mismo, hasta tanto obtenga trabajo y por un lapso de 6 meses que podrá ser renovado a criterio de la Curaduría. También podrá otorgarse al responsable del grupo familiar que reciba al paciente psiquiátrico externado de establecimientos provinciales.

La Curaduría Oficial de Alienados controlará periódicamente la afectación del monto de las prestaciones a las finalidades que determinaron su concesión. El Procurador General pedirá a la Suprema Corte de Justicia la suspensión o cancelación del beneficio otorgado, cuando el Curador Oficial de Alienados informe que comprobó la indebida afectación de los fondos, la desaparición momentánea o definitiva de las carencias que dieron lugar al beneficio, que el externado no recibe el tratamiento indicado o la atención debida por parte de sus familiares o el reingreso del enfermo en una institución psiquiátrica oficial o privada. El Procurador General podrá ordenar la realización de inspecciones periódicas a los externados y requerir a la Curaduría Oficial de Alienados informes sobre el destino y control de gestión. Esta ley vino a regular los casos en que resultaba factible la externación del demente, a pesar de la falta de contención familiar, según la jurisprudencia lo hacía notar en distintas jurisdicciones. *“Si el egreso del demente, del hospital donde se encuentra actualmente, solo puede efectuarse si alguna persona se hace responsable de*

él y si se soluciona además, su problema de vivienda, en tal situación, al no ser aconsejable mantener indefinidamente la situación actual del incapaz, corresponde al curador oficial de alienados, realizar las gestiones necesarias para que se lo ubique fuera de cualquier establecimiento asistencial, como también para que se inviertan en debida forma los fondos que le pertenecen (Cámara Civil de la Capital Federal, Sala A. ED Repertorio 5-514)”.

Respecto de los insanos que carecen de familiares o cuando éstos se hubiesen excusado con causa suficiente o cuando no existan personas habilitadas para asumir la representación, los jueces o tribunales discernirán el cargo de curador definitivo en la persona del curador oficial de alienados, quien tendrá las funciones de representación que establecen los artículos 468 y concordantes del Código Civil y las de asistencia que emanan del ejercicio del patronato de los enfermos mentales. En su ejercicio deberá mantener contacto permanente con sus representados o asistidos a cuyo efecto los visitará con la mayor frecuencia posible en los establecimientos donde se encuentren internados, para verificar las condiciones en que se desarrolla su tratamiento y evoluciona su enfermedad, interiorizándose de sus necesidades. Solicitará a las autoridades del establecimiento, cuando el insano o internado manifieste síntomas de mejoría, la realización de un examen médico, a cuyo efecto podrá requerir el asesoramiento de los psiquiatras de la dirección general o de las asesorías periciales departamentales. Petitionerá la externación provisional o definitiva o la rehabilitación, cuando se haya verificado por examen médico el completo restablecimiento del insano. Informará periódicamente al juez o al tribunal sobre la evolución de la enfermedad de su representado o asistido, como así toda otra circunstancia que estime conveniente, sin perjuicio de cumplimentar las comisiones que esos magistrados resuelvan encomendarle. Hará saber al procurador general las deficiencias o irregularidades que advierta en el cumplimiento de sus funciones, tanto en el ámbito de la administración de justicia como en los establecimientos. Tomará conocimiento de los familiares del insano o internado procurando que lo visiten periódicamente y que lo asistan en caso de que se encuentre en condiciones de ser externado. Requerirá de los jueces en lo penal, o de oficio, que se preste la necesaria asistencia tanto a los enfermos que puedan ser externados por haber desaparecido las razones que motivaron su internación como a sus familiares para lograr el reintegro de aquellos a la vida de relación. Recogerán las inquietudes que le transmitan las autoridades de los establecimientos donde se encuentran internadas personas en razón de enfermedades mentales, con relación a las actuaciones judiciales en que estuvieren interesadas, encausándolas por la vía correspondiente. Procurará, mediante las pertinentes gestiones ante los organismos públicos o privados, el logro del reintegro del rehabilitado o externado a la vida de relación. Llevará un registro individual de los insanos cuya representación haya asumido, debiendo formar un legajo personal para cada insano y formando también legajos por establecimiento,

donde consignará nómina de internados, visitas realizadas y observaciones pertinentes. Hará llegar los antecedentes del caso a los asesores de incapaces para que promuevan los respectivos juicios de interdicción e inhabilitación. Podrá impulsar la actividad de las autoridades policiales y hospitalarias previstas en el artículo 482 del Código Civil cuando por sí o por denuncia, tome conocimiento de la existencia de personas que por causa de enfermedad mental impliquen peligro para sí o para otros.

Entre las funciones propias del Curador Oficial de Alienados se destacan la de velar por las condiciones en que los enfermos cumplen su internación en establecimientos neuropsiquiátricos, la de impulsar, en los casos en que resulte viable, la externación del enfermo mental, brindar asistencia, también a los sujetos que han sido declarados inimputables en el proceso penal, cuando se encuentren en condiciones de ser externados por haber desaparecido su peligrosidad, asistiendo también a los familiares para lograr el reintegro del sujeto a la vida de relación. En definitiva, se trata de hacer efectiva la libertad de quien no debe ser mantenido en tan gravoso régimen.

A nivel nacional debe destacarse las recientes sanciones de la Leyes 26.529 sobre Derechos del Paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, sancionada el 21-10-2009 y publicada en B.O. el 20-11-2009, así como la Ley 26.657 del 25-11-2010 publicada en B.O. el 3-12-2010.

La Ley Nacional 26.529 cambia el modelo médico hegemónico es reemplazado por un modelo autonómico y según el destacado jurista Santos Cifuentes es operativa aún sin reglamentación. Tiene como antecedente la ley española 41, entre sus avances se cuentan; provisiones de directivas anticipadas a través de los denominados “testamentos de vida” –art. 11- (anteriormente no podían aplicarse por la regulación de las normas del mandato en nuestro código civil), se ocupa de la relación médico paciente directa (no incluye anestesistas, patólogos, laboratorios). En cuanto al consentimiento informado tiende a dejarse y se aplica el consentimiento participado. A pesar de la intención de rehabilitar la confianza en la relación médico paciente, queda aún la reflexión acerca de si esta ley está directamente destinada a la protección del paciente o si se busca sólo cubrir la responsabilidad médica contra juicios en su ámbito específico. El tiempo lo dirá, todavía hay mucho por hacer.

También promueve el cambio de paradigma la Ley 26.378 ratificatoria de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad ya comentada al relevar los instrumentos internacionales.

Respecto a la **Ley Nacional 26.657** derogó a la 22.914 y trajo importantes innovaciones, su objetivo es 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 padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional. El artículo 5 descarta la presunción de riesgo de daño o incapacidad por el mero diagnóstico de enfermedad mental, exigiendo una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular. El artículo 7 establece los

derechos reconocidos por el Estado a las personas con padecimiento mental. Impera en ella el principio de consentimiento informado y el establecimiento de apoyo a los fines de lograr el alta de los internados. Crea asimismo un órgano de revisión en la órbita del Ministerio Público de la Defensa -art.38- destinado a la protección de los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud mental (hasta el momento de esta redacción no ha sido creado, asimismo se critica a dicho organismo por la burocratización que podría implicar su actuación). Su aporte más radical está en el artículo 27 según el cual prohíbe la creación de manicomios, neuropsiquiátricos o instituciones de internación monovalentes, públicos o privados, instando a los existentes a adaptarse a los principios y objetivos de la ley hasta ser sustituidos por los dispositivos alternativos, derivando las internaciones a los hospitales generales que deberán ampliar sus recursos en salud mental. En tanto el capítulo VII regula la internación involuntaria detalladamente, priorizando la asistencia y contención del paciente en el medio familiar o entorno inmediato y los controles urgentes sobre las internaciones involuntarias, así como la selección del tratamiento terapéutico menos restrictivo. Destacan especialmente las **modificaciones introducidas por esta ley al Código Civil**, mediante la creación del **artículo 152 ter**: *Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de tres (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. En tanto sustituye el texto del artículo 482 por el siguiente; No podrá ser privado de su libertad personal el declarado incapaz por causa de enfermedad mental o adicciones, salvo en los casos de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros, que deberá ser debidamente evaluado por un equipo interdisciplinario del servicio asistencial con posterior aprobación y control judicial.*

Las autoridades públicas deberán disponer el traslado a un establecimiento de salud para su evaluación de las personas que por padecer enfermedades mentales o adicciones se encuentren en riesgo cierto e inminente para sí o para terceros.

A pedido de las personas enumeradas en el artículo 144 el juez podrá, previa información sumaria, disponer la evaluación de un equipo interdisciplinario de salud para las personas que se encuentren afectadas de enfermedades mentales y adicciones, que requieran asistencia en establecimientos adecuados, aunque no justifiquen la declaración de incapacidad o inhabilidad.

Lo más destacado en la crítica de este nuevo artículo es que su texto no define el “riesgo cierto e inminente” presumiéndose que se refiere a la posibilidad de que la persona en forma indubitable podrá producir o producirse daño prontamente. Sin embargo, el texto no se ocupa de los casos que presentan riesgo latente mediato. (Para una crítica médica de esta Ley me remito a la

efectuado por el Psiquiatra Néstor Singo en sus comentarios “*Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657*” Carlos Vicino Editor, Ediciones Centro Norte, Bs.As. 2011).

Cabe mencionar en tal orientación también la Resolución Conjunta 1075-2011 creadora del Programa Interministerial de Salud Mental Argentino (PRISMA) sancionada el 27-7-2011 y publicada en B.O. el 1-8-2011 que también tiene aplicación en dicho ámbito. Asimismo, la Defensoría General de la Nación mediante Resolución DGN N° 558/2011 y 841/2011 dispuso la creación de la Unidad de Letrados en el ámbito del área técnica de la Defensoría, para atender a pacientes mayores de edad internados en forma involuntaria por cuestiones de salud mental en CABA y requiera un defensor.

En cuanto al “peligro” sustituido en esta redacción por el “riesgo cierto e inminente” más allá de la diferencia en los términos quedan en pie todas las reflexiones que realicé en torno a la peligrosidad pues en definitiva se trata de otra manera de decir lo mismo, sólo que se acota expresamente en cierto modo el alcance al exigirse el carácter cierto e inminente del riesgo suscitado por el sujeto (peligroso).

Como puede apreciarse, la experiencia y críticas surgidas del funcionamiento del original artículo 482 del Código Civil en su larga vigencia desde la reforma de la ley 17711 fue recogida por el texto de esta nueva ley, que más allá de algunas imprecisiones o errores de redacción tiene la innegable tendencia al cambio de paradigma por un modelo más asistencial y menos sustitutivo del sujeto sometido a restricciones en sus derechos por padecer enfermedad mental. El devenir dirá hasta qué punto deben adecuarse algunos aspectos y sobre todo si la implementación favoreció a los pacientes usuarios de los servicios de salud mental.

LA COMPETENCIA DE LOS JUECES PENALES Y CIVILES RESPECTO DE LA INTERNACIÓN DE ENFERMOS MENTALES

Se suscitaban algunas controversias entre magistrados del fuero civil intervinientes en los procesos de declaración de insania y magistrados del fuero penal que conocieron en causas seguidas a enfermos mentales que cometieron actos considerados delictivos y fueron declarados inimputables. Puede suceder que un inimputable sea sobreseído por encuadrar en las premisas del artículo 34 inciso 1° del Código Penal, (323 inciso 5 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, 336 inciso 5 y 361 del Código Procesal Penal de la Nación) disponiéndose, además, como medida de seguridad, su internación en una unidad psiquiátrica del servicio penitenciario. Pero podría ocurrir que un juez civil hubiera intervenido con anterioridad en un proceso de interdicción o de internación del mismo sujeto. Se plantea entonces cuál es el magistrado que habrá de conocer en lo sucesivo para el control de la internación del causante.

En principio, deben distinguirse las diversas situaciones que pueden presentarse en la práctica forense, y que no deben asimilarse en tanto requieren soluciones diversas según la normativa aplicable a cada caso:

1. Sujeto que, habiendo sido declarado inimputable en el fuero penal y sobreseído por aplicación del artículo 34 inciso 1° del Código Penal, fue sometido en ese mismo fuero a una medida de seguridad por considerársele peligroso para sí o para los demás.
2. Sujeto que, habiendo sido declarado inimputable y sobreseído en proceso penal no fue sometido a ninguna medida de seguridad por no ser necesario por carecer de la peligrosidad mencionada por el artículo 34 inciso 1° del Código Penal.
3. Sujeto procesado penalmente respecto del cual se dispone en la etapa instructoria la internación provisional prevista en el artículo 168 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, que no constituye medida de seguridad, por ser meramente precautoria.
4. Situación anómala de un sujeto que por disposición de juez civil fue alojado en un establecimiento carcelario sin que hubiera cometido ningún hecho típico antijurídico, encontrando como único fundamento para ese destino, la reiteración de fugas de los establecimientos neuropsiquiátricos que no cuentan con seguridad suficiente para alojarlo.

Pese a que configura un grave error confundir las distintas situaciones, con frecuencia incurrieron en él distintos tribunales y magistrados. Cabe tener presentes las pautas adecuadas para distinguir cada situación en orden a las consecuencias que suscitan y que exceden al mero marco teórico.

Un juez penal dicta el sobreseimiento del sujeto que cometió un hecho típico y antijurídico por hallarse comprendido en las causales del artículo 34 inciso 1° del Código Penal y de conformidad con las normas procesales (artículo 323 inciso 5 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires y 361 del Código Procesal Penal de la Nación). También podría darse el caso de que dictare una sentencia absolutoria aplicando al inimputable, por resultar peligroso, una medida de seguridad que se efectiviza internándolo una unidad psiquiátrica penitenciaria (Unidades 10, 33 y 34 del Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires y Unidades 20 y 27 del Servicio Penitenciario Federal).

Más allá de la intervención que pueda corresponder al juez civil o al tribunal de familia en orden a la interdicción o inhabilitación del sujeto, dado lo previsto por el Código Penal en su artículo 34 inciso 1° y los respectivos códigos procesales, es evidente que lo concerniente a la internación de quien se encuentra sujeto a una medida de seguridad es de competencia del juez penal que dictó la medida. Así lo resolvió la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en el Acuerdo 86.228 “M., T.J.A., Insania” del 6 de octubre de 2004, dejando sin efecto resoluciones anteriores en las que no se había distinguido que el inimputable se encontrare o no sujeto a una medida de seguridad. En el incidente de competencia aludido, el juez penal había

interpretado que todas las medidas que hicieran a la internación, tratamiento y eventual egreso del sujeto resultaban competencia del juez civil, colocándolo a su exclusiva disposición por entender que su propia actuación finalizó con el dictado del sobreseimiento del inimputable. Confundiendo interdicción con internación, remitió las actuaciones y puso al imputado a disposición del juez civil quien no aceptó la competencia, formándose el incidente respectivo. El superior tribunal analizó y distinguió los supuestos, señalando que en ese caso correspondía al juez penal (de garantías) entender en las actuaciones, dejando sin efecto la interlocutoria dictada en Acuerdo 86.228 del 20 de noviembre de 2002 y disponiendo que resulta competente para entender el Juzgado de Garantías con fundamento en lo previsto por el artículo 161 inciso 2 de la constitución provincial. Distinguiendo las diferentes situaciones el tribunal señaló que *“...el declarado inimputable no puede salir del establecimiento sin una resolución judicial, con audiencia del Ministerio Público y dictamen de peritos, que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás, situación que no acontece en el presente. No empece a ello la existencia de un sobreseimiento dictado por causal de inimputabilidad (artículo 323 inciso 5 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires) si a renglón seguido, se dispuso la internación definitiva como medida de seguridad. La situación hubiese sido diferente si la inimputabilidad no fuera acompañada de la internación y se remitieran las actuaciones a la justicia civil o si el sobreseimiento se hubiese fundado en alguna de las causales previstas en los incisos 1 y 4 del artículo 323. El antecedente de esta Corte que ha mencionado el doctor Riquert no es semejante al sub lite. En el Acuerdo 78.623 ‘S., A’ el juez penal no había ordenado la internación, sólo había declarado la inimputabilidad, es decir, no había medida de seguridad (...) La invocación del artículo 168 del Código Procesal Penal que se hace en el decisorio de fs.18/19 nada tiene que ver con este proceso. En el primer párrafo la norma trata una incidencia de alternativa a la prisión preventiva, cuando se acredite por dictamen de peritos oficiales que el imputado sufre una grave alteración o insuficiencia de sus facultades mentales que lo tornan peligroso para sí o para terceros. En la parte final –supuesto considerado aplicable al presente- se establece que cuando no concurriendo los presupuestos para imponer la prisión preventiva se reunieren las demás circunstancias a que se alude precedentemente, el Juez informará al Tribunal competente para resolver sobre su incapacidad e internación y pondrá a su disposición a quien estuviera detenido. Es decir, el presupuesto lógico para aplicar el dispositivo radica en que no se reúnan los requisitos para la prisión preventiva (no media declaración de inimputabilidad menos aún de internación manicomial). Tales requisitos son: a) Que se encuentre justificada la existencia del delito; b) Que se haya cumplido con el artículo 308 del Código Procesal Penal; c) Que aparezcan elementos de convicción suficientes o indicios vehementes para sostener que el imputado sea probablemente autor o partícipe penalmente responsable del hecho (artículo 157 del código citado).*

En este supuesto resulta crucial que la puesta a disposición del juez civil se funda no sólo en la alteración o insuficiencia de las facultades, sino en que no hay elementos para dictar la prisión preventiva. Ergo; no se dispuso medida de seguridad alguna. A ello debe sumarse que en el ámbito de la instrucción penal preparatoria la mentada norma no involucra necesariamente un supuesto de sobreseimiento por inimputabilidad”. A idéntica conclusión llegó el mismo tribunal en los Acuerdos 94.344 del 10 de agosto de 2005 “C.J s/Internación” y 96.811 del 8 de febrero de 2006, “A., C. s/ Robo agravado, incidente de competencia entre el Juzgado de Garantías n° 4 y el Tribunal de Familia n° 2 de San Isidro.

En la causa n° 46.951 “M., F. L. s/insania” registro del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 9 del Departamento Judicial Lomas de Zamora, llegó a la misma decisión: el juez civil continuaría su intervención en lo respectivo a la insania y el juez en lo criminal y correccional en lo atinente a la medida de seguridad que había dispuesto en la causa n° 52.518 seguida al nombrado por los delitos de homicidio y lesiones. También en el Acuerdo 43.087 “G. de D., M. S/insania” el 13 de junio de 1989 expresó que “...*el Juez en lo Criminal de Lomas de Zamora dictó el sobreseimiento definitivo de M. M G de D., en la causa n° 10.684 y ordenó su internación en el Instituto Melchor Romero en virtud de lo establecido por el artículo 34 inciso 1° del Código Penal, por lo que es éste el competente para resolver sobre las altas provisionales o definitivas de la causante (artículo 34 del código citado, artículos 369, 396 y 401 in fine del Código de Procedimiento Penal. Por ello con asistencia de la Procuración General, se declara competente al Sr. Juez en lo Criminal de Lomas de Zamora para entender en las actuaciones que motivaron el presente*”. Cabe señalar que el acuerdo fue motivado por la necesidad de dirimir el conflicto de competencia que se había suscitado respecto del régimen de internación de la causante entre el juez en lo criminal que intervenía en la causa referenciada y el juez en lo civil y comercial que entendía en el Expediente n° 17.917 “G. De D., M. M. s/ Insania”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de expedirse en un conflicto negativo de competencia entre el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 10 del Departamento Judicial La Plata con el Tribunal Colegiado de Instancia única del Fuero de Familia N° 2 del mismo departamento, el 27 de diciembre de 2005 en el caso **Tufano, Ricardo Alberto s/internación**. La trascendencia de este precedente radica en que el máximo tribunal de nuestro país destacó que en nuestro sistema constitucional resulta inconcebible que una persona sea restringida en su libertad sino en virtud de resolución adoptada por los jueces designados por la ley, conforme artículo 482 párrafos 2 y 3 del Código Civil, debiendo practicarse información sumaria y designarse un defensor especial para que la internación no se prolongue más

de lo indispensable e incluso pueda evitarse si pueden prestarse debida asistencia las personas obligadas a la prestación alimentaria, atento el carácter cautelar de dicha detención. Exigió el respeto a la regla del debido proceso en resguardo de los derechos fundamentales de las personas sometidas a aquélla. Destacó el artículo 8 párrafo 1 de la CADH y lo resuelto por la Corte Interamericana en el caso Baena Ricardo y otros –Excepciones preliminares del 2-2-2001 Serie C N° 72 párrafo 124 entre otros, pero lo más destacado es la cita de la Resolución 46/119 de la Asamblea General de las Naciones Unidas mencionando los *Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de salud mental* “ que fueron tomados en cuenta por la citada Corte en el caso “Victor Rosario Congo v Ecuador”, afirmando su reconocimiento y que constituyen estatuto fundamental de las garantías de las personas con padecimientos, para concluir que el juez del lugar de internación es el más indicado para adoptar las medidas urgentes necesarias para dar legalidad y controlar las condiciones en que el tratamiento de internación se desarrolla, sin perjuicio de que resuelva declarar su incompetencia o en su caso, requiera la intervención del juez del domicilio del causante a los fines previstos en el art. 5 inciso 8 segundo párrafo del rito si así correspondiere. En similar sentido se expidió el 19 de febrero de 2008 en causa “R. ,M. J s/Internación” , -publicado en L.L. 5-5-2008 con nota de María G. Iglesias-respecto del estándar jurídico de aplicación de las normas de Derechos Humanos de personas con padecimientos psíquicos. Más allá de las cuestiones de competencia analiza la violación a los derechos de M.J.R., quien se encontraba en una internación sin control, sin tutela ni garantías. En este caso reconoció la existencia como grupo vulnerable de los pacientes institucionalizados y señaló que “...*si existe una medida de internación de larga data resulta imperioso extremar la salvaguarda del principio e inmediatez en procura de una eficaz protección del causante (...) frente a la debilidad jurídica estructural que sufren las personas con padecimientos mentales, sometidas a internaciones psiquiátricas prolongadas, el derecho debe ejercer una función preventiva y tuitiva de sus derechos fundamentales, cumpliendo para ello un rol preponderante la actividad jurisdiccional (...) La medida de privación de libertad de la persona que padece una enfermedad mental debe ser revisada judicialmente mediante procedimientos simples, expeditivos, dotados de mayor celeridad y si corresponde prolongarla por razones terapéuticas, ello debe ser objeto de un minucioso control periódico jurisdiccional obligatorio de los motivos de internación, a los efectos de estudiar si las condiciones que determinaron su reclusión se mantienen o modificaron con el tiempo, pues de lo contrario, la internación se convierte, en los hechos, en una pena privativa de la libertad sin límite de duración (...) Si se resuelve implementar una medida de internación respecto de una persona que padece una enfermedad mental, ésta debe durar el tiempo mínimo e indispensable en razón de ser un tratamiento restrictivo, que debe presentarse como última opción, dejando sentada la regla de la libertad del paciente”.*

En el ámbito local de la Capital Federal, la Sala I de la Cámara en lo Criminal y Correccional con fecha 21 de mayo de 1991 y con el voto de los doctores Rivarola y Ouviña en la causa “Vigna, Edgardo A. s/Competencia-Inimputable” interpretó que “...*Habiendo dispuesto el juez de instrucción la internación de un individuo por haber cometido un hecho delictivo en estado de inimputabilidad, su situación jurídica queda reservada a la consideración del tribunal que estableció la medida de seguridad, no siendo posible que en la esfera penal tengan validez o hagan cosa juzgada otros pronunciamientos también judiciales dictados en otra materia (civil) y con distintas finalidades. Siendo resorte del juez penal la reclusión del procesado que es alienado (inciso 1º del artículo 34 del Código Penal) la resolución requerida para poner término a la medida corresponde por lógica al mismo magistrado*”. Ya había analizado la situación del inimputable en estos casos, Eduardo Busso (18) los efectos penales de la demencia: “*Se ha entendido una vez dictado el sobreseimiento corresponde ordenar la reclusión y comunicar al juez civil en turno la situación del paciente para que provea a la declaración de incapacidad, lo que no es óbice para que continúe la jurisdicción del juez del crimen sobre la persona del recluso*” citando lo decidido por la Cámara Criminal y Correccional de Capital Federal (20 de febrero de 1925. G.F., 55-284). “*Resulta, pues, que sobre la persona del loco delincuente se ejercen dos jurisdicciones: La civil, para su propia defensa patrimonial y personal, y la criminal, para defender la seguridad general en la medida en que la afección del agente pueda constituir un peligro. Los locos delincuentes deben depender de los jueces del crimen en cuanto a su libertad, sin perjuicio de la declaración de incapacidad a los efectos civiles* (Cámara Criminal y Correccional de Capital Federal, 20 de febrero de 1925. G.F., 55.284; informe al proyecto de código penal de 1906; Oderigo n° 95)”.

En relación al tercer caso de los enumerados, referido a la medida cautelar de internación provisional prevista en el artículo 168 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, la jurisprudencia también se ha expedido en el ámbito del Departamento Judicial de Lomas de Zamora: “...*de una correcta interpretación de la norma del artículo 168 del ritual última parte, se infiere que la competencia que el juez de garantías ‘cede’ a favor del fuero de familia en estos casos, lo es solo a los fines de resolver sobre su posible incapacidad desde el punto de vista del derecho civil. Por lo tanto, de haber dispuesto el juez penal la internación, la misma reviste el carácter de una medida de seguridad y el control de ella le corresponde hasta su cese. Por lo tanto, las medidas solicitadas por el fiscal como titular de la acción pública en los puntos 1 y 2 de fs. 55, resultan ajustadas a derecho, no correspondiendo el envío de las presentes actuaciones al fuero de familia tal como lo resolvió el ‘a quo’, sino sólo la comunicación a éste, debiendo continuar con la tramitación de la presente causa hasta su resolución definitiva* (causa n°

1979/01 “V., C. s/intimidación pública”, Sala III de la Cámara de Apelación y Garantías, resolución del 12 de febrero de 2002).

El caso de un sujeto que no habiendo cometido delito, se encuentra alojado en un establecimiento carcelario por disposición de un juez civil, se trata de una situación anómala, contraria a las normativas constitucionales establecidas en los artículos 16 y 18 en relación al juicio previo y al juez natural, así como a la legislación de fondo civil y penal que regula la materia, y a las leyes contravencionales 8031, de ejecución penal 12.256 y Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos. Esta situación en territorio de la Capital Federal, según se comprobó al tiempo de realizar los trabajos de investigación de campo ya no se verificaba con tanta frecuencia.

En el ámbito de la provincia de Buenos Aires un caso registrado en la Unidad 34 del Servicio Penitenciario Provincial, motivó el expediente 21.100-129678/04 (agregado al expediente 3001-805/05) de la Secretaría de Asuntos Institucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, iniciado por el Subsecretario de Política Penitenciaria y Readaptación Social del Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y elevado al alto tribunal el 17 de mayo de 2005, con motivo de haberse constatado que diversas unidades carcelarias albergaban a individuos ajenos a toda disposición de magistrados del fuero penal, manteniéndolos privados de su libertad en un ambiente netamente penitenciario cuando requerían una asistencia especializada de acuerdo al grado de la enfermedad que padecían. La denuncia que originó dicho expediente se refirió a la internación de M.E.A, en la Unidad 34 del Servicio Penitenciario Provincial, -cuyo régimen es de máxima seguridad-, por disposición un magistrado civil de Mercedes que ordenó el ingreso del sujeto en dicha unidad en razón de haberse fugado en distintas oportunidades de la colonia provincial de Open Door. La Dirección de Investigaciones de la mencionada Subsecretaría dio cuenta de la violación de normas de raigambre constitucional y de normas provinciales aplicables en materia de ejecución penal al tratarse de una internación que no tenía el carácter de medida de seguridad, no habiéndose cometido algún hecho delictivo ni mediando disposición acorde con el derecho penal que la sostuviera. Por lo tanto, la cuestión era ajena al servicio penitenciario. Analizando el conflicto que se presentaba a los directores de las unidades penitenciarias que podrían incurrir en el delito de desobediencia al negarse a cumplir la orden judicial que disponía alojar en la unidad a su cargo a una persona que no encontraba a disposición de juez penal, se consideró que no se configuraría tal delito, toda vez que hacer lugar a lo dispuesto por el juez implicaría colisionar con intereses no sólo del organismo penitenciario, sino violar un deber jurídico y en consecuencia, incurrir en conductas que le podrían acarrear incluso sanciones administrativas. La Asesoría General de Gobierno sostuvo el mismo criterio que esa dirección de investigaciones, estimando que no corresponde que los contraventores o aquellas personas ajenas a la comisión de delitos del derecho penal sean alojados en unidades carcelarias dependientes

del Servicio Penitenciario Provincial, aconsejando dar intervención a la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, a fin de arbitrar los medios necesarios para que los magistrados civiles intervinientes en cada causa dispusieran reubicar en establecimientos asistenciales públicos a los internos alojados en dependencias carcelarias y que evitaran en lo sucesivo ordenar el alojamiento de esos enfermos en unidades penitenciarias. El 2 de noviembre de 2005 el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de la Secretaría de Asuntos Institucionales remitió una circular a las cámaras civiles de la provincia para conocimiento y difusión de esas actuaciones entre los juzgados y organismos del fuero, enviando asimismo las actuaciones al juzgado en lo civil y comercial del Departamento Judicial de Mercedes, para que el titular adoptare las medidas acordadas con lo decidido en las mismas.

Sin embargo, en diversos departamentos judiciales continuaron disponiéndose internaciones de personas a disposición de magistrados civiles en ámbitos penitenciarios, como lo acreditan dictámenes y presentaciones de habeas corpus efectuadas por diversos funcionarios. (vgr. la realizada el 21 de julio de 2006 por el Defensor General de La Plata y por el Fiscal General el 8 de agosto de 2006 a favor de diversas personas alojadas en unidades penitenciarias que se encontraban a disposición de magistrados civiles).

En el ámbito del Servicio Penitenciario Federal la situación referida al alojamiento ya no ofrece dudas a partir del dictado de la Resolución 1230/2006 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del 11 de agosto de 2006 (publicada en el Boletín Oficial el 15 de agosto de 2006). Dicha Resolución reconociendo que es función del Servicio Penitenciario Federal según su ley orgánica N° 20.416 la custodia y guarda de procesados y la ejecución de las medidas penales, derogó a las Resoluciones 248/83 (que autorizaba a la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal a recibir en las Unidades 20 y 27 de dicho servicio la internación de personas dispuestas por los Jueces Nacionales en lo Civil, dispuestas en los términos del artículo 482 del Código Civil revocada por la 067/03) y su modificatoria 426/03 (en cuanto disponía la aclaración de la 067/03 estableciendo "...continuarán recibiendo internaciones dispuestas por los Jueces Nacionales en lo Civil, cuando se trate de personas a internar que hubieran sido acusadas de cometer un hecho ilícito, sometidas a la Justicia Penal, y sobreseídas o absueltas en razón de su inimputabilidad, por aplicación del artículo 34 inciso 1° del Código Penal, sin perjuicio de reunir las demás condiciones requeridas por el artículo 482 del Código Civil") en virtud de las presentaciones efectuadas por el Juez Nacional de Ejecución Penal n° 1 doctor Sergio Delgado y el Procurador Penitenciario doctor Francisco Mugnolo,, toda vez que dichas resoluciones resultaban violatorias de los artículos 16 y 18 de la Constitución Nacional en cuanto establecen los principios de juicio previo y juez natural. El artículo 1° de la Resolución 1230/2006 dispuso que el Servicio Psiquiátrico Central de Varones (Unidad 20) y el Servicio Psiquiátrico Central de Mujeres (Unidad 27) del Servicio

Penitenciario Federal, alojarán solamente a personas cuya internación haya sido dispuesta por magistrados del fuero penal, derogando en su artículo 2° a las resoluciones 067/2003 y 426/2003 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Sin embargo, situaciones como la referida se producían y probablemente continúen produciéndose en algunas jurisdicciones, a raíz de una cuestión que debe resolverse en otra órbita, pues hace a falencias funcionales y edilicias. En efecto, la razón por la que se encontraban alojados en las unidades psiquiátricas carcelarias por orden de un juez civil, personas que no habían cometido hecho típico antijurídico alguno, obedeció históricamente a la ausencia de hospitales que tuvieran pabellones o sectores con medidas de seguridad suficientes para evitar las fugas de los internos más conflictivos. Quienes tienen experiencia en la materia, por ejercer su función jurisdiccional o médica en contacto con la situación que la compleja realidad ofrece, han aconsejado en muchos casos la construcción o adaptación, dentro de los hospitales neuropsiquiátricos, de sectores o pabellones que ofrezcan una seguridad mayor a la habitual y destinada precisamente a los sujetos que revistan peligrosidad sin haber cometido delito o de quienes reinciden en conductas de fuga. Por otra parte, no puede perderse de vista que muchas de las patologías psiquiátricas producen por sí mismas conductas de dromomanía, fuga y evasión: así algunos delirantes suelen cambiar de lugar para escapar a los insultos o peligros que creen escuchar o sufrir, en tanto algunas esquizofrénicos de carácter autorreferencial intentan mediante la fuga evitar la acción de elementos dañinos, mientras algunos melancólicos pretenden compensar el sentimiento de indignidad que padecen ocultándose de la vista de los demás. Por ello, la adecuación del entorno en el que habrán de cumplir la internación los enfermos mentales no es un elemento menor al tiempo de decidir respecto de las internaciones, así como al momento de establecer las políticas sanitarias y edilicias que acompañen una red sanitaria que se ocupe de la salud mental en debida forma.

El expediente de recurrir a la cárcel como un lugar de alojamiento seguro para los enfermos mentales no delincuentes pero conflictivos, no hace más que retrotraer la situación jurídica, penitenciaria hospitalaria, judicial y humana a las épocas en que la mezcla de los enfermos y los criminales era corriente debido a la falta de conocimientos científicos y a la ausencia de regulaciones jurídicas acordes con la dignidad humana.

Efectuada la distinción respecto del rol que el ordenamiento legal asigna a los jueces del fuero civil y penal respectivamente, resulta apropiado citar en este punto a la Acordada 1990/81 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que rige el control judicial de la internación de enfermos mentales. Esta acordada dispone puntualmente las atribuciones y funciones que deben ejercer tanto los jueces penales como los civiles en sus respectivos ámbitos en relación a los enfermos mentales que deben ser internados. El

capítulo I, destinado a los procesados declarados inimputables, señala en el primer artículo la necesidad de un control directo e inmediato por parte del juez penal de la medida de seguridad: *“los señores jueces en lo penal deberán verificar por sí las condiciones de higiene, seguridad y tratamiento en que se cumple la medida que en virtud de lo establecido por el artículo 34 inciso 1° del Código Penal hayan dispuesto respecto de los procesados declarados inimputables. En el segundo dispone que “En cumplimiento de lo estatuido en el artículo anterior dichos magistrados deberán visitar cuando las circunstancias lo requieran y por lo menos cada cuatro meses, acompañados de un médico psiquiatra de la Dirección General de Asesoría Pericial o Asesorías Periciales Departamentales, a las personas allí mencionadas, en los establecimientos donde se encuentren, interrogándolas a fin de verificar su condición”.*

Establece asimismo que los jueces penales deberán encomendar gestiones a los asistentes sociales a fin de mantener la necesaria relación entre el interno, el médico y los familiares, debiendo notificar al curador oficial las resoluciones que establezcan sobreseimiento definitivo o absolución por causa de inimputabilidad, y todas aquellas que determinen la modificación de la medida de seguridad adoptada, a cuyo efecto le remitirán la respectiva causa. En los casos en que las autoridades de los establecimientos soliciten la externación provisional o informen que desapareció su peligrosidad, el juez penal deberá requerir el asesoramiento necesario dando intervención al curador oficial. Los defensores y el fiscal que haya intervenido en el proceso, deberá coadyuvar al cumplimiento de esta reglamentación, a cuyo efecto tendrán las mismas obligaciones que los jueces y deberán instar y controlar el egreso de los internados. Denunciarán al juez competente y al procurador general las irregularidades que adviertan en el cumplimiento de la referida medida de seguridad (artículo 5).

Según el artículo 6, cuando de las constancias de la causa e informes médicos se desprenda que el declarado inimputable es presumiblemente un demente en el concepto del artículo 141 del Código Civil o se encuentre en condiciones de ser inhabilitado según el artículo 152 bis del mismo código, el juez penal deberá extraer testimonio de las piezas pertinentes para remitirlas al asesor de incapaces en turno a fin de que inicie el respectivo proceso. El artículo 7 dispone que los jueces en lo penal, los defensores y los fiscales llevarán un libro donde asentarán las visitas y gestiones realizadas en cumplimiento del reglamento establecido, las que asimismo se consignarán en la respectiva causa, que por tal razón no será archivada hasta el egreso definitivo del inimputable y será reservada en un casillero especial donde podrá ser consultada por los miembros del Ministerio Público.

El Capítulo II está destinado a la materia específica del fuero civil, ocupándose de los internados, sean o no interdictos. *“Los jueces en lo civil y comercial, deberán cumplir puntualmente con la obligación de tomar contacto personal con el presunto incapaz, establecida por los artículos 624 y 627 del Código*

Procesal, visitándolo con la necesaria frecuencia, cuando aquél se encuentre internado por tal motivo o por las circunstancias contempladas por el artículo 482 del Código Civil (artículo 8). Sin perjuicio del cumplimiento de la referida obligación, dichos magistrados deberán ejercitar efectivamente el deber de fiscalización que establece el artículo 630 del Código Procesal por sí –con la conveniente periodicidad- o por intermedio de los funcionarios a que se refiere dicho dispositivo legal (artículo 9). Para el cumplimiento de dicha obligación, el artículo 10 dispone que el defensor de pobres y el asesor de incapaces deberán dentro del quinto día de la designación o de su primera intervención en autos, visitar al presunto demente en el establecimiento donde se encuentre internado, tomando contacto con él e interrogándolo para interiorizarse de su condición. En tanto el defensor especial establecido por el artículo 482 del Código Civil deberá visitar al interno dentro del quinto día de la comunicación respectiva y luego bimestralmente, dando cuenta al juez o tribunal competente de la situación en que se encuentra. Para hacer lugar a la externación, el juez deberá previamente citar a los familiares del externado para explicarles el alcance de la medida y la necesidad de apoyo, debiendo solicitar el respectivo asesoramiento médico y pudiendo requerir colaboración a la curaduría oficial de alienados (artículo 13). “A fin de instrumentar lo dispuesto en los artículos anteriores, los referidos magistrados deberán consignar en forma circunstanciada el cumplimiento de tales obligaciones en las respectivas causas. Dichos procesos no se archivarán hasta la rehabilitación y egreso definitivo del causante y se reservarán en un casillero especial a disposición de los funcionarios a que se refiere el artículo 630 del Código Procesal, quienes controlarán su estado y petitionarán en consecuencia, debiendo agregarse a ellas todas las actuaciones e informes relacionados con la fiscalización del tratamiento del internado o insano” (artículo 14). También los jueces en lo civil, defensores y asesores de incapaces deberán llevar un libro en el que asentarán las visitas, gestiones y diligencias que realicen. Puede apreciarse que el establecimiento del control de la internación, así como sus alcances para uno y otro fuero, se encuentran regulados en esta acordada y, más allá de las innovaciones que puedan proyectarse en la materia, mejoraría la condición de los enfermos mentales internados en la órbita de ambas jurisdicciones el estricto cumplimiento del régimen de visitas y control ya consagrados.

LA EXTERNACIÓN DEL ENFERMO MENTAL EN LA REALIDAD COTIDIANA. -ÁMBITO CIVIL durante la vigencia de la ley 17.711 en la materia-

Tan preocupante como las condiciones en que se cumple la internación del enfermo mental a disposición de los jueces del fuero civil en el ámbito de los establecimientos asistenciales, resulta la externación cuando es factible por la remisión de los elementos más conflictivos de su patología y su peligrosidad.

En esta circunstancia convergen en muchos casos intereses opuestos entre sí, que poco o nada tienen que ver con la protección del enfermo, pero que aparecen con frecuencia en la práctica forense. Según pudo apreciarse en el análisis de la Ley 10.315, uno de los inconvenientes más importantes que surgen en esa instancia se presenta cuando los enfermos mentales que se encuentran en condiciones de ser externados no tienen un medio familiar o social continente que les asegure su tratamiento y protección ambulatorios, sea porque carecen de allegados o porque los mismos no pueden o no quieren hacerse cargo del enfermo mental. Es común que los intereses y expectativas familiares no tengan en mira la protección del enfermo mental, que es soportado como una carga. Quizás el viejo estigma que conlleva la enfermedad mental y que siempre ha infundido temor no se despejó pese al avance de las disciplinas médicas.

Los diversos avatares que implica mantener al enfermo mental en el ámbito familiar o entorno allegado, conspiran contra su protección, desgastando unas veces relaciones previas disfuncionales y sobrecargando económica, psicológica y materialmente a quienes tienen poca disposición para mantener en su ámbito al enfermo que es contemplado como una enojosa carga. La particular reacción que provoca la enfermedad mental se conoce desde hace siglos, en todas las latitudes y en todos los niveles sociales. José Ingenieros relataba (19) haber conocido las habitaciones situadas en los confines de las residencias de la clase acomodada, donde se recluía al “opa” o al “loco”, ocultando la vergüenza de tener un integrante psíquicamente enfermo en la familia. Con el transcurso del tiempo, se fueron construyendo en las ciudades establecimientos especiales (vgr. frenocomios) donde las familias de mejor fortuna podían recluir a estos desdichados miembros. Al presente la situación no varió demasiado y los casos más complejos de externación afectan a los enfermos carentes de medios económicos que terminan asilados en los institutos neuropsiquiátricos de los que deberían haber egresado hace tiempo, perdurando allí por el cobijo que brinda, con todas sus deficiencias, más hospitalidad que el propio ámbito familiar o el entorno más cercano. Las características, modalidad y ritmo que la modernidad impuso a la vida actual de los centros urbanos no favoreció a estas personas, que al igual que los ancianos y algunas veces los infantes, terminan siendo considerados como miembros improductivos, generadores de costos sociales y económicos. Una sociedad dispuesta a sopesar a todos sus integrantes con la balanza del utilitarismo, no tiene espacio para ampararlos. Esta situación por lo menos se refleja hasta la reciente sanción de la **Ley 26.657**, a partir del cambio de paradigma que ésta introduce y la regulación novedosa que establece, veremos si también en el ámbito de las externaciones se evidencian cambios que favorezcan la autonomía y adecuado tratamiento del paciente.

Eso sólo podrá decirlo el tiempo. Por ahora no hay demasiadas modificaciones a raíz de su relativamente reciente sanción.

La ausencia de interés en torno del tema central, mostrado por la doctrina y la jurisprudencia, a pesar de su relevancia, es indicadora de la posición que se le asigna entre las cuestiones a tratar y muestra en buena medida la actitud que la sociedad tiene hacia la cuestión. Ello se ve también en la carencia de políticas congruentes dirigidas al tratamiento de los temas esenciales mientras se recurre a medidas aisladas y ante situaciones de emergencia o accidentales. Así se cae en una petición de principio en el que un desinterés lleva a otro y éste al primero: los enfermos mentales están olvidados porque nadie se ocupa de ellos y nadie se ocupa de ellos porque están olvidados. Por otra parte, la permanencia de internos por falta de contención en el exterior disminuye la capacidad del establecimiento para alojar a quienes puedan requerirlo, al tiempo que los signos de la hospitalización van mellando la personalidad del interno que ya se encuentra en condiciones de ser externado.

Y así, como en otros ámbitos –vgr. minoril-, van sucediéndose los abandonos, al familiar le sigue el institucional.

Es más compleja aún para los enfermos mentales la situación en el ámbito del derecho penal, donde muchas veces el inimputable que puede ser externado no es recibido en el medio familiar porque cometió un grave delito contra alguno de sus miembros: en esas circunstancias sólo puede aguardar rechazo y resentimiento. No obstante, algunas veces los lazos de humanidad que las leyes no pueden imponer, existen y perduran. La comprensión, así como la continencia de los allegados (parientes, amigos o vecinos) se efectiviza aún en estas delicadas situaciones, logrando, en casos que pueden conocerse por experiencia forense, una contención adecuada que va insertando lentamente al sujeto en el ámbito libre, en la vida de relación, con todos los cuidados y controles que su situación exige.

Es indudablemente difícil conciliar el interés tuitivo que supone la externación del enfermo mental que se encuentra recuperado en su sintomatología más gravosa, con el interés de quienes mediante la internación se desprenden de la responsabilidad de cuidado que no pueden o no están dispuestos a brindar. Frente a este fenómeno, resultan importantes algunos ensayos que en el medio hospitalario (Hospital Neuropsiquiátrico Melchor Romero) establecieron hogares en los que se aloja a varios internos en proceso de externación, a fin de asistirlos, orientarlos y adaptarlos progresivamente a la vida laboral y de relación del medio libre.

Veremos cómo se implementa y evoluciona la nueva situación planteada a partir de la Ley 25.567 (B.O. 3-12-2011), es muy pronto para evaluarlo.

En el ámbito de los establecimientos de internación de enfermos mentales mantenidos en el régimen del derecho civil se suma un riesgo que no se presenta en los carcelarios. En los institutos dependientes de los servicios penitenciarios no pueden ser alojadas personas que no se encuentren debidamente identificadas en sus condiciones personales, dadas las características propias de la identificación del autor de un hecho calificado como delito penal y del contenido de la sentencia. En el ámbito hospitalario,

en cambio, es frecuente que se ignore la identidad del sujeto o que haya quedado librada a la declaración de él mismo o de sus allegados. Internados entonces como “N.N.”, estas personas permanecen largos períodos en el interior de los hospitales, con el desconocimiento de quienes puedan tener interés en averiguar su paradero y que no puede concretarse mientras continúen innominados. Tampoco puede descartarse que esa falencia resulte aprovechada con éxito por quienes quieren mantenerse prófugos de la justicia. Para revertir esta situación, bastaría con que las autoridades policiales de la división científica respectiva trasladaran personal al hospital para tomar las huellas dactilares de los internos, abriendo así la posibilidad de identificarlos en caso de existir elementos de cotejo. Tal experiencia se realizó oportunamente a través de la Policía de la Provincia de Buenos Aires en el Hospital Interzonal de Alienadas José Estéves, -ubicado en el partido de Lomas de Zamora-, a instancias de un juez de primera instancia departamental¹⁵, lográndose así la identificación de varias internas que hasta entonces se hallaban alojadas sin ninguna identificación personal. Demostrada la factibilidad del procedimiento, podría haberse extendido y continuado, pero faltó la decisión política de avanzar en ese sentido.

En definitiva, la problemática que la externación presenta no suscitó gran preocupación por parte de los funcionarios de la administración quienes, en muchos casos, como sucede en otros ámbitos de la salud pública, sólo presentan un interés que algunos calificaron como tan estertórico como pasajero. En general los proyectos que persiguieron la mejoría del ámbito hospitalario y sanitario en general, se adaptaron a las expectativas políticas de quienes olvidaron rápidamente la necesaria continuidad de una política, resguardaron aquello que pueda significar un rédito político dejando desvanecer proyectos en curso, que a veces fueron reemplazados por otros similares y de igual destino y a veces huérfanos de la experiencia de los especialistas cuyo prestigio más que académico fue logrado con la silenciosa prestación de servicios.

En las instituciones privadas, se presenta además la faceta de rentabilidad derivada de la internación del enfermo, lo cual exige extremar los controles para verificar que no se excedan los tiempos requeridos por los tratamientos no ambulatorios en perjuicio de la libertad del internado.

Respecto del control judicial, pese a la detallada regulación de la materia referida tanto al control de la internación y su desenvolvimiento, como al trámite de externación de los enfermos mentales, según se ha comprobado en los trabajos de campo, no es frecuente que las unidades psiquiátricas penitenciarias o los hospitales neuropsiquiátricos reciban periódicas visitas de los jueces que dispusieron el alojamiento de quienes allí se encuentran, verificándose esporádicas visitas y algunas de mayor regularidad realizadas

¹⁵ El entonces titular del Juzgado en lo Civil y Comercial del departamento judicial Lomas de Zamora, doctor Francisco Víctor Torija Zane.

por los defensores en el caso del ámbito penal y por pocos funcionarios de algunas curadurías departamentales.

Es así que en la práctica se verifica que la tarea legalmente impuesta al poder judicial de velar para que la internación no se prolongue más de lo estrictamente necesario, se ve frustrada en la práctica como consecuencia de la generalizada decadencia de las instituciones y la ética de los funcionarios que van desatendiendo funciones importantes o delegándolas hasta que se desdibuja su objeto. De allí que resulte frecuente advertir que el internado queda reducido a la carátula de un expediente y su suerte ligada al del soporte material que lo representa, susceptible incluso de ser perdido o traspapelado y en suma; olvidado. Olvido que se va sumando al de los propios allegados y que se refleja en el olvido por parte de las instituciones.

Pero afortunadamente debe destacarse la atención humanitaria y que excede al cumplimiento de obligaciones laborales, por parte del personal que está en permanente contacto con los internados. De ese personal –médico, jerárquico y auxiliar- muchas veces depende con exclusividad las condiciones de vida de los enfermos internados sea en el ámbito hospitalario como penitenciario.

Veremos cómo se desarrolla la implementación y evolución de la reciente Ley 26.657 en este campo, a futuro.

De todas maneras, vale señalar que antes de la concepción de grandes reformas y emprendimientos, desde lo humano y en la tarea específica que cada magistrado, funcionario o empleado debe ejercer según las disposiciones legales vigentes, podrá mejorarse la situación de quienes se encuentran indefensos por su propia condición y carecen de la protección que el ordenamiento jurídico les promete. Es decir que las grandes reformas pueden ser positivas, pero antes de emprenderlas bastaría con que se hagan efectivos los lineamientos de la legislación vigente sobre la materia. Sólo justificaría apartarse de ella si, una vez puesta en funcionamiento con la debida diligencia, se demostrara su fracaso. Hasta el momento ese fracaso sólo puede atribuirse a los propios hombres que según concluye Platón, si son buenos necesitan de pocas leyes (20).

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS:

- 1-Alvarez Uría, Fernando “Miserables y Locos”, páginas 136/137. Barcelona.Tusquets.
- 2-Citando a Zacarías Benito González –director del establecimiento- en “Consideraciones acerca del Hospital de Enajenados de Toledo” publicado en la revista “El Siglo Médico” números 227 del 9 de mayo de 1858 y 228 del 16 de mayo del mismo año.
- 3-“Tratado Elemental de Derecho Romano” Buenos Aires, Editorial Albatros.
- 4-Nota a las “Institutas”de Gaius, n° 194; La Plata. Ediciones Librería Jurídica. 1967.
- 5-Edición bilingüe por M. Ortolán. Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina.
- 6-José M. Carames Ferro, “Instituciones de Derecho Romano”. Parte General. Buenos Aires, Editorial Perrot, 1963.
- 7- Alvarez Uría, Op. cit. Pag.154/155.
- 8- Álvarez Uría, Op. cit. Pag. 179.
- 9- “Código Civil Anotado” Tomo I, director Jorge Joaquín Llambías. Buenos Aires. Abeledo Perrot impreso en 1978.

- 10- Torija Zane, Francisco Víctor “Ontología y Derecho Positivo” –páginas 15/16-. Buenos Aires Editorial Hammurabi. 2001.
- 11- “Derecho Penal Argentino”. Buenos Aires, TEA editorial.1970.
- 12- “Escala de evaluación de capacidad para actuar en proceso penal. Folino, Jorge y otros. Colección Derecho y Salud Mental. La Plata. Editorial Interfase Forense. 2003.
- 13- “Código Civil Anotado” Tomo I. Director Jorge Joaquín Llambías.
- 14- Ob. cit. nota. 13.
- 15- “Código Civil Anotado” por Eduardo B. Busso. Tomo I. Buenos Aires, Ediar. 1944. Tomo II. Buenos Aires. 1945
- 16- Busso, Eduardo. Op. cit.. Tomo I párrafo 31, página 662.
- 17- Busso, Eduardo. Op cit.. Tomo II. párrafo 20, página 1074.
- 18 – ob. cit. nota 17.
- 19- Ingenieros, José, “La Locura en la Argentina”. Buenos Aires, Ediciones J.L. Rosso V. 12 obras completas. 1919, impreso en 1937.
- 20- Platón. “República” 425 c / 426 a. México. UNAM.

EL DERECHO EXTRANJERO

Una breve referencia a la legislación de algunos países, permite además de observar cómo se presenta la situación general de las personas con enfermedad mental en la sociedad, aproximarse a las distintas formas de afrontar la problemática que presenta la atención de los enfermos mentales en lo relativo a su internación, sea que se trate de quienes no cometieron ningún acto de los tipificados como delito y por tanto alcanzados por la normativa civil o de quienes, habiéndolo cometido, ingresan en la órbita del derecho penal con el carácter de inimputables. En occidente debe destacarse, a raíz de las preocupaciones expresadas por los organismos no gubernamentales y los órganos internacionales respecto de la situación de los enfermos mentales que requerían internación forzada, la Recomendación 83.2 dictada por el Consejo de Europa en el año 1983. A partir de entonces, la mayoría de los países integrantes de la Comunidad Europea trataron de adoptar esa recomendación modificando su legislación civil sobre la materia. Para establecer el concepto de enfermedad mental, esas legislaciones, en general, se remiten al saber médico y la internación civil puede disponerse en razón de la peligrosidad del sujeto o para brindarle tratamiento médico adecuado. Los extremos que definen a la peligrosidad o a la gravedad del trastorno que obliga a la internación están sujetos a la apreciación de la autoridad que decidirá el internamiento. En algunos países esa autoridad es médico-administrativa y en otros, judicial. En el primer supuesto se encuentran Francia, Dinamarca, Gran Bretaña, Grecia, Irlanda y Luxemburgo. En el segundo, Alemania, Bélgica, España, Holanda, Italia y Portugal.

El procedimiento varía de un país a otro, dándose casos en los que el juez decide la internación de una persona, o bien ratifica una medida de internación ya dispuesta por otra autoridad. En todos los casos, se exige un informe médico realizado por profesionales ajenos a la institución en la que se cumplirá la

medida, sustentado en el examen del sujeto y que tiene una validez temporalmente limitada. A la persona sujeta a este procedimiento se le reconocen los derechos y garantías correspondientes a quienes resultan privados de su libertad.

Para evitar la prolongación indebida de la internación, algunas legislaciones fijan su duración con carácter previo, pudiendo prorrogarse mediante un nuevo procedimiento. Otras prevén una revisión oficiosa y periódica acerca de la necesidad de tratamiento e internación.

ALEMANIA

Cada Länder tiene su propia ley de internamiento, aunque de similar naturaleza. En general, la orden de internamiento de una persona resulta de un procedimiento judicial contradictorio con audiencia del sujeto que es asistido por un abogado. El alcalde local puede peticionarla mediante escrito acompañado de un informe psiquiátrico. En los casos de urgencia, se realiza ante el juez una audiencia con el paciente en presencia de un psiquiatra. El juez dispondrá en el acto lo que se estime pertinente. La internación se extenderá por una semana, pudiendo prolongarse mediante un procedimiento ordinario y contradictorio. En los casos de extrema urgencia, las autoridades administrativas pueden disponer la internación por 24 horas debiendo solicitar una orden judicial para su prolongación.

El Código Penal Alemán (Strafgesetzbuch) trata, en el parágrafo 20, acerca de la inimputabilidad causada por disturbios mentales. Considera inimputable a quien, al momento de perpetrar el hecho y a causa de un disturbio mental patológico, de una profunda alteración de conciencia, de imbecilidad o de algún otro tipo de grave trastorno mental, es incapaz de comprender la criminalidad del hecho o de obrar en consecuencia. En el parágrafo siguiente, considera la imputabilidad disminuida o semi-imputabilidad. En el 61 menciona, entre las medidas de seguridad y tratamiento, la internación en un hospital psiquiátrico, la cual se dispondrá (parágrafo 63) en los casos de inimputabilidad cuando, de la completa evaluación del autor y su hecho, pueda esperarse que cometa otros susceptibles de producir graves daños. Por ello se lo considerará genéricamente peligroso.

En cuanto a la evaluación del riesgo de violencia, conforme lo expuesto por el Profesor de Psiquiatría Forense de la Universidad de Munich Norbert Nedopil en conferencia dictada en la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad Nacional de La Plata el 17 de marzo de 2008, en cuanto a la dinámica actual, a tenor del parágrafo 63 del StGB desde 1996 han aumentado las evaluaciones de riesgo en cada año, (56 por año) siendo el deber más importante del psiquiatra forense, por lo que se ha elaborado un instrumento para evaluar el riesgo. El más influyente es el "Psychopathy Checklist Revised -PCL-R- de Hare de 1990 y el URAG "Violence Risk Assesmet guide" de Haris et al. De 1993 y el ILRV "Integrated List of Risk Variabels" desarrollado en Alemania,

destacando asimismo el aumento de pacientes forenses. Destacó asimismo el problema de los falsos positivos, que obligó a reevaluar los instrumentos de predicción, definiendo los límites de los instrumentos de evaluación mejorados de forma expresa, todo ello en razón de haber realizado un seguimiento a los pacientes durante cinco años. En cuanto a la responsabilidad criminal desde 1992 a 1995 se recolectaron datos para un registro federal de delitos, con seguimiento de 262 pacientes, estableciéndose que 103 reincidieron, el 40 % volvió a la cárcel y 32 de ellos recidivaron con un delito violento. Aclaró que para delitos violentos el índice de reincidencia de los pacientes esquizofrénicos es inferior a la población restante, siendo más común en Alemania el delito violento en quienes están afectados de enfermedades somáticas (Ej. Cáncer), siendo además los esquizofrénicos en tal sentido más susceptibles de tratamiento que los sujetos violentos con enfermedades somáticas.

En cuanto al estudio de predicción desarrollado en Munich se utilizó la curva de ROC para evaluar instrumentos de medición, siendo excelente la marcación sobre falsos positivos que dio el HCR por lo que resultó muy confiable. En cuanto a la PCL-R predice la conducta violenta pero no predice los delitos sexuales. Para identificar y diferenciar el riesgo de violencia se acude a una hipótesis individual según tipo de delito, contexto, factores de riesgo en cada caso, a fin de saber si los factores de riesgo están presentes en importante grado o por el contrario son compensados por factores de protección. Para predecir se considera indispensable; formular hipótesis sobre el delito de origen y el autor, identificar los factores de riesgo relevantes para la hipótesis, desarrollar intervenciones con estrategias ajustadas, identificar los factores que facilitan o impiden la violencia y evaluar adecuadamente todo. Para ello se tiene presente que hay factores de riesgo que no se modifican (Ej. Datos históricos, disposiciones individuales) pero otros son dinámicos (ejemplo cambios de ánimo) siendo modificables y por ende allí influye el tratamiento. Algunos factores de riesgo cambiantes agudos son los que exigen intervención urgente, todo ello debe reevaluarse para ajustar el programa aplicable imponiéndose como conclusión que con el límite de conocimientos actuales en materia de evaluación de riesgo, en Alemania sólo se justifica a criterio de los psiquiatras forenses cuando está acompañada de un manejo del riesgo con intervención continua a los fines de dar tratamiento.

CUBA

En cuanto a regulación del tratamiento de los inimputables, Cuba se rige por lo dispuesto en su Código Penal, la Ley 62 capítulo III al tratar las eximentes de la responsabilidad penal. En la sección primera ocupa de la enfermedad mental, señalando el artículo 20.1 *“Está exento de responsabilidad penal el que comete el hecho delictivo en estado de enajenación mental, trastorno mental transitorio o desarrollo mental retardado, si por alguna de estas*

causas no posee la facultad de comprender el alcance de su acción o de dirigir su conducta". Como se aprecia es similar a la fórmula de nuestro código penal. Por su parte en el título XI se refiere al "Estado Peligroso y las Medidas de Seguridad" definiendo en el capítulo I al estado peligroso en su artículo 72 así; "Se considera estado peligroso la especial proclividad en que se halla una persona para cometer delitos, demostrada por la conducta que observa en contradicción manifiesta con las normas de la moral socialista", para el artículo 73 "1. El estado peligroso se aprecia cuando en el sujeto concurre alguno de los índices de peligrosidad siguientes: a) la embriaguez habitual y la dipsomanía; b) la narcomanía y c) la conducta antisocial. 2.- Se considera en estado peligroso por conducta antisocial al que quebranta habitualmente las reglas de convivencia social mediante actos de violencia, o por otros actos provocadores, viola los derechos de los demás o por su comportamiento en general daña las reglas de convivencia o perturba el orden de la comunidad o vive, como un parásito social, del trabajo ajeno o explota o practica vicios socialmente reprobables". Y finalmente el artículo 74 señala; "Se considera también estado peligroso el de los enajenados mentales y de las personas de desarrollo mental retardado, si, por esta causa, no poseen la facultad de comprender el alcance de sus acciones ni de controlar sus conductas, siempre que éstas representen una amenaza para la seguridad de las personas o del orden social "

El capítulo III se ocupa de las medidas de seguridad, que según la sección primera, artículo 76.1 *pueden decretarse para prevenir la comisión de delitos o con motivo de la comisión de éstos. En el primer caso se denominan medidas de seguridad predelictivas y en el segundo medidas de seguridad postdelictivas. 2.- Las medidas de seguridad se aplican cuando en el sujeto concurre alguno de los índices de peligrosidad señalados en los artículos 73 y 74 "...y el artículo 77.1 dispone que "las medidas de seguridad postdelictivas, por regla general, se cumplen después de extinguida la sanción impuesta". Conforme el artículo 85 las medidas de seguridad postdelictivas pueden aplicarse; a) al enajenado mental o al sujeto de desarrollo mental retardado, declarados irresponsables de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 20, b) al que durante el cumplimiento de una sanción de privación de libertad, haya enfermado de enajenación mental, c) al dipsómano o narcómano que haya cometido un delito, ch) al reincidente o multireincidente que incumpla alguna de las obligaciones que le haya impuesto el tribunal". Finalmente, en lo que interesa el artículo 86 establece; "Si el hecho de permanecer en libertad el enajenado mental declarado irresponsable de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 20, puede significar un peligro para la seguridad de las personas o para el orden social, el tribunal le impone una medida de seguridad consistente en su internamiento en un hospital psiquiátrico o en un centro de enseñanza especializada, por el término necesario para que obtenga su curación. En este caso, el hospital o centro especializado lo comunicará al tribunal respectivo".*

Como puede apreciarse, las medidas de seguridad en el código penal de Cuba tienen las características propias del sistema en que se insertan y asimismo muchos caracteres propios de la corriente positivista comentada en la parte histórica in extenso.

Me permito aquí una pequeña digresión surgida de mi experiencia en los trabajos de campo, que se relaciona con Cuba. Hallándonos en un trabajo de posgrado dirigido por el recordado psiquiatra doctor Jorge Alberto Riú y la doctora Guillermina Tavella de Riú dentro del hospital neuropsiquiátrico de varones Josè T. Borda, nos mencionaban los profesores a cargo que les llamaba la atención en las estadísticas e investigaciones el número reducido de enfermos mentales crónicos internados en ese país. Resulto entonces que nos encontramos justamente en presencia de un paciente de dicha nacionalidad y allí fue que tomamos conocimiento que sería frecuente en dicho país la práctica de deportar o expulsar a estas personas que en consecuencia, van a engrosar el número de internados de otros países.

ESPAÑA

El Código Civil regula el internamiento involuntario, que resulta el más conflictivo, en su artículo 211. Comienza con el internamiento de urgencia, señalando que el médico que ha decidido el internamiento de urgencia deberá comunicarlo dentro de las 24 horas a la autoridad judicial. De inmediato se inicia un procedimiento judicial para convalidar la internación: Cuando no se trata de un caso de urgencia, el procedimiento se desarrolla con intervención de médicos forenses que dictaminan acerca del diagnóstico de la enfermedad y su orientación terapéutica, explicitando si es conveniente la hospitalización. *“El Juez, tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo por él designado, concederá o denegará la autorización y pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal”*. En cuanto al control de la internación: *“El Juez, de oficio, recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento cuando lo crea pertinente y en todo caso, cada seis meses, en forma igual a la prevista en el párrafo anterior, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento”*.

En todos los casos el paciente puede ser dado de alta por decisión médica sin necesidad de autorización judicial.

El Código Penal vigente desde el año 1995 establece en su artículo 20 que *“Están exentos de responsabilidad criminal: 1. El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión. 2. El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas*

u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. 3. El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad...”. El artículo 1 del mismo código establece que “... las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los requisitos establecidos previamente por la ley” y el artículo 3 que “...la ejecución de la Pena o de las medidas de seguridad se realizará bajo el control de los jueces y tribunales competentes...” Según el artículo 6, las medidas de seguridad “...se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito” y “...no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor”.

El Código Penal de 1995 termina con la tradición española de legislar en forma separada las penas y los estados peligrosos que determinaban la aplicación de medidas de seguridad. Este código reúne en un mismo cuerpo penas y medidas de seguridad aplicables por la comisión de infracciones penales. Desde el título preliminar se aprecia la vigencia del principio de legalidad y la consagración de las garantías jurisdiccionales en el procedimiento de imposición y ejecución de las medidas. El sentido de las mismas está fijado en el artículo 25.2 de la constitución en cuanto establece que “*las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, y no podrán consistir en trabajos forzados*”. A través del proceso penal, especialmente en el juicio oral, podrá acreditarse la comisión del hecho delictivo y el alcance de la inimputabilidad del autor que es presupuesto necesario para imponer cualquier medida de seguridad. Sin perjuicio de ello, y siempre considerando la peligrosidad del sujeto, puede disponerse la internación provisional hasta el dictado de la sentencia. La jurisprudencia del Tribunal Supremo establece que no es posible la imposición de medidas de seguridad sin la prueba en juicio oral de la concurrencia de los requisitos pertinentes. Por tanto, el sobreseimiento no es “vehículo procesal adecuado” para la imposición de medidas de seguridad (STS 4 de diciembre de 1997, 5 de noviembre de 1979 RAJ 3814). Rige asimismo la Ley 41/2002 reguladora de la autonomía del paciente y derechos en materia de información y documentación clínica. En cuanto a la práctica penitenciaria y de internaciones civiles en general destaca el estudio EUNOMIA, proyecto europeo para analizar la realidad práctica y legal del empleo de medios y medidas coercitivas en el ámbito psiquiátrico en doce países a fin de conformar una guía europea que recoja pautas estandarizadas de intervención, aplicación y control de medios y medidas de seguridad. También Alemania e Italia integran su campo geográfico de aplicación.

Sin embargo, en cuanto a la situación en que se encuentran los enfermos mentales, no dista de la realidad local, me remito por razones de brevedad a la bibliografía más reciente sobre su situación.¹⁶

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Cuando el autor de un delito fuera declarado sin responsabilidad criminal por haber estado afectado de enfermedad mental al momento de cometer el hecho, será alojado en un hospital psiquiátrico de máxima seguridad, donde habrá de permanecer alojado hasta la desaparición del peligro de dañarse a sí mismo o a otras personas. Puede permanecer allí internado durante toda su vida. Todos los estados disponen de esos hospitales y en su interior los internos son alojados en celdas individuales y permanentemente controlados en sus movimientos mediante sistemas de control. Mientras tanto son sometidos a tratamientos farmacológico, psicoterapéutico y psiquiátrico, llevados a cabo por personal especializado que comprende a médicos, psiquiatras, psicólogos, asistentes y guardianes. Sin embargo, se estima que cada año ocho mil delincuentes con problemas mentales son remitidos a la cárcel común, sin brindárseles tratamiento, ignorándose así su condición de enfermos mentales.

FRANCIA

En el ámbito civil, el interesado presenta una solicitud acompañando dos certificados médicos. Cuando corresponde el internamiento de oficio, lo dispone el prefecto, quien resulta a la vez peticionante y autoridad que decide la internación. El proceso se desarrolla sobre la base de un informe verbal de la policía o de la autoridad local, o de un informe médico. En casos de urgencia, el director del establecimiento puede pronunciarse sobre la admisión y el alcalde puede ordenar de oficio la internación provisional de un sujeto por 24 horas y sobre la base de un informe médico. En definitiva, la internación no depende de una autoridad judicial sino médica.

El Código Penal Francés establece en el artículo 122-1 que *"No será penalmente responsable quien, en el momento de la comisión de los hechos, padezca un trastorno psíquico o neuropsíquico que haya anulado su discernimiento o el control de sus actos. Quien esté aquejado, en el momento de los hechos, de un trastorno psíquico o neuropsíquico que haya alterado su discernimiento o dificultado el control de sus actos, seguirá siendo punible, sin embargo, el órgano jurisdiccional tendrá en cuenta esta circunstancia cuando determine la pena y fije el régimen de la misma"*.

HOLANDA

¹⁶ Ventura Mas, Silvia, Santos Urbaneja Fernando Directores. " *La respuesta judicial ante la enfermedad mental* ". Consejo General del Poder Judicial. Estudios de Derecho Judicial. 92.Madrid. 2006.

El sistema forense de salud mental holandés tiene características únicas en el mundo y cuenta con reputación internacional (Duggan 2007). En el aspecto civil cuenta con legislación amplia para la protección de las personas con trastornos mentales, tanto en su capacidad como internación involuntaria pero lo más destacado se da en el ámbito penal. La imputabilidad surge del artículo 39 del código penal de Holanda (Wetboek van Strafrecht) considerando no punible a la persona que comete un hecho delictivo que no puede atribuírsele debido a un desarrollo deficiente o una patología que afecte sus capacidades mentales. En Holanda el concepto de inimputabilidad abarca cinco grados o categorías, lo que es objeto de críticas, admite la imputabilidad disminuida en dos matices parcial y severamente disminuida. En el extremo de la imputabilidad se halla el enfermo psicótico crónico con alucinaciones y en el otro el delincuente sin trastorno mental demostrable o con trastorno no relacionado causalmente con el delito. Por ello en el sistema holandés hay tres alternativas para quienes cometieron delito; los imputables penalmente responsables son destinados a la cárcel. Los inimputables al sistema de salud mental civil y quedan fuera del sistema penal o bien aquellos que tienen una imputabilidad disminuida (parcial o severa) tienen una tercera opción conocida como TBS –del año 1928- (*ter beschikking stelling van de regering*) disposición, detención y tratamiento de una persona a criterio del gobierno, pues en Holanda el responsable de la ejecución de ese tipo de medida es el poder ejecutivo. El gran inconveniente es que la TBS aloja los pacientes intermedios variados, como psicópatas y personalidades antisociales. En los últimos años ha habido críticas en la sociedad holandesa por graves recidivas de pacientes TBS con graves hechos penales.¹⁷

ITALIA -una experiencia hacia la desmanicomialización-

El relevamiento de este país guarda gran interés porque es el primero que llevó adelante una experiencia de desintitucionalización masiva de pacientes mentales y su experiencia ha dejado muchas advertencias sobre la materia.

Con la ley 36 del año 1904 la enfermedad mental se manejaba con el binomio psiquiátrico-judicial, con internaciones dispuestas judicialmente a tenor de los resultados de evaluaciones psiquiátricas. Los cambios en el campo teórico de la Psiquiatría con las corrientes lideradas por Laing y otros autores, llevaron a la sanción de la ley 180/78 de reforma psiquiátrica que excluía la segregación manicomial estructurando intervenciones análogas a las que existían en otras patologías, al abolir los hospitales psiquiátricos y de la ley 833. Sin embargo, en la práctica el efecto fue que aumentaron las internaciones en los hospitales psiquiátricos judiciales que todavía existían. El proyecto Grossi siguió con la misma tendencia intentando abolir los centros penitenciarios psiquiátricos destinados a los enfermos mentales que habían cometido delitos, asimismo

¹⁷ Para más detalles del sistema holandés “*Sistemas forenses de salud mental en Holanda y Argentina, la comparación*” Folino y otros. L. L Año LXXII Nro. 78 Pag: 3-4.

intenta derogar la legislación penal especial para enfermos mentales y parificar a los efectos jurídicos la enfermedad mental con la física, propiciando la desaparición del sistema de inimputabilidad y sus medidas para aplicar pena. En cuanto a la situación vigente sólo se admite la internación en caso de urgencia y no se exige a los interesados que formulen una demanda por escrito. El alcalde puede ordenar la internación provisional por siete días, después de los cuales y mediante el procedimiento respectivo, habrá de pronunciarse el juez. Se requiere un certificado médico provisorio que deberá ser ratificado por un psiquiatra del hospital receptor. En el ámbito penal, el artículo 202 del código respectivo establece que “... *las medidas de seguridad sólo pueden ser impuestas a las personas socialmente peligrosas que hayan cometido un hecho previsto en la ley como delito*”. Pero en el párrafo siguiente acepta la posibilidad de imponer medidas de esta clase a personas socialmente peligrosas por hechos no previstos como delitos. Se trata de los hechos no punibles por falta de idoneidad de la acción o por inexistencia del objeto con la consiguiente imposibilidad de producirse un resultado dañoso o peligroso. En todos los casos, incluso cuando las medidas de seguridad se imponen con la sentencia absolutoria por inimputabilidad, por ejemplo, en base a una enfermedad mental, no se trata de consecuencias del hecho ni del tipo de delito sino de la adecuación a la peligrosidad del sujeto valorada por el juez sobre la base de un *status* individual: delincuente habitual, enfermo mental, ebrio habitual, intoxicado crónico, etc. La duración de la medida es indeterminada y el enfermo mental es internado en cárceles-hospitales psiquiátricos. El juez debe reexaminarlo para establecer si sigue siendo socialmente peligroso y, en su caso, poner fin a la medida.

JAPÓN

Su sistema penal es monista: sólo establece penas y no prevé ningún tipo de medida para los sujetos que presentan anomalías o deficiencias mentales, aunque contempla la posibilidad de que en el momento de cometer un delito padezca una perturbación psíquica, considerándose lo inimputable. Existen seis clases de pena que además, en la práctica, se ejecutan de forma limitada. El juez penal no tiene atribuciones para imponer un tratamiento a los inimputables, aunque hubieran cometido un delito grave. Estos sujetos son condenados y alojados en una sección del centro penitenciario sin ningún tipo de tratamiento.

En el ámbito civil el internamiento forzoso de un enfermo mental sólo puede realizarse si el familiar más cercano está de acuerdo con ello. El artículo 33 de la Ley de Salud Mental no prevé el internamiento por orden judicial ni del ministerio público ni de la autoridad administrativa. El sujeto puede egresar del hospital psiquiátrico cuando se estimare, en base a estudios médicos, que ya no representa ningún peligro ni para él ni para los demás.

MÉXICO

La normativa relacionada con el trato a los enfermos mentales en general, y de aquellos que se encuentran recluidos por haber cometido un delito, se encuentra en la Constitución en cuanto consagra el derecho a la salud y el derecho a la igualdad de los discapacitados o enfermos inválidos en desventaja, en las normas adoptadas de los instrumentos internacionales, en los códigos civil y penal y en la Ley General de Salud del año 1984. La Secretaría de Salud, establece las normas técnicas para la atención de los enfermos mentales que se encuentren en reclusorios (prisiones) o en otras instituciones no especializadas en salud mental. La normativa más extensa se encuentra en estas normas técnicas, reglamentaciones específicas sobre pacientes psiquiátricos, que datan del año 1987. La norma técnica 114 establece que en caso de internamiento involuntario, un médico calificado y autorizado debe determinar si la enfermedad mental implica un riesgo grave de daño inmediato o inminente para el paciente o para otros. La internación debe abarcar un breve período establecido por la legislación para la observación y el tratamiento y está controlada por un órgano jurisdiccional. La solicitud puede realizarla un familiar responsable, o en casos de extrema urgencia, el ministerio público. El paciente debe ser informado de su situación cuando su estado lo permite, teniendo el derecho de oponerse al tratamiento. Se tienen especialmente en cuenta el principio de supremacía de la voluntad del paciente, el consentimiento informado, la opción menos restrictiva de la libertad, el interés superior de la salud del paciente y el derecho del mismo al mejor tratamiento posible.

En el caso de los enfermos mentales que se encuentran en prisión, el artículo 76 de la Ley General de Salud establece la obligación de la Secretaría de Salud de establecer normas técnicas a su respecto. Se reconocen como derechos fundamentales de los enfermos mentales detenidos en prisión: 1. El derecho a la separación del resto de los internos a fin de evitar agresiones sin que ello implique un menoscabo de su derecho a la comunicación. 2. El derecho a recibir un tratamiento psiquiátrico, psicológico y médico específico para su enfermedad. 3. El derecho a recibir visitas y a tener en el área en que se aloje por separado comida, higiene, descanso, recreación y cuidados adecuados.

En cuanto a la inimputabilidad, el artículo 24 del Código Penal establece, entre las medidas de seguridad para los inimputables, los internamientos o los tratamientos en libertad. El artículo 67 dispone que *“en el caso de los inimputables el juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable –en internamiento o en libertad- previo el procedimiento correspondiente”*. Este ordenamiento considera inimputable a quien padece, al cometer la infracción, un trastorno mental o un desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el mismo sujeto hubiera provocado esa situación en forma intencional o por imprudencia. De conformidad con el artículo 68, los inimputables podrán ser entregados por la autoridad judicial o ejecutora, en su caso, a quienes legalmente les corresponda hacerse cargo de

ellos, siempre que se obliguen a tomar las medidas adecuadas para su tratamiento y vigilancia, garantizando por cualquier medio y a satisfacción de las autoridades mencionadas, el cumplimiento de esas obligaciones. La autoridad podrá modificar o dar por concluida la medida en forma provisional o definitiva, atendiendo a las necesidades del tratamiento que se acreditarán mediante revisiones periódicas, con la frecuencia y las características que exija cada caso. *“Para que sea procedente la medida a que se refiere el artículo 68 del Código Penal, - expresó el superior tribunal mexicano- se requiere que quien la reclama esté afectado por un padecimiento de naturaleza demencial y no acusar simplemente anomalías que, en mayor o menor grado, se aprecian en un gran número de sujetos”* -Primera Sala, época quinta. Semanario judicial de la Federación, parte LXXXI. El artículo 69 del código penal establece que la medida de tratamiento impuesta por el juez del fuero no podrá en ningún caso exceder la duración que corresponde al máximo de la pena aplicable al delito. Si cumplido ese tiempo, el magistrado considerare que el sujeto continúa necesitando tratamiento, lo pondrá a disposición de la autoridad sanitaria. Cuando el inculcado enloqueciera durante el curso del proceso, se suspenderá el procedimiento y se lo remitirá a un establecimiento adecuado para su tratamiento. Este ordenamiento admite la semi-imputabilidad, aplicándose al sujeto pena disminuida o medida de seguridad, o ambas. Los códigos locales de procedimiento penal contemplan la reclusión en centros especializados.

Sergio García Ramírez, quien fuera director del Centro Penitenciario del Estado de México entre 1966 y 1969 relata (*) que en esa institución no había pabellones especialmente destinados a los enfermos mentales, aunque se los atendía del mejor modo posible en celdas individuales apartadas de los presos comunes. En junio 1976, poco antes de su clausura definitiva, existía un Anexo Psiquiátrico de la Cárcel Preventiva de la Ciudad de México, conocida como Lecumberri, que por ese entonces alojaba a un centenar de enfermos mentales que no tenían lugar en el Centro Penitenciario. En mayo de 1976, como consecuencia de una amplia reforma de las normas y de los establecimientos penitenciarios, fue inaugurado, en jurisdicción de Xochimilco, el Centro Médico de los Reclusorios, dotado de pabellones especializados con amplio sector para los enfermos mentales. Sin embargo, en 1993 esos pabellones fueron destinados a la prisión de mujeres sentenciadas, siendo los inimputables trasladados a sectores especiales de reclusorios comunes, retrocediéndose entonces a la situación anterior.

* “Locura y Delito. Los inimputables” de la conferencia “Desarrollo y Delincuencia”, coloquio de Neuropsiquiatría y Humanidad desarrollado en México en febrero de 1993.

SECCION TERCERA

PROBLEMÁTICA de la EJECUCIÓN de las MEDIDAS DE SEGURIDAD

El problema central de la investigación se dirige a constatar la eficacia del sistema de medidas de seguridad dispuestas por el derecho penal para los inimputables por enfermedad mental, con la finalidad de determinar los aspectos que en la práctica de su ejecución puntual no resulten coherentes con los postulados del sistema y los principios definidos por la teoría de las medidas.

La preocupación principal que guía el análisis es detectar –a través del aporte de los datos empíricos recabados- la presencia de incoherencias y/o tensiones en alguna de las facetas del sistema de medidas, en tanto serán las que en definitiva le impidan cumplir en la práctica con su objetivo principal de protección de la integridad y los derechos de la persona a él sujeta, así como de la recuperación de su autovalía en el ámbito libre. Ello, por cierto, con miras a la formulación de propuestas para mejorar los aspectos más críticos del sistema.

De allí la importancia que reviste la etapa de ejecución de la medida, a partir de los resultados producidos por la investigación, en tanto al ser confrontados con el bloque de teorías jurídicas, así como de las acciones en salud mental y los principios rectores en derechos humanos, permiten advertir sus contradicciones, detectar las causas de las mismas y elaborar una teoría emergente.

DISCUSIÓN

Presentación del Problema

El núcleo del problema que se presenta es que tanto las características formales y operativas del sistema de medidas de seguridad establecido en el derecho penal argentino –art. 34 Inc. 1 del C.P.¹⁸- como la dinámica ejecutiva de las medidas tienden a desnaturalizar su esencial carácter tuitivo.

¹⁸ El inciso 1° del artículo 34 del Código Penal señala: “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 (...) no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones (...)”. Consecuentemente dicho artículo indica en sus párrafos 2° y 3°: “En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del

Como todos los sistemas creados por las legislaciones modernas, también el nuestro coincide en destacar el pretendido carácter tuitivo acordado a las medidas de seguridad en estudio, en cuanto descartan el reproche contra quien careció de la posibilidad de dirigir su acción o de comprender el contenido y alcance de la misma, para ofrecer en cambio seguridad frente a los actos lesivos que pudiera realizar contra sí mismo, (mediante el tratamiento adecuado a su patología), al tiempo que se protege a la sociedad frente a los actos dañosos que - por su peligrosidad- el sujeto podría cometer. Sin embargo, a poco de conocer la forma en que se implementa el sistema de medidas en los sistemas jurídicos, surgen interrogantes que trascienden a las cuestiones meramente fácticas –aspecto contingente- y llevan a cuestionar si, en definitiva, las características formales y operativas del sistema de medidas de seguridad aplicables en estos casos, tanto como la dinámica de su ejecución, desnaturalizan el esencial carácter tuitivo que debería regir al sistema. No me ocuparé en esta sección de la declaración de inimputabilidad, pues para el análisis dogmático de la normativa nacional en materia de declaración de inimputabilidad, al igual que respecto de la internación civil de enfermos mentales, me remito a la sección segunda –pág. 223 y 268 respectivamente- donde dicho análisis se realiza de manera exhaustiva. Por otra parte, la normativa del artículo 34 inciso 1 del Código penal es ampliamente conocida por quienes se desempeñan en el ámbito jurídico y psiquiátrico forense.

Hipótesis general

Emprenderé el análisis desde la perspectiva jurídico-forense, intentando hacer evidentes las disfunciones, tensiones e inconsecuencias que pude advertir en el sistema de medidas de seguridad del derecho penal argentino, desde sus normas hasta su ejecución. El objetivo primordial del análisis será constatar si se encuentran garantizados –dentro de la actuación en el estado de derecho- los más fundamentales derechos de los inimputables, así como la posibilidad de recuperación y autovalía de los mismos, todo ello con el propósito de llegar a superar las fallas del sistema, proponiendo mejoras.

Como fue señalado, pese a la gravedad de sus restricciones, el sistema de medidas de seguridad tiene escasa regulación normativa y poco tratamiento doctrinario, ni de lejos comparable con la amplitud brindada a las teorías del delito y de la pena. Dentro del marco teórico relevado en la segunda sección, habré de retener principalmente algunos aspectos puntuales de las teorías provenientes de Wolfgang Frisch y Patricia Ziffer, en cuanto resultan compatibles dentro del sistema que propongo.

Considero que la cuestión central podría reflejarse en una hipótesis general de utilidad a los efectos de esta investigación y según ella sostengo que: *El sistema*

mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso”.

normativo vigente que regula las medidas de seguridad en nuestro derecho penal, no aporta elementos suficientes para superar las tensiones entre la finalidad de protección surgida del artículo 34 inciso 1 del Código Penal y la inconsecuencia del efecto de abandono y pérdida de la autovalía que la propia normativa produce respecto de la persona sometida a la medida de seguridad. Luego de analizar los factores y elementos que actualmente influyen en tal situación, comprobando esta hipótesis, propondré las modificaciones y alternativas posibles del sistema, con miras a fijar recorridos plausibles y presentando una interpretación superadora –en sentido semiótico- que cumpla con los fines de protección previstos por el sistema objeto de investigación. Para ello trazaré los lineamientos generales de al menos una de las posibles trayectorias a seguir, en base a los resultados obtenidos en la investigación y con los aportes de los sistemas extranjeros que atravesaron similares circunstancias.

Debo advertir, por un lado, que el propuesto será sólo uno de los caminos posibles desde que no hay soluciones únicas e infalibles en nuestro ámbito, por otro lado, que la temática de las medidas de seguridad incluye aspectos políticos que por su naturaleza no pueden probarse, aunque son fundamentales y por tanto habrán de ser incluidos en mi propuesta como conjeturas hasta tanto se modifique la decisión política (la legislación en este caso) sobre el tema.

Desarrollo

El sistema integral de las medidas de seguridad en el derecho penal argentino puede desgajarse en el análisis de algunos aspectos básicos de tratamiento esencial. Ello principalmente a fin de evitar diversificarse en temas tangenciales, erróneamente considerados esenciales en las discusiones habituales de la materia, que alejan a los juristas de su cometido fundamental. Ellos serían:

- 1.- su legitimación
- 2.- el concepto clave que constituye presupuesto de aplicación de la medida (Peligrosidad)
- 3.- los límites de la injerencia estatal
- 4.- el contexto social

1.-La Legitimación

Como advierte Wolfgang Frisch, el instituto de las medidas de seguridad estuvo desde sus comienzos expuesto a una serie de objeciones que subsistieron hasta nuestros días en razón de no haber sido elaborado su sistema de forma convincente.

Habiéndose originado con un propósito meramente utilitarista puntual, las medidas fueron incorporadas sin mayor hesitación a los ordenamientos jurídicos para cumplir su cometido. También ocurrió así en el caso del derecho penal argentino, donde surgieron producto de cierta concesión a las ideas del positivismo en el contexto histórico que ya describí oportunamente y con miras a resolver pragmáticamente qué hacer con los sujetos que habían sido declarados inimputables en un proceso penal, ante la inconveniencia de dejarlos en libertad cuando el delito cometido había sido grave. De tal manera, problemas teóricos, ético-jurídicos y empíricos fueron igualmente pasados por alto en la discusión del sistema, que quedó limitada a aspectos tangenciales referidos a su clasificación y distinción con la pena. Por otra parte cuando se amplió la discusión se postergaron los temas esenciales en pos de otros también tangenciales, desperdiciando energías y reflexiones acerca de objeciones meramente accidentales y externas como por ejemplo la similitud de los establecimientos en que se cumplen pena y medida, la incidencia como un mal para el sujeto a quien se aplica o la negación del carácter gravoso, la utilización de la privación de libertad y otras restricciones en su aplicación, es decir todos ellos temas que no abordan los cuestionamientos sustanciales del sistema. Por un lado, si insistimos en diferenciar las medidas de seguridad de la pena, aunque sea como ejercicio estilístico sabemos perfectamente que las distingue la finalidad que tiene cada uno de estos institutos, su naturaleza y los instrumentos normativos de que se vale. Pero a no dejarse engañar, la discusión esencial pasa por otra vertiente.

Queda claro en la actualidad, que la finalidad de las medidas de seguridad es evitar delitos que amenazan ser cometidos por una persona en el futuro y que para lograr tal finalidad actúan quitando al autor la base de acción para la comisión de delitos (restringiendo su libertad – aunque ello sólo resulta funcional a la medida-, curando su enfermedad o superando sus déficits) y que no hay reproche para el sujeto, menos aun teniendo en cuenta que el hecho tenido en miras para disponer la medida es futuro.

Tampoco debe confundirse el juicio disvalioso sobre el hecho en sí, o sobre ciertas características del autor que no conllevan reproche por el hecho hacia su persona, siendo simples circunstancias tomadas en cuenta –cual datos objetivos por así decirlo- dentro del estado de peligrosidad. Esa confusión fue la que llevó a muchos autores (vgr. Maurach con su teoría de la atribuibilidad) a ensayar distinciones artificiosas entre la imputación, la atribuibilidad, responsabilidad, para desligar a la medida del concepto de desaprobación ético social y culpabilidad, siendo innecesario tal extremo. También queda claro que la medida sólo persigue la prevención especial, mientras que en la pena dicha prevención, cuando está presente, constituye solamente uno de los tantos aspectos perseguidos por ella.

Pero lo esencial, en el sistema de medidas es que cada día, con mayor nitidez, resulta evidente que requiere una justificación ético-jurídica y constitucional que en modo alguno satisface el criterio de utilidad. La pregunta fundamental

es entonces ¿Resulta sostenible desde el punto de vista ético-jurídico la privación de libertad de una persona en interés de otras? Para responder a este interrogante la guía imprescindible de Frisch se avizora cuando él desliza el velo de las discusiones contingentes e insustanciales para hacer evidente a la verdadera protagonista de la crisis y del dilema: la prevención especial. Sea cual fuere el aspecto o instituto en que aparezca, es ella realmente la que está atravesando la crisis. Las medidas de seguridad son solamente su cara más visible. Resuena así su frase, cual advertencia: “*La crisis de la doble vía es la crisis de la prevención especial*” (Frisch, 2007).

No podemos perder de vista entonces que las medidas de seguridad se insertan en un trasfondo más amplio, que está en crisis, no siendo por lo tanto aquellas ajenas a la misma.

Si analizamos el ordenamiento jurídico en su integridad, no tardaremos en hallar en sus diversos ámbitos normas que prevén la imposición de alguna restricción sobre un sujeto en interés de otros y si de libertad se trata, ella suele restringirse en esos términos no solamente en el ámbito de las medidas de seguridad estipuladas en el artículo 34 inciso 1 del Código Penal argentino. En efecto, desde tiempo inmemorial se admite como legítima en el ámbito del derecho administrativo la adopción por parte del Estado en ejercicio de su poder de policía de medidas de prevención asumidas para evitar la propagación de epidemias o pandemias, como sucede cuando dispone cuarentenas en determinados ámbitos, restringe la movilidad de pasajeros de buques o aeronaves sospechosos de portar virus que causan epidemias en otros países, etc. Piénsese en el más reciente caso mundial de la propagación del virus de la Gripe A (H1N1) que llegó a ser declarado pandemia y en las medidas adoptadas durante el año 2009 en todos los países afectados. Tanto el derecho público como el constitucional particularmente, reconocen estas necesidades y las asumen, porque está dentro de las funciones del Estado prevenir y proteger a la sociedad frente a peligros probables. No sólo es aceptable sino deseable que el Estado intervenga preventivamente antes de la concreción de un daño de entidad. También las medidas de seguridad del derecho penal gozan de dicha legitimación, en tanto al igual que las medidas policiales de prevención en general, tienen el mismo objetivo de protección de la sociedad frente a peligros probables de cierta envergadura. Ya veremos en el ítem 3 en qué condiciones y con qué requisitos debe aceptarse la injerencia estatal. Deduzco entonces que no es precisamente la legitimación de las medidas de seguridad del derecho penal la que conmueve la estructura de dicho sistema, sino el problema relacionado con la determinación fehaciente del peligro -cuestión empírica, después de todo, que abordaré en detalle en el siguiente ítem- al igual que los requisitos que deben concurrir más allá de la necesidad de preservación de la sociedad frente a posibles delitos, para que aquellas resulten aceptables, pues tal necesidad por sí sola no basta para justificarlo como bien lo señalan algunos autores (Ziffer 2008). Tampoco encuentro obstáculos para legitimar las medidas en la pervivencia de la categoría de culpabilidad, cuyo

alcance en doctrina desarrollé ampliamente en el punto b) de la sección segunda, toda vez que nuestro sistema penal como la mayoría de los vigentes en estados de derecho, reconoce que la culpabilidad no constituye el único título que autoriza legítimamente al Estado a privar a un individuo de su libertad, aún en el ámbito penal. Muchas son, en efecto, las medidas que se adoptan y efectivizan sobre el individuo sujeto a proceso penal en lo que atañe a su libertad, antes de ser declarado culpable por sentencia definitiva, adelantándose así la apreciación de algunos elementos, como sucede diariamente en el caso de la prisión preventiva y otras cautelares. En similar sentido se amplía en ocasiones la esfera de protección que rodea a los bienes jurídicos relevantes para la sociedad por su máxima jerarquía, extendiendo la protección en su entorno, reaccionando el derecho penal no sólo con el menoscabo de su efectivo daño, sino con su mera puesta en peligro o riesgo (vgr. las múltiples figuras de la parte especial y leyes especiales construidas como delitos de peligro). Nada de ello entra en discusión. Descartada dicha categoría como obstáculo para la legitimación de las medidas de seguridad en el ámbito del derecho penal, analizaré seguidamente el concepto más débil que dicho sistema contiene, tanto formal como empíricamente considerado, para luego de su análisis, desarrollar los requisitos y límites que deben concurrir además de la necesidad de preservación, para que la injerencia estatal sea justificada y legítima.

2.- La Peligrosidad

Un concepto tan fundamental como endeble aparenta ser este controvertido presupuesto de aplicación de la medida de seguridad del sistema en estudio. En el ámbito jurídico no constituye patrimonio exclusivo del derecho penal, pues es un concepto relevante dentro del derecho civil en orden a la determinación de la incapacidad de las personas y más precisamente en cuanto atañe a la necesidad de internación en los términos del artículo 482 del Código Civil según redacción de la Ley 17.711 pero aún en la redacción introducida por la Ley 26.657 habiéndose sustituido el término por “riesgo cierto e inminente” para sí o para terceros, se siguieron utilizando en definitiva los mismos parámetros, sólo se trata de decirlo con otras palabras, según se ponga el énfasis en el sujeto peligroso o en el riesgo provocado por él. Sin embargo, en el ámbito del derecho penal es donde su aparición y evolución es sumamente ilustrativa –vid., sección histórica-. Surgió en nuestro país bajo la influencia de la doctrina positivista del derecho penal italiano y más específicamente en relación a categorías de sujetos que fueron considerados peligrosos en el mutable devenir de la ideología política dirigente. Aclaro en tal sentido que el análisis del concepto de peligrosidad que desarrollaré queda restringido al

ámbito del sistema de medidas en examen, no incluirá su uso en el ordenamiento positivo cuando no se refiera a personas consideradas inimputables, por lo tanto quedarán al margen, por exceder esta investigación, otras aplicaciones del mismo como las vinculadas a la consideración de la tentativa imposible de delito (artículo 44 del C.P.), las referidas a la individualización de la pena (artículos 40 y 41) la ejecución de la accesoria sobre imputables multireincidentes (Art. 52) o las normas que rigen la excarcelación en el ámbito procesal.¹⁹

No debe olvidarse que la peligrosidad se encuentra incorporada en el código penal vigente redactado por el doctor Rodolfo Moreno (h) –lejos de la orientación positivista strictu sensu- con un criterio prudente y ha subsistido a las innumerables reformas que dicho texto legal sufrió, lo que evidentemente demuestra que dichas referencias se mantienen no por apego a influencias positivistas superadas sino por razones que justifican su presencia, como bien señala Ziffer²⁰. Entre las normas que de un modo u otro remiten a la peligrosidad, fuera del sistema que nos ocupa, baste señalar las que regulan los institutos de la condena condicional, la libertad condicional, salidas transitorias, tras las cuales subyace un pronóstico de peligrosidad.

Si bien se trata de un concepto muy utilizado en medicina y derecho, no es obvio, sino histórico y a su vez se encuentra asociado en cada ámbito a otros conceptos, sea como contrapartida, antecedente o consecuente, fuertemente influido por su contexto. Así, podríamos preguntarnos, por ejemplo, en la actualidad cómo llegó a vincularse lo impredecible a lo peligroso, resultando evidente que el concepto de impredecibilidad se amplió en las últimas décadas, como veremos reflejado en los trabajos de campo, con la aparición de las adicciones que vinieron a acoplarse a la patología, complicando así en tiempos modernos el cuadro que aprecian los psiquiatras y sobre el cual deben dictaminar. Ese y otros cambios que se dan en el contexto tienen repercusión en los mecanismos de diagnóstico y medición y por lo tanto, también en las reacciones o respuestas tanto médicas como jurídicas que el sistema de medidas de seguridad puede utilizar. Es por ello que asiste razón a Alfredo Kraut cuando en su libro sobre Salud mental y tutela jurídica dice que *las leyes crean sus propios marginados* (Kraut, 2006, págs. 19 y 65) basta releer lo reseñado en los antecedentes históricos de esta investigación puntualmente en el ítem vinculado a las leyes de residencia y extranjería o las que afectaron al nativo y al gaucho, para comprobarlo. Y por la misma razón Kraut no considera descabellado cuestionarse en qué medida la judicialización del sistema de salud mental protege o desampara a la persona a quien se aplica.

¹⁹ Un análisis exhaustivo de esas aplicaciones del concepto de peligrosidad no abordadas aquí puede verse en Ernesto Domenech “Peligrosidad ¿Enigma o Acertijo?” T XXXII año 1996 de Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata.

²⁰ Ziffer, Patricia “La idea de peligrosidad como factor de prevención especial. A propósito del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fermín Ramírez”. Bs.As. La Ley 2007-A. 630.-

Para revertir esa situación de desamparo debemos en primer lugar, hacer visibles las contradicciones y tensiones, incoherencias y disfunciones del sistema de medidas de seguridad para inimputables, a fin de patentizar sus extravíos y tener idea cabal de la magnitud real del problema que lo aqueja, separando lo superfluo de lo esencial. Ello permitirá buscar soluciones a esas tensiones y diseñar mejoras dentro del mismo sistema, porque no parece imprescindible, al menos con el estado actual de los conocimientos en medicina y derecho así como la observación de las experiencias en otros países, abandonarlo, pero sí fijar otras interpretaciones y precisiones que permitan imaginar formas alternativas de actuación de la ley a través de los distintos niveles de normativas y sobre todo en el proceso de aplicación, ejecución y cesación del instituto dentro del contexto conformado por el proceso penal.

En un principio, en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de influencia en nuestro país, la evolución de la respuesta penal frente al enfermo mental siguió el esquema típico de la respuesta estatal a las exigencias propias de la seguridad pública. Inicialmente los conceptos de enfermedad mental y peligrosidad fueron erróneamente asociados, dando por sentado que todo enfermo mental por esa sola condición era un sujeto peligroso. Como puede imaginarse, la respuesta era rígida en ese entonces, previéndose para los enfermos mentales que habían cometido delito una única medida: la reclusión manicomial de duración indeterminada y con finalidad inocuidadora. Afortunadamente el estudio de las patologías mentales y la técnica jurídica evolucionaron, modificándose aquella rígida perspectiva, al tiempo que se ampliaban las facultades de los jueces para adoptar la medida de seguridad más adecuada a la personalidad del sujeto, que ahora resultaba estudiada detalladamente –a partir del alienismo- y según su evolución. No basta en la actualidad, para la imposición de la medida que se trate de un enfermo mental, tendrá que establecerse que tuvo intervención en el hecho, su grado de peligrosidad y las perspectivas adecuadas de tratamiento terapéutico. Surgen así los principios de intervención mínima de la autoridad y la proporcionalidad en la respuesta del derecho, contemplando las garantías fundamentales del sujeto sometido a proceso.

La teoría del estado peligroso surgió en oposición a la doctrina clásica penal, y fue construida en base a dos conceptos complementarios: la peligrosidad y la defensa social. Esta teoría dejó de lado los principios fundamentales del derecho penal clásico: *nullum crimen sine lege*; *nulla poena sine lege*; *nulla poena sine crimen*, alterando también el mecanismo formal de la imputabilidad. Sin embargo, como señala Soler en su ya citada “Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso” (Soler, 1929) donde analiza esa corriente; no todos sus seguidores advirtieron con claridad las transformaciones y consecuencias que traería para el derecho penal la aceptación amplia de la teoría de la peligrosidad.

Fue Grispigni quien definió la peligrosidad como “La molto rilevante capacità di una persona a commettere un reato” o “La probabilità di divenire autore di

reato”. Se trataba de “La muy relevante capacidad de llegar a ser autor de un delito”. Como puede advertirse, la peligrosidad significaba un pronóstico de delincuencia futura y, dentro de la teoría positivista, una probabilidad de delito futuro, llegando a concebirse con independencia de la comisión de un primer delito. Soler definió a la peligrosidad criminal como “La probabilidad de que un hombre cometa un crimen, o bien el conjunto de condiciones de un hombre que hacen de él probable autor de delitos”. Es que, dentro de la concepción positivista, se trata de un modo de ser, definiendo Rocco al sujeto peligroso como “el que tiene en sí, por enfermedad, defecto, hábito u otra causa, la potencia, aptitud o idoneidad de ser causa de acciones dañosas o peligrosas”. Admitido el criterio de peligrosidad como fundamento de la sanción, lógicamente se llegaría a reconocer una peligrosidad social o predelictual. Para esta teoría, los delitos pierden importancia confundiendo con la generalidad de los hechos reveladores de peligrosidad y comienzan a borrarse las sutiles diferencias entre delito y falta, y aún respecto del hecho atípico, pues más que la tipicidad delictiva interesará el valor sintomático del hecho como índice de una personalidad peligrosa. Para esta concepción, afirma Soler, el delito cometido sólo reclamará mayor “urgencia” en la intervención del Estado, pero teóricamente no tiene mayores diferencias con la situación del individuo peligroso antes de delinquir.²¹

Más allá de las teorías positivistas que otrora influyeron en algunos ámbitos y a pesar de las clasificaciones y distinciones que actualmente suelen ser empleadas con fines teóricos para abordar el tema de la peligrosidad, denominándola peligrosidad “social”, “criminal”, “predelictual” o “postdelictual”, resulta más relevante y enriquecedor analizar el concepto en forma contextual, y ello sólo puede lograrse analizando el ordenamiento positivo vigente en el país. En tal sentido, como indiqué, el concepto de “peligrosidad” tiene relevancia tanto en el ámbito penal como en el civil. Así, mientras el Código Penal establece en su artículo 34 inciso 1º que el juez puede disponer la reclusión manicomial del enajenado cuando se dan conjuntamente la comisión de un hecho delictivo y la existencia del peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás, encontramos una fórmula coincidente en el artículo 482 del Código Civil de Vélez Sársfield, cuando establecía que “El demente no será privado de su libertad personal sino en los casos en que sea de temer que, usando de ella, se dañe a sí mismo o dañe a otros. No podrá tampoco ser trasladado a una casa de dementes sin autorización judicial”, luego de la reforma introducida en el citado artículo por la Ley 26.657 no se modificó demasiado el fundamento (riesgo cierto e inminente).

²¹ Para un panorama sobre la evolución del concepto de estado peligroso, así como de las teorías y representantes más destacados, puede consultarse BONNET, Emilio Pablo “Psicopatología y Psiquiatría Forenses” Tomo I, Cap. III. Buenos Aires, López Libreros Editores. 1970.-

Finalmente, en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994 B.O. 8-10-2014) que en varios aspectos marcó un cambio de paradigma (iniciado con la ley 26.657 en salud mental), se remite a dicha legislación especial y sigue empleando la fórmula “riesgo cierto e inminente” –art. 41 inc. b-.

Aparece claro entonces que el concepto de peligrosidad empleado en el ámbito penal no difiere del que se aplicará en el civil al disponer la internación de un enfermo mental.

En la actualidad, la distribución de competencias determina la intervención del fuero penal cuando un sujeto ha cometido un hecho previsto como delito en el Código Penal o en las leyes penales especiales, es decir cuando se ha producido un hecho típico y antijurídico, aunque su autor resulte inculpable. La constatación de la presencia en el autor de una enfermedad mental que le hubiera impedido comprender la criminalidad del acto o comprendiéndola le hubiese impedido dirigir sus acciones al momento de la comisión del delito, determinará la declaración de inimputabilidad. Si del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pudiera formularse un pronóstico de comportamiento futuro que revele como probable la comisión de otros delitos, es decir que se constatare su peligrosidad, resultará aplicable la medida de seguridad.

Se nota aquí la importancia del concepto de peligrosidad, pues no es el delito ni la enfermedad mental por sí sola el factor que determina la procedencia de la medida de seguridad, sino la constatación de la peligrosidad en el sujeto. El delito tiene entonces el valor, bien que destacado, de un “síntoma revelador” de la peligrosidad, pero la peligrosidad no radica en el hecho típico mismo. Así lo entiende también Luigi Ferrajoli al señalar en su obra “Derecho y Razón”²² que en todos los casos, incluso cuando las medidas de seguridad son impuestas con la resolución absolutoria por inimputabilidad, no son consecuencia ni se adecuan al tipo de delito sino al tipo y grado de peligrosidad del sujeto según la valoración del juez sobre su estado. Su naturaleza es preventiva, pues el delito no es causa sino síntoma mientras que la resolución judicial motivada por la comisión de un delito es la ocasión de determinar el estado de peligrosidad. Los presupuestos de aplicación de la medida de seguridad en el ámbito penal serán entonces la constatación de la autoría o participación en el acto tipificado como delito y la determinación del estado de peligrosidad en el agente. Sentado ello, resultan incongruentes, como veremos más adelante, los criterios que limitan la duración de las medidas de seguridad al máximo de la pena que hubiere correspondido si el autor hubiera resultado imputable, tal como prevé el Código Penal Español de 1995. Dicha fórmula, pretendidamente “objetiva” establece una relación entre conceptos de distinta naturaleza y origen: el de la duración de la pena que se encuentra preestablecida en abstracto por el legislador en base a otros criterios de política criminal, decidiéndose en

²² Ferrajoli, Luigi. “Derecho y Razón” pág. 780. Madrid, Editorial Trotta. 1997.

concreto en función de la gravedad del delito y la duración de la medida de seguridad que depende de una cuestión de hecho, cual es la subsistencia del estado de peligrosidad.

En el ámbito civil, para decidir una internación debe constatarse que el sujeto padece una enfermedad mental y que existe peligrosidad de dañarse a sí mismo o a otras personas. La ocasión de decidirlo estará determinada por circunstancias que más obedecen a una variedad casuística: desde la solicitud de los parientes que intentan dar al enfermo tratamiento adecuado o simplemente desembarazarse del mismo, hasta el requerimiento derivado de una intervención policial inmediata a una afectación de la tranquilidad pública. Quedarán pues reservadas a la sede civil las órdenes judiciales de internación de un enfermo mental motivadas en su peligrosidad, pero siempre que éste no hubiera cometido un acto tipificado como delito.

Sin perjuicio de afirmaciones teóricas, resulta evidente que el ámbito de intervención penal quedará siempre acotado por la comisión de un hecho típico y antijurídico, incluyendo todas las formas de participación y las formas ampliadas de adecuación típica, como la tentativa. Es exigencia de las garantías individuales y el respeto a la dignidad humana. Fuera de ello, todos los actos que no configuren una típica figura penal, aunque resulten actos reveladores de peligrosidad, quedarán reservados al ámbito de competencia del fuero civil. Lo referido, por supuesto, refleja las previsiones de la normativa vigente. Sin embargo, nada obstaría a la existencia de un sistema diferente donde el tratamiento al enfermo mental, medie o no la comisión de un acto tipificado como delito penal, se encuentre unificado en un solo fuero, toda vez que el juez civil acude al mismo concepto de “peligrosidad” cuando dispone restricciones a la libertad del enfermo mental luego de evaluar los actos reveladores de su peligrosidad, es decir de la posibilidad de que realice actos que provoquen un daño a sí mismo o a otros, tratándose de bienes cuya valoración social generalmente los encuentra también protegidos por el derecho penal. Por tanto, todo lo dicho hasta aquí sobre el pronóstico y el concepto de peligrosidad resultaría igualmente aplicable.

La problemática más compleja, sin embargo, como ya adelanté, está relacionada con la efectiva determinación de la peligrosidad del sujeto, habida cuenta de las gravosas consecuencias jurídicas que su afirmación puede producir tanto en el ámbito civil como en el penal. Tratándose de un concepto que se orienta hacia el futuro, implica un cálculo de probabilidad, una predicción muchas veces endeble, ya que no se encuentra formulada una ley de la naturaleza para estos aspectos de la individualidad humana. Esa misma complejidad, con idéntico carácter impreciso y conflictivo, verificada al disponer una restricción a la libertad del sujeto, se vuelve a presentar al momento de evaluar la desaparición de esa peligrosidad y el consecuente cese de la medida de seguridad impuesta. La peligrosidad se evalúa en dos momentos: en el de la comprobación de la cualidad sintomática, es decir el diagnóstico de peligrosidad, por un lado, y en el juicio prospectivo basado en

ese diagnóstico y enderezado al futuro del sujeto: la prognosis criminal consistente en la razonable probabilidad de que incurra en el futuro en conductas dañosas de bienes jurídicamente protegidos. La dificultad para la determinación del peligro en cuanto a pronóstico de daño esperable del sujeto, es el inconveniente que afecta y conmueve toda la estructura del sistema de medidas. Pero la dificultad tiene diversas implicancias, no siempre advertidas. Por un lado, los juristas reaccionan a veces casi instintivamente cual si fuera un acto reflejo ante el concepto “peligrosidad” asociándolo inmediatamente a estados totalitarios y al derecho penal de autor, si bien no les falta razón porque dichos sistemas pergeñaron y abusaron del concepto, deben reconocer que no toda invocación a la peligrosidad lleva a esos territorios. Por otro lado, el concepto no es unívoco y además implica una prognosis.

La cuestión básica que afecta al sistema contiene la pregunta definitoria, a saber, si es posible producir tamaña injerencia sobre el individuo –como la representada por la medida de seguridad- sobre un fundamento que presenta tal endeblez desde el punto de vista formal y empírico.

Entiendo que para restarle endeblez deben fijarse claramente las pautas a seguir y recordar que el juez resuelve sobre una base sólida, la situación actual del enfermo que motivó la injerencia estatal, es decir la enfermedad es actual y está constatada su influencia, la inimputabilidad fue declarada por darse los supuestos, el sujeto no puede dirigirse autónomamente en sociedad en este momento, sin riesgo para sí mismo y para los demás. Todos ellos parámetros concretos del aquí y ahora para el magistrado, que otorgan una plataforma sólida. Es evidente que debe delimitarse la aplicación del concepto o del juicio de peligrosidad, porque innegablemente es un concepto que está lejos de ser unívoco. Sin embargo, no es un concepto maldito ni está únicamente asociado a prácticas avasalladoras de la individualidad. Por el contrario, es un concepto que importa dinamismo y por ende conlleva un juicio provisional, siempre cambiante, que exige flexibilidad en su apreciación evolutiva, hallándose muy lejos del rigor de la cosa juzgada. Nos consta que la orientación al futuro que tiene la prevención especial y en particular las medidas de seguridad lo complejizan, pero no es imposible fijar pautas rectoras para el Estado de Derecho. Como afirma Patricia Ziffer no es acertado excluir del Estado liberal de Derecho toda consideración peligrosista, pues la propia estructura legal y constitucional de dicho Estado se encuentra orientada a fines preventivos. Después de todo, también abundan algunas ficciones en la aplicación de la categoría culpabilidad como principio de limitación dentro del ámbito de imputación culpable al momento de determinación de la pena y allí la precisión o rigor son imaginarios, pero nada de ello obsta a que en forma inveterada se apliquen. Así señala Ziffer, al abordar las medidas accesorias del artículo 52 del Código Penal para imputables en la obra citada:

“sólo una simplificación inadmisible de los problemas puede rechazar como derecho penal de autor peligrosista a toda valoración de la posibilidad de reincidencia, pues cada vez que un juez debe resolver la forma de ejecución de

una pena privativa de libertad, la concesión de la libertad condicional o imponer una medida de seguridad, se ve obligado a formular un pronóstico acerca de la conducta que habrá de tener el afectado por su decisión (...) la doctrina -cuya función primordial debería ser orientarlo- no le aporta nada en cuanto a cómo resolver, sino que le dice que si resuelve tal como la ley le ordena estaría incurriendo en ‘derecho penal de autor’. Los problemas jurídicos que plantea esta clase de decisiones no han de desaparecer por el hecho de que no los nombremos. Los conflictos sociales que dan origen a las medidas de seguridad no se desvanecen con invocaciones grandilocuentes a la Constitución o con desplazarlos a un ámbito del derecho que no se ocupe del castigo.” (fin de la cita Ob., cit. Pág. 14).

Así queda evidenciada, una vez más, la importancia de considerar los conceptos en profundidad, realizar su análisis diferencial y sobre todo advertir el verdadero alcance que en cada caso se les adjudica en contexto, rectificando las desviaciones. Y este concepto en particular, no sólo puede ser analizado en el ámbito de la doctrina jurídica, pues su dificultad también tiñe la labor y el discurso de otros saberes como el de la Psiquiatría. En efecto, también la Psiquiatría Forense encuentre problemas al momento de emitir juicios para valorar la peligrosidad o la recidiva de una persona que padece una enfermedad mental, pero a pesar de eso lleva la delantera en relación al derecho en cuanto a la investigación de este aspecto, hallándose siempre a la búsqueda de parámetros e instrumentos de medición o valoración más confiables. Analizando los factores de riesgo y enfrentándolos con los factores de protección con los que cada paciente puede contar, la medicina en general (incluso la genética, en tanto elabora evaluaciones del riesgo respecto de enfermedades hereditarias –baste citar la importante labor que desarrolla actualmente el Ministerio de Salud de la Nación a través del Instituto Nacional del Cáncer en hospitales públicos, mediante el Plan Nacional de Tumores Familiares y Hereditarios, dirigido por la doctora Lina Nuñez) y la Psiquiatría Forense en particular, intentan con buenos resultados, establecer pautas firmes para sus evaluaciones en la materia.

Este método es válido también para utilizarlo con mayor profundidad en el ámbito jurídico forense, a fin de predecir las “recidivas delictuales” de imputables e inimputables. Considero oportuno recordar en este punto que *la peligrosidad no es fundamento sino condición de procedencia de la medida de seguridad y a la vez el límite a la intervención del Estado, pues al desaparecer ella debe cesar la medida.*

Por esa razón, si la peligrosidad es presupuesto de la medida y pauta limitadora de la injerencia estatal, la conducta desarrollada en el delito sólo actuará como una pauta de peligrosidad, sin que pueda afirmarse que el hecho cometido sea un dato determinante por sí mismo. Aquí encuentro, reitero, otra razón para rechazar la propuesta de quienes fijan la duración máxima de la medida en el límite máximo de la pena prevista para el delito cometido. Es inapropiado contemplar dicha escala porque implica mezclar criterios y fundamentos del

sistema previsto para las medidas aplicables a los inimputables con los contemplados por el derecho penal para los imputables, lo cual es erróneo, desde que el legislador tuvo en cuenta otros criterios y elementos al fijar las escalas penales de los respectivos delitos en relación a los imputables, por razones de política criminal. Nada de ello rige para el sistema de prevención especial que subyace a las medidas de seguridad para inimputables. Es también por eso que el delito cometido actúa como una pauta más dentro de la peligrosidad y como límite a la injerencia, pero no puede actuar como determinante de la intervención misma pues ella se asienta en otros presupuestos mirando al futuro. En tal sentido, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal *in re Rainieri Víctor*- Lexis N° 70006425 del 30-5-1995, decidió casar la sentencia recurrida porque el argumento referido a que la internación superaba el año previsto como pena máxima para el delito de daño atribuido –art. 182 C.P.- no atendía a la conclusión del perito médico forense, que indicó los elementos por los cuales concluyó en la inconveniencia de la externación, por seguir siendo peligroso. Dicha Sala entendió que la ley sustantiva fue en este caso aplicada erróneamente, ya que se basó en un requisito inexistente en la ley, desatendiendo el dictamen pericial necesario para definir la externación.

Si bien este aspecto será desarrollado más adelante, cuando me refiera a los instrumentos de medición que la Psiquiatría Forense ha desarrollado a tal fin, debo realizar aquí una breve referencia al peligro de daño temido en la conducta probable del inimputable. Y para ello, se impone recordar que la sociedad admite el riesgo de daños y los asume en otros casos vinculados a los imputables, pero en cambio encuentra resistencia para obrar de igual modo con los inimputables. La respuesta a esta dicotomía se debe, en mi opinión, al desconocimiento y hasta cierta mitología que suele rodear a la enfermedad mental –según será desarrollado en el punto 4 -. Volviendo a la incidencia del pronóstico en el estricto ámbito del derecho penal, corresponde señalar que en la fase de diagnóstico debe tenerse en cuenta el delito que el sujeto ha cometido a fin de relacionarlo con su personalidad. En ese punto pueden resultar muy relevantes, entre otros, ciertos datos como la forma de ejecución, los motivos, las circunstancias de comisión, los medios utilizados, la relación con la víctima y la actitud respecto del hecho realizado, que pueden aportar importantes elementos para el conocimiento de la personalidad del sujeto.

En la fase de prognosis, sea de incumbencia penal o civil, al estar referida al acto dañoso que se teme pueda cometer un individuo a futuro, se discurrirá en el ámbito de las probabilidades, se ensayarán diversos métodos que otorguen un mayor grado de certeza o de reducción de los márgenes de error (tanto falsos positivos como falsos negativos). Sin descartar su combinación, la gama de métodos disponible es amplia, van desde lo intuitivo hasta lo científico y recurren a la intervención de expertos, entre ellos psiquiatras, psicólogos y criminólogos, para estudiar la personalidad del sujeto. También se intentan métodos estadísticos basados en tablas de predicción elaboradas sobre un

cálculo de probabilidades y utilizadas frente a los rasgos de personalidad del sujeto.

El problema fundamental radica en que los actuales medios de investigación, a pesar de la evolución técnica, son todavía insuficientes para constatar la peligrosidad con el rigor que se requiere ante las intervenciones gravosas que para el sujeto determina el ordenamiento judicial. El juez exige al psiquiatra un pronóstico de futuros daños, y éste sólo podrá, en el mejor de los casos, predecir un riesgo no cuantificable de reiteración de una estrecha gama de conductas susceptibles de comisión cuando concorra una constelación de circunstancias de naturaleza y origen muy diverso. Si bien los estudios prospectivos han servido para identificar variables importantes en grupos de riesgo, permanece aún fuera del alcance de todo estudio predictivo la unicidad del momento homicida, donde confluyen constelaciones irrepetibles de circunstancias, estados y decisiones (Folino 2009, pág. 286). Es que la peligrosidad no será simplemente una posesión exclusiva y excluyente de un sujeto, sino un complejo conjunto de relaciones entre ese sujeto, otros sujetos y las circunstancias.²³ La psiquiatría reconoce que, en la práctica, la peligrosidad de los enfermos mentales es contingente y fortuita, siendo imposible dar reglas que adviertan acerca de su efectiva realización. Además, suele ser necesaria la confluencia de varios factores para que se produzca un hecho delictivo, no siendo por sí mismos suficientes ni un diagnóstico de trastorno mental ni características particulares de la personalidad. Todos los factores internos y externos deben ser analizados en forma dinámica por el perito psiquiatra, no sólo síntomas y signos, sino intereses, conflictos, identificaciones, desplazamientos y todo elemento de significación interviniente en la conducta humana. Los intentos más destacados de normalizar y estandarizar criterios, como sucede con los métodos estadísticos, provienen de equipos interdisciplinarios en cuya integración se destacan psiquiatras, psicólogos y criminólogos. En definitiva, aún hoy persiste la misma imposibilidad de establecer con certeza los pronósticos relativos a la peligrosidad o a la predicción de que se produzcan actos de violencia.

Entre esos intentos que llevaron a la elaboración de tablas o proyectos de estandarizar la evaluación de riesgos, debe destacarse el “Proyecto Bellak” esbozado por Leopold Bellak como método objetivo para fundamentar el diagnóstico psicopatológico y la determinación de la imputabilidad y su cuantía. También el método denominado “EFA” (Ego Function Assesment), que estudia doce funciones del Yo y facilita el diagnóstico psiquiátrico, el seguimiento y control de las terapias y la valoración forense. Es una técnica cualitativa y cuantitativa, válida para la población de Estados Unidos.

Con la misma finalidad de hacer operativo el concepto de peligrosidad, se desarrollaron y difundieron entre los especialistas diversas escalas

²³ Ver en el breve excurso sobre Sociología y Criminología en esta investigación las modificaciones del concepto “peligrosidad” según Ota de Leonardis.

internacionales, como la denominada “TRIAD” (Índice de Tres Escalas de Internamiento Involuntario) que refleja las vías médicas en urgencias psiquiátricas para interpretar y aplicar los tres indicadores incluidos bajo la rúbrica común de peligrosidad: peligro para sí mismo, peligro para otros y gran discapacidad por trastorno mental.

En Argentina, desde el desarrollo de los Índices de peligrosidad que efectuara Osvaldo Loudet entre 1931 y 1950, enfocados desde una perspectiva clínico psiquiátrica y pericial, además de los tradicionales métodos complementarios de diagnóstico clínico, se destaca en la actualidad la versión en español adaptada y comentada por el Dr. Jorge Oscar Folino de la “Evaluación de riesgo de violencia. HCR-20” originaria de Canadá y elaborada por equipos interdisciplinarios. Está destinada a evaluar el riesgo de cometer actos violentos y se encamina a reducir sustancialmente los errores que pueden cometerse al predecir la violencia. Para ello recurre a una mayor objetividad y reúne la mayor información posible, permitiendo un adecuado estándar de precisión acorde con el desarrollo actual de la ciencia. En ella se identificaron factores de riesgo a través de estudios empíricos, revisándose asimismo numerosos aspectos de la historia individual, de la personalidad del sujeto y de sus circunstancias. La citada guía, cuyo uso se aconseja realizar con cautela y asesoramiento de quienes tienen experiencia en su manejo, limita su alcance a los ámbitos en que exista un número muy alto de personas con historias de violencia y una presunción importante de enfermedad mental o trastornos de la personalidad.

En el mismo sentido, se destaca la “Escala de evaluación de capacidad para actuar en proceso penal” destinada a evaluar las aptitudes psíquicas de las personas que, acusadas de la comisión de un delito, deben actuar en el proceso penal. Estos métodos configuran un importante auxilio para el ámbito forense y penitenciario al momento de evaluar los riesgos de violencia más significativos y de mayor gravitación para imponer o hacer cesar una medida de seguridad. Pero deben ser empleados con las limitaciones señaladas, y complementados siempre por la clínica, que continúa siendo soberana. Ningún modelo por sí mismo ofrece todas las respuestas, desde que la ciencia se aproxima al conocimiento con diversas estrategias, múltiples definiciones operativas y condicionamientos, como señala Folino²⁴, por ello es recomendable adoptar una posición prudente y reconocer las limitaciones de cada modelo, haciendo confluir los sistemas evaluativos para señalar las posibilidades concretas de intervención, formando así un modelo compuesto, con facetas pragmáticas, dinámicas y orientación al tratamiento de los riesgos, mediante la determinación e implementación de factores protectores, que puedan prever los actos agresivos y minimizar sus consecuencias negativas.

²⁴ Folino, Jorge Oscar. “Estudios sobre homicidios” La Plata, Editora Platense. 2009, pág. 640.

Hasta el estado actual del conocimiento de la Medicina y la Psiquiatría no existen certezas ni predicciones que provean las precisiones exigibles para el respeto de las garantías individuales. De allí el requerimiento de suma prudencia y la necesidad de comprender cabalmente tanto los presupuestos como las consecuencias que conlleva el concepto clave de peligrosidad. Un exhaustivo examen del caso particular realizado a conciencia tanto en el fuero civil como en el penal, en el marco de la criminología y de la psiquiatría y psicología forenses, resulta el único reaseguro del respeto a la dignidad del individuo.

3.- Los límites de la injerencia estatal

Las implicancias del desarrollo anterior esbozado sobre el concepto de peligrosidad dentro del estricto ámbito del sistema de medidas de seguridad previstas por el derecho penal argentino para inimputables, nos conduce al problema empírico de fondo conformado por la necesidad de determinar si los pronósticos exigidos por las medidas de seguridad pueden ser formulados en forma tal que puedan ser legitimados dentro de un Estado de Derecho. Problema al que subyacen las exigencias que deben satisfacerse a fin que la injerencia pueda ser aceptada dentro de ese ámbito. Desarrollaré ahora las pautas y requisitos que, además de la necesidad de protección (propia y a otros) -necesaria pero no suficiente- debe respetar la injerencia estatal para ser legítima. El interrogante básico puede formularse inquiriendo hasta dónde puede llegar el Estado con su injerencia sobre la vida y libertad del individuo dentro del régimen de las medidas de seguridad en un estado de derecho. Para ponderar la injerencia estatal y mantenerla dentro del cauce constitucional que exige el equilibrio ante la tensión entre los intereses de la sociedad y del individuo, debemos remontarnos hasta uno de los principios fundamentales del derecho constitucional, cual es el principio de limitación, entendido según Quiroga Lavié²⁵ como aquel principio que articula la relación recíproca entre los poderes de los órganos públicos y los derechos constitucionales de los particulares, en especial el contemplado en el artículo 18 de la Constitución Nacional al resguardar la libertad personal. A mi juicio, el principio de limitación, con sus derivados, opera como guía en esta problemática y tiene una importante gravitación. Es dable destacar que incluso entre los bienes jurídicos correspondientes al mismo individuo se produce a veces un conflicto, como en los casos en que debe jerarquizarse la salud o la vida antes que la libertad del interesado, lo cual implica decidirse por hacer prevalecer un bien sobre otro del mismo sujeto, como acaece en el ámbito de estas medidas, cuando es privado de libertad para darle contención y asistencia ante el riesgo

²⁵ Quiroga Lavié, Derecho Constitucional. Bs. As. Depalma. 1984, pág. 223.-

de suicidio. Sostengo que la necesidad de protección tanto hacia el mismo inimputable como respecto de la sociedad, constituye un requisito necesario, pero no suficiente para legitimar la medida de seguridad, puesto que si no existe un riesgo relevante de daño, la corrección o curación por sí mismas no pueden imponerse, desde que el Estado no tiene la función de corregir a sus ciudadanos ni el derecho de privarlos de libertad a ese sólo fin. Es cuando ellos constituyen un peligro para sí o para los demás que puede adoptarse alguna de las medidas en cuestión. Poniendo de resalto aquella tensión que ya señalé acerca del conflicto del Estado entre la protección de la sociedad y el respeto a los derechos del individuo, Frisch asegura; "... pero el Estado no tiene sólo la función de proteger frente a futuros menoscabos a bienes jurídicos. A él también le corresponde el deber de respetar los derechos del individuo, también los del potencial autor. Ambos deberes, por principio, deben ser satisfechos por igual. La injerencia sobre los derechos del potencial autor motivada en la prevención especial, en tanto significa dejar de lado parcialmente la pretensión de respeto, sólo puede ser justificada en tanto ella resulte imprescindible. Si pueden satisfacerse los deberes de protección por medios menos lesivos ellas no pueden ser legitimadas".

Como se aprecia el hecho de que no resulte posible renunciar a injerencias jurídicas motivadas en la prevención especial, dentro de ese conflicto, es una condición necesaria pero no suficiente para la legitimación. Debe demostrarse, además, que resolver la colisión en perjuicio de la libertad es una solución adecuada del conflicto. Ello sólo será así, según los principios ético valorativos generales y constitucionales, si el cumplimiento del deber de protección al costo de la libertad, constituye la decisión a favor del interés o valor preponderante. Piénsese que esta fórmula tiene incluso aplicación cuando se trata de los bienes de un mismo individuo, como vimos *supra*. Otro requisito importante en este aspecto, para su legitimación, es que la medida necesaria cuyo objetivo no puede alcanzarse por otros medios menos lesivos, no afecte esferas intangibles de la personalidad, como sucedería en el caso citado por Ziffer con el empleo de lobotomías, entre otras prácticas y medios, que si bien dependen de valoraciones y concepciones histórico sociales, en la actualidad no pueden aceptarse, debido a la protección irrevocable a ese núcleo esencial de la personalidad que nuestro ordenamiento reconoce.

En cuanto al interés preponderante, sólo puede determinarse en base a una cuidadosa valoración integral, que analice; la gravedad de lesiones jurídicas que se esperan del sujeto y la probabilidad de su producción, la duración posible de la medida, tipo de medida y forma de ejecución, siendo allí donde entra en juego otro importante principio el de proporcionalidad, que protege al individuo de las intervenciones estatales excesivas. Teniendo siempre presente al valorar, que el juicio de peligrosidad y las resoluciones que surgen del mismo tiene carácter provisorio o transitorio, nada en él se asemeja al carácter definitivo propio de la cosa juzgada, imponiendo por el contrario, su revisabilidad y flexibilización constantes, que sólo pueden garantizarse

mediante controles efectivos **periódicos** que permitirán obtener un conocimiento exacto de la concreta situación, evolución y estado del afectado por la medida durante su internación. Allí aparece otro requisito ineludible de la legitimación, el control periódico sobre la medida.

Para hacer descender al caso concreto las pautas así fijadas respecto del sistema que nos ocupa, es menester recordar que la medida del artículo 34 inciso 1° del código penal es excepcional, no constituye la regla, concretando luego las condiciones requeridas. En primer lugar, apenas determinada la inimputabilidad por haberse constatado el impacto del trastorno en la comprensión de la criminalidad del hecho y en la dirección de las acciones, hay que establecer dentro de la valoración de la peligrosidad, si los delitos que se esperan a futuro cometa el sujeto de persistir su estado psíquico perturbado tienen una probabilidad de realización y una gravedad tal que justifiquen la medida. Sabemos que el conocimiento actual no ofrece certezas, sólo meras probabilidades (se habla en este ámbito de cierta, determinada o alta probabilidad) y ese grado de probabilidad deberá ser diferente según la medida a aplicar o la gravedad del hecho temido. Aquí aparece uno de los puntos más débiles del sistema y una contradicción elocuente, que se relaciona también con el contexto social que abordaré en el siguiente ítem, pues se advierte que se acepta como suficiente presupuesto para la medida de seguridad, una proporción de tipo estadístico, que implica disponer la medida respecto de sujetos que no lo ameritan. Es decir, como bien sostiene Frisch, no podemos justificar en el caso concreto con esta sola pauta la imposición de medida ante la persona a quien va a aplicarse, pues no podemos fundar muy sólidamente ante la persona puntual, en ese cálculo de probabilidades por qué motivos la incluimos en el 70 % que delinquirán y no en el restante 30 % que no lo hará. Parece, a mi juicio, como ampliaré en el ítem siguiente, que el ordenamiento jurídico y con él la sociedad, no están dispuestos a admitir respecto del hecho futuro (por ende, más incierto) del inimputable los principios inveterados que aplica para el hecho pasado, como el *in dubio pro reo* aplicable por regla a los aspectos materiales y probatorios del suceso. Por el contrario, aquí ante la duda emergente de ese porcentaje minoritario, referida al aspecto fáctico del acaecimiento mismo del hecho, se aplica de todas formas la medida.

Al respecto el mencionado autor propone lisa y llanamente abandonar la construcción sobre el grado de probabilidad, sosteniendo que desde la *Theorie der Sicherungsmittel* de Exner no se ha avanzado nada, porque los problemas no son solucionables en este plano. En su lugar alienta a utilizar otro dato, que resulte lo suficientemente preciso y pueda llevarse a la práctica, para legitimar la aplicación de la medida, en tanto con él se pueda argumentar adecuadamente frente al sujeto particular en un diálogo justo en el que también se tomen en consideración los intereses de las víctimas potenciales. El camino esquemáticamente planteado es interesante y vale la pena recordarlo; propone fijar una advertencia previa, un anuncio formalizado para el caso de la custodia de seguridad de **imputables** multireincidentes, fundada en base a la reiteración

de hechos de determinadas características a futuro a partir de contemplar no tanto la cantidad de delitos cometidos sino la comparabilidad entre ellos, que pueda explicarse por una actitud de decisión del sujeto desde cierta perspectiva, o bien por una dificultad manifiesta y creciente para actuar conforme a la norma en determinadas situaciones. A ello se agrega la relevancia a futuro, pues sólo si la repetición de situaciones en las que el autor ha actuado incorrectamente hasta el momento representa una posibilidad realista y se puede partir de la subsistencia de esa actitud de decisión u otra disposición de conducta contraria a la norma, se tornaría procedente la medida. Todo ello siempre que el autor conserve la capacidad para ejecutar el hecho, pues él se refiere a imputables. En cuanto a la legitimación de medidas preventivas respecto de inimputables para Frisch tampoco bastan los meros datos sobre la enfermedad y las afirmaciones estadísticas acerca de la delincuencia de tales enfermos que no está probada según investigaciones realizadas (cfr. Böker/Häfner, *Gewalttaten Geistesgestörter* 1973 pp. 20, 234 por él citado) pero a diferencia de lo que sucede con las personas responsables, **para los inimputables**, en principio, debe resultar suficiente que se haya cometido un hecho que constituya la expresión de ciertos rasgos y disposiciones condicionados por la enfermedad, y que se deba contar nuevamente en forma realista con la producción de la situación que condujo a su desencadenamiento. Pues aquí falta de antemano aquella garantía normativa que dificulta la intervención preventiva sobre personas responsables, la responsabilidad y la capacidad de actuar conforme a la norma (imputabilidad). Luego de determinarse así el “peligro de delitos”, deberá elegirse la medida menos lesiva, orientada a superar aquellos defectos que configuran la razón de los hechos que amenazan. En cuanto a límites, no parece adecuado que para la internación de los enfermos mentales se consideren suficientes hechos amenazantes de una dimensión (por su falta de gravedad) que de antemano no alcanza para la custodia de otras personas. Sugiere revisar, a título ejemplificativo, el amplio repertorio del ámbito de la determinación de la pena, referido a la gravedad de la afectación de bienes y de las injerencias estatales proporcionadas, dejando de lado por supuesto los factores de la culpabilidad. Y para el caso de temerse a futuro la comisión de delitos graves, dados los límites de nuestro conocimiento en materia de pronósticos, deberá pronosticarse fundado en la gravedad del hecho ya cometido (vinculado a la personalidad). Propicia que el legislador inserte en la parte especial o por enumeración, qué delitos resultan lo suficientemente significativos como para justificar la aplicación de precauciones tan graves y extraordinarias como las medidas preventivas. Tal como lo hace habitualmente respecto de los casos de procedencia de la prisión preventiva.

A mi juicio y toda vez que los aspectos vinculados a la política criminal sólo puedo incorporarlos como conjeturas -al menos hasta que se tome la decisión política de modificar legislativamente el sistema de medidas en su integridad- entiendo que si bien esta vía propuesta por Frisch es sumamente interesante,

tal vez no resulte necesario abandonar completamente el sistema de medidas vigente en nuestro ordenamiento, sino sólo incorporar o modificar aquellos elementos que producen las contradicciones y tensiones que puse de manifiesto. Entre las alternativas posibles dentro de nuestro sistema, considero imprescindible abarcar profundamente todos los aspectos específicos de las medidas de seguridad, señalando claramente los objetivos que buscan cumplir, los presupuestos sin los cuales no proceden, la determinación más precisa posible de su configuración y formas de seleccionar a sus destinatarios y sobre todo de las formas de lograr una ejecución exitosa, valorado el éxito en términos de autovalía del individuo y protección social e individual. Las pautas más importantes a valorar serán; la medida de peligrosidad del autor, a determinarse del modo más fehaciente que permitan nuestros conocimientos actuales, la idoneidad de la medida y la gravedad de su injerencia sobre la vida del sujeto. No debemos olvidar que si bien se dará un pronóstico sobre delitos a cometer por el inimputable, su determinación se realiza en base a un cuadro situacional concreto, real y palpable (las situaciones de riesgo actual) desde donde se pronuncia el juez. En tal terreno, la medida de internación prevista por el artículo 34 inciso 1 del Código Penal seguirá constituyendo la excepción. Los pronósticos podrán seguir cumpliendo un servicio de utilidad en este ámbito, tal vez lo que deban modificarse sean las bases sobre las que se pronuncian, propiciando algunas de las propuestas ideadas por Wolfgang Frisch. Lo esencial, será el respeto a las pautas que señalamos para fundar como legítima la intervención estatal. Después de todo, como señala Ziffer; ninguna constitución, aun la más liberal, establece una prohibición absoluta que impida a la sociedad preservarse frente a sujetos considerados peligrosos por medio de la privación de libertad, y es irrelevante si tal privación se manifiesta bajo la forma de pena o medida, o si la cuestión es materia de derecho penal, civil o administrativo. Un derecho penal de hecho puro ya no se concibe, todos los códigos tienen concesiones bajo la forma de agravantes. En cuanto a uno de los aspectos más cuestionados, la duración de la medida, entiendo que las pautas de necesidad y prohibición de exceso, principio de limitación o proporcionalidad también jugarán un adecuado rol para controlar este aspecto, en modo alguno comparto la opinión de quienes intentan fijar la duración máxima de la medida en la prevista por la escala penal del delito cometido, toda vez que como ya explicité, responde a criterios de política criminal que el legislador tuvo en cuenta y difieren del sistema previsto para los inimputables, y además se relacionan con el hecho cometido y no con el peligro de nuevos hechos o daños a producir. Es por eso que me parece congruente la falta de regulación de la prescripción en nuestro sistema de medidas, toda vez que nada autoriza a trasvasar los principios de un sistema al otro. Y mucho menos a emplear criterios basados en la duración de la pena para medir la duración de una medida de seguridad cuyo presupuesto de aplicación no fue el hecho cometido sino la peligrosidad del autor, que puede continuar subsistiendo. En similar sentido, el ya citado fallo *Rainieri, Víctor*

dictado por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, en tanto consideró dentro del ámbito de su conocimiento, que debía casarse el fallo recurrido por haber aplicado erróneamente la ley sustantiva al basarse en un requisito inexistente en la ley, desatendiendo el dictamen pericial necesario para definir la externación (*Lexis N° 70006425 del 30-V-1995*). Lo decisivo es implementar en forma efectiva el control periódico del sujeto sometido a la medida, a fin de adaptarla a su estado (evolución o involución) con miras a remover el presupuesto que llevó a su aplicación, garantizando la autovalía y libertad del individuo que fue declarado inimputable. Esto, por supuesto, en caso que el trastorno psicopatológico fuese vislumbrado como facilitador o determinante del acto agresivo. Ello conlleva no sólo la selección de la medida más adecuada, sino una ejecución acorde, en tanto al momento de decretar su cese, prever la transición más eficiente, que sólo podrá realizarse con un sistema de acompañamiento y contención para devolverlo al medio libre del que se aisló desde mucho tiempo atrás, tanto por la medida como por su patología. Según Reed (1997) citado por Folino –ob.cit.- ningún paciente debería egresar de un hospital sin contar con la continuidad de servicios que le posibiliten vivir de forma segura en comunidad, con acceso a los tratamientos ambulatorios, la supervisión y el soporte necesarios. Dado que el riesgo aumenta con la exposición a factores estresantes, socioeconómicos y con la falta de redes de apoyo, resulta sumamente valioso que se planifique la correspondiente intervención sobre tales factores (Folino, Cáceres et. Al. 2005).

No puede pretenderse, a mi juicio, externar a una persona que durante décadas estuvo sometida a una medida de seguridad ejecutada en el ámbito de las unidades psiquiátricas del servicio penitenciario –igual ocurría con los hospitales neuropsiquiátricos del medio libre- sin más, del día a la noche, aguardando que sin un sistema previo de contención y reinserción para su autovalía salga airosa sin recidivas. El contacto con la realidad y aún mejor el sentido de realidad es, en definitiva, el que protege y preserva a todos por igual, operadores, teóricos y sujetos a la medida. Pretender desde el foro que un sujeto tan precariamente externado externado se comporte como la sociedad desea, resulta un dislate que pone en tela de juicio la salud mental no ya del sujeto a la medida sino de los operadores y teóricos del sistema.

Más adelante me extenderé sobre mi propuesta para la ejecución y esa crucial etapa de transición hacia el cese definitivo de la medida.

4.- El contexto social

Un punto importante para analizar adecuadamente el sistema de medidas de seguridad lo constituye el estudio del contexto social en que se aplica. Se trata de un sistema que no opera en el vacío de una abstracción mental, sino en un contexto social determinado correspondiente a la sociedad y época que lo

contienen. Al observar el contexto local advierto un importante desconocimiento de la enfermedad mental y sus implicancias, tanto por parte de la sociedad como de los operadores no especializados del sistema. Abundan concepciones anticuadas, alguna mitología y muchas deformaciones conceptuales, que ocupan el lugar de la información o el conocimiento específico. Ello provoca que las personas con padecimiento mental -como indica Kraut ²⁶- lleguen a convertirse en paradigma de la fragilidad, pues además de sufrir los estigmas sociales que acompañan a esas enfermedades, tienen nula influencia y nulo poder de negociación dentro de la sociedad para hacer valer sus derechos. Por otra parte, puedo agregar que los medios de comunicación y el común de la sociedad reflejan ese desconocimiento diariamente, siendo fácil advertir ante cualquier noticia que las involucre, que la persona que padece este tipo de patologías no es tratada como cualquier otro enfermo (somático por así decirlo). Esta particular situación tiene a mi juicio gran trascendencia a la hora de analizar la aplicación de la medida de seguridad y su eventual cese en el caso concreto. Ello porque muchos de los falsos positivos que reflejan las estadísticas en las investigaciones del campo de la Psiquiatría Forense, tienen en el fondo ese fundamento o motivación encubiertos. Similar origen encuentro en los prolongados períodos de encierro que en el ámbito judicial convierten a la medida -inicialmente indeterminada en su duración-, en casi perpetua. El fundamento común es que en estos casos los operadores judiciales (jueces, fiscales, asesores, etc.) adoptan o propician la aplicación y continuidad de la medida como un reaseguro, evitando quedar expuestos ante la sociedad en la eventualidad de una recaída del sujeto, que produzca nuevos daños. Esta tendencia se da en la mayoría de los países, privilegiando lo custodial sobre la curación -vgr. E.E.U.U. entre otros- y resultando común la ausencia de controles durante las prolongadas estadías en los nosocomios. Sin embargo, esta arbitraria fundamentación para privilegiar lo custodial carece de base científica. Ninguna investigación realizada en el ámbito de la Psiquiatría Forense nacional y extranjera demuestra que los enfermos mentales delinquen en mayor proporción que el resto de la población. Sólo se ha demostrado que sus hechos suelen ser más violentos, pero nada que supere la proporción de los cometidos por los imputables.

Así en la investigación sobre Homicidios desarrollada por el doctor Jorge O. Folino desde 1988 hasta marzo de 1996 en el departamento judicial La Plata, con una muestra constituida por 207 casos -que satisfacía la exigencia de representatividad por abarcar casi la totalidad de homicidas adultos de la región, que fueron procesados durante el período de estudio- se constató entre otras cosas que en los casos de homicidios múltiples intrafamiliares existía un estrés severo, pero las agresiones severas e infrecuentes estudiadas no resultaron producto de estados psicóticos, contrariamente a lo que las

²⁶ Kraut, Alfredo Jorge. *Salud Mental. Tutela Jurídica*. Buenos Aires. Rubinzal Culzoni. 2006.

opiniones populares sin base científica sugieren. Asimismo, entre los homicidios cometidos por varones sanos, con patrón poli delictual y mayor probabilidad de reincidencia, predominó el factor causal cultural en forma de pautas permisibles de la instrumentación de violencia para obtener otros objetivos delictivos, incidiendo el factor cultural como multiplicador del delito con extensión del entorno social (mayor frecuencia en este grupo de homicidios a extraños). De allí se dedujo que en esta clase de homicidas una manera de prevención sería posible a través de mejoras de la oferta educativa, en tanto las normas sociales son adquiridas por el aprendizaje social. En el caso de homicidios cometidos por sanos tanto por mujeres como por varones sin antecedentes penales y victimizando personas del entorno inmediato, el factor circunstancial en forma de conflicto actuó de manera decisiva, lo que llevaría a implementar su prevención con medidas reforzadoras de la integración familiar. Finalmente respecto a los homicidios que interesan a este trabajo, cometidos por **insanos**, quienes no suelen tener antecedentes criminales ni actuar con patrón polidelictual y cuyas víctimas predominantemente pertenecen al entorno inmediato, pudo determinarse que las mujeres tienen más posibilidades de cometer este tipo de homicidio que los hombres, siendo el factor interactuante destacado el patológico, que tiende a manifestarse en el seno familiar primordialmente donde se producen con mayor frecuencia e importancia las resistencias que la realidad opone al enfermo. La prevención en este caso sería principalmente sanitaria, a través del diseño de intervenciones que asistan al enfermo y la familia. En cuanto a las edades, la edad media de los homicidas sanos fue de 31 años mientras que la de los insanos de 41 años, los diagnósticos que prevalecieron fueron los más graves (69 %) en el grupo de insanos. Pero lo decisivo en cuanto a insanos se refiere, fue que pudo ratificarse la necesidad de una respuesta judicial diferente para estos casos, delimitándose aspectos importantes a tener en cuenta a los fines de prevención que desafían –como señala el autor- los temores populares alimentados incluso desde las producciones cinematográficas hacia el insano que supuestamente ataca a los extraños desprevenida e irracionalmente. Coincidiendo con la bibliografía revisada, los insanos homicidas (comparados con homicidas sanos) suelen tener sus víctimas en el entorno familiar o social inmediato, tienen menos características antisociales y carecen de antecedentes criminales, son de mayor edad y cuentan con una sobrerrepresentación de mujeres. En lo referido al índice de recaída en el delito de los enfermos mentales liberados después de la medida de seguridad, en la Provincia de Buenos Aires, la tasa de reincidencia general determinada por Folino (2007) fue del 30% en pacientes forenses luego de un seguimiento medio de 454 días (mínimo 1 máximo 1190). **Los homicidas insanos en el total de casos criminales locales representaron apenas el 0,5 % (Folino 1989, 2006 y 2007)** similar a la proporción informada en otros países, el 1 % en Estados Unidos (American Psychiatric Association 1984) y consistente con similares guarismos de otras latitudes, como por ejemplo Copenhage (Gottlieb, Gabriel

en et al. 1987), Suecia (Lindqvist 1986), Finlandia (Eronen, Hakola et al. 1996), Canadá e Inglaterra (Côtè and Hodgins 1992). En todos los casos, señala la investigación, como ya lo había indicado Mulvey en 1994 al analizar la prevalencia de violencia entre los enfermos mentales, el riesgo absoluto al compararlos con la población general es muy bajo, sólo una escasa proporción de la violencia en la sociedad puede ser atribuida a la enfermedad mental. En Italia ver las investigaciones en similar sentido de Casarino et al. (1978) Bandin T, Gatti, U y Traverso, G.B. (1983).

Entre los trabajos más cercanos se impone citar aquí la ilustrativa tesis del doctor Paulo Oscar Teitembaum (2009) dedicada a estimar la tasa basal de recidiva de los pacientes psiquiátricos –hombres y mujeres- liberados post medida de seguridad del Instituto Psiquiátrico Forense de Porto Alegre, Brasil en un período de diez años comprendidos entre 1994 y 2004. Dicha investigación arrojó un resultado general del 32% de recidiva post-externación, siendo la recidiva caracterizada por el registro de al menos una ocurrencia policial por conducta penalmente tipificada. Los resultados también indicaron que la implementación previa a la liberación, de un alta progresiva demostró poseer efecto ligeramente protector, con aumento de la probabilidad de supervivencia sin recidiva. Ese período de transición debe caracterizarse por un alto grado de supervisión médica, con evaluaciones frecuentes sobre la evolución del sujeto. (Me permito aquí recordar la experiencia piloto efectuada con el Fiscal de Cámaras del Departamento Judicial Lomas de Zamora, doctor Eduardo C. Alonso, cuyos resultados se exponen en el correspondiente apartado, pues también coincide con los hallazgos de Teitembaum).

Un dato a destacar aquí es el planteo que el doctor Teitembaum realiza como línea de posibles estudios futuros, a fin de evaluar el impacto de los delitos cometidos por enfermos mentales sobre el lego (en este caso el juez) y la impresión que tal impacto tiene sobre la noción de intensidad de los riesgos. Precisamente presenta dicha línea a partir de los hallazgos de su investigación, a fin de profundizar algunos aspectos relacionados con esa impronta del hecho delictivo del enfermo mental sobre el ánimo del lego, que impresionado por el hecho, olvida que el enfermo mental (Ej. Psicótico) resulta más fácilmente tratable en tiempos relativamente cortos, a través de múltiples abordajes terapéuticos disponibles, que reducen drásticamente sus riesgos de conducta agresivo/violenta. Los resultados también lo llevaron a propiciar no estipular duración mínima de la medida, pues notó que resulta más eficiente y adecuado adaptarla a la evolución particular evaluada en cada paciente, acompañado de un seguimiento estrecho del liberado por la institución forense y el juez que favorezca una rápida y flexible toma de decisiones para controlar más ágilmente los factores de riesgo. Ello dado que una hipótesis surgida de los hallazgos de su estudio señalaría que en aquellos casos en que no pudo impedirse la eclosión de conducta desajustada reflejada en el delito Index pudo obedecer a fallas en los servicios de detección, evaluación y manejo de factores de riesgo de violencia relacionados con la enfermedad mental (personales y

ambientales) o bien debido a que luego de detectarlos, el sistema se mostró deficiente en el ofrecimiento de soporte adecuado, a través del suministro regular de atención psiquiátrica, medicación y plazas hospitalarias. Lo que lleva a sugerir mayor inversión del Estado en el entrenamiento e instrumentación los profesionales y servicios de salud para evaluación y manejo de factores de riesgo de violencia en enfermos mentales. Otro factor de riesgo para la recidiva posterior, lo constituyó en este estudio la edad más joven del sujeto (menos de 38 años) en el inicio del período de oportunidad de recidiva.

Cabe aclarar que en las evaluaciones de riesgo a las cuales nos referimos, se define como la probabilidad de que una persona pueda cometer un acto violento contra otra en el futuro, bajo ciertas circunstancias. La ocurrencia efectiva requerirá tres componentes; perpetrador, víctima potencial y ambiente u oportunidad para que el evento ocurra, la evaluación intenta establecer los factores que inciden en la producción del hecho a fin de poder intervenir uno o más de esos factores, para prevenirlo. Ello es especialmente importante en el caso de los enfermos mentales, en tanto los estudios demuestran que la recidiva, cuando se produce, se asocia a factores medioambientales desestabilizadores y a factores psicopatológicos susceptibles de prevención (Folino, Cáceres et al. 2005).

Para concluir, me remito a las palabras del Profesor Dr. Jorge Oscar Folino vinculadas a sus investigaciones, que fueron vertidas en ocasión del IV Curso Internacional de Investigación y Práctica de las Ciencias del Comportamiento en el ámbito forense, desarrollado en la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad Nacional de La Plata durante el mes de diciembre de 2011; “el lugar que ocupan los trastornos mentales como factor causal de delito resulta muy pequeño cuando se contempla el total de los delitos judicializados. En el Departamento Judicial de La Plata no alcanzaba al 0,5 % en el período estudiado y en otros países ha sido estimado entre el 0,8 y el 1%. No obstante, cuando el marco de referencia no son todos los delitos, sino sólo los más violentos, como los homicidios, entonces el trastorno mental adquiere una relevancia causal mayor: en medios como el nuestro puede ser determinante en hasta uno de cada seis hechos esclarecidos”.

Que se desvirtúe la información científica de la incidencia real que la patología psiquiátrica tiene en la tasa de criminalidad, se debe en parte a esa ignorancia sobre la enfermedad –rodeada desde tiempo inmemorial de cierto halo misterioso- que obra como factor de fondo en la falacia descripta y también en parte a las características de los hechos cometidos por algunas personas que padecen enfermedad mental, por los ribetes que los medios de comunicación convierten en espectaculares por insólitos o no comprensibles desde el razonamiento medio. Sin embargo, no debe escapar al criterio de quien analiza estos hechos que tampoco el delincuente imputable suele razonar al perpetrar sus delitos como cree el común de la gente, porque son otros sus parámetros morales y valoraciones, pero curiosamente esta diversidad -que a veces incluso

torna estériles algunas disposiciones legales adoptadas en función de cómo razonaría un sujeto medio- no parece afectar tanto a la población como en el caso de los inimputables por enfermedad mental, sobre todo a la hora de evaluar la puesta en libertad. Esa deformación en el manejo del conocimiento e información vinculada a los delitos cometidos por inimputables lleva al sistema de medidas tanto en su aplicación como en el cese, a un terreno que difícilmente admitiríamos en otros ámbitos científicos. No se concibe que en otros ámbitos de la ciencia, sea compulsada la opinión pública para verificar conocimiento científico.

El contexto, tiene también otro tipo de influencia, en este caso en lo específicamente técnico, pues conforme avanzan la Psiquiatría y la Psicología suelen incorporarse nuevos cuadros o patologías que antes se desconocían. Ello a veces es producto de flexibilizaciones y cambios de parámetros pasajeros, en otros casos, consecuencia de un avance importante en el terreno nosográfico. Sin embargo, aún en el primer caso, suele incidir por su repercusión en otros ámbitos, aunque no siempre lo hace de manera positiva (basta citar a título de ejemplo el actualmente denominado ADD o al ADHD “síndrome de déficit de atención con hiperactividad”, de mención frecuente en los gabinetes psicopedagógicos, para los cuales se utiliza a veces indiscriminadamente medicación- como el Metilfenidato (Ritalin)- con efectos nocivos potenciales en niños, los cuales en ciertos casos dudosos pueden ser meramente inquietos, renuentes o caprichosos, que ha provocado grandes cuestionamientos e inconvenientes en E.E.U.U., que ya se observan en nuestro país con esa o similares drogas). Esa clase de modificaciones propia de la dinámica del avance científico y del surgimiento de doctrinas predominantes, tiene innegable incidencia en el ámbito aquí estudiado como también puede suceder con patologías asociadas a cierta clase de pacientes, en razón de su genética o de su edad, que los llevan a ser incluidos o excluidos de las categorías a las que se aplica el instituto de la medida de seguridad, según las variaciones verificadas en el campo médico.

Volviendo al tema central de este ítem –contexto social- creo que la falta de conocimiento sobre la enfermedad mental misma y sobre el paciente con enfermedad mental no es un tema menor, porque también afecta a los operadores del sistema en estudio y en muchos casos he podido comprobar que el ingreso a un tribunal o fiscalía de una causa en la cual se analiza el accionar de un inimputable opera como una especie de piedra en el camino, una discontinuidad que viene a interrumpir la mecánica cuasi automática de la maquinaria judicial, provocando una extraña cesura que causa en los operadores el desconcierto propio de lo desconocido o menos transitado. Esa disonancia en el concierto diario del ritmo judicial provocada por el proceso diferente, en cierto modo complejo en razón de las cuestiones que encierra, parece gravitar negativamente sobre la aplicación del sistema de medidas y su cesación, pues aparentemente ya no resultan útiles allí los modelos estandarizados de resoluciones y dictámenes, por el contrario, es necesario estudiar el caso en cada uno de sus aspectos, mientras los principios y

categorías que inveteradamente se dan por sentadas (vgr., la culpabilidad) cesan en su aplicación, debiendo enfocarse desde otras ópticas específicas y - para mayor complicación- debiendo intercambiar conocimiento con las disciplinas médicas, con el esfuerzo de comprender el específico discurso de la Psiquiatría y la Psicología entre otras ramas de la Medicina y tornarlos aplicables al campo jurídico.

Ante el interrogante acerca de qué hacer ante esa perplejidad, se abren dos posibles respuestas: asimilar el caso errónea y forzosamente a todo lo estandarizado, obteniendo soluciones rígidas e inapropiadas, o bien aceptar que el caso es diferente con elementos propios y entonces, a su vez, los caminos se bifurcan; eligiendo el principio del menor esfuerzo, se puede hacer lo menos arriesgado, sin exponerse quien juzga ni quien dictamina, con una respuesta estandarizada y rígida; o en cambio, se pueden estudiar las particularidades del caso a fin de aplicar la solución más adecuada, con una medida de seguridad apropiada, personalizada tanto al imponerla como al ejecutarla y por supuesto al hacerla cesar.

Ello se vincula con otro aspecto sumamente decisivo, la consideración al problema de la distribución de riesgos en la sociedad, pues entiendo que esa cuestión es determinante, en tanto la sociedad decide qué tipo de riesgos asume y en qué condiciones lo hace, y el legislador refleja las valoraciones vigentes en esa sociedad determinada, haciéndose evidentes en ese momento ciertas premisas implícitas y hasta algunos prejuicios no enunciados, pero vigentes respecto de los enfermos mentales.

Si la sociedad asume cada día el peligro creado por actividades y personas, asumiendo los riesgos, creando mecanismos adecuados para enfrentarlos -tales como seguros-, mensurándolo incluso a tales fines, prediciéndolos y fijando las formas de compensación, cabe preguntarse por qué no extiende esa actitud al ámbito en estudio. Si en el campo específico del derecho penal también asume diariamente el riesgo de conceder libertades provisionales, condenas de ejecución condicional y otros institutos similares, incluso respecto de hechos graves, qué motiva esa dicotomía con los inimputables, respecto de los cuales no parece dispuesta a asumir el riesgo creado por su peligrosidad. Todo esto lleva a los integrantes de una sociedad -la nuestra en este caso- a admitir riesgos más altos respecto de sujetos imputables y descartar la asunción de otros riesgos provenientes del accionar de las personas inimputables por enfermedad mental. No me parece absurdo preguntar por qué razón una sociedad que acepta correr el riesgo con el imputable de los daños y delitos probables que pueda cometer, consagrando en el código penal institutos como la libertad condicional, la condena de ejecución condicional o más recientemente la suspensión del proceso a prueba, no puede asumir similar riesgo e idéntico compromiso con el inimputable.

No hay objetivamente nada que justifique el trato dispar, al contrario. La sociedad parece juzgar con mayor benevolencia el hecho delictivo cometido concretamente antes que el hipotético. Al inimputable le dice “es probable que

puedas cometer un hecho delictivo o cualquier daño, incluso que puedas dañarte a ti mismo, por esa probabilidad que pronostico en tu futuro te privo de tu libertad indeterminadamente, sin que puedas acogerte a otros institutos que se han previsto para los imputables ni creando para ti los específicos”. Frente al inimputable insiste en precauciones alarmistas en contra de todos los resultados arrojados por las investigaciones científicas, que concluyen en su menor representatividad en la incidencia y recaída delictual. Si nos preguntamos cuál es el motivo de esta diferencia de trato, encuentro una sola respuesta: el miedo.

Ese miedo fundado en el desconocimiento, en la ignorancia de quien fija las reglas –la sociedad a través del Estado- no me parece fundamento suficiente para privar de libertad sin controles periódicos, sin altas controladas a ningún ser humano. El inimputable es una persona cuya dignidad debe preceder a su trato, atendiendo a su mayor vulnerabilidad y escasa posibilidad de defensa de sus derechos. No parece haber otro motivo que el miedo para explicar esa forma escindida de reaccionar que tiene la sociedad en su trato con el imputable y el inimputable. Ya se adelantó y desarrollaré más detenidamente en la pertinente sección, que no hay investigación científica que justifique una mayor criminalidad en los enfermos mentales respecto del resto de la población. Incluso si en base a los pronósticos de peligrosidad del caso, podría alcanzarse a lo sumo un porcentaje estimativo –supongamos el 70 % sostenido hipotéticamente por Frisch- de sujetos que van a delinquir, no está claro por qué motivo en casos de duda sobre los hechos pasados se utilizan para el imputable, principios que no se aplican al inimputable, resolviendo en su contra, aunque integre la magra porción de casos negativos (el 30 % en la cita de este autor). Considero que esta actitud, junto a demuestran a nivel social cómo los protagonistas reales de las situaciones concretas actúan, confrontando los respectivos campos y paradigmas entre sí, no siempre con las consecuencias esperadas.

El camino para solucionar estas incongruencias del contexto social está sin dudas indicado por un solo elemento, la más poderosa de todas las armas con que se cuenta en el ámbito médico, jurídico y general: el conocimiento.

En la medida en que se amplíen no sólo las investigaciones científicas y su recepción en el campo del Derecho, sino en tanto la información se difunda adecuadamente en todos los ámbitos de la sociedad, considero que la enfermedad mental irá perdiendo ese halo misterioso que de antaño la rodea, para ser apreciada y tratada según su verdadero alcance, sin magnificar ni minimizar su influencia en la conducta criminal del sujeto. Con ello la sociedad habrá avanzado no sólo en el campo de las medidas de seguridad aplicables a los inimputables sino en su concepción integral desde lo técnico y más importante aún desde lo humano.

La Propuesta

Como ya se habrá apreciado, encuentro la legitimidad del sistema de medidas de seguridad basada en los principios de oportunidad, limitación y de intervención estatal proporcionada, que desarrollé precedentemente y sólo si opera como un sistema normativo eficiente, por su adecuación a la situación del individuo, debiendo ser flexible en todas las etapas de su aplicación, formalizado con controles periódicos eficaces a fin de atenuar los rigores que secundariamente conlleva la medida y que, por otra parte, al momento de dejarla sin efecto formalice una adecuada transición en etapas progresivas, dirigida a la recuperación de la autovalía y libertad de la persona en sociedad, en virtud de remover exitosamente el peligro de daño que fue el presupuesto de su aplicación.

Para ello propicio que puedan adoptarse algunas de las pautas elaboradas por Wolfgang Frisch reseñadas arriba. No encuentro necesario acudir en lo inmediato a reformas demasiado ampulosas, ni abruptos cambios legislativos, basta con reflexionar en las contradicciones y tensiones del sistema y proveer los medios más eficientes para superarlas a efectos de adecuar las medidas a su finalidad, naturaleza y sobre todo a la dignidad de las personas declaradas inimputables sujetas a ellas.

Trabajos de campo. Advertencias

Serán desarrollados ampliamente en lo que resta, no obstante, ya surge de lo expuesto que aplicando en la fase dinámica del fenómeno el enfoque que propongo, aparecerá la posibilidad de superar la situación descrita en el problema que da origen a esta investigación.

El método prevaleciente empleado es el de la investigación cualitativa, toda vez que esta perspectiva permite explorar el fenómeno en su diversidad y profundidad. En efecto, la investigación cualitativa resulta ideal para analizar fenómenos sociales que involucran aspectos variados, tanto como para referirse a sectores de la realidad de los que se conoce poco o bien para analizar en detalle lo surgido de estudios y conocimientos más generales. El objeto de esta investigación comparte algunas de esas características, por ello la investigación cualitativa permitirá generar teoría mediante el conocimiento de este particular fenómeno y sus implicancias en contexto.

Es relevante aplicar la modalidad de involucrar como participantes activos a los interesados -más que como población objetiva- para darles voz y visibilidad, a fin de tomar el conocimiento y la información directamente de ellos en su ámbito, sin perder la imparcialidad. La recolección de datos fue realizada a través de los métodos de observación, entrevista abierta y compulsión de documentación. Adelantadas dichas pautas, la propuesta – que sólo es una

de las alternativas posibles para mejorar el sistema- continuará su desarrollo en las páginas siguientes.

DINÁMICA de EJECUCIÓN de la MEDIDA de SEGURIDAD:DESARROLLO, CONTROL Y CESACIÓN

Hasta la entrada en vigencia e implementación de la Ley 14.296 (B.O. 8-9-2011) en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, sucedía lo mismo que en jurisdicción de la legislación nacional; es decir una vez dispuesta por el órgano judicial la medida de seguridad de internación en una unidad psiquiátrica del servicio penitenciario, fuese en la etapa instructora al dictar el sobreseimiento por mediar causal de inimputabilidad (*) o en la etapa del juicio cuando se arribare a una sentencia por permitirlo el estado mental del encartado -según se detalló en el acápite “Normativa Procesal Penal” (Sección 2, apartado b)- se iniciaría la etapa más crítica para el sujeto del proceso, pues su libertad, estado psicofísico y condiciones de vida dependerán íntegramente en el futuro de la forma de ejecución diaria de esa medida de seguridad en su vida cotidiana.

() Artículo 323 inciso 5 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires (ley 11.922 en especial se comenta el texto anterior a la reciente reforma introducida por la Ley 24.296 que introdujo el procedimiento oral para la disposición y cesación de las medidas de seguridad previstas en el artículo 34 inciso 1 del C.P., pues la reforma es de implementación gradual y no tiene aún la evolución suficiente para poder abrir juicio sobre su devenir) en relación al sobreseimiento, artículo 371 respecto de la sentencia, y los artículos 336 inciso 5 del Código Procesal Penal de la Nación respecto del sobreseimiento y 402 en relación a la sentencia*

La normativa procedimental que rige la ejecución de la medida de seguridad en el ordenamiento jurídico penal argentino se encuentra dispersa. Algunos aspectos son regulados en los códigos de procedimiento penal, en la parte dedicada a la ejecución y otros en las leyes específicas de ejecución penal. Así el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, ley 11.922 (anterior a la mentada reforma de la Ley 14.296) en su artículo 517, ubicado en el Libro Quinto, Título II. Capítulo III, establecía que “La ejecución provisional o definitiva de una medida de seguridad será vigilada por el juez de ejecución penal. Las autoridades del establecimiento o el lugar en que se cumpla le informarán al magistrado oportunamente lo que corresponda, pudiendo también requerirse el auxilio de peritos”. El artículo 518 (según ley 12.059) agregaba más precisiones: “El juez de ejecución, al disponer la ejecución de una medida de seguridad, impartirá las instrucciones necesarias a la autoridad o al encargado de ejecutarla. También fijará los plazos en que deberá informárselo acerca del estado de la persona sometida a la medida o

sobre cualquier circunstancia de interés. Dichas instrucciones podrán ser modificadas en el curso de la ejecución, según sea necesario, dándose noticia al encargado. Contra estas resoluciones no habrá recurso alguno". Según el artículo 10 al juez de ejecución competía garantizar el cumplimiento de las normas internacionales y constitucionales, así como los derechos de quienes se encuentran bajo la jurisdicción del servicio penitenciario. Por su parte, la Ley de Ejecución Penal de la Provincia de Buenos Aires, que lleva el número 12.256 presentaba también algunas disposiciones relativas a las medidas de seguridad. Según su artículo 1 (texto según ley 13.254) *"La asistencia de los procesados, la asistencia y/o tratamiento de los procesados que adhieran al 'Programa de Trabajo y Educación' y la asistencia y/o tratamiento de los condenados a penas privativas o restrictivas de la libertad y/u otras medidas de seguridad, de tratamiento o de otro tipo dispuestas por la autoridad competente, como así la actividad y orientación post-penitenciaria, se regirán por las disposiciones de la presente ley"*. Disponiendo el artículo 3 *"La ejecución de esta ley estará a cargo del juez de ejecución, o juez competente, servicio penitenciario bonaerense y del patronato de liberados bonaerense, dentro de sus respectivas competencias"* y el artículo 4 que *"el fin último de la presente ley es la adecuada inserción social de los procesados y condenados a través de la asistencia o tratamiento y control"*. Con especial relevancia del artículo 8 al señalar que *"La instrumentación de los programas de asistencia y/o tratamiento, tenderá a reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida en libertad, tendiéndose a preservar o reforzar la continuidad de los vínculos familiares, educacionales y laborales. Con este fin podrá recurrirse, en lo posible, a la cooperación de instituciones de la comunidad y organismos estatales y privados nacionales o extranjeros"*.

A partir del dictado de la **Ley 14.296** (B.O. 8-9-2011) -de implementación progresiva en cuanto al procedimiento oral - la situación se modificó.

En lo que a este punto interesa esta ley indica en el artículo 1 que *la imposición de medidas de seguridad en los términos del artículo 34 inciso 1º del Código Penal requiere la previa observancia de las normas relativas al juicio previstas en el Libro III del código (procedimiento oral)* lo que transforma la situación reinante con la anterior normativa ya descripta. Ello determina la necesidad por parte de los tribunales y demás operadores judiciales de adaptar desde sus agendas hasta su funcionalidad al servicio del procedimiento oral obligatorio para la imposición y cesación de la medida de seguridad. Debido a esa necesidad de implementación dispuso que la misma se realizara gradualmente, conforme al cronograma que para los distintos departamentos judiciales de la Provincia fijen la Suprema Corte de Justicia, la Procuración General y el Ministerio de Justicia y Seguridad.

El artículo 25 de dicha Ley señala que será el juez de Ejecución quien deberá conocer en las medidas de seguridad aplicadas a mayores de 18 de edad y asimismo vigilar su ejecución, con un control obligatorio periódico fijado en un máximo de seis meses. Pero es el artículo 323 del C.P.P. en la nueva

redacción el que presenta mayor importancia, pues se ha establecido que el Sobreseimiento procederá en el caso de mediar inimputabilidad siempre que no proceda la aplicación de una medida de seguridad en los términos del artículo 34 inciso 1º del Código Penal. Es decir, a diferencia de lo que sucedía hasta ahora, no será posible sobreseer al sujeto inimputable cuando debido al peligro que reviste de dañarse o dañar a otros, deba someterse a una medida de seguridad penal. Como se procederá, resulta una incógnita, atento la ausencia de devenir que tiene esta ley en su aplicación forense, pero es evidente que no resultará fácil en algunos casos continuar con el procedimiento si por ejemplo, el estado del sujeto no lo permite. Solo podrá ser sobreseído el inimputable cuando no proceda a su respecto la medida del artículo 34 inciso 1 del Código Penal.

Ignoramos por ausencia de suficiente evolución de la nueva normativa como procederán los tribunales y demás operadores judiciales ante esta nueva exigencia. Que sucederá concretamente en los casos en los cuales, materialmente resulte imposible arribar a sentencia, por ejemplo, por impedirlo el estado del sujeto.

En tanto la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires mediante la Acordada 3562/11 ha invalidado los artículos 1 y 4 de la citada ley respecto de las funciones atribuidas a las Secretarías de Control que funcionarían bajo la órbita de los Juzgados de Ejecución, por entender que el Poder Legislativo con estas disposiciones confirió a dichas Secretarías tareas de carácter administrativo, ajenas al ámbito jurisdiccional que resultan competencia del Poder Ejecutivo, lo que amerita el control de constitucionalidad de la Suprema Corte provincial frente a tal atribución a dependencias del Poder Judicial de funciones administrativas propias del Poder Ejecutivo, vedadas por el artículo 45 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Hasta aquí todo lo atinente a la Ley 14.296 modificatoria de la Ley de Ejecución Provincial 12.256 y del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

En cuanto al Código Procesal Penal de la Nación, en su libro V dedicado a la ejecución, señala en el artículo 493 que “... *El juez de ejecución tendrá competencia para: 1) controlar que se respeten todas las garantías constitucionales y tratados internacionales ratificados por la República Argentina, en el trato a los condenados, presos y personas sometidas a medidas de seguridad*”. El capítulo III está especialmente dedicado a las Medidas de Seguridad, estableciendo el artículo 511 que “*La ejecución provisional o definitiva de una medida de seguridad, será vigilada por el tribunal de ejecución, las autoridades del establecimiento o lugar en que se cumpla informarán a dicho tribunal lo que corresponda, pudiendo requerirse el auxilio de peritos. El órgano judicial competente al disponer la ejecución de una medida de seguridad, impartirá las instrucciones necesarias al juez de ejecución y fijará los plazos en que deberá informársele acerca del estado de*

la persona sometida a la medida, o sobre cualquier circunstancia de interés. Dichas instrucciones podrán ser modificadas en el curso de la ejecución, según sea necesario, dándose noticia al tribunal de ejecución. Contra esas resoluciones no habrá recurso alguno". La Ley Nacional de Ejecución de Penas Privativas de Libertad (24.660) en virtud de su propio objetivo no trata las medidas de seguridad sino las penas de encierro. No obstante, contiene algunas referencias aplicables a esas medidas en cuanto fija las pautas para lograr la adecuada reinserción social del interno disponiendo planes de enseñanza y actividades culturales y recreativas. Según el artículo 147, *"El interno podrá ser trasladado a un establecimiento penitenciario especializado de carácter asistencial médico o psiquiátrico, o a un centro apropiado del medio libre, cuando la naturaleza del caso así lo aconseje. Los tratamientos psiquiátricos que impliquen suspensión de la conciencia o pérdida de la autonomía psíquica, aunque fueran transitorias, sólo podrán ser realizados en establecimientos especializados"*. El artículo 183 prevé que los establecimientos de carácter asistencial especializados podrán ser centros hospitalarios diversificados cuando sea necesario y posible o institutos psiquiátricos. Dispone expresamente el artículo 186 que *"En las instituciones de ejecución no se alojarán internos comprendidos en el artículo 25 del Código Penal (locura sobreviniente al hecho o a la condena) mientras subsista el cuadro psiquiátrico y a quienes padezcan enfermedad mental crónica. Con intervención del juez de ejecución o juez competente, serán trasladados para su atención a servicios especiales de carácter psiquiátrico o servicio u hospitales psiquiátricos de la comunidad"*. El Decreto Ley 412/58 ratificado por la ley 14.467, que estuvo vigente con anterioridad a la ley 24.660, tampoco hacía mayores referencias a las medidas de seguridad aplicables a inimputables. Sólo hacía referencia al tratamiento de la locura sobreviniente durante el cumplimiento de la condena. Por ello en el ámbito de estas medidas resulta de particular interés lo establecido en las normas de ejecución previstas en el código procesal penal, así como las reglamentaciones específicas que rigen a las unidades psiquiátricas del Servicio Penitenciario Federal.

Volviendo al ámbito de la Provincia de Buenos Aires, la Resolución 1060/90 de la Suprema Corte de Justicia provincial, hizo saber a los jueces del fuero penal que las órdenes de internación debían dirigirse a la Unidad 10 Melchor Romero (Instituto Psiquiátrico de Seguridad) o a la Unidad 8 de Olmos (Anexo psiquiátrico de la cárcel donde en ese momento se alojaban las mujeres) según el caso. A su vez, el Reglamento del Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires establece en su artículo 260 que el hospital especializado (Instituto Neuropsiquiátrico de Seguridad que actualmente comprende a la Unidad 34, unidad de máxima seguridad ubicada en la localidad de Melchor Romero) tiene por misión general proteger, promover, recuperar y rehabilitar la salud de los internos con patología neuropsiquiátrica alojados por orden de juez competente y de aquéllos que no pudieran ser asistidos en condiciones de

seguridad específica por los servicios especializados de las restantes unidades. Su dirección, según el artículo 261, será desempeñada por un médico especialista en psiquiatría que dependerá de la Jefatura del Servicio Correccional, el que será supervisado en la faz técnica por la Dirección de Sanidad. Según el artículo 262 en los aspectos generales la unidad se regirá por las prescripciones del Reglamento General y en sus aspectos particulares y especiales por lo que establezca su reglamentación interna y por las directivas que imparta la Jefatura del Servicio Correccional. En la práctica no siempre se cumple el requisito de que la jefatura de estas unidades psiquiátricas especializadas sea ejercida por un médico especialista en psiquiatría, suscitándose dificultades en cuanto a la adopción de decisiones propias de la naturaleza especial de estas unidades y vinculadas al tipo de tratamiento que debe brindarse a los internos-pacientes.

La situación es similar en las unidades especializadas del Servicio Penitenciario Federal. El artículo 183 de la Ley 24.660 dispone con respecto a los institutos psiquiátricos penitenciarios, que su dirección sólo podrá ser ejercida por personal médico debidamente calificado y especializado, pero en la práctica suelen desempeñarse miembros del escalafón cuerpo general mientras que el subdirector es un oficial jefe del cuerpo profesional médico, jerárquicamente subordinado. Ello plantea serios inconvenientes para el adecuado funcionamiento de estos establecimientos psiquiátrico-penitenciarios especializados cuando se trata de adoptar una decisión en la que prevalezca el criterio de seguridad antes que el criterio médico. Al tiempo de realizar los trabajos de investigación de campo, la normativa que estipulaba que la dirección debe estar a cargo de un profesional médico se cumplía en la Unidad 20 pero no en la Unidad 27 que estaba dirigida por un miembro del cuerpo general mientras que el subdirector era médico. Con el traslado de dichas unidades al complejo penitenciario federal quedó más precarizada la situación de las unidades psiquiátricas. La escasa regulación jurídica sobre las medidas de seguridad constatada en otras instancias se extiende a la etapa de su cumplimiento. A esta situación se suma en muchos casos, la ausencia de conocimiento directo de los internos por parte de los integrantes de los órganos judiciales a cuya disposición se encuentran. Ello naturalmente acarrea una comprensión insuficiente o inadecuada de las necesidades y las potencialidades de estos internos, que permanecen entonces alojados de manera prolongada dentro de un régimen que culmina transformando a estos establecimientos, destinados a brindarles tratamiento, en un lugar de depósito. Puede decirse que sólo el esfuerzo del personal penitenciario y los profesionales que diariamente tratan con los internos (a quienes veladamente los familiares, las instituciones y la sociedad vienen transfiriendo todos los cuidados y responsabilidades) logra mantener en parte la contención y protección de los mismos, basado más en su solidaridad que en imposiciones normativas.

Ingreso al establecimiento penitenciario y ejecución de la medida.

Las propias leyes de ejecución establecen las pautas básicas para el ingreso de una persona a la unidad carcelaria. El artículo 11 de la Ley de Ejecución de la Provincia de Buenos Aires (12.256) señala que “*Ninguna persona podrá ser internada en un establecimiento sin la correspondiente orden escrita de autoridad competente*”. El artículo 79, que “*Serán internados en el Instituto Neuropsiquiátrico de Seguridad, los imputados que se encuentren presuntamente comprendidos en el artículo 34 inciso 1° del Código Penal, cuya internación haya sido ordenada por el juez para verificar la existencia de una enfermedad mental*”. Serán alojados en condiciones de seguridad apropiada, debiendo desarrollarse un programa que atienda a la faz asistencial específica requerida por cada caso en particular (artículo 77). Con relación a la seguridad, se percibe la existencia de regímenes cerrados con diversas modalidades que van desde la moderación hasta la severidad. Precisamente, en el régimen cerrado de modalidad severa (típico en las unidades de máxima seguridad como la Unidad 34) predomina el tratamiento individual y es indicado (artículo 150) para los internos que evidencien conductas de alta peligrosidad y serias dificultades de convivencia, con riesgo inmediato para sí, para otros o para el establecimiento.

En las unidades penitenciarias que funcionan como institutos neuropsiquiátricos de seguridad, al ingresar un inimputable por orden del juez penal que dispuso la medida de seguridad conforme las previsiones del artículo 34 inciso 1° del Código Penal, se realiza una evaluación clínica y psiquiátrica. El interno queda en observación para ser posteriormente alojado en alguno de los pabellones de la unidad, según su patología y necesidades de asistencia y control, confeccionándose una historia psiquiátrica que siempre permanecerá en la unidad, aunque el interno sea trasladado, mientras que la historia clínica iniciada al ingreso con los primeros exámenes y controles de laboratorio, acompañará al paciente en sus traslados a otras unidades penitenciarias. El pabellón al que resulte destinado el interno luego de la evaluación, dependerá del cuadro que presente, de las características de su personalidad y de las circunstancias que surgen de la causa respecto del tipo y modalidad del hecho cometido en cuanto son reveladoras de su estado mental y de su peligrosidad. Esto en cuanto a la normativa, en la práctica deben destacarse las derivaciones incorrectas que en materia de establecimientos se producen en el ámbito de las unidades psiquiátricas penitenciarias, lo cual sumado a la escasez de recursos y en muchos casos a la medicación inadecuada en cuanto al tipo de medicamentos que se suministran (los económicos y clásicos en lugar de una medicación acorde a las patologías asociadas a los cambios de humor y adicciones propias de esta época) complica considerablemente aquellas disposiciones que en su letra parecen resultar claras.

En el ingreso es cuando se advierten ya algunos cambios producidos en las últimas décadas al registrarse ingresos de pacientes más jóvenes con nuevas patologías asociadas a adicciones.

Las unidades penitenciarias principales

Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires.

Al tiempo de realización de los trabajos de campo, el servicio penitenciario de la provincia de Buenos Aires disponía de varias unidades especializadas: la **Unidad 10**, ubicada en la localidad de Melchor Romero, que cuenta con el Pabellón Kraepelin de régimen más moderado que el imperante en otras unidades y con colonias de régimen abierto o semiabierto, donde se realizan tareas agrícolas: la Colonia Uriarte y la Colonia Cabred son las más importantes como se detalló al describir en la sección primera los establecimientos para enfermos mentales.

Unidad Psiquiátrica de varones: -máxima seguridad-

La **Unidad 34** del Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires recibe a los internos que estarán sujetos a un régimen estricto. Sus autoridades determinan el cupo de admisión, fundado en una exhaustiva evaluación de las personas derivadas a fin de evitar remisiones y traslados innecesarios o inadecuados desde otras unidades. En muchas oportunidades los sujetos de estos traslados resultan conflictivos para la convivencia en los penales comunes, pero no tienen enfermedad mental que justifique su internación en esa unidad especial. Si de la evaluación resultare que el alojamiento del individuo no corresponde a esa unidad psiquiátrica conforme la finalidad para la que fue creada, las autoridades lo remitirán a la unidad de origen. Si el alojamiento fuera ordenado por una autoridad judicial, aunque no se dieran los extremos para el alojamiento del sujeto en esa unidad, las autoridades penitenciarias se ven obligadas a cumplir el mandato para no incurrir en el delito de desobediencia pero pueden informar a la Dirección General del Servicio Penitenciario en cuyo caso se inicia un expediente en el que dictaminarán las áreas competentes y, si fuera el caso, las autoridades superiores pondrán los antecedentes en conocimiento de la autoridad judicial. Entre esos casos se ubicaba el de personas internadas por orden de jueces civiles o tribunales de familia. Esta unidad, debe destacarse, tiene un régimen de máxima seguridad, de modalidad severa con aislamiento celular nocturno. La capacidad total del establecimiento es de 312 celdas para alojar a 382 internos. Cuenta en su distribución con doce pabellones agrupados en cuatro sectores: (1) Comunes, (2) Admisión, (3) Trabajadores, (4) Tratamiento en Crisis, (5) Valetudinarios, (6-7) Comunes, (8-10-12) Evangelistas, (9) Droqadependientes y (11) Autodisciplina. Cada pabellón aloja

aproximadamente a 30 internos, siendo considerado un número aceptable para el tratamiento adecuado de los pacientes. Todos ellos suelen contar con 26 celdas y 31. Además de esos 12 pabellones existen 2 especiales: un Pabellón de Tratamiento Individual que cuenta con 9 celdas y 9 plazas y un Pabellón de Sanidad con 2 celdas y 2 plazas. Un sector tiene una vigilancia estricta durante las veinticuatro horas y que observa permanentemente al interno e interviene en caso de resultar necesario. Se trata de un lugar de aislamiento con 4 celdas donde se alberga a los pacientes recién ingresados con riesgo de suicidio o a los que se encuentran en crisis.

La unidad dispone de personal de seguridad interna, de asistentes (terapistas ocupacionales, profesores, maestros, etc.) y de profesionales de la salud (médicos clínicos, psiquiatras, psicólogos). El subjefe de la unidad era -al momento del trabajo de campo- jefe de sanidad y el establecimiento contaba en ese momento con 6 psiquiatras asistenciales, 4 médicos clínicos, un neurólogo -compartido con todas las unidades neuropsiquiátricas- y 4 enfermeros, dotación absolutamente insuficiente. Según los informes del personal y las conversaciones mantenidas con directivos e internos, una de las carencias más notorias era la de psicólogos, lo que impedía la realización de terapias individuales con los internos. En general, la psicoterapia se desarrollaba excepcionalmente a pedido del psiquiatra durante el tratamiento del inimputable (*). Los psicólogos disponibles en la unidad integraban únicamente el grupo multidisciplinario de admisión y seguimiento y estaban dedicados a la realización de informes de admisión, diagnóstico, evolución y altas, pero no realizaban tratamientos psicoterapéuticos asistenciales. A la escasa cantidad de profesionales se agregaba la imposibilidad de asistencia regular a la unidad por hallarse comisionados a diversas tareas dispuestas por el Servicio Penitenciario. Esta situación se agrava en tiempos de convocatoria de aspirantes a ingresar al servicio penitenciario, ya que los mismos profesionales deben abocarse a la evaluación de los postulantes. La laborterapia estaba reducida por la falta de talleres y era reemplazada por tareas de mantenimiento, limpieza o jardinería en la unidad, sustitución inadecuada e insuficiente. De la totalidad de la población, sólo cien internos realizaban labores y muy pocos hacían trabajos artesanales. Una de las gestiones en trámite consistía en la obtención de lugares para el funcionamiento de talleres de diversas especialidades: laborterapia, cultura y educación. Esta necesidad resultaba prioritaria según surgió de las conversaciones mantenidas con los propios internos.

**Al respecto Erving Goffman (obra citada en nota 1) señala que "...La psicoterapia individual en los hospitales del Estado (...) se trata de un privilegio tan raro en estas instituciones, y el contacto resultante con un psiquiatra del personal es tan único dentro de la estructura del status del establecimiento, que un interno puede olvidarse hasta cierto punto del lugar donde está, mientras prosigue su tratamiento de psicoterapia. Al recibir en la realidad lo que la institución declara oficialmente brindar a todos, el paciente puede pasar por alto las condiciones reales que en ella rigen. (...) En tiempos que realizaba esta investigación, calculé que del total aproximado de 7.000 pacientes del Hospital Central (de Washington), alrededor de 100 por año recibían alguna forma especial de psicoterapia (en nota)".*

Al realizarse los primeros trabajos de investigación de campo (diciembre de 2004 y enero de 2005), el total de alojados era de 400. De ellos 10 se encontraban con el proceso suspendido y 198 eran inimputables. En octubre de 2006, la misma unidad alojaba 200 sobreseídos por inimputabilidad. Cabe destacar que también ingresaban personas derivadas de otras unidades del servicio penitenciario o conducidas por personal policial desde la sede de la comisaría con un informe psiquiátrico. Incluso –según comentarios del personal- había en aquel momento 18 o 20 personas alojadas por orden de jueces civiles o tribunales de familia, situación que se puso en conocimiento de las autoridades del Servicio Penitenciario. Casos como éstos o la permanencia en las Unidades 34 y 10 de personas cuyas medidas de seguridad habían quedado sin efecto continuando alojadas en el ámbito carcelario sin sujeción a la jurisdicción de un juez penal incluso dieron lugar a que el Defensor General del Departamento Judicial La Plata, doctor Omar Roberto Ozafrain presentara en julio de 2006 un habeas corpus en favor de esos internos, con fundamento en un fallo de la Cámara de Apelación y Garantías de La Plata que dispuso el inmediato cese de la privación de libertad que sufría el interno M.A.C.L en la Unidad 10, sin perjuicio de las medidas asistenciales y de control que la juez civil interviniente estimare necesario disponer de acuerdo con las circunstancias personales y familiares del causante. (Resolución Registrada con el N° 336 del 20 de julio de 2006).

En relación a las medidas de seguridad previstas en el artículo 34 inciso 1° del Código Penal, los sujetos pueden ser ingresados a la unidad por disposición de un magistrado del fuero penal, sea un juez de garantías, un juez en lo correccional, un tribunal oral en lo criminal, un juez de ejecución un juez federal, o una cámara de apelaciones respecto de causas en trámite según las prescripciones del anterior código procesal penal de la provincia de Buenos Aires. En suma, por el órgano jurisdiccional que dispuso la medida de seguridad al absolver o sobreseer (antes de la Ley 14.296) al imputado en virtud de mediar una causal de inimputabilidad por enfermedad mental.

Las Patologías en varones:

Los datos proporcionados por los especialistas consultados al practicarse las investigaciones de campo, permiten clasificar las patologías más comunes de la población total de la unidad, teniendo en cuenta que algunos internos pueden presentar más de una. Según los datos aportados por las autoridades penitenciarias de la Unidad: El 31,5 % de internados en esos momentos correspondía a psicóticos (comprendiendo en dicho término a esquizofrénicos, bipolares y cuadros psicóticos inducidos por sustancias). El 29 % a trastornos de la personalidad (en mayor medida psicópatas que deberían ser alojados en establecimientos especiales y no en unidades para enfermos mentales). El 21,5 % a adictos -al alcohol, a estupefacientes y a psicotrópicos-. El 10 % a trastornos orgánicos (epilepsia, accidentes cerebro vasculares, traumatismos

de cráneo, demencias seniles). El 8 % a retrasos mentales y otros sujetos sin diagnóstico por encontrarse en período de observación.

Las enfermedades no psiquiátricas como tuberculosis y hepatitis B, entre otras, presentaban escasa incidencia en la población internada, pero era elevada respecto del HIV asociado a las adicciones intravenosas y a la promiscuidad habitual en la vida extra muros. La presencia de HIV se detecta desde el ingreso por el análisis de los factores de riesgo y en la unidad se les brinda a los afectados el tratamiento necesario. Acerca de la forma de asistir las urgencias clínicas o quirúrgicas de los internos, las autoridades y profesionales médicos señalaron que en tales casos son trasladados a los hospitales generales o especializados (por ejemplo, un interno fue trasladado al Hospital de Quemados de la Ciudad de La Plata el día de la realización de uno de los trabajos de campo).

El alojamiento (indebido) en dicha unidad de psicópatas, ordenado por magistrados, provoca graves inconvenientes, en tanto aquellos someten y agreden a los enfermos mentales, reducidos en su capacidad de reacción por los medicamentos, resultando particularmente vulnerables por su patología los débiles mentales. Se denunciaron casos de violación de enfermos abusados por psicópatas (no me fueron aportadas las estadísticas). El alojamiento de los psicópatas en esa unidad planteaba diversos tipos de conflictos no sólo sexuales sino también graves de agresiones hacia el personal y a otros internos. La relación psicópata - débil mental/paciente medicado, no es novedosa ya fue advertida entre otros, por Goffman (ob., cit.) en los hospitales del medio no penitenciario como forma de coerción privada que permitía diversas clases de sometimiento, así como el intercambio de sustancias prohibidas.

También se produce el abuso de sustancias como alcohol y drogas. Generalmente son ingresadas por las visitas que en algunos casos burlan las requisas mediante traslados en lugares del cuerpo que no suelen revisarse por respeto al pudor del visitante. Es frecuente que se ingresen drogas ocultas en la vagina o que se utilicen a los bebés para ocultarlas. El personal penitenciario en esos casos puede desnudar al enfermo alojado y descubrir la sustancia prohibida. Pero en los casos en que la droga ilícita llega al paciente, se genera el tráfico interno. Los profesionales médicos advierten la ingesta de esas sustancias por el cambio del cuadro clínico o por la falta de respuesta a la medicación proporcionada regularmente. Respecto del abuso de sustancias permitidas como el tabaco o la yerba mate, los mismos profesionales refirieron que ese consumo excesivo no incidía mayormente en el cuadro psiquiátrico ni causaba mayor excitación. Por el contrario, las alteraciones se producían al faltar esas sustancias o infusiones.

Así como en todas las unidades neuropsiquiátricas penitenciarias se registran mayor cantidad de delitos violentos como motivo de ingreso a la Unidad que los que se registraban hace diez años, la mayoría de ellos resultan cometidos contra las personas y contra la propiedad.

Al ser consultados sobre la frecuencia de las visitas que reciben los internos (jueves, sábados y domingos en esta Unidad), atendiendo a la necesidad de conservar los lazos afectivos para su futura reinserción y contención familiar, las autoridades señalaron que si bien todos los internos pueden ser visitados desde el comienzo de su internación, los pacientes crónicos no suelen ser visitados. Dado que los trabajos de investigación coincidieron con días de visita, pudo comprobarse que muy pocos internos recibían, mientras que la mayoría seguía su rutina habitual. También se dan casos en que los efectos llevados por las visitas (comestibles y elementos de higiene personal) así como el tiempo y la charla son compartidos solidariamente entre algunos internados con los que no reciben ninguna visita.

Anexo Psiquiátrico de mujeres:

Al tiempo de realizar los trabajos de campo, el Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires, contaba en la Unidad 33 ubicada en la localidad de Los Hornos, con un **Anexo Psiquiátrico** donde se alojaban en ese entonces las mujeres enfermas mentales declaradas inimputables o en observación, dado que no se cuenta en esta provincia con unidades íntegramente dedicadas al alojamiento de estas personas en el servicio penitenciario bonaerense. Luego de realizados los trabajos de campo dichas internas fueron trasladadas a otra unidad penitenciaria (U8) que tampoco revestía las características de atención exclusiva ni especializada.

Patologías en mujeres:

La población del referido Anexo era entonces de 45 mujeres, predominando en ella las internas que presentaban trastornos psicóticos agudos con cuadros delirantes. Seguían las enfermas con esquizofrenia, las que padecían trastornos por intoxicación alcohólica o drogas, retraso mental y síndromes depresivos atípicos que cursan con trastornos psicóticos, y finalmente epilepsias. No se aportaron precisiones estadísticas o aproximadas por parte de las autoridades. Tanto el personal de seguridad como los asistentes y en particular los profesionales médicos, eran insuficientes en cuanto al número en esta unidad. Sólo prestaban servicios en el área de psiquiatría asistencial y tratamiento dos psiquiatras, una psicóloga y un médico clínico. El neurólogo, como se expresó anteriormente, resultaba compartido con las restantes unidades neuropsiquiátricas del servicio penitenciario. Por otra parte, los médicos no tenían consultorios, atendiendo en los pasillos o en lugares diversos sin calefacción ni iluminación adecuadas.

Entre las enfermedades no psiquiátricas, era alta la incidencia del HIV y presentaba una tendencia creciente, detectándose en el ingreso al practicarse un control serológico completo. Las internas adictas presentaban patologías asociadas al consumo de drogas, observándose trastornos neurológicos, gran deterioro psico-orgánico, frecuentes cefaleas, trastornos respiratorios, algunos

casos de hepatitis y una creciente tendencia al deterioro cerebral. Una característica particular comprobada por el personal médico era la pésima condición del aparato bucal de las ingresantes a la Unidad, a tal punto que requirió implementar dietas suplementarias. Desde el ingreso las internas recibían tratamiento específico para sus patologías no psiquiátricas. Cuentan con control ginecológico y concurren a la unidad distintos especialistas para atender requerimientos específicos (odontología, kinesiología, bioquímica, etc.). Las situaciones de urgencias médico clínicas o quirúrgicas se resolvían, según refirió el personal, trasladando a las afectadas a hospitales u otras unidades que contaran con servicios especializados.

También aquí se presentaba la problemática vinculada con las relaciones de poder que establecen las internas portadoras de personalidad psicópatas con las enfermas medicadas, a las que amenazan para el logro de diversos objetivos como las tareas de limpieza o la obtención de medicamentos mediante la simulación de síntomas diversos. Asimismo, algunas internas psicópatas obtenían teléfonos de familiares de otras y hacían llamados ofreciendo su “protección” mientras la familia les diera a cambio una contribución. El personal coincidió en señalar que también tiene gran incidencia la cuestión referida a la violencia sexual. Al ser entrevistadas, algunas de las internas del Anexo Psiquiátrico sobre la convivencia, manifestaron que se mantenían al margen para evitar enfrentamientos con otras internas agresivas. En este aspecto no deben olvidarse las palabras de Goffman “...*En las instituciones totales, mantenerse al margen de conflictos probablemente requiere un esfuerzo consciente y sostenido. El interno acaso deba renunciar a ciertos niveles de sociabilidad con sus compañeros para evitar posibles incidentes*”. Lo destaco por su incidencia en cuanto a la expectativa de sociabilización que la paciente debería desarrollar progresivamente durante el tratamiento con miras al egreso del lugar de encierro.

El uso de sustancias prohibidas como psicofármacos, drogas o alcohol era una realidad común a las restantes unidades penitenciarias. Se traficaban a partir del ingreso logrado por las visitas, de la misma manera que traficaban internamente con las tarjetas telefónicas. En cuanto al alcohol resultaba obtenido a partir de perfumes o alcohol medicinal traído del exterior por las visitas. Con fermentos de cáscaras de frutas y azúcar fabrican la bebida tradicional del medio carcelario: “pajarito” al que a veces agregan psicofármacos. En cuanto a las sustancias permitidas como tabaco o yerba mate, los entrevistados señalaron que eran consumidas en exceso debido en gran parte al ocio, causando en algunos casos mayor excitación.

La lejanía de los domicilios de los familiares respecto de la unidad dificultaba la realización regular de visitas. La mayoría de las internadas no tenían visitas y cuando las había eran compartidas solidariamente como también los alimentos, ropa y elementos de higiene personal que llevan.

Respecto de la situación específica vinculada a esta población me permito remitir al título sobre perspectiva de género que he incluido más adelante.

Unidades del Servicio Penitenciario Federal *

(Al momento de realizar los trabajos de campo las unidades de servicio psiquiátrico del Servicio Penitenciario Federal eran la Unidad 20 –varones- y 27 –mujeres. Sin embargo, desde julio de 2011-en el marco del programa PRISMA- se trasladó provisoriamente a dichas unidades al Complejo Penitenciario Federal de Ezeiza, hasta tanto se construyan dispositivos sanitarios que alojen un máximo de 16 personas. La situación actual es tanto o más precaria que la relevada en las Unidades 20 y 27, atento el comunicado preocupante efectuado por el Procurador Penitenciario sobre estas poblaciones vulnerables-conf. Infra. Suicidios y los informes que elaboró respecto de ambas poblaciones).

Unidades Psiquiátricas de varones

La **Unidad 20 del Servicio Penitenciario Federal**, se ubicaba en esos momentos dentro del predio del Hospital Borda, de máxima seguridad, con capacidad para 87 internos, pero al 11 de octubre de 2005 alojaba a 144 internos. De ellos 72 eran inimputables en los términos del artículo 34 inciso 1° del Código Penal.

Patologías en varones: ²⁷

En cuanto a las enfermedades predominaban las psicosis esquizofreniformes y los trastornos psicóticos delirantes, seguidos de los trastornos psicóticos agudos y los inducidos por intoxicación. Se registraban también algunos casos de epilepsia. Esta unidad tenía tres salas. En la primera alojaba a los psicópatas separados de los enfermos mentales, evitándose los inconvenientes producidos por estos sujetos intentando someter a los enfermos cuya capacidad de reacción se encuentra reducida por la medicación o a aquellos que resultan más vulnerables por su propia patología. En la segunda a pacientes con patologías psiquiátricas severas. La tercera era una sala común de alojamiento que albergaba a enfermos con patologías menos severas que requieren menos medicación y pueden colaborar en tareas comunes. Tampoco se brindaron precisiones estadísticas.

Esta unidad funcionaba en un edificio que presentaba un aspecto general de deterioro. Con gran superpoblación evidenciada durante la investigación de campo por la ausencia de camas y celdas adecuadas para los internos. En la sala tercera todos los enfermos se alojaban en un espacio rectangular sin divisiones y con camas en ambos laterales. En otra sala se observaron internos durmiendo sobre colchones ubicados sobre el piso. La falta de camas llevó a que en una de las salas se retiraran los elementos propios del comedor para ubicar más colchones en el piso. Cabe acotar que la comida se proveía

²⁷ La denominación de las diversas patologías halladas en la población alojada se efectúa en este punto citando literalmente la terminología empleada por las autoridades médicas de cada Unidad. A fin de facilitar su comparación en las diversas unidades propondré en el ítem “Condiciones generales de internación” una terminología homogénea para agruparlas.

mediante un sistema de catering. En ninguna de las salas había muebles o lugares donde los internos pudieran guardar sus cosas propias. Consigno este aspecto porque afecta notablemente la subjetividad de la persona al representar aquellos elementos personales una extensión de su autonomía, necesitando el mismo resguardo en lugares adecuados, necesidad que aumenta en la medida en que el individuo pierde en este ámbito otros reservorios de su personalidad. En el edificio había un único patio en la planta baja al que accedían todos los internos, por turnos. No había patio en la parte superior como así tampoco accesos a la luz y el aire por falta de espacios abiertos. La planta baja contaba con un gimnasio techado y un lugar donde funcionaban los talleres de cerámica, dibujo y marroquinería con poco espacio para desarrollar las actividades y reservar los materiales, no pudiendo asistir más de cuatro o cinco internos por vez. Una pequeña aula se empleaba para dictar clases de educación primaria. Además de las referidas salas había seis celdas individuales para alojar a quienes estaban en aislamiento por observación o por presentar crisis. La unidad tenía una capilla con un capellán y algunos consultorios para atención médica y laborterapia. El predio de la unidad era pequeño sin posibilidades de extensión. (ubicado entonces dentro del hospital neuropsiquiátrico José T. Borda).

Según una condición establecida por la dirección de ceremonial del Servicio Penitenciario Federal no fue permitido entrevistar a los internos ni dialogar con ellos individualmente. Pudo apreciarse en esta Unidad federal que muchos internos no aparecían conectados con el medio ni integrados, permaneciendo en sus colchones tapados con frazadas a pesar de una temperatura que no lo justificaba y sin prestar atención a los movimientos cercanos ni al tránsito por los pasillos. Al no contar con espacios adecuados, las posibilidades de movilizarse y realizar alguna actividad que estimule a los enfermos se ve reducida. Idéntico efecto produce la falta de lugares al aire libre (patios) en las cercanías de las salas. Esta situación no se observó en grado tan acentuado en las restantes unidades que fueron objeto de investigación. En el área de salud, al tiempo de realización de los trabajos de campo, la unidad contaba con cuatro psicólogos, cuatro psiquiatras y cuatro terapeutas, además de una asistente social compartida con la unidad 27 –de mujeres-. El personal entrevistado manifestó que el número de psiquiatras podía ser suficiente en la época en que fue diseñada la unidad, pero, debido a la superpoblación actual, ese número de profesionales no llega a cubrir las necesidades: cada psiquiatra tiene a su cargo 40 internos. Teniendo prioridad la atención de los ingresos y de las reagudizaciones, no puede darse atención asistencial adecuada a todos los internos de manera que la consulta individual de los pacientes estabilizados se hace efectiva dos veces por mes.

Las patologías no psiquiátricas que presentaban los internos de la unidad, fueron similares a las del resto de las unidades carcelarias, destacándose los casos de HIV y las patologías asociadas a éste, como la tuberculosis y la hepatitis entre otras. Al momento del trabajo de campo quince internos

portaban HIV y seis estaban en tratamiento con la infección de la Unidad 21. La atención de las urgencias clínicas o quirúrgicas dependía de los hospitales especializados o generales. No tenía médico clínico permanente y los casos agudos se derivaban al medio libre por intermedio del SAME, cuando no era posible resolver la situación mediante traslado al hospital penitenciario o al complejo penitenciario de Ezeiza que aún no tenía los servicios complejos para los que fue creado por no haberse previsto el presupuesto requerido para su puesta en funcionamiento. Pese a su enorme estructura, allí sólo funcionaban consultorios externos.

La violencia sexual estaba reducida en esta unidad. Los profesionales consultados explicaron que no se producían violaciones porque los psicópatas estaban separados de los enfermos mentales, de manera que los problemas que pudieran surgir quedaban circunscriptos al pabellón de psicópatas, lo que facilitaba la intervención de la autoridad en resguardo de los internos ante agresiones de sus pares.

No existía en la unidad tratamiento específico para adictos. Estos internos, a pesar de los controles para evitarlo, eran provistos en algunas oportunidades de fármacos por aquellos internos medicados que no los ingerían y por las visitas que logran burlar la requisa, generando también un tráfico interior. Según los especialistas los internos consumían en exceso sustancias permitidas como tabaco o yerba mate, pero ello no parecía afectar en demasía al cuadro general. En cuanto a las visitas, los enfermos crónicos no tenían mientras que los restantes las recibían.

Unidad Psiquiátrica de mujeres

Por ese entonces la **Unidad 27 del Servicio Penitenciario Federal**, ubicada dentro del predio del Hospital Braulio Moyano, alojaba a mujeres en un nivel de mínima o mediana seguridad, sin cercos de seguridad especial ni guardia perimetral. Al 19 de octubre de 2005 se alojaban 16 internas. La capacidad de la unidad es de 25 pero se requiere la disponibilidad permanente de algunas celdas para cubrir los traslados internos por las descompensaciones y eventualidades propias de las patologías. De las 16 internas alojadas en esa unidad, sólo 7 cumplían con una medida de seguridad establecida en el artículo 34 inciso 1° del Código Penal. Prevalece el nivel socio-económico medio en las internas.

Estos datos corresponden a los trabajos de campo desarrollados en el interior de las unidades 20 y 27 cuando funcionaban al interior de los predios de los hospitales neuropsiquiátricos. En la actualidad, por la implementación del programa PRISMA la población de ambas Unidades fue **provisoriamente trasladada al Complejo Penitenciario Ezeiza I hasta tanto se construyan dispositivos sanitarios que alojen un máximo de 16 personas.*

Lamentablemente la precariedad de la situación de los internos es mayor a la situación relevada en las ex Unidades 20 y 27. Así lo evidencian los detallados informes elaborados por la Procuración Penitenciaria de la Nación a los que me remito. -informes 2011 y 2012-.

Patologías en mujeres

En cuanto a las patologías padecidas por las internas que cumplían medida de seguridad en los términos del artículo 34 inciso 1° del Código Penal, se registraban 2 casos de epilepsia en estudio mientras que las 5 internas restantes eran psicóticas, no habiendo especificado el personal en esa ocasión tipos de psicosis. En cuanto al tratamiento médico las internas recibían terapia farmacológica y psicológica.

Se notó una escasez de profesionales que requería la asistencia externa en casos de urgencias, ingresos o descompensaciones. Se desempeñaban al momento dos médicos clínicos uno de los cuales era jefe de servicio, pero no había un médico de planta permanente, cubriendo un solo psiquiatra las atenciones en consultorio, ingresos, egresos, atención a familiares, urgencias y demás situaciones. Dos psicólogas realizaban terapia grupal e individual con las internas, dado que el número reducido de alojadas en esta Unidad lo permitía. Había una terapeuta ocupacional y la asistente social pertenecía a la unidad 20 del S.P.F. En caso de requerirse de psiquiatra en horario nocturno, se acudía a la unidad 20 y para los servicios especiales en consultorio recurrían en cualquier horario a los especialistas del hospital Braulio Moyano. La infectóloga pertenecía a la unidad 21 y el capellán a la Unidad 20. El personal de seguridad estaba conformado por un jefe y tres celadoras por turno, un agente en el puesto de control externo y un jefe de división. Los especialistas tales como oftalmólogos y odontólogos eran itinerantes. Se destaca un trabajo interdisciplinario con las internas de esta Unidad que integra al personal de seguridad, asistentes y profesionales del área de salud.

El estado de salud de las internas en general era bueno y entre las patologías no psiquiátricas se registraban casos de enfermedades preexistentes crónicas o transitorias (hipotiroidismo, talasemia menor, gastritis, epilepsias, interurrencias posibles de faringitis, y, en algunas ocasiones se alojaron pacientes HIV positivo y con hepatitis) que eran controladas con estudios y tratamientos adecuados. Los profesionales médicos advirtieron desde el ingreso de las internas un mayor deterioro en las jóvenes debiendo implementarse dietas suplementarias específicas. Se presentaron dentro de la unidad en los dos últimos años, entre otros casos aislados, bronquitis, gripes, gastroenterocolitis, presión ocular y problemas traumatológicos. Para los casos de urgencias médicas o quirúrgicas se depende de los especialistas del hospital Braulio Moyano y en ciertos casos se traslada a las internas a hospitales penitenciarios o complejos penitenciarios. También se recurre a otros hospitales del medio libre realizándose en este caso el traslado de las internas por medio del SAME.

No se registraron casos de abusos sexuales ni se presentaban cuestiones conflictivas relativas a la homosexualidad. Al tiempo de los trabajos de investigación de campo se encontraba alojado en celda separada un individuo transexual. En cuanto a las agresiones sólo aparecían ocasionalmente como parte de cuadros patológicos diversos, pero se brindaba un inmediato control farmacológico. Debido a las requisas y controles diarios que se realizaban a las internas, no se presentaron problemas de consumo de sustancias prohibidas, pero se abusaba de sustancias permitidas como tabaco o yerba mate, siendo también mayor el riesgo de establecer un control rígido según señalaban las autoridades, porque se alteraban ante la falta de tabaco o la imposibilidad de consumir mate, según datos del personal entrevistado. Solamente recibían visitas algunas internas. En general y como en la unidad 20, se trataba de buscar personas o instituciones padrinos que realizaran visitas a los internos que no las reciben de su medio de origen.

Condiciones generales de internación

De lo expuesto en los párrafos precedentes se advierte la presencia de determinadas patologías, que más allá de la diversa denominación utilizada por los facultativos interrogados al realizar los trabajos de campo en cada unidad, pueden ser estandarizadas para facilitar el cotejo entre las unidades estudiadas de la siguiente manera: **Psicosis (alucinatoria-delirante) aguda o crónica, Síndrome esquizofrénico, Trastornos psicóticos por abuso de sustancias, Retraso mental, Síndromes depresivos, Síndrome psico-orgánico (incluye epilepsias, postraumáticos, ACV y demencias seniles)**.

Entre los sujetos que no son enfermos, pero son anormales, destacan los trastornos de personalidad resultando preponderante la psicopatía.

Señalaré a continuación los aspectos más interesantes que hacen a las condiciones generales de internación en estas unidades penitenciarias especiales: a saber, **actividad sexual, características de los sujetos al ingreso, tratamiento farmacológico (características de la medicación suministrada en estas unidades), estado general de salud de los pacientes, seguimiento médico dentro de la unidad, riesgo de suicidio**.

En lo referente a la vida diaria y refiriéndonos a *la actividad sexual* de los internos, según el régimen y las características de la unidad pueden tener visitas íntimas. Se destaca que en las unidades psiquiátricas del servicio penitenciario –donde la población se forma exclusivamente por varones o mujeres- no se plantean las cuestiones propias de algunos hospitales o colonias monovalentes, en los que no existe una política sanitaria en la materia, consintiéndose tácitamente el desarrollo de la actividad sexual de los internos sin ningún tipo de control, con los riesgos de transmisión de enfermedades infecciosas y la posibilidad de que las pacientes resulten embarazadas, punto sobre el cual no se realizan -al igual que sucede con los suicidios- estadísticas oficiales y públicas.

Otro aspecto a destacar, es que en todas las unidades psiquiátricas en que se practicaron los trabajos de campo, tanto en las que alojan a varones como en las que alojan a mujeres, existió coincidencia de las autoridades y profesionales médicos acerca del cambio evidenciado en las características de los sujetos ingresados a estas unidades en los últimos diez años *a raíz de la incidencia de la drogadicción y el alcohol. El perfil de los ingresados resultó modificado registrándose mayor cantidad de adictos, cada vez más jóvenes y con mayor deterioro orgánico.* En el caso de las internas alojadas en la unidad 33 del Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires que presentaban adicción, señalan los profesionales médicos la alta incidencia de trastornos neurológicos, gran deterioro psico-orgánico, recurrentes cefaleas, hepatitis B, trastornos respiratorios, pésima condición del aparato bucal que impedía una adecuada nutrición y deterioro cerebral irreversible –frontalización-. En las unidades analizadas, hace diez años se registraba el ingreso mayoritario de psicóticos, pero actualmente se acentúa la tendencia de ingresos por alteraciones causadas o agravadas por el alcohol o las sustancias estupefacientes, reflejando la influencia de las adicciones en la salud de la población en general, así como la mayor incidencia de la criminalidad en los grupos de jóvenes con adicciones. Las adicciones tienen a su vez la consecuencia de multiplicar la incidencia del SIDA en esta población, en virtud de la promiscuidad en las relaciones y el uso de jeringas, lo que a su vez se asocia en forma directamente proporcional, según los especialistas, a la aparición de enfermedades provocadas o facilitadas por el HIV, principalmente infecto contagiosas, y complican o agravan los cuadros patológicos mentales. También se registró un aumento de ingresados por trastornos severos de personalidad. Los cambios verificados en los internos determinaron la necesidad de adaptar el *tratamiento farmacológico* pues no resultan suficientes los antipsicóticos. En las unidades provinciales los psiquiatras resaltaron la necesidad de emplear medicación más moderna y variada, dado el mayor predominio de patologías que cursan con alteraciones en los estados de ánimo, advirtiendo que la medicación que se les provee sigue respondiendo al perfil de los sujetos que ingresaban hace veinte años y que si bien en aquellos casos eran efectivos, se muestran ineficaces para las patologías actuales. En algunos casos, los médicos psiquiatras entrevistados o consultados mediante cuestionarios, señalaron que recientemente comenzaron a incorporarse algunos antidepresivos modernos, pero *no cuentan aún con la medicación más adecuada* -por presentar reducidos efectos secundarios adversos y por ser más eficaz- que ya se encuentra disponible en el mercado para el tratamiento de las patologías que prevalecen actualmente en la sociedad. *En general, se suministra a los internos psicofármacos clásicos y económicos:* antipsicóticos, ansiolíticos, sedativos, anticonvulsivos, algunos antidepresivos. Los medicamentos de uso más común en todas las unidades en su presentación comercial resultaron Halopidol, Lapenax, Nozinam, Fenegan, Valium, Akineton, Stelanine, Diazepán, y diversas variedades de Clonazepam,

Clomprimina, Trifluoperalina). Esta divergencia obliga a los médicos psiquiatras a lograr un equilibrio entre la medicación más adecuada al diagnóstico y la disponibilidad de medicamentos.

Para las unidades del servicio penitenciario bonaerense, el Estado adquiere los medicamentos a los laboratorios encontrándose por tanto sujeto a las contingencias comerciales del mercado farmacéutico. Similar situación se presentaba en jurisdicción nacional respecto del Servicio Penitenciario Federal. Este aspecto podría mejorarse emplazando laboratorios en la órbita de los ministerios de salud ya que no existe un laboratorio estatal para proveer las necesidades de hospitales y unidades psiquiátricas sean comunes o penitenciarias, aunque habría que analizar las cuestiones relativas a las patentes y sus alcances. Los medicamentos llegaban a la farmacia central de las unidades bonaerenses a través del área de Suministros del Servicio Penitenciario, enviándose en cuanto al tipo y variedad de medicamentos aquéllos que se obtienen según la disponibilidad, que no siempre coincide con los pedidos previamente realizados por los profesionales médicos de cada unidad, pues suele recibirse en cantidad, pero no en variedad suficiente. Funcionamiento similar se apreció en las unidades 20 y 27 del Servicio Penitenciario Federal que recibían los medicamentos a través de la división Asistencia Médica (S.A.M.S) en forma cuatrimestral. En caso de que esa dependencia no llegaba a cubrir las necesidades farmacológicas, efectuaban los requerimientos por intermedio de la división administrativa del establecimiento que obtiene la provisión en forma quincenal o semanal. La farmacia de la Unidad 20 se encontraba a cargo de un enfermero idóneo ya que no tenía farmacéutico, en tanto que la unidad 27 por ser más reducida contaba con un botiquín que funcionaba en forma similar a la farmacia, a cargo de una enfermera. La medicación se recibía en la farmacia central de las unidades psiquiátricas del servicio penitenciario (federal o bonaerense) donde se realizaban balances mensuales y anuales, registros y control de ingresos y consumos de fármacos. De allí pasaba a los enfermeros de guardia para ser suministrada a los internos en las dosis indicadas por los psiquiatras para cada caso, Los controles respecto de la medicación eran efectuados por el psiquiatra y el tratamiento estaba generalmente disponible para ser consultado por el personal a fin de conocer el estado, evolución y necesidades de cada paciente. La medicación utilizada en las unidades sigue siendo mayoritariamente oral, salvo en los casos de crisis en que puede emplearse medicación inyectable. En algunas unidades para asegurarse que el paciente ingiere los psicofármacos se tritura el comprimido y se lo disuelve en agua, controlándose la ingesta por el personal de enfermería de turno para evitar la regurgitación. Ocasionalmente se emplea medicación de depósito (de acción prolongada) para cierto tipo de situaciones y pacientes, obteniéndose según el criterio médico buenos resultados. En caso de medicamentos costosos, sean psicofármacos o de otra naturaleza, son provistos por la familia, con autorización del médico tratante, cuando puede costearlos.

En cuanto al *seguimiento*; Desde la evaluación médica practicada al momento del ingreso a la Unidad el interno debe tener un diagnóstico efectuado por el médico clínico y por el psiquiatra, así como la indicación del tratamiento. Se habrá de realizar un seguimiento periódico: cuando el paciente se encuentra estabilizado, los psiquiatras de cabecera suelen examinarlo cada quince días y cuando se produce una descompensación el control es diario.

Contemplando los *sectores de la sociedad de los que provienen los internos*, la mayoría es de bajo nivel socio-económico y algunos de nivel medio, la escolarización es baja, alcanzando la mayoría solamente educación primaria. Predominando la procedencia urbana, especialmente de zonas empobrecidas. En la Unidad 34, escasos internos provenían de zonas rurales como Azul y Pergamino, encontrándose algunos extranjeros de origen paraguayo. En las Unidades 20 y 27 del Servicio Penitenciario Federal también prevalece la población joven, ingresada por comisión de delitos más violentos que los que motivaban el ingreso hace diez años atrás, provenientes de sectores socio-económicos más bajos en su mayoría. En la Unidad 20 se registró la presencia de cinco extranjeros sin aclararse sus nacionalidades y en la Unidad 27 se alojaban una ciudadana uruguaya y una ciudadana peruana, prevaleciendo en esta unidad el nivel socio-económico medio.

Este perfil clínico y criminal de los internos alojados en unidades psiquiátricas de los sistemas penitenciarios federales o de la Provincia de Buenos Aires resulta coincidente con los resultados de una investigación desarrollada en el uno de los dos grandes hospitales psiquiátricos españoles: el de Alicante (*) que junto con el de Sevilla son actualmente los más representativos en la materia. Mediante el análisis de variables relativas a los antecedentes sociales, clínicos y delictivos de los doscientos sesenta y siete pacientes que constituían el total de los internos (doscientos cuarenta y siete hombres y veinte mujeres), pudo advertirse una alta incidencia de conflictividad familiar y un importante historial delictivo previo, siendo los delitos contra la propiedad y contra las personas (agresiones por arma blanca, parricidios y homicidios) los más frecuentes, en tanto que las patologías destacadas (según el C.I.E. 10) fueron esquizofrenia, esquizotipia e ideas delirantes. Los antecedentes de consumo de drogas y alcohol también fueron significativos, registrándose un 82,0 % con un consumo de alcohol medio de 94,1 c.c. de etanol/día, el 81,7 % fumaban tabaco con un consumo medio de 23,9 cigarrillos/día y el de cannabis fue del 51,7 %. El 21 % de los pacientes tenía antecedentes de traumatismo craneoencefálico y la seropositividad para la hepatitis B era del 33,5 % y para el HIV del 10,5 %. De la totalidad de alojados el 82,8 % estaban por disposición judicial cumpliendo una medida de seguridad por haber sido declarados inimputables. En cuanto a la situación familiar y social, se estableció que la mayoría de los pacientes, el 55,8 %, vivían con su familia natural y sólo el 6 % no tenían domicilio fijo. También se advirtió que uno de los mejores predictores de las conductas antisociales en los enfermos mentales

eran el analfabetismo y la baja cualificación laboral, detectándose un 7,5 % de analfabetos, un 71,9 % carecían de empleo, el 34,8 % no tenían profesión conocida y el 29,7 % había ejercido la mendicidad. Los enfermos mentales y los presos son dos grupos de alto riesgo de suicidio, registrándose en el estudio un 32% de intentos. En cuanto al consumo de sustancias tóxicas, en muchos casos resultó el origen de la patología psiquiátrica y en otros coexistía con la misma. El consumo de tóxicos aumentó asimismo el índice de criminalidad entre 4 y 6 veces siendo más violentos los tipos de delito. Según la O.M.S., la incidencia de la esquizofrenia es del 1,5-4,2 / 100.000 habitantes. El diagnóstico psiquiátrico más frecuentemente asociado a violencia es el de la esquizofrenia, seguido de los trastornos de personalidad. En el estudio del Hospital Psiquiátrico Penitenciario de Alicante el 74,5 % de los internos tenían diagnóstico de esquizofrenia, en tanto el 14,6 % de retraso mental, el que suele asociarse a la reincidencia delictiva, según estudios realizados en los EEUU por el Comité Presidencial sobre retraso mental, detectándose en las cárceles de este país tres veces más enfermos con retraso mental que en la población general.

**Perfil clínico y delictivo de los enfermos ingresados en el Hospital Psiquiátrico Penitenciario de Alicante". C Iñigo, M D Pérez-Cárceles, E. Osuna, E. Cabrero, A. Luna. Revista Española de Sanidad Penitenciaria. 1999; 2; 25-31.

Vulnerabilidad de la población psiquiátrica penitenciaria:

Puede advertirse que las características, tipología, patología y antecedentes sociales y familiares de los internos psiquiátricos forenses no difieren demasiado en el ámbito internacional, resultando de interés por ello las investigaciones desarrolladas en cuanto permiten detectar los factores de riesgo y los de protección, e implementar desde el ingreso en la institución tratamientos específicos para cada paciente tendientes a superar los factores patológicos y socioeconómicos que obstaculizan la recuperación de su salud y de su libertad. En general, los informes de distintos países coinciden en afirmar que, **si bien la población penitenciaria representada por quienes fueron declarados inimputables en un proceso penal conforma un sector minoritario, es el sector más vulnerable** en tanto se encuentran en situación de inferioridad debido a la doble condición de enfermos mentales y de presos. Así lo reconoce el Defensor del Pueblo Andaluz al informar detalladamente al Parlamento respecto de la situación de los deficientes mentales internados en centros penitenciarios andaluces (*). También lo evidencian informes de EEUU y de Canadá, verificándose similar situación en la experiencia argentina (Informe julio de 2000, disponible en www.defensor-and.es/informes.htm).

Varios son los elementos que determinan la mayor vulnerabilidad de esta población, a la que, paradójicamente, no se le brinda una mayor y específica protección por parte de los órganos encargados de disponer la medida y el tratamiento. Esa postergación que también se advierte en la doctrina y legislación respecto de las cuestiones vinculadas a la ejecución de las medidas de seguridad para inimputables, se reitera al tiempo de redactar las normas

sobre el tratamiento en todos los aspectos de su internación y externación. El primer factor de incidencia en cuanto a su vulnerabilidad, reside en la propia patología padecida, que coloca al sujeto en una situación compleja porque depende necesariamente del tratamiento terapéutico que le brinden los profesionales médicos del servicio, sin poder ejercer otra opción. A ello se agrega que estos profesionales no cuentan habitualmente con los medios ni la farmacología acorde a las variaciones que presentan las patologías ingresadas a la unidad.

Existen patologías que se estabilizan en plazos cortos, circunstancia que debería ser tenida en cuenta para derivar al interno a las unidades más específicas. Es el caso de la Unidad 10 (de varones) del Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires, preparada para tratar diversos casos con un régimen variado (además de la unidad de máxima seguridad 34 del mismo Servicio Penitenciario), mientras que el Servicio Penitenciario Federal sólo cuenta con una sola unidad para todos esos casos.

Las patologías que no se estabilizan y son siempre variables, exigen un tratamiento estricto en la unidad hasta que cese la peligrosidad del interno, que podrá egresar sólo cuando se estabilice y no presente el riesgo de comisión de actos lesivos contra sí mismo o contra otras personas.

Suicidios:

Uno de los factores que patentiza la particular vulnerabilidad del paciente “psiquiátrico forense” es el *riesgo de suicidio*. En la población general, la tasa de suicidios suele ser comparable a la de los homicidios, aunque ello no suele ser abiertamente reconocido. En el año 2000, la Organización Mundial de la Salud estimó que el suicidio constituyó el 49,1 % del total de las muertes violentas de ese año. Esta incidencia comparativa no se presenta de igual forma en todos los lugares y sectores sociales, pero en todo caso *hay sectores poblacionales que presentan mayor riesgo de suicidio. Entre ellos se encuentran los presos y los enfermos mentales internados*. El medio carcelario es especialmente perturbador aún para quienes tuvieron experiencias anteriores de encierro. Estudios psiquiátricos especializados demuestran que el riesgo de conductas suicidas es sumamente alto en pacientes deprimidos, en tanto que es bajo el riesgo de conductas homicidas, salvo el caso de los suicidios ampliados (pactos suicidas, homicidios de familiares a cargo, etc.). En el medio penitenciario el riesgo de suicidio debe ser serio y exhaustivamente considerado, en especial cuando se trata de personas que padecen enfermedades mentales, respecto de las cuales ese riesgo aumenta considerablemente. Jorge Oscar Folino, Susana Marchiano y Alfonso Sánchez Wilde, realizaron un trabajo de investigación acerca de los suicidios en convictos bonaerenses (sus resultados fueron publicados en la Revista Argentina de Psiquiatría VERTEX, año 2003, volumen XIV-). Analizaron el período comprendido entre enero del año 2000 y julio del 2002 señalando que hubo veintinueve casos de suicidio en las prisiones y hospitales psiquiátricos del Servicio Penitenciario Bonaerense, resultando la tasa anual de suicidio en

convictos para el año 2000 catorce veces mayor a la tasa en la población de la provincia, siendo varones el 93% de los suicidas. En la población de mujeres detenidas en esas instituciones el suicidio representó el 6,9 %. El estudio destaca entre otros factores y condiciones de riesgo la vulnerabilidad de la población de enfermos psiquiátricos internados en unidades penitenciarias. En el análisis integral se estudiaron diversas variables demográficas, criminológicas, sanitarias, judiciales y témporo-espaciales vinculadas al suicidio.

El predominio masculino coincide con los resultados de los estudios norteamericanos y canadienses. No obstante, la tasa anual de suicidios en las unidades penitenciarias bonaerenses durante los años 2000, 2001 y los meses en que se extendió el estudio durante el año 2002 resultó alta en comparación con las tasas comunes e incluso con las tasas de otro medio carcelario. La población suicida en prisión tiende a ser relativamente joven, por ello se recomendó implementar estrategias preventivas especialmente aptas para los jóvenes, pues en ellos la combinación de desesperanza, historial personal, situación actual y falta de habilidad para generar soluciones a sus problemas los predispone especialmente al suicidio.

Los internos suicidas provenían de departamentos judiciales caracterizados por altas tasas de delitos contra las personas (Lomas de Zamora y La Plata). El 20,5 % había cometido delitos contra las personas, el 3,4 % delitos contra la integridad sexual, el 54,9 % delitos contra la propiedad y el 20.6 % otro tipo de delito o no constaba de cuál se trató. La unidad psiquiátrica penitenciaria más afectada fue la 34 que aloja varones, registrando cinco suicidios durante el período estudiado. Cabe señalar que esa tendencia continuó *in crescendo*, pues al tiempo de realización de los trabajos de investigación de campo, entre diciembre del año 2004 y enero de 2005, se registraban en la Unidad 34 trece muertes anuales, de las cuales cinco correspondían a suicidios, habiéndose por lo tanto registrado en un año la totalidad de muertes por suicidio que los autores de la investigación citada constataron con anterioridad en un período de dos años y seis meses. La magnitud de lo expuesto se evidencia teniendo en cuenta que esa unidad es relativamente pequeña y aloja a enfermos con patologías mentales severas y funciona como hospital psiquiátrico con un régimen de máxima seguridad.

Los investigadores mencionados relacionan la elevada frecuencia de suicidios con el peso causal de la patología y ponen de manifiesto que esta relación aumenta al sumarle los suicidios ocurridos en la Unidad 10, con lo cual alcanzaron el 24 % en unidades psiquiátricas del servicio penitenciario bonaerense. *Concluyeron entonces en que la población allí alojada presenta un elevado riesgo de suicidio y requiere medidas preventivas especiales.*

En cuanto a los modos de llevar a cabo el acto suicida, se reducen por los elementos disponibles dentro del medio carcelario, predominando el ahorcamiento (69 %), quemaduras (24,1 %), asfixia (3,4 %) y autolesiones cortantes (3,4 %). Independientemente del modo empleado, el lugar del

suicidio es la celda, dado que se trata del lugar en el que el personal y otros internos no pueden ejercer una mayor supervisión, encontrando menos obstáculos para llevar a cabo su propósito. Esta comprobación determina la necesidad de evitar el alojamiento solitario en casos de riesgo y, si resultare imprescindible, deberá realizarse una observación permanente del interno.

Los autores comprobaron al realizar su estudio que los expedientes iniciados con motivo de cada suicidio contaban con muy escasos datos sobre antecedentes patológicos, sobre la conducta del causante en el penal y sobre alternativas relativas al proceso judicial, pero la investigación suscitada por el suicidio resultaba minuciosa al practicarse la autopsia y los exámenes toxicológicos con el objetivo de investigar un posible homicidio. También resultaron escasos los datos sobre el estado de las relaciones entre el suicida y su familia, al igual que los antecedentes de tipo psiquiátrico obrantes en el expediente, encontrándose diagnóstico psiquiátrico en un solo caso. No constaba en ninguna información adecuada sobre internaciones psiquiátricas que hubiese requerido con anterioridad.

El 21% de los afectados había anunciado verbalmente su intención a compañeros o personal penitenciario, lo que resulta coincidente con lo señalado por la bibliografía especializada en cuanto al gran porcentaje de suicidas que anuncian de alguna manera su intención. El 7% de los casos presentaban antecedentes de autolesión en días previos al suicidio y el 17% incidentes heteroagresivos. El anuncio verbal ofrece una oportunidad de acción preventiva que debe considerarse como un indicador de riesgo, frente al cual deberían estar informados los internos y el personal e instruidos acerca de la forma de actuar en estos casos.

Analizando la conducta suicida en relación al tiempo, resulta de la investigación que el 60 % se efectuó en los primeros tres meses de ingreso a la última unidad penitenciaria. Este resultado indica que algún factor incidiría en la adaptación inicial o la adaptación a la nueva unidad, marcando un período de vulnerabilidad que debe ser tenido en cuenta a fin de una adecuada prevención. Uno de los inconvenientes referidos por los directores de las unidades especializadas y los profesionales médicos en la atención de los pacientes psiquiátrico-forenses al tiempo de realizarse las investigaciones de campo se relacionaban con el alto riesgo presentado por aquéllos que eran derivados a la unidad psiquiátrica penitenciaria sin contarse con los antecedentes de su patología y del hecho delictivo que lo condujo allí, especialmente al registrarse el ingreso, dado que la ausencia de información dificulta establecer la situación de riesgo en que puede hallarse el sujeto y la vigilancia puede no llegar a impedir acciones suicidas, confirmando así el resultado de las investigaciones especializadas que indican que el mayor riesgo de suicidio se produce en los días más cercanos al ingreso del paciente o a su traslado a otra unidad.

En la práctica, dentro del ámbito de la Unidad 34 del Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires el sujeto que ingresa con riesgo es alojado en una

celda con rejas, cercana a la administración y de paso obligado por las personas que ingresan a la unidad, lo que permite observarlo en forma permanente. Se le brinda tratamiento farmacológico y en caso de ser necesario contención mecánica. También en el anexo psiquiátrico de mujeres se mantenía a las internas que presentaban ese riesgo en observación permanente y se les proveía apoyo psicoterapéutico individual y tratamiento farmacológico. En la unidad 33 no se registraron suicidios cercanos al tiempo de realización de las investigaciones de campo, habiéndose consumado tres en los últimos ocho años anteriores a esos trabajos, refiriendo las autoridades casos de tentativa que fueron oportunamente puestos en observación.

Dentro del Servicio Penitenciario Federal, el Procurador Penitenciario presenta un informe anual, revelándose lo siguiente; en el período comprendido entre enero de 2002 y abril de 2003, un total de sesenta muertes en sus unidades: 50 % a causa de enfermedades infecciosas, 25% a peleas entre internos, 13% a otras enfermedades, 10% a ahorcamiento y 2 % a quemaduras, sin aclararse en estos últimos casos si se trató de suicidios homicidios u accidentes. En 2008 por Resolución 169/PPN/08 fue aprobado el *Protocolo para la investigación y documentación de fallecimientos en prisión* que permite estudiar los casos concretos y las responsabilidades estatales surgentes, analizando las variaciones. Al tiempo de efectuarse los trabajos de campo en la Unidad 20 de dicho servicio penitenciario los internos en crisis o los que se encontraban en riesgo de suicidio se alojaban en celdas individuales de tratamiento al igual que los recientemente ingresados, donde, aislados, se les brinda medicación y una constante observación, verificándose un intento de suicidio en dos años. En la Unidad 27 del mismo servicio se registró en un año un solo intento de suicidio de una paciente depresiva. No deben descartarse las tentativas simuladas en busca de algún beneficio secundario por parte de internas sin patología derivadas en resguardo, por problemas de convivencia, por tratarse de ex integrantes de fuerzas de seguridad o de casos de notoriedad pública. No obstante, en el informe presentado respecto de los primeros ocho meses de 2012 se efectuó un llamado de alerta de la Procuración Penitenciaria de la Nación por un incremento alarmante de muertes violentas en las cárceles del servicio penitenciario federal. Así refiere que luego del descenso en el número absoluto de *muertes totales* observado en el año 2010 (33 casos) el período siguiente demostró un incremento (39), que volvió a profundizarse en el año 2012 (40) cuya proyección hace previsible la recuperación de los números históricos observados hasta el año 2009 (47). El aumento en el caso de las *muertes violentas* se vuelve más alarmante, señala el informe, luego de registrarse en 2009 unos 15 casos, descendiendo a 9 en 2010, la cifra se incrementó exponencialmente a 23 en el año 2011, y 18 casos en ocho meses y fracción de 2012, cuando se presentó el informe. Como **colectivos de especial preocupación** reiteró su alarma previa sobre la emergencia de casos de muertes violentas en cárceles de mujeres y **establecimientos psiquiátricos**

penitenciarios. En el comunicado destacó la consolidación de casos de muertes violentas en los establecimientos psiquiátricos penitenciarios, generando conmoción pública el incendio ocurrido en la Unidad 20 SPF en mayo de 2011 cuando fallecieron dos jóvenes dio lugar al traslado para reemplazar la vetusta unidad, de su población al **Hospital del Complejo Penitenciario Federal I, cárcel de máxima seguridad.**

Esta nueva ubicación encontró cuestionamiento por parte de los profesionales de la salud, de la propia administración, exigiendo la superación de prácticas antiguas los resultados traumáticos –dice el comunicado- se encuentran a la vista. En los ocho meses y fracción transcurridos en el año 2012 se habían registrado 4 muertes entre el Servicio Psiquiátrico de Varones (reemplazo de la ex U 20) y su anexo ubicado dentro del Módulo VI del mismo Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza. *Tres (3) de esos casos obedecieron a causas violentas, al aparecer ahorcados dentro de sus celdas individuales de alojamiento. Señala finalmente el comunicado “Esta escalada de hechos traumáticos debe servir como indicador de la gravedad de la situación, exigiendo el abandono de métodos anclados en criterios de seguridad y penitenciarios, adoptando prácticas y discursos asociados a la desmilitarización del establecimiento y guiados por el respeto a la salud y la vida de los detenidos”.* (Comunicado de la Procuración Penitenciaria Nacional: <http://174.142.214.165/~ppn/?q=node/1699> , año 2012).

Propuestas para la prevención de Suicidios en el medio carcelario:

Ante la situación descrita, resulta imperioso practicar una metódica tarea de prevención de suicidios en el ámbito penitenciario, en particular dirigida a los sectores de mayor riesgo. Como pudo apreciarse la situación verificada por los especialistas a comienzos de esta década y confirmada en los trabajos de campo de esta investigación lejos de superarse se vio agravada. Folino-Marchiano destacan que la propuesta de prevención no es utópica, pues experiencias de otros medios dieron cuenta de intervenciones preventivas eficientes. A tal fin en el medio penitenciario bonaerense se recomienda: identificar a los internos con antecedentes psiquiátricos y de tentativas suicidas, adaptar las prácticas a cada unidad según el tipo de internos, vincular a los que se encuentran en riesgo con el servicio de salud mental y evaluar la derivación más apropiada, adaptar el sistema de evaluación mental a la población de cárceles y hospitales psiquiátrico-forenses, crear múltiples canales de apoyo (familiares, allegados, consejeros, sacerdotes, otros internos) en condiciones de operar cuando sea necesario, reiterar las evaluaciones en cada traslado, evitar el alojamiento solitario de los detenidos en riesgo, supervisar a ese sector en riesgo disponiendo sectores visibles o mediante videocámaras, entrenar al personal para detectar a los internos en peligro y valorar sus anuncios, reducir los elementos al alcance de los internos que puedan resultar útiles a maniobras autodestructivas, estimular la participación

grupal con los pares en actividades dirigidas, permitir a los profesionales de la salud conocer fechas relevantes del proceso, comunicar al servicio de salud mental incidentes auto y heteroagresivos, evaluar los períodos de crisis en las relaciones familiares que puedan aumentar el riesgo, disponer de sistemas de interconsulta entre el personal penitenciario y los profesionales de la salud, diseñar planes de acción ante las emergencias, incluyendo primeros auxilios y, si se consumara un acto autolesivo, analizar la situación y efectuar los ajustes necesarios del plan para evitar su reiteración.

Como puede apreciarse las medidas preventivas que los autores proponen no resultan en modo alguno de difícil concreción ni implican erogaciones presupuestarias ni reformas legislativas. Se trata de tener una adecuada información sobre este estado de cosas que no debe seguir ocultándose y que los actuales operadores judiciales, médicos y penitenciarios del sistema tengan la voluntad y el interés necesarios para afrontar los objetivos señalados.

Otro factor que incide en la mayor vulnerabilidad de los inimputables sujetos a medidas de seguridad es el menor poder de reacción. Sus propias características, especialmente las patológicas, tornan inconcebible que realicen protestas en cualquiera de las modalidades comunes en la población carcelaria de procesados o condenados imputables. Tampoco efectúan presentaciones ni solicitan audiencias con autoridades judiciales ni llevan a cabo huelgas de hambre o formas organizadas de ejercer reclamos. Por otra parte, es menor la presión social comparada con la relacionada con los internos comunes. Esta situación los coloca en desventaja en cuanto el estado de los inimputables resulta menos visible ante la sociedad y aún ante las autoridades.

En general el comportamiento de la población inimputable es bueno en términos de convivencia y relación con el personal. Formalmente no califican a los fines de concepto y conducta ni reciben sanciones. La conducta es tenida en cuenta en sus aspectos negativos, respecto de crisis violentas o incidentes que afecten al propio inimputable o a otras personas. Durante los trabajos de campo, como puede apreciarse en los anexos respectivos, las autoridades y los profesionales médicos destacaron en todos los casos los problemas e incidentes protagonizados por los psicópatas indebidamente alojados en esas unidades, quienes utilizan habitualmente como instrumentos a los psicóticos medicados con capacidad de reacción reducida y a los débiles mentales para agredir al personal, provocar incidentes, imponer relaciones de poder entre los internos y obtener fármacos haciendo fingir síntomas a dichos enfermos para que obtengan una prescripción médica que es desviada al consumo indebido. Los enfermos en general no tienen conductas agresivas, salvo cuando se encuentran en crisis o descompensados. Estos datos obtenidos en la Unidad 34 del servicio penitenciario bonaerense se reprodujeron al realizarse los trabajos en la Unidad 33 donde las autoridades señalaron que las enfermas mentales se encontraban integradas y su conducta resultaba estable, en tanto que las internas de otros pabellones, como el de madres o el de admisión, todas imputables, resultaban sumamente demandantes y conflictivas, llegando a organizarse en pandillas, y

a agredir al personal, amenazado de muerte incluso a los médicos que las asistían y fueron entrevistados. En el ámbito penitenciario federal, las autoridades y profesionales médicos de la Unidad 20 en su momento refirieron incidentes debidos a la superpoblación, pero originados en el pabellón donde se alojan los psicópatas, que se encuentran separados de los enfermos mentales a quienes las autoridades y médicos definieron como una población tranquila en términos generales por oposición a aquéllos. En la Unidad 27 del mismo servicio penitenciario, dado el reducido número de internas alojadas, no se registraron en aquella época inconvenientes de relevancia y la población de menor conflictividad era la compuesta por enfermas mentales. En todas las unidades psiquiátricas penitenciarias se presenta entonces una problemática relacionada con el indebido alojamiento de personalidades psicopáticas que no configuran enfermedad mental. La situación se origina en la falta de creación hasta el presente de establecimientos adecuados para el alojamiento de psicópatas. Las unidades que mejor resuelven la situación lo hacen alojándolos en pabellones separados.

Estas características comunes al comportamiento de la población psiquiátrica forense, en comparación con la población penitenciaria común también se advierte al analizar los intentos de evasión o fugas consumadas por los internos en los distintos establecimientos penitenciarios. En la Unidad 34 del servicio penitenciario bonaerense no se había consumado ninguna evasión en tres años, según refirieron las autoridades al tiempo de realizarse los trabajos de investigación de campo y los elementos que se hallaron al frustrarse alguna tentativa se encontraron en poder de internos psicópatas, no produciéndose ninguna evasión ni tentativa entre los enfermos mentales. En el anexo psiquiátrico de la Unidad 33 del mismo servicio penitenciario no se había consumado ninguna evasión. En las unidades 20 y 27 del servicio federal, al tiempo de realizarse los trabajos de investigación de campo, no se había registrado ningún caso de evasión en los últimos cinco años.

Esta reseña de las condiciones generales permite establecer cuáles son los factores de mayor riesgo y vulnerabilidad para la población de enfermos mentales alojados en las unidades psiquiátricas penitenciarias cumpliendo medidas de seguridad, y determinar sus características a fin de desarrollar programas y modificaciones básicas en la vida diaria de los mismos que permitan protegerlos de los factores más vulnerantes y obtener una progresiva adaptación a una forma de vida que les permita el autovalimiento, sea en la internación o en las posibilidades de volver al medio libre. Deben analizarse en primer término las características y diferentes tipos de tratamiento que actualmente se brindan a los enfermos mentales sujetos a medidas de seguridad en las diversas unidades psiquiátricas penitenciarias. Las leyes de ejecución y los reglamentos penitenciarios establecen las pautas y objetivos de los tratamientos aplicables en las unidades especiales. Básicamente se brinda a los internos tratamiento terapéutico de diversa naturaleza: farmacológico,

psicoterapéutico (grupal en la mayoría de las unidades e individual en algunas como lo era en su momento la Unidad 27 del Servicio Penitenciario Federal) terapia ocupacional, educación en niveles primario y secundario y diversas actividades recreativas y culturales que permiten desarrollar las habilidades de los internos y contribuir al mejoramiento de su estado psico-físico.

La laborterapia o terapia ocupacional es importante para los internos psiquiátrico forenses, pues incentiva el desarrollo de sus habilidades para un mejor desempeño individual y en su vida de relación, teniendo en mira especialmente la rehabilitación que permita el egreso. También tiene un efecto terapéutico durante el encierro, importante en cuanto permite desarrollar actividades productivas de una satisfacción personal. Uno de los inconvenientes advertidos al realizar los trabajos de campo fue la insuficiencia de talleres diversificados, resultando escaso el espacio asignado a los existentes y notándose también la reiteración del recurso sustitutivo de ocupar a los internos en tareas de limpieza y fajina propios del servicio doméstico de la unidad. Este recurso es aceptable, aunque insuficiente y no puede en modo alguno reemplazar a los talleres de variadas especializaciones con el espacio, los terapeutas adecuados y los materiales necesarios para desarrollar en forma sistemática su finalidad terapéutica y rehabilitadora. En términos generales los programas desarrollados en las unidades psiquiátricas penitenciarias tienden a modificar hábitos y conductas que dificulten la realización de tareas y el logro de una inserción laboral y social adecuada para el interno-paciente. Cabe recordar al respecto la importancia que reconoce la Corte Interamericana a la atención integral por terapeutas y personal especializado en las áreas laborales, educativas y culturales en orden a la evolución favorable y el tratamiento adecuado de los pacientes psiquiátricos, según fallo del 4 de julio de 2006, citado en la sección segunda al tratar la normativa internacional. En las conversaciones mantenidas con los internos, surgió reiteradamente como una necesidad fundamental indefinidamente pospuesta, contar con talleres para evitar el tiempo de inactividad dentro de las celdas y la ausencia de ocupaciones que les reporten satisfacción y utilidad, tanto actual como futura. Erving Goffman (1) señala que la desmoralización es frecuente por el sistema de trabajo que ofrece la institución global, tan ajeno al ritmo del medio libre, pese a la importancia que tiene este aspecto de la terapia para el sujeto. En estas instituciones “...se encomiendan a los pacientes tareas típicamente humildes, como rastrillar las hojas, servir la mesa, ayudar en el lavadero y fregar pisos. Aunque el carácter de estos quehaceres derive de las necesidades de trabajo del establecimiento, la versión que se da al paciente es que con su ayuda volverá a aprender a vivir en sociedad y que el empeño y la eficiencia que demuestre en su cumplimiento se tomarán como evidencia diagnóstica de su mejoría (...) Sería un craso error mirar estas terapias con demasiado escepticismo. El trabajo en un lavadero o en un taller para la reparación de calzado, tiene su ritmo propio, y a menudo está dirigido por personas más conectadas con su oficio que con el hospital; de ahí que, muy a menudo, el

tiempo que se dedica a estas tareas resulte mucho más grato que el pasado en una sala de hospital sombría y silenciosa...”.

Entiendo que las áreas del tratamiento terapéutico deberían complementarse para lograr la autovalía personal de cada interno y promover una mejor calidad de vida, reforzando el esfuerzo en los aspectos personales en los que el paciente presenta déficit, para obtener una mejora en la autoestima, desarrollando su potencial y obteniendo confianza en base a sus logros y desarrollo personal. Cuando el interno presenta patologías mentales graves, el tratamiento debería comenzar por la obtención de hábitos elementales, ya que en muchos casos carecen de hábitos mínimos de higiene. Esta circunstancia muestra la dimensión y complejidad de la tarea que debe desarrollarse diariamente en el tratamiento terapéutico integral de los enfermos mentales albergados en unidades del servicio penitenciario.

La determinación de la patología es decisiva y prioritaria la estabilización médica, pues la abulia y las situaciones de crisis -frecuentes en los internos con patologías severas- impiden toda expectativa de realización de actividades educativas y eficaces. No es extraño que, a pesar del desarrollo de diversos tratamientos terapéuticos, los internos sufran alguna descompensación o tengan crisis con excitación motora o impulsos agresivos y violentos. La atención inmediata derivada de una adecuada observación del medio en que se hallan, determina en la mayoría de los casos una estabilización del paciente en el corto plazo. Las normas de ejecución de las medidas suelen tener en cuenta esta característica de la enfermedad mental y establecen, como lo hace la Ley de Ejecución de la Provincia de Buenos Aires N° 12.256 en su artículo 63 los casos en que excepcionalmente pueden adoptarse medidas de sujeción. Dicho artículo las admite en algunos supuestos con requisitos taxativos. En su inciso 2) “...por razones médicas, a indicación del facultativo formulada por escrito” y en su inciso 3) “...por orden expresa del director si otros métodos de seguridad hubieren fracasado y con el único propósito de que el interno no se cause daño a sí mismo o a un tercero o al establecimiento. En este caso el director dará de inmediato intervención al servicio médico y remitirá un informe detallado al juez de ejecución o competente y a la autoridad penitenciaria superior”.

Los modos de sujeción y contención (*) que son de práctica ante la descompensación que puede sufrir un interno fueron investigados en los trabajos de campo. Expusieron las autoridades de la Unidad N° 34 que la primera medida ante una crisis del paciente que se presenta con excitación psicomotriz o tendencias agresivas, es el aislamiento con contención mediante psicofármacos aplicados en la mayoría de los casos en forma inyectable. Cuando la violencia de la crisis resulta intensa se emplean -por disposición médica- formas de contención mecánica mediante vendaje en las manos y a veces en los pies para luego esposarlo evitando que se autolesione. Una de las falencias referidas en este punto por los profesionales y autoridades, es la

ausencia de un lugar de tratamiento amplio con paredes acolchadas para resguardar la integridad del paciente. En general sólo se cuenta con celdas pequeñas con mirillas de observación, pero sin elementos de protección en los muros internos para evitar que el paciente se golpee. Al desarrollar el trabajo de investigación de campo en el anexo psiquiátrico ubicado en aquel momento en la unidad 33 del servicio bonaerense, los psiquiatras explicaron que los medios mecánicos se implementaban sólo cuando resultaba imposible controlar a las pacientes de otra forma, con intervención judicial y mediante personal de seguridad femenina hasta que se aplique la medicación. También se señaló que por tratarse de mujeres no surgían inconvenientes desde el punto de vista de la fuerza física para controlar las manifestaciones violentas de excitación psicomotriz.

La intervención en casos de crisis en el ámbito federal, era similar conforme lo aportado por los profesionales médicos de la Unidad 27. Se comenzaba con una contención verbal, y si resultara insuficiente empleaba contención farmacológica o aislamiento y en última instancia se acudía a la contención mecánica con orden médica. Una característica particular de esta unidad que es el reducido número de internas permitía prescindir en muchos casos formas de contenciones distintas de la verbal. En casos extremos se las aloja durante la crisis en la celda individual de tratamiento (CIT) y se les aplica medicación, que puede ser inyectable. En la Unidad 20 del mismo servicio penitenciario también se alojaba a los internos en crisis en la celda individual o de tratamiento y se les aplicaba medicación inyectable. Carecían como en las unidades bonaerenses, de lugares de aislamiento con paredes acolchadas para protección, pues las celdas de tratamiento individual para estos casos suelen ser celdas comunes, pequeñas, cerradas con muros de cemento y puerta de madera y hierro con mirilla. Algunos médicos sugirieron la instalación de cámaras de video en las celdas como medio eficaz de observación de los movimientos del paciente crítico. La Corte Interamericana analizó las formas de sujeción y los cuidados que deben extremarse y los requisitos para su procedencia, en el fallo del 4 de julio de 2006 en el caso “Damiao Ximenes Lopes contra el Estado de Brasil”, que fuera desarrollado en la sección segunda, al tratar la normativa internacional.

En el desarrollo de la vida diaria de los internos psiquiátricos de las unidades penitenciarias especializadas, el régimen tiende a asimilarse al carcelario o, en algunos casos, presenta un carácter mixto entre el carcelario y el hospitalario con preponderancia del primero. Así, en la unidad 34 del servicio bonaerense, los internos comparten el día en el comedor con actividades recreativas o mirando televisión, y en algunos horarios, según las autorizaciones de que goza cada pabellón, desarrollan actividades deportivas en los lugares abiertos. También practican actividades religiosas según sus creencias. En este aspecto destaca Goffman (ob.cit.) que *“Las firmes convicciones religiosas han servido a veces para proteger a los verdaderos creyentes contra las agresiones de una institución total”*. A pesar de las patologías los enfermos mentales suelen

integrarse, compartir las visitas, comunicarse entre sí y con el exterior a través del teléfono ubicado en cada sector. Un inconveniente es la ociosidad, determinada en parte por la escasez de espacio de la unidad, propia de típica arquitectura radial carcelaria, con pabellones dotados de un comedor y celdas en dos plantas, teniendo como único lugar al aire libre el patio del pabellón. No hay espacios previstos para huerta ni granja, pese a que la unidad se instala en un predio rodeado de grandes extensiones libres. Por la noche el régimen es de aislamiento en celdas individuales.

En el Anexo Psiquiátrico del mismo servicio penitenciario, se apreciaron similares tratamientos terapéuticos e integrales de rehabilitación con las internas, que recibían educación (en nivel primario y secundario –EGB Polimodal-); efectuaban laborterapia en talleres de manualidades, panadería, repostería, peluquería y uñas esculpidas y practicaban actividades de esparcimiento y actividad física. También contaban con asistencia religiosa de culto católico y evangelista dos veces en la semana, destacándose también la asistencia social brindada por instituciones religiosas. Particular interés tenían algunos programas y talleres desarrollados en la unidad, algunos destinados a la educación y otros vinculados a modificar no sólo los hábitos menos saludables sino a implementar pautas en talleres de introspección (dependientes del Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires) en los cuales se las ayudaba a analizar y revertir la anomia o las pautas inadecuadas que las condujeran a situaciones de marginación y delincuencia. En el área educativa se destacó el programa desarrollado por las docentes Iris Pilar Caparroz y Amanda González con un equipo interdisciplinario, que permitió a las inimputables allí alojadas desarrollarse hacia su autovalía desde las cuestiones más elementales de higiene hasta lograr disminuciones significativas en las dosis de medicación que anteriormente requerían, en virtud de la estabilización y mejoría en los cuadros psiquiátricos y desarrollando aspectos de su formación y educación para la vida de relación. El “Proyecto Educativo para el Pabellón Psiquiátrico” fue realizado por las docentes de la escuela N° 702 y distinguido en el Congreso Argentino-Cubano de Educación desarrollado en octubre del año 2003 en la ciudad de Mar del Plata. Se integraron en el proyecto veintitrés alumnas internas distribuidas en dos turnos. La mayoría de ellas recibía medicación neurológica y carecían de vínculos familiares contando solamente con el apoyo brindado por diferentes asociaciones religiosas. Se proponía atender a las necesidades de cada una contemplando sus falencias y particularidades tanto patológicas como de historia vital. Dado el tipo de personas a las que se dirigía se dedicó particular atención a las técnicas motivacionales, reforzándose aquellos aspectos protectores dentro de un sistema planificado de manejo de conducta. Los docentes trabajaron en coordinación con los profesionales especializados del pabellón, el médico psiquiatra Dr. Oton Aguirre, psiquiatra asistencial de la unidad, quien puso en conocimiento de las docentes las potencialidades y debilidades que cada paciente-alumna presentaba, a fin de favorecer la

aplicación de programas personalizados. Periódicamente se realizaron reuniones para evaluar con el psiquiatra los datos más destacados del proceso de enseñanza-aprendizaje a fin de ajustar los aspectos necesarios. Lo más destacado fue la conformación del equipo que permitió dar continuidad al programa en el que las docentes se integraron. La incorporación de un docente de plástica permitió enseñar técnicas para expresar libremente los estados de ánimo y sentimientos mediante la pintura. Los resultados fueron sumamente satisfactorios: las pacientes elevaron su autoestima, se integraron en actividades creativas grupales, superaron el aislamiento y mejoraron los estados abúlicos. El desarrollo de la curiosidad y el placer por el trabajo no sólo sirvió como una forma de superar las angustias del encierro, sino que permitió adoptar nuevas formas de relación y pautas que modificaron aspectos relativos a las carencias de su historia vital, carencias que configuran uno de los impedimentos más decisivos en la rehabilitación, debido a la falta de apoyo y la inexistencia o tergiversación de pautas y valores positivos. Las pacientes cursaron según el ciclo lectivo y se integraron a las celebraciones y conmemoraciones del calendario escolar con el resto de la población.

Se deduce de todo ello que los programas educativos destinados a pacientes psiquiátricos deben propiciar que el docente conozca adecuadamente las potencialidades y debilidades de cada uno de los alumnos-pacientes para abordar cada caso con eficacia. Es necesario elaborar un diagnóstico, planear coordinadamente las actividades, evaluar periódicamente la evolución de manera formal e informal para realizar los ajustes que resultaren necesarias. El contenido del aprendizaje se dirigirá no sólo a la escolaridad sino también a los elementos primarios que debe incorporar la interna para su adecuada rehabilitación y autovalía (higiene, pautas, hábitos). El proyecto comentado abarcó esas áreas y los resultados fueron tangibles: dos internas fueron externadas, otras pudieron pasar a integrar pabellones comunes y la mayoría tuvo una mejoría clínica que permitió disminuir las dosis de medicación y logró integrarse al grupo y a las tareas cotidianas. Otro aspecto importante, es la capacitación del personal que llevará a cabo el programa educativo mediante un trabajo interdisciplinario que permita comprender que los pacientes psiquiátricos con patologías severas suelen presentar ante cualquier cambio movilizaciones importantes de su conducta, que pueden incluso llegar a descompensaciones o retrocesos y que tienen su propia forma de vincularse con el equipo. Esta unidad, al tiempo de realizarse los trabajos de campo, presentaba falencias de espacio y ausencia de infraestructura médica y personal especializado y no contaba con recursos para la atención de emergencias y casos agudos.

En la entonces unidad 20 del servicio penitenciario federal, el tratamiento se realizaba con asistencia psiquiátrica y medicación y también psicoterapia individual y grupal. Terapistas ocupacionales desarrollan talleres de cerámica y marroquinería y también se brinda educación primaria y asistentes

voluntarios evangelistas y el capellán de la unidad ofrecen asistencia espiritual. En la unidad 27 del mismo servicio penitenciario las internas recibían un tratamiento integral a través de un equipo interdisciplinario formado por profesionales y personal de la división seguridad interna que evaluaba e implementaba un tratamiento personalizado farmacológico y de contención para cada paciente lo que fue facilitado por el número reducido de internas. Existían talleres de marroquinería y cerámica y se realizan actividades recreativas y educativas, aunque la disponibilidad está reducida por la falta de espacio. La rutina se asemejaba a una combinación del régimen carcelario y hospitalario, desarrollándose un programa de trabajo apropiado a un establecimiento especial de carácter médico-psiquiátrico según las previsiones del artículo 176 de la ley 24.660.

En ninguna de las unidades hay programas para el tratamiento de adicciones ni para gerontes. Por ello en todos los casos resulta conflictivo e inconveniente el alojamiento de estas personas. Otra falencia importante de todas las unidades es que dependen a nivel sanitario de otras instituciones y profesionales ajenos por carecer de suficientes especialistas, infraestructura y elementos que permitan la atención integral de la salud de los internos.

Las actividades culturales y artísticas no responden a programas sistemáticos y continuados sino a emprendimientos aislados fundados más en el esfuerzo de profesionales y personal que en una programación institucional del servicio y los órganos de ejecución de la medida. Señala Goffman (ob. cit. 1) que “...*El mural pintado por los internos que las cárceles, los hospitales psiquiátricos y otras instituciones exhiben orgullosamente en sitios notorios, no prueba que se estimularan las aptitudes artísticas de todos, ni que el ambiente despertara la capacidad creativa de todos, pero prueba que a uno, por lo menos, le fue dado acometer la obra*”.

También son escasos los vínculos de los internos con su familia, pocos internos que reciben visitas y por eso suelen compartirlas. En general, los enfermos crónicos no reciben visitas en muchos años. Además de la influencia negativa en el ánimo del interno, este fenómeno obstaculizará la futura reinserción social a partir de una contención que permita formas de externación terapéutica transitoria. Esta limitación obliga a implementar mecanismos de reemplazo como pueden ser las casas de medio camino, los hospitales de día o de noche, entre otras alternativas. A partir de lo comprobado en la experiencia forense. así como de lo expuesto por los principales operadores en los ámbitos de discusión acerca del tema (*) se advierte una gran resistencia a incorporar en los establecimientos del medio libre (hospitales, casas de medio camino o pre-alta) a pacientes psiquiátricos que egresan de unidades psiquiátricas penitenciarias. Es por ello que los programas y establecimientos deberán crearse dentro de la órbita penitenciaria y con colaboración de las curadurías oficiales y de los órganos del fuero penal estableciendo programas independientes.

***Primeras Jornadas sobre Internaciones Psiquiátricas y Medidas de Seguridad** organizadas por la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en la ciudad de La Plata en octubre de 2006** cfr. materiales editados por la Procuración General.

Control sobre el cumplimiento de la medida

Desde los antecedentes históricos aparece un instituto que merece un particular reconocimiento, ya que encierra principios de tal sabiduría que su simple aplicación cotidiana, aminoraría y en algunos casos haría desaparecer muchas de las disfunciones, arbitrariedades y consecuencias gravosas innecesarias que suele conllevar la imposición de la medida de seguridad. Se trata de la institución castellano-indiana de la “visita de cárcel” que funcionó con regularidad durante el virreinato y fue el remedio más eficaz de control para mitigar los males de la cárcel. Las Ordenanzas de las Audiencias Indianas ratificaron que dos oidores fueran los sábados por tandas a visitar las cárceles, con presencia de alcaides, alguaciles, escribanos y el procurador fiscal. También concurrían los defensores de pobres. Había visitas especiales y generales y los reglamentos establecían las facultades que tenían en cada caso, sobre todo respecto a la libertad, los funcionarios encargados de realizarlas.

En Argentina siguieron practicándose con relativa regularidad, aunque insuficientemente en algunas jurisdicciones. No abundan los controles ni las visitas por parte de los órganos judiciales con el fin de tomar contacto directo, en su medio habitual, con los inimputables sujetos a medidas de seguridad. Ello se verifica históricamente de forma similar en las diversas jurisdicciones locales. José Luis Clemente (2) realizó un estudio en base a un cuestionario formulado a los tribunales de la provincia de Córdoba. Consigna que de los cuarenta y ocho tribunales encuestados respondieron veintidós y pudo establecer que el 72,72 % de los organismos jurisdiccionales tenían internos a su disposición cumpliendo medidas de seguridad en el Hospital Colonia “Dr. Emilio Vidal Abal”, fundado por Domingo Cabred en su incesante labor para extender la red hospitalaria en todo el país. El personal del 62,5 % de esos tribunales nunca concurrió al establecimiento para conocer las condiciones de ejecución de la medida que habían dispuesto. El 18,5 % sólo lo hizo en alguna oportunidad, el 18,7 % no contestó sobre el particular y el 18,7 % ni siquiera recibía los informes del establecimiento acerca del estado psicofísico del internado y su evolución según lo exigido en las resoluciones respectivas. Se constató así que más de la mitad de los tribunales desconocía el medio físico, las condiciones humanas y la forma de ejecución de la medida. Estos guarismos reflejan una situación que se reitera en las distintas jurisdicciones: falta de control e incluso falta de interés de un gran porcentaje de los funcionarios y magistrados judiciales tanto acerca de la ejecución de las medidas de seguridad como del estado del inimputable y el ejercicio de sus derechos. Este desconocimiento o desinterés perjudica la evolución del interno,

retrasando o imposibilitando muchas veces la cesación de la medida y egreso del sujeto.

En el ámbito de la jurisdicción nacional además de las regulaciones que surgen de la normativa procesal o de ejecución, las reglamentaciones del servicio penitenciario federal y las acordadas de la cámara del fuero, regulan detalladamente la ejecución de la medida, fijando los controles y visitas que deberán realizar los órganos encargados de velar por los internados en los hospitales neuropsiquiátrico del servicio penitenciario.

En la provincia de Buenos Aires, por su parte, destaca el Acuerdo 1989/81 de la Suprema Corte de Justicia que regula el Régimen de las Curadurías Oficiales de Alienados, estableciendo en el artículo 4 inciso a), que el Curador Oficial de Alienados deberá mantener contacto permanente con sus representados o asistidos, a cuyo efecto los visitará con la mayor frecuencia posible en los establecimientos donde se encuentren internados a fin de verificar las condiciones en que se desarrolla su tratamiento y evoluciona su enfermedad e interiorizarse de sus necesidades. Según el inciso g) a requerimiento de los jueces en lo penal o de oficio, prestará la necesaria asistencia a los inimputables que puedan ser externados por haber desaparecido las razones que motivaron su internación y también a sus familiares con el objeto de lograr el reintegro de aquéllos a la vida de relación. Es a estos efectos de relevancia el Acuerdo 1990/81 del mismo alto tribunal, referido al control judicial de la internación de enfermos mentales, previendo en el capítulo 1 dedicado a los procesados declarados inimputables que *“Los señores jueces en lo penal deberán verificar por sí las condiciones de higiene, seguridad y tratamiento en que se cumple la medida que en virtud de lo establecido por el artículo 34 inciso 1º del Código Penal hayan dispuesto respecto a los procesados declarados inimputables”* (artículo 1). *“En cumplimiento de lo estatuido en el artículo anterior dichos magistrados deberán visitar cuando las circunstancias lo requieran y por lo menos cada cuatro meses, acompañados de un médico psiquiatra de la Dirección General de Asesoría Pericial o asesorías periciales departamentales, a las personas allí mencionadas, en los establecimientos donde se encuentren, interrogándolas a fin de verificar su condición”* (artículo 2). También los defensores de pobres y ausentes y agente fiscal que haya intervenido en el proceso, deberán coadyuvar al cumplimiento de la reglamentación teniendo las mismas obligaciones que los jueces y debiendo instar y controlar el egreso de los internados, denunciando al juez competente y al Procurador General de la Suprema Corte de Justicia las irregularidades que adviertan en el cumplimiento de la referida medida de seguridad (artículo 5). Mediante la Acordada 3118/04 la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires por las atribuciones que le confiere el artículo 32 inciso “s” de la Ley 5827 –orgánica- estableció las visitas que debían efectuar los titulares de los organismos jurisdiccionales y los funcionarios del Ministerio Público a los establecimientos carcelarios y comisarías, pero en razón de las inquietudes que dicha norma provocó al no especificar la frecuencia de las visitas que

debían realizar los Jueces de Ejecución, de Garantías y Correccionales y los Jueces de los Tribunales Criminales con funciones de ejecución, el Alto Tribunal provincial dictó el 3 de marzo de 2004 la Acordada 3121 incorporando a la anterior como último párrafo del artículo 1 el siguiente: *“Los Titulares de los Juzgados de Ejecución, de Garantías y Correccionales, axial como los Jueces de los Tribunales en lo Criminal transitoriamente con funciones de ejecución, deberán realizar visitas a las unidades carcelarias y comisarías cuando el ejercicio de sus funciones axial lo requiera”*. Dejándose sin efecto en el artículo 2 último párrafo de la Acordada 3118/04 la mención que hacía al indicar *“Cuando lo consideren pertinente deberán ser puestas en conocimiento de los organismos del Estado que correspondan”* por considerársela sobreabundante.

El 22 de diciembre de 2008 la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires dictó la Acordada 3415, actualizando la Acordada 3118/04 a fin de optimizar las visitas penitenciarias y a los restantes lugares de detención por parte de los magistrados y funcionarios judiciales, adecuándolas a un protocolo estándar en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de Naciones Unidas. En tal cometido, además de la creación específica de la Subsecretaría de Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad (mediante Resolución 250/07 y Acuerdo 3390/8 y modificatorias) dispuso la formación de un Comité permanente de seguimiento en cada departamento judicial, conformado por el Presidente de la Cámara Penal, el Fiscal General y el Defensor General de cada jurisdicción, que valora los informes elevados por los magistrados y demás funcionarios que realizan visitas periódicas a los lugares de detención, fijándose un nuevo mecanismo de visitas, distinguiendo las visitas jurisdiccionales que se realizan en el marco de un proceso puntual de las visitas institucionales, referidas a la verificación del estado del lugar de detención, régimen carcelario impuesto a los internos, servicios de salud, alimentación y similares. Se estableció entonces un cronograma de visitas institucionales fijado por el Comité departamental, que también verifica el cumplimiento y recaba los informes para elevarlos a la Subsecretaría de Derechos Humanos de Personas Privadas de la Libertad de la Suprema Corte de Justicia provincial. El detalle de las visitas jurisdiccionales e institucionales, axial como el Registro de Habeas Corpus y demás aspectos se regulan del artículo 2 al 11 del citado Acuerdo al que me remito, agregando asimismo que los citados controles se encuentran en pleno funcionamiento, reuniéndose los Comités de los 18 Departamentos Judiciales con la Subsecretaría de Derechos Humanos de Personas Privadas de la Libertad en la sede de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, para tener contacto directo e informar sobre el control trimestral de visitas actualmente vigente, al tiempo que se van adecuando y perfeccionando los aspectos contingentes que surgen de la realidad carcelaria y de centros de detención de cada departamento judicial. La más reciente modificación del régimen de visitas a lugares de detención por el Comité Permanente de cada

departamento judicial se realizó en el año 2015, ratificando la periodicidad trimestral y semestral respectivamente de las visitas jurisdiccionales e institucionales.

No es ocioso recordar en este punto que todas estas formas de control nacen de una necesidad, pues la indeterminación temporal de la medida dio lugar a abusos en todos los países. No obstante, ese riesgo y el consecuente temor a su implementación, desaparecen si se practican revisiones judiciales adecuadas, obligatorias y periódicas respecto de la situación procesal y material en que el enfermo mental cumple su medida de seguridad. Es entonces aconsejable que la ley establezca plazos de revisión obligatoria para las autoridades jurisdiccionales y penitenciarias que intervienen en la etapa de ejecución, asegurando su cumplimiento con sanciones establecidas con antelación respecto del funcionario u órgano que infrinja estas obligaciones de contralor específicamente determinadas

Situaciones como las indicadas no sólo se verifican en Argentina. Los “Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental” aprobados mediante la Resolución 46/119 por la Asamblea General de Naciones Unidas, demuestran la preocupación evidenciada por el tema en el ámbito internacional.

El principio 14, en su párrafo 2 se refiere a la necesidad de ejercer control, indicando *“Todas las instituciones psiquiátricas serán inspeccionadas por las autoridades competentes con frecuencia suficiente para garantizar que las condiciones, el tratamiento y la atención de los pacientes se conformen a los presentes Principios”*. El Principio 22 establece que *“Los Estados velarán para que existan mecanismos adecuados para promover el cumplimiento de los presentes Principios, inspeccionar las instituciones psiquiátricas, presentar, investigar y resolver quejas y establecer procedimientos disciplinarios o judiciales apropiados para casos de conducta profesional indebida o de violación de los derechos de los pacientes”*. Se advierte así que la preocupación por el ejercicio adecuado de controles respecto de las personas ingresadas en todo tipo de instituciones psiquiátricas es idéntica en los ámbitos locales e internacionales.

En España, por ejemplo, la Fiscalía General de Estado dictó la Instrucción General NC 6/87 de fecha 23 de noviembre de 1987 ordenando a los fiscales un seguimiento de los individuos ingresados en establecimientos psiquiátricos penitenciarios con *“...el fin de evitar la permanencia en estos establecimientos de personas que pudieran reintegrarse a la sociedad. Cada seis meses se elevará a la Fiscalía General una relación de personas ingresadas en estos centros y las circunstancias que aconsejen su permanencia en los mismos”*. Se prevé que, a pedido del interesado, también pueda realizarse una revisión e informe.

En definitiva, todos los controles que se implementen son bienvenidos si podrán reducir el desamparo en que se encuentran los enfermos mentales que cometieron un delito y permanecen durante muchos años en centros

psiquiátricos sin ningún tipo de seguimiento judicial, en muchos casos sin tratamiento adecuado y sometidos a la discrecionalidad del personal sanitario y penitenciario.

Por otra parte, debe exigirse el cumplimiento de parámetros que permitan evaluar las ventajas y seguridad que brindan los programas alternativos al paciente y su entorno. Como señalan algunos autores (Vázquez Barquero en España, entre otros) se debe romper con la vieja idea de que la evaluación es necesaria exclusivamente respecto de la ejecución del programa, sin tener en cuenta que existen niveles superiores que también precisan ser evaluados. Así, por ejemplo, las políticas de externación impulsadas en diversos países para reducir el gasto público (vgr. en EEUU durante la presidencia Reagan) demuestran que los programas alternativos no son una garantía para la mejora de los pacientes y deben seguir ejerciéndose controles sobre esos programas a fin de asegurar la eficacia para el paciente y para la sociedad. Con esa finalidad se emplean métodos de evaluación de los programas de rehabilitación de pacientes psiquiátricos.

La liberación sin control ni seguimiento adecuado puede conducir paradójicamente al aumento de las internaciones debido a los reingresos. Algunos autores se preguntan incluso si las prisiones reemplazan o reemplazarán al sistema sanitario deficiente, como sucede en el caso de los enfermos mentales sin hogar ni contención, que terminan encarcelados en un medio que los recibe más rápidamente cuanto mayor es su trastorno y descompensación y tanto mayor la deficiencia del tratamiento post-hospitalario. En los EEUU, en el año 1998, provocó cierto desconcierto una consecuencia del manejo indiferente de los programas de tratamiento de los enfermos mentales. Denuncia la División Derechos Civiles del Departamento de Justicia una deliberada indiferencia general hacia los internos con necesidades de atención en su salud mental, verificándose el crecimiento de enfermos mentales entre la población carcelaria. El informe había tenido origen en la cárcel del condado de Los Ángeles, la mayor institución de atención psiquiátrica estadounidense sin ser un hospital especializado en el tema. Ante esta situación calificada de inconstitucional por el Departamento de Justicia, se advirtió que las cárceles se habían convertido en los nuevos hospitales psiquiátricos de los EEUU. La situación se repetía en la mayoría de centros de detención estatales y federales de todo el país. La mayoría de los enfermos mentales indebidamente alojados en el medio carcelario eran personas sin hogar que no podían solventar la atención médica que requerían. El cierre de muchos hospitales públicos y el endurecimiento de las leyes que regulaban la admisión de enfermos mentales en esos institutos condujeron a esa absurda consecuencia práctica. Una de cada diez personas detenidas sufría esquizofrenia, depresión o manía, un porcentaje cuatro veces mayor que el de la población general del país. Muchos de los enfermos mentales alojados en las cárceles sólo habían cometido una contravención, ocasionada por las perturbaciones de su conducta que no se evitaron con un adecuado tratamiento

de su patología mental. Al cerrarse los hospitales para enfermos mentales y propiciarse el tratamiento ambulatorio con la ayuda de los avances en farmacología, se descuidó un factor fundamental; la necesidad de control y seguimiento.

Entonces la alternativa que parecía más humana, ejercida sin controles, terminó criminalizando la enfermedad. La ausencia de control y seguimiento de la evolución del externado hizo frecuente el abandono de la medicación por los pacientes que no deseaban los efectos secundarios de la misma, o que incluso los desechaban por la falta de conciencia de enfermedad. Los gobiernos de los Estados demoraron en crear las redes clínicas e instituciones especiales prometidas para el control de los pacientes externados y obtener tratamiento se convirtió en algo cada día más difícil. Las clínicas privadas mantuvieron fuera de su sistema a los psicóticos y las leyes hicieron más difícil la atención de los enfermos mentales. Entonces se utilizaron los establecimientos carcelarios cuyo número creció y se alojó allí a los enfermos mentales sin brindarles tratamiento terapéutico. Se produjo así, también paradójicamente, que en un país económicamente desarrollado se produjera un retroceso en el tratamiento del enfermo mental tanto clínicamente como en relación a sus derechos constitucionales. La policía arrestaba en muchos casos al enfermo mental con un propósito de humanidad: facilitarle la obtención de tratamiento. Este caso ilustrativo de los extremos a que puede conducir una implementación irresponsable de salidas y externaciones sin control, apoyo, evaluación ni contención, permite advertir que sólo el establecimiento de una política integral de tratamiento del enfermo y de su entorno puede conducir a una externación adecuada viable y duradera. Lo contrario llevaría a la irresponsable actitud de dejar librado a su suerte a un enfermo mental vulnerable en un medio indiferente, donde permanecería en una engañosa libertad de breves períodos, acortados por la recidiva de su enfermedad, ante factores de riesgo que el medio le presenta al no asumir la responsabilidad de asistirlo debidamente.

Liberarlo para reingresarlo al corto plazo no es un proyecto deseable ni siquiera rentable para una sociedad utilitarista, pues demanda mayor costo que una correcta asistencia ambulatoria controlada. Se agrega al costo económico, el costo ético y moral que representaría una nueva víctima del inimputable que pudo evitarse mediante un control adecuado del enfermo con riesgo de recidiva violenta.

No reiterare aquí lo comentado sobre la experiencia de desmanicomialización en Italia en cuanto a los aspectos negativos que tuvo, como el ingreso de los externados de hospitales monovalentes del medio libre a los manicomios judiciales y penitenciarios, de régimen más estricto. Me remito a lo dicho al ocuparme de ese país en el ítem sobre derecho extranjero de este trabajo.

En cuanto al ejercicio del control de la ejecución de la medida de seguridad en la Provincia de Buenos Aires y en la Ciudad de Buenos Aires por parte de los órganos encargados de su imposición y contralor, resultan ilustrativos los datos

obtenidos a partir de los trabajos de investigación de campo en las respectivas unidades psiquiátricas penitenciarias.

En la Unidad 34 del servicio penitenciario bonaerense, las autoridades refirieron que los internos suelen recibir visitas de las curadurías departamentales, algunas de las cuales las realizaban con frecuencia citando las curadurías de San Martín, Azul y San Isidro. También recibían visitas de las defensorías oficiales. Al momento de realizarse uno de los trabajos de campo arribó una visita de personal de una defensoría oficial de La Plata, retirándose el jefe de la unidad para recibir a ese personal y acompañarlos en el recorrido por la unidad. También mencionaron la frecuente concurrencia de los psiquiatras y psicólogos de las asesorías periciales y de la junta de seguimiento. En cuanto a los jueces manifestaron que eran por entonces escasas las visitas y que cuando las realizaban eran de carácter general. En tal sentido aclara la autoridad penitenciaria entrevistada que se pregunta a los visitantes oficiales para saber si realizarán una visita general o en particular a un determinado interno. En caso de ser general (institucional) pueden ver a cualquier interno. Por lo general, la modalidad operativa de la visita oficial es contar con un listado y requerir a los internos registrados en el mismo, para entrevistarlos si lo permite su estado psíquico, es decir si tienen posibilidad, por su conexión con el medio y estado mental, de entablar un diálogo en ese momento.

A partir de la implementación de los Comité de Seguimiento Permanente Departamental, las visitas se fijan con carácter obligatorio trimestral y semestral respectivamente para las jurisdiccionales e institucionales regulado por la SCJBA, mediante distintas acordadas datando la última actualización del año 2015.

Uno de los profesionales médicos del área de salud en aquel entonces durante los trabajos de campo señaló que son frecuentes las visitas y comunicación con los psiquiatras de las asesorías, del gabinete forense y psiquiatras forenses que se entrevistan con los internos. También son visitados por curadurías oficiales y defensores oficiales. Al ser entrevistado en aquella oportunidad en forma particular un interno de la unidad, expresó que solamente lo visitaba el defensor oficial (Defensoría n° 2 de San Isidro), que no fue visitado nunca por el juez y que no sabía a disposición de qué juzgado de San Isidro se encontraba. Agregó que la familia lo visitaba cada quince días debido a la lejanía de la unidad respecto de su lugar de domicilio.

En el pabellón psiquiátrico de mujeres que por aquel entonces se alojaba en la Unidad 33 del servicio bonaerense, las autoridades y profesionales refirieron que las defensorías oficiales suelen frecuentar la unidad para visitar a los internos, que también lo hacen algunas curadurías oficiales, prevaleciendo visitas de carácter general, en tanto los otros magistrados y funcionarios judiciales (jueces y fiscales) rara vez visitan la unidad. Las internas entrevistadas en particular ratificaron estos datos. Una de las internas al ser preguntada sobre el tema al tiempo de realizar la entrevista, refirió haber

recibido visitas de la defensoría hasta que le fue dictado el sobreseimiento por inimputabilidad, después de lo cual no tuvo más visitas perdiendo todo contacto, habiéndole comentado el personal de la defensoría que la tarea de la misma finalizó con el dictado del sobreseimiento. Manifestó también que en una ocasión fue visitada por la curaduría oficial de Morón. Nunca la visitó el juez, aunque sabe a disposición de qué juzgado de garantías se encuentra y que fue sobreseída por inimputabilidad con la medida de seguridad que cumple por el delito de homicidio simple, hecho cometido el año 1994. Agrega que la visita regularmente su concubino y le trae todo lo que necesita. Otra interna de la misma unidad refirió encontrarse cumpliendo una medida de seguridad en una causa por amenazas agravadas de la que fue sobreseída por inimputable, que conocía el juzgado a cuya disposición se encontraba y que estaba internada en la unidad desde hace tres años, habiendo sido visitada por la defensoría y la curaduría oficiales, pero hasta ese momento no por el juez ni los fiscales. Agregó que recibía la visita familiar de su hermano. Por último, otra interna entrevistada refirió encontrarse a disposición de un juzgado de La Plata ignorando todo dato del juzgado y de la causa. Expresó carecer de referencias para contactarse y conocer cuestiones relacionadas con su internación y posibilidades de alta. No recordaba direcciones ni teléfonos de su madre que vivía lejos de la unidad de manera que no tuvo forma de contactarse con ella. Dijo saber que la acusan de haber robado un teléfono, pero sin recordar nada del hecho y relató que antes recibía la visita de un defensor oficial de La Plata, pero que ya no sabe cómo contactarlo.

En las entonces unidades 20 y 27 del servicio federal no había sido posible entrevistar a los internos por expresa disposición de la Dirección de Ceremonial. Consecuentemente, los datos recabados en la investigación provienen de las entrevistas y cuestionarios requeridos al personal y a los profesionales de las unidades. Sin embargo algunos elementos resultan suficientes para evaluar la situación, siendo el primero de ellos la Resolución 1370/08 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dictada el 17 de junio de 2008 mediante la cual habiendo constatado en visita a la Unidad 20 del S.P.F., discrepancias sobre la necesidad de permanencia en dicha unidad de internos a disposición de los tribunales nacionales y federales, entre estos y la opinión de los profesionales tratantes, resultando innecesaria la permanencia de internos que no presentaban patología, que se hallaban compensados, o susceptibles de tratamiento ambulatorio, se dispuso que los tribunales debían contar con información más precisa, instruyéndose al Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional para que ante el requerimiento efectuado por la Dirección de la Unidad Penitenciaria N° 20 del S.P.F., se designara un perito psiquiatra para que en el término de 5 días acordase la integración de una Junta Médica con dos profesionales de la Unidad, dicha Junta puede requerir todos los informes y exámenes necesarios para su conocimiento e ilustración, expidiéndose dentro de los 15 días corridos con un informe acerca de: a) la conveniencia de que el interno permanezca en la Unidad, b) en caso negativo

señalando el tratamiento que corresponda y las medidas por tomar y c) si fuere el caso, indicando las instituciones a las que deba derivarse. Dicha Junta remite el informe al tribunal a cuya disposición se encuentre el interno. Se recomendó asimismo a los tribunales a prestar especial atención a estos informes para reconsiderar las disposiciones de internos.

El otro elemento de valoración se obtuvo a través de lo expresado por el personal de seguridad de la entonces Unidad 27 en tanto señaló que las internas recibían por aquel entonces ocasionalmente la visita de los jueces de ejecución. Las defensorías oficiales practicaban visitas generales, sin continuidad y por expreso pedido de las internas y también eran visitadas por médicos forenses para disponer la aplicación de la medida del artículo 34 inciso 1° del Código Penal (internas alojadas por internación provisional). Consideraban necesario un control judicial más próximo respecto de la evolución de las internas y mencionaron como ilustrativo el caso de una paciente tranquila que quedó con el proceso suspendido por aplicación del artículo 77 del código procesal y que ningún órgano judicial se ocupó de ella hasta que el servicio penitenciario federal informó al juzgado interviniente sobre su buena evolución y entonces fue trasladada al hospital Braulio Moyano.

Eran varios los casos de internas en condiciones de ser externadas, circunstancia que la autoridad judicial llega a conocer a instancias de otros órganos. Cabe advertir que las autoridades de la entonces unidad 27 indicaron que no es frecuente que una interna permanezca alojada en allí más de siete años como puede suceder en otros ámbitos, ya que se logra su externación por encontrarse a disposición del juez de ejecución o se la traslada a un hospital neuropsiquiátrico del medio libre. Los profesionales de la misma unidad manifestaron en aquel momento que frecuentemente los controles eran realizados por los médicos psiquiatras del cuerpo médico forense en la sede del mismo o visitando a las internas en la unidad, lo que permitía evaluar su evolución. Si lo solicitaba el magistrado interviniente, las internas eran trasladadas para comparecer ante el mismo. Las defensorías oficiales y, en algunos casos los jueces de ejecución, visitaban a las internas más regularmente, encontrándose las historias clínicas y los legajos a disposición de los magistrados.

En las unidades psiquiátricas del servicio federal, las internas, además de hallarse a disposición de los jueces penales de ejecución solían encontrarse a disposición de jueces civiles. En aquel momento en la Unidad 20 del mismo servicio penitenciario, las autoridades consultadas indicaron que existía muy poco control inmediato por parte de los órganos judiciales: no concurrían ni en forma particular ni general y tampoco se implementaban visitas mensuales. Los defensores por su parte concurrían los jueves y a veces realizaba visitas el personal del ministerio de justicia.

Antes de emprender cualquier modificación o reforma de envergadura, parece propicio cumplir con las normas ya existentes contenidas en los códigos procesales y las leyes de ejecución, así como en las acordadas de los superiores

órganos jurisdiccionales para establecer un adecuado control de la ejecución de la medida de seguridad en cuanto a las condiciones de cumplimiento material, a la evolución y estado psicofísico del sujeto al que se aplican y al tratamiento que se brinda. No alcanza con las visitas formales que Goffman (ob. Cit.) ilustra refiriendo un ejemplo de la vida carcelaria inglesa: “...Realmente no sé para qué arman tanto alboroto por su visita (la del comisionado) si todo lo que hace es venir a almorzar con el jefe, echar una miradita a la prisión, y salir disparando en su cochazo inmediatamente. A veces entra como quien no quiere la cosa adonde se nos da de comer, elige a uno cualquiera y le pregunta: ‘¿Qué tal la comida? ¿Hay alguna queja?’ Uno mira al jefe, y al segundo jefe de turno (que no se despegan del tipo mientras está aquí) y entonces contesta: ‘No hay queja señor’”.

El control judicial

En el Departamento Judicial Lomas de Zamora, actualmente funcionan dos Juzgados de Ejecución. Al tiempo de realizar los trabajos de campo existía un solo Juzgado de Ejecución que había comenzado su tarea en el año 2005, teniendo a su cargo lo relativo a la ejecución de penas y el cumplimiento de medidas de seguridad. En él tramitaban 3.300 causas, teniendo a su disposición al mes de noviembre de 2006 la cantidad de 747 condenados y 49 declarados inimputables. Entre estos últimos no había mujeres y 6 de ellos estaban sujetos entonces a tratamiento terapéutico ambulatorio sin que se registraran conductas violentas a la fecha de realización de los trabajos de campo. Uno de los inimputables llevaba veintiséis años de internación. Se hallaba en esa situación como consecuencia de la falta de una familia que se hiciera cargo de él. Se dedicaba a colaborar en la unidad en tareas administrativas. Tratándose de un caso extremo en cuanto a la mayor duración de la internación por razones vinculadas a la ausencia de contención en el medio externo. En cuanto a recidivas, al ser consultado el Juez entonces a cargo señaló que en un año, sólo se había producido una recidiva, debido a que el paciente externado se había negado a ingerir la medicación. Luego de pocos meses de producida la externación la familia solicitó la reinternación, manifestando que no podían controlarlo y que se producían situaciones conflictivas.

Los declarados inimputables menos peligrosos son alojados en la Unidad 10 en un régimen de seguridad moderado y algunos en instituciones privados. El resto es remitido a la Unidad 34. El magistrado entrevistado, a cargo en su momento, señaló la problemática más frecuente durante la ejecución de la medida:

1. Falta de apoyo de familiares que se hagan cargo del inimputable. Resulta difícil contactarlos y cuando se lo logra rehúyen hacerlo o bien, al presentarse descompensaciones por falta de ingestión de los

medicamentos, solicitan su reinternación. En otros casos, la familia no resulta contenedora por tener graves disfunciones como violencia o alcoholismo, resultando entonces desaconsejable que sea externado para vivir en ese ambiente. La evolución favorable en la salud mental del inimputable, frente a la inexistencia de un medio exterior que lo contenga, define la imposibilidad de cambios en el régimen de internación dada la carencia de establecimientos intermedios o programas de externación asistida. Había entonces en su juzgado 4 inimputables en condiciones de ser externados, pero el egreso no podía concretarse por falta de personas que se hicieran cargo de ellos.

2. Escasez de médicos psiquiatras y especialistas en las unidades, que repercute negativamente en el tratamiento de los internados. Esta escasez se produce por la asimilación de esos profesionales a bajas categorías del escalafón del servicio penitenciario, implicando una reducida remuneración. Consecuentemente, es posible contar con médicos generales, pero más dificultoso contar con médicos que tengan formación, especialización y cierta trayectoria. Resulta así que el servicio penitenciario bonaerense cuenta con un solo neurólogo y escasos psiquiatras para todas las unidades que alojan inimputables.
3. Suscitó en su momento inconvenientes el pase de los psiquiatras asistenciales de las unidades penitenciarias a la órbita del Ministerio de Justicia, ya que los directores no tenían relación jerárquica con ellos. En tales condiciones, frecuentemente los requerimientos judiciales no lograban cumplirse con la premura necesaria. Con anterioridad bastaba que el juez se comunicara con el director para obtener de inmediato un informe del psiquiatra.
4. Los inimputables no realizaban directamente reclamos o peticiones. En general lo hacían los defensores cuando detectaban alguna carencia.
5. Dada la cantidad y diversidad de causas en trámite y el escaso personal, no resultaba materialmente posible que el juez o los funcionarios del juzgado en ese entonces constituirse con la periodicidad necesaria en las unidades, aun cuando se diagramaban las visitas tratando de optimizar el tiempo disponible. A ello se agregaba que las unidades son varias y distantes entre sí. La regularidad de los controles se verificaba

en ese entonces mediante los informes médicos provenientes de la unidad.

6. Las cuestiones de competencia suscitadas con los tribunales de familia obligaban al inimputable a estar indefinidamente a disposición del juez de ejecución.

En cuanto a las sugerencias para mejorar la situación de los sujetos a la medida de seguridad, el magistrado sugirió que deberían estar alojados en hospitales especiales, pero no necesariamente bajo el régimen del servicio penitenciario. También estimó conveniente contar con establecimientos intermedios y casas que pudieran albergar a quienes se encuentran en condiciones de ser externados, pero no cuentan con un medio contenedor propio y que se den a conocer los programas que se desarrollan en el ámbito de salud mental común y que éstos sean extendidos a los inimputables sujetos a medidas de seguridad. La situación descripta no difiere mucho de lo que se registra en la actualidad.

Adaptación de la medida a la evolución del sujeto

Uno de los presupuestos a partir de los cuales se logra eficacia en la implementación del tratamiento de los inimputables, es la flexibilidad en la aplicación de la medida según la evolución del estado psicofísico del sujeto. La naturaleza de la cuestión no permite determinar con anticipación el tiempo que demandará en cada persona la desaparición de su peligrosidad o de los riesgos de cometer actos violentos. La medida debe seguir por ello la evolución del paciente y ser adaptada por el órgano de aplicación a las necesidades que son sumamente variables y diversas. Las posibilidades de modificar las instrucciones inicialmente dispuestas para la ejecución de la medida se preveían en los códigos procesales. (Artículo 512 del Código Procesal Penal de la Nación y 518 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires incluso antes de ser modificado por la Ley 14.296). A partir de la sanción de dicha ley se flexibilizó aún más tal posibilidad otorgada al Juez de Ejecución, en tanto el nuevo Art. 518 según Ley 14.296 señala: *“El Juez de Ejecución, al disponer la ejecución de una medida de seguridad, impartirá las instrucciones necesarias a la autoridad o al encargado de ejecutarla. También fijará los plazos en que deberá informárselo acerca del estado de la persona sometida a la medida o sobre cualquier circunstancia de interés, el que no podrá ser superior a los seis (6) meses. Dichas instrucciones podrán ser modificadas en el curso de la ejecución, según sea necesario, dándose noticia al encargado. Contra estas resoluciones no habrá recurso alguno.”*

El juez en tal cometido podrá además optar entre mantener al paciente en una institución psiquiátrica de carácter penitenciario o trasladarlo al sistema sanitario, sustituir la internación por otros programas que se desarrollen en la comunidad, adoptar los dispositivos integrales o parciales que ofrezca el medio

(vgr. residencias y talleres dotados de personal especializado para la continuidad del tratamiento de rehabilitación) o las diversas medidas alternativas y complementarias del tratamiento ambulatorio, todo ello en la medida que resulte recomendable conforme la evolución del paciente.

Si la peligrosidad no desapareció, pero disminuyó en intensidad, deberá graduarse la medida a fin de sustituirla, en caso de ser necesario, por una más acorde a la evolución de su estado. No debe confundirse la desaparición de la peligrosidad con la desaparición de la enfermedad o curación del enajenado. La medida de seguridad de internación psiquiátrica no puede mantenerse buscando la curación cuando ya ha desaparecido la peligrosidad de daño para sí o para otros. **En el medio penitenciario en general, suele priorizarse la seguridad al tratamiento y así lo advierte también el informe anual correspondiente al período 2002/2003 del Procurador Penitenciario referido al ámbito del Servicio Penitenciario Federal.**

Esta importante faceta de la medida está directamente vinculada al control de la ejecución, ya que difícilmente el órgano jurisdiccional pueda adaptar adecuadamente la medida a la evolución del sujeto si la desconoce o no tiene actualizado su estado. Esta flexibilización de la medida conducirá progresivamente a la adaptación del sujeto al entorno y posibilitará el paso de un régimen severo a uno moderado o semi-abierto y de allí con transición acompañada a la libertad. En la práctica, la adecuada observación y los exámenes de los especialistas (Gabinete Psiquiátrico Forense en el caso del Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires y Cuerpo Médico Forense en el Servicio Penitenciario Federal) permiten informar al juez acabadamente sobre el estado psico-físico del sujeto, así como los factores de riesgo y de protección con que cuenta. Es a partir de esos informes que pueden introducirse cambios de régimen progresivos hasta lograr la externación terapéutica por períodos breves cuando desaparece la peligrosidad. Sucesivas prórrogas llevarán a la posibilidad de hacer cesar definitivamente la medida de seguridad si la estabilización del cuadro y una contención adecuada a nivel familiar y social del paciente lo permiten. Cabe señalar que este proceso se presenta más complejo en el caso de sujetos adictos -toxicómanos y alcoholistas- ya que no existen, en el ámbito nacional y bonaerense, establecimientos especiales para alojarlos y tratarlos adecuadamente.

Externación terapéutica temporaria. Altas a prueba

Las normas de ejecución regulan las posibles formas de acceso a la libertad para los inimputables, previendo generalmente un régimen progresivo cuya implementación en cada caso dependerá de la disminución o el cese de la peligrosidad que fuera el presupuesto de su encierro. El artículo 24 de la ley 12.256 de la Provincia de Buenos Aires disponía en materia de externaciones de los sujetos a la medida prevista en el artículo 34 inciso 1° del Código Penal : *“Cuando la junta de selección dictamine que ha disminuido o cesado la*

peligrosidad de absueltos y sobreseídos definitivos, podrá disponerse su inclusión en un régimen terapéutico de externaciones transitorias o altas a prueba; o continuación del tratamiento específico en otros establecimientos especializados y/o su egreso con el alta definitiva". El artículo 25 agregaba que "A los efectos de esta tramitación la junta de selección aconsejará al juez de ejecución o competente quien en definitiva resolverá con la intervención del ministerio público".

La Ley **14.296** (B.O. 8-9-2011) modificó el artículo 24 que reza actualmente: *"El Juez de Ejecución o Juez competente deberá revisar la pertinencia de mantener la medida de seguridad con una periodicidad no mayor a seis (6) meses, a cuyo efecto regirán las disposiciones del artículo 3ª de la presente ley. Si se determinase que ha cesado la peligrosidad a que se refiere el artículo 34 inciso 1º del Código Penal, deberá disponerse la libertad inmediata del detenido. Asimismo, previos informes que justifiquen y fundamenten que ha disminuido la peligrosidad de absueltos y sobreseídos definitivamente que se encuentren sometidos a una medida de seguridad, podrá disponerse su inclusión en un régimen terapéutico de externaciones transitorias o altas a pruebas; o continuación con el tratamiento específico en otros establecimientos especializados y/o su egreso con el alta definitiva". En tanto el nuevo artículo 25 indica: "A los efectos de esta tramitación el o los peritos brindaran su opinión al Juez de Ejecución o Juez competente, quien, en definitiva, resolverá en la forma fijada por el artículo anterior".*

Como puede apreciarse esta ley vino a implementar expresamente el régimen de externación progresivo y el control periódico que se venía proponiendo por sentido común.

En otro orden normativo, debe señalarse el Acuerdo 1989/81 de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en tanto regula el Régimen de las Curadurías Oficiales de Alienados, estableciendo en el artículo 4 inciso g) la obligación del curador oficial, sea a requerimiento de los jueces en lo penal, o bien por propia iniciativa, a *"prestar la necesaria asistencia a los inimputables que puedan ser externados por haber desaparecido las razones que motivaron su internación, y a sus familiares con el objeto de lograr el reintegro de aquéllos a la vida de relación"*.

Las tendencias actuales, incluso para los imputables, buscan sustituir las antiguas formas de liberación condicional y bajo palabra, por pruebas progresivas de aptitud para la libertad de los detenidos ya que el medio carcelario opera en muchos casos como contención del sujeto cuya conducta deberá evaluarse en función de su forma de actuar y reaccionar en libertad.

El procedimiento de externación terapéutica temporaria de los inimputables tiene diversas etapas. En primer término, los profesionales psiquiatras y el equipo interdisciplinario suelen aconsejar la posible externación. El Gabinete Psiquiátrico del servicio penitenciario bonaerense y los psiquiatras de las asesorías periciales o el Cuerpo Médico Forense de la justicia nacional tienen la incumbencia específica respecto de la externación y las altas a prueba de los

inimputables. En tanto La Junta de Selección y el Grupo de Seguimiento del Servicio Penitenciario se expiden, en base a la totalidad de informes realizados (médicos, psiquiátricos, psicológicos, asistenciales), aconsejando la inclusión del interno en el tipo de régimen que consideran más apropiado a su evolución y lo informan efectuando la sugerencia.

Los datos obtenidos en los trabajos de campo y en la práctica judicial indican que, en el ámbito del servicio penitenciario bonaerense, debería apuntarse al logro de criterios más homogéneos por parte de los psiquiatras intervinientes en torno a la externación del sujeto en altas a prueba y el eventual cese de la medida. También pudo apreciarse cierta falta de interacción entre los psiquiatras asistenciales que brindan tratamiento al paciente durante su internación y los psiquiatras y especialistas del Gabinete Psiquiátrico Forense del servicio penitenciario, integrado por cuatro médicos legistas, tres psiquiatras y un clínico y que tiene competencia para expedirse respecto de las altas a prueba, externaciones terapéuticas transitorias y cese de la medida de seguridad.

En la mayoría de los casos el gabinete psiquiátrico carece de un fluido contacto con los psiquiatras, psicólogos y asistentes sociales de la unidad en que se aloja el interno acerca del cual deberán dictaminar. El trabajo de dicho órgano se realiza de manera aislada, con una perspectiva unilateral. Mientras el psiquiatra de la unidad observa la evolución del sujeto durante todo el período que duró su internación, el gabinete psiquiátrico tiene una visión puntual en la historia vital y clínica, correspondiente al momento de la entrevista. Este procedimiento impide la integración de estudios más amplios que puedan contemplar adecuadamente la evolución del estado del sujeto desde el ingreso hasta la actualidad. Si ambos equipos intercambiaran sus experiencias, análisis y observaciones respecto del paciente, aumentaría el conocimiento de la realidad del sujeto obteniendo un mayor nivel de certeza. En algunos casos pudo comprobarse que no solamente los integrantes del gabinete no examinan al interno en la unidad ni la visitan, sino que tampoco toman vista de las historias clínicas. Se expiden entonces en base al corte en la historia psiquiátrica y vital del paciente que se produce en el momento de la entrevista, con una perspectiva estática.

En cuanto a las incumbencias, si bien cada profesional debe cumplir su respectiva función (*) la integración respetaría y favorecería los aspectos funcionales, tanto de los psiquiatras como de los especialistas asistenciales de la unidad al momento de analizar cada caso para dictaminar fundadamente acerca de temas tan decisivos como el régimen de externación terapéutica temporaria, las altas a prueba, el cese de la medida, y los factores de riesgo.

*En caso de existir disparidad de criterios entre los integrantes del Gabinete Psiquiátrico Forense acerca de la posibilidad de externación del interno, se remite para su decisión a la asesoría pericial respectiva.

Cabe acotar que, a diferencia de lo señalado precedentemente, en el ámbito del Servicio Penitenciario Federal es frecuente la concurrencia e intercambio

de apreciaciones y perspectivas entre los psiquiatras asistenciales de la unidad y los psiquiatras del Cuerpo Médico Forense que se ocupan de brindar tanto los informes que permitirán establecer si el sujeto pudo comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones, como los que luego serán tenido en cuenta para disponer las externaciones temporarias terapéuticas y en su caso el cese de la medida. Dichos peritos psiquiatras asimismo suelen constituirse en las unidades y entrevistar a los internos.

En los casos más graves, en la provincia de Buenos Aires, el sujeto de la medida de seguridad suele ingresar a un régimen cerrado de máxima seguridad pudiendo ser trasladado en caso de producirse una mejoría, a un régimen semiabierto de colonia penitenciaria. Por ejemplo, del régimen severo de máxima seguridad de la Unidad 34 puede pasar a algunas de las Colonias ya citadas de la Unidad 10 del servicio penitenciario bonaerense, que es semiabierto con posibilidad de trabajar en huertas.

En tal sentido incluiré en este apartado la cita de algunos casos correspondientes a causas tramitadas en el Departamento Judicial Lomas de Zamora, con intervención del Sr. Fiscal General Eduardo César Alonso, con quien he desarrollado al tiempo de desempeñarme como Secretaria de esa Fiscalía General - en casos que se presentaron como propicios dentro del ámbito de dicha Fiscalía de Cámaras- una experiencia piloto destinada al seguimiento de la evolución de los inimputables sometidos a medidas de seguridad, en aras de propiciar su adaptación progresiva con miras a la cesación de la medida y recuperación de la auto valía del paciente.

Así por ejemplo puedo citar lo acontecido en la causa N° 56.339 “D, G. s/tentativa de homicidio, lesiones y resistencia a la autoridad” del registro de la Sala II de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías del Departamento Judicial Lomas de Zamora. El causante cometió los hechos delictivos el 11 de noviembre de 1996 cuando tenía veintidós años de edad, su diagnóstico fue esquizofrenia paranoide, encontrándose descompensado al momento de la comisión por no recibir tratamiento desde hacía varios años dado que la familia no tenía conciencia de la gravedad de su enfermedad. Así lo alojó durante esos años en una vivienda lindera para que no causara molestias al resto del grupo familiar y sin proveerle medicación ni tratamiento. Las características mismas del hecho y su modalidad permitieron advertir desde el inicio que se trataba de un enfermo mental: lesionó con arma blanca al médico de una sala de primeros auxilios porque no le otorgó un certificado de aptitud para portar armas y luego atacó a la policía con el mismo cuchillo cuando intentaba su detención, lesionando a uno de los agentes y golpeándose contra el patrullero. Fue entonces inmediatamente alojado en la Unidad 34 del servicio penitenciario bonaerense. Nueve días después fue declarado inimputable y sobreseído definitivamente en la causa, confirma el juez su internación en la Unidad 34 en régimen cerrado estricto para brindarle tratamiento. El 4 de febrero de 2000 el Gabinete Psiquiátrico Forense informa que debe continuar su internación en

unidad psiquiátrica penitenciaria por no haber desaparecido las causales que motivaron su internación, pero recomienda iniciar el programa de integración familiar y cambiarlo al régimen abierto de la Colonia Uriarte de la Unidad 10 por haber disminuido la peligrosidad. Luego de algunas descompensaciones que impidieron el traslado, el 5 de septiembre de 2000 la asesoría pericial departamental lo evalúa e informa que presenta un defecto esquizofrénico al momento del examen, comportando alienación mental sin presentar signos ni síntomas actuales de descompensación, sugiriendo evaluar el inicio de salidas los fines de semana si el medio familiar lo hace posible y con exhaustivos controles. La asistente social constata que la madre sigue sin tener acabada conciencia de la enfermedad del causante, destacando la presencia de conflictos interpersonales y abandono. Ante la falta de contención y control adecuados del entorno, el juez no hace lugar a la externación temporaria siendo alojado a partir del 10 de mayo de 2001 en la Colonia Cabred de la Unidad 10. La defensa, que había solicitado la externación temporal, apela el 28 de agosto de 2001. Al serle concedida vista de las actuaciones, el Fiscal General considera que por el momento no están dadas las condiciones para la externación temporal debido a que la patología del causante, concurrente con un medio familiar que no había mostrado conciencia de la enfermedad y por ello no podría brindar los cuidados necesarios, el mantenimiento de un régimen atenuado resultaba la medida más conveniente para una evolución favorable máxime teniendo en cuenta los progresos logrados en su internación y comprobados por los organismos interdisciplinarios. Se lo mantuvo en dicho régimen hasta el 2 de mayo de 2002 en que la Sala II de la Cámara Departamental confirmó la resolución del juez que lo incorporó al régimen (más atenuado) de la Colonia Cabred, con intervención siempre del Asesor de Incapaces. Con posterioridad surgen registros del Juzgado en lo Civil y Comercial Nro. 14 de Lomas de Zamora dando cuenta de la internación del nombrado en el Hospital Neuropsiquiátrico del medio libre en el año 2004. Este caso demuestra como a pesar de la gravedad de la patología e incluso de la falta de contención familiar pudo adaptarse la medida inicial ejecutada en la unidad psiquiátrica penitenciaria de régimen más estricto hasta la internación en un hospital del medio libre.

Los especialistas también pueden aconsejar una modificación en el régimen de tratamiento e internación cuando, si bien el sujeto no se encuentra en condiciones de ser externado en altas a prueba ni externaciones terapéuticas transitorias, presenta una mejoría que permite su alojamiento en un hospital neuropsiquiátrico del medio libre. Es la situación que se produjo en la causa N° 5334 “Y., M. A s/Homicidio agravado” del Juzgado de Garantías N° 4 del Departamento Judicial Lomas de Zamora. En ella el magistrado dispuso el 24 de septiembre de 2002 sobreseer totalmente por inimputabilidad al autor del hecho tipificado como delito en el artículo 80 inciso 1 del Código Penal y ordenar que continúe su alojamiento en la unidad psiquiátrica 34 del servicio penitenciario bonaerense a la que había ingresado desde su detención por ser

peligroso para sí o para otros y a fin de realizar el tratamiento terapéutico adecuado (artículo 34 inciso 1º del Código Penal), debiendo las autoridades de la unidad informar cada 30 días acerca de la salud del internado. El diagnóstico fue de trastorno orgánico cerebral y trastorno depresivo mayor. El 7 de marzo de 2003 el gabinete psiquiátrico penitenciario lo examina y advierte una acentuada mejoría respecto del trastorno depresivo como efecto de la terapéutica específica y aconseja no incluirlo por el momento en altas a prueba (artículo 24 de la Ley de Ejecución de la Provincia de Buenos Aires), pudiendo ser trasladado a un nosocomio no penitenciario para continuar con su tratamiento. Fue entonces internado en el sector de psiquiatría del Hospital Gregorio Aráoz Alfaro de Lanús. El 25 de junio de 2003, dado que en un informe psiquiátrico de dicho nosocomio se indicaba que el causante estaba compensado y que otro del gabinete psiquiátrico forense aconsejaba una externación inicial por 90 días, concedió el alta por ese plazo debiendo continuar el tratamiento en el hospital de Lanús dos veces por semana. La medida fue apelada por el fiscal de primera instancia, recurso que fue sostenido por el Fiscal General por considerar inconveniente por el momento incluir al causante en el régimen de alta a prueba. El fundamento fue que se había opuesto la Junta de Selección perteneciente al servicio penitenciario bonaerense, organismo especializado en el régimen apropiado para el interno cuyas conclusiones derivaban de la observación y tratamiento brindado durante la internación. Esta opinión debía primar sobre las conclusiones de los facultativos de establecimientos que no se encuentran relacionados con el tratamiento jurídico penal del inimputable. Atento que la naturaleza de la enfermedad mental padecida, exigía un control riguroso y un tratamiento farmacológico y psicoterapéutico que no se evidenciaba en las constancias de la causa que pudieran ofrecerle sus familiares, no surgiendo tampoco que los mismos tuvieran efectiva conciencia de la responsabilidad que debían asumir. El 14 de agosto de 2003 la Sala II de la Cámara de Apelación y Garantías resolvió confirmar lo decidido por el Juez de Garantías considerando que el causante se encontraba en condiciones de realizar tratamiento en forma ambulatoria por los períodos a prueba dispuestos por el mismo magistrado. El 30 de septiembre de 2004 la Sala II de la Cámara citada hizo lugar al recurso interpuesto por el fiscal, ordenando se le corra traslado a dicho funcionario antes de resolver lo relativo a la externación. El 7 de febrero de 2006 el Juzgado de Garantías Nro. 4 interviniente renovó el Alta a Prueba por 180 días, disponiendo el Alta Definitiva con controles médicos psiquiátricos periódicos el 23 de marzo de 2006. (La causa penal fue archivada el 20 de octubre de 2008). Este caso ilustra la posibilidad de atenuación e incluso cese de la medida correlativa a la evolución y mejoría del paciente, que es en definitiva a lo que se aspira al aplicarla.

Las variaciones y circunstancias que pueden derivar del estado del sujeto, de sus relaciones y posibilidades de contención, así como de la diversidad de criterios que pueden surgir entre los facultativos cuando no existe una

especialización particular sobre el tema forense, ilustran sobre la problemática referida a la externación y modalidades progresivas de llegar a la misma durante el cumplimiento de una medida de seguridad.

En otros casos puede ser aconsejable el inicio de un régimen terapéutico de salidas por escasas horas mensuales, las que de acuerdo a la evolución se irían prorrogando por períodos más amplios. En la causa N° 19.761 “C. J. s/Homicidio” del registro de la Sala III de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías del Departamento Judicial Lomas de Zamora, el causante tenía cuarenta años de edad al momento de cometer el hecho, declarándose inimputable y dictándose su sobreseimiento definitivo en la etapa de juicio, dado que nuevas probanzas demostraron que el causante presentaba al momento del hecho una patología que le impidió comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones. Fue diagnosticada como psicosis con antecedentes de traumatismo de cráneo y alcoholismo-manía y se comprobó que no recibía tratamiento desde varios años atrás. El hecho, cometido el 17 de diciembre de 1990, consistió en rociar con combustible a una vecina con la cual no tuvo incidente alguno y encender fuego a la persona y al lugar provocando la muerte de la víctima y poniendo en riesgo la seguridad de los restantes departamentos que constituían el inmueble. Fue internado en la unidad psiquiátrico-penitenciaria N° 10 donde estuvo durante catorce años hasta su primera externación temporaria, la que fue posible por haberse atenuado su peligrosidad según la evaluación de la asesoría pericial departamental y del gabinete psiquiátrico del servicio penitenciario bonaerense. Al principio, desde el 2 de enero de 2004, las altas consistieron salidas de cuatro horas cada quince días bajo la responsabilidad de un familiar que compareció a fin de interiorizarse de los detalles del tratamiento y se comprometió ante el tribunal a brindar al causante control, asistencia y continencia. La curaduría oficial de alienados prestó conformidad al igual que el Ministerio Público Fiscal. La Junta de Selección fue informando acerca de la evolución de la externación temporaria que era efectivizada con intervención de un familiar responsable, con el control terapéutico de los psiquiatras del servicio penitenciario e informes periódicos socio-ambientales de la curaduría oficial.

Posteriormente, el gabinete psiquiátrico forense determinó que el causante se encontraba en condiciones de ampliar las externaciones transitorias por un período de cuarenta y cinco días, coincidiendo la Junta de Selección y accediendo el Ministerio Público Fiscal. Se concede la ampliación en el mes de febrero de 2004. En agosto del mismo año se extendió el período de salidas transitorias a ciento veinte días corridos por continuar favorablemente la evolución del tratamiento terapéutico y la inserción familiar y laboral, prestándose el tratamiento médico y los controles psiquiátricos en la unidad. En iguales condiciones se extendió a ciento ochenta días corridos según resolución dictada por el tribunal ya mencionado el 21 de diciembre de 2004. Esas salidas continuaron con la misma periodicidad hasta el 5 de diciembre de

2006 en que la Sala III de la Cámara Departamental concedió el Alta Definitiva con controles médicos psiquiátricos periódicos a C. J. (La causa penal fue archivada el 3 de noviembre de 2010).

Puede apreciarse en este caso la evolución favorable que el estado de salud mental del paciente demostró en razón de la aplicación de una medida de seguridad que se fue adaptando a sus necesidades, hasta lograr la aspirada meta del Alta Definitiva.

Resalto que no se trata de disponer una atenuación sin tomar los recaudos que exige la situación. Por el contrario, son varias las medidas que se disponen con intervención de diferentes organismos para garantizar que finalmente pueda considerarse viable una atenuación del régimen para atravesar las etapas que progresivamente conducirán hasta el cese de la medida. Así, en los casos en que los especialistas del gabinete psiquiátrico advierten que desapareció la peligrosidad o se atenuó ostensiblemente y la Junta de Selección y Grupo de Seguimiento aconsejan una externación, desde la órbita jurisdiccional se indica la realización de informes socio ambientales a través de la Curaduría Oficial para verificar si el medio familiar es continente y hay personas dispuestas a tomar la responsabilidad de hacerse cargo del control y cuidado del enfermo. Se prepara e informa al interno y a los familiares sobre la situación actual, necesidades y formas de asistencia que requerirá de ser externado. Luego se informa al juez de ejecución o tribunal competente (cámaras de apelaciones en las causas de trámite anterior a la ley 11.922) quienes previa vista al Ministerio Público Fiscal decidirán sobre la externación transitoria del inimputable.

Las primeras externaciones pueden concederse por diversos lapsos según las características y necesidades del inimputable. Pueden variar entre escasas horas mensuales distribuidas en quincenas hasta un período de cuarenta y cinco días corridos. Cada externación se concreta cuando existe una persona allegada al inimputable que actúa como responsable de que se mantenga el tratamiento, medicación y control. En todos los casos continúan los controles periódicos psiquiátricos y la asistencia en la unidad psiquiátrica penitenciaria, a la que concurrirá el sujeto junto al allegado responsable, continuando también las evaluaciones en su medio ambiente. Si la evolución es buena durante su primera externación, suele pedirse una nueva por un período igual o mayor al inicialmente otorgado, la que seguirá el mismo trámite ya descripto. En los casos en que las prórrogas van indicando una buena evolución suele comenzar a evaluarse la posibilidad de realizar tratamientos ambulatorios y conceder externaciones prolongadas. En esta etapa resulta relevante la existencia de un entorno exterior que brinde al sujeto la contención que necesita. Para posibilitar la externación de quienes se encuentren en condiciones, pero no tienen familia ni allegados que puedan brindarle esa contención, es necesario implementar programas que cuenten con hospitales de día, hospitales de noche, casas de régimen asistido u otras alternativas similares que ofrezcan protección.

La limitación de la medida y por ende la progresión de un tratamiento que se flexibilizará hasta obtener la libertad mediante altas a prueba preparatorias del cese definitivo de la medida se basa, conforme la normativa vigente, en la disminución y desaparición de la peligrosidad. Cualquier otro criterio resultaría incompatible con el régimen fijado para los inimputables. Por ello limitar la duración de la medida considerando la penalidad máxima fijada para el delito cometido, como lo han propuesto algunos proyectos nacionales y lo estableció el Código Penal Español vigente desde 1995, resulta incongruente y asimila principios y normas que rigen para los imputables al sistema específico de los inimputables y por otra parte confunde la tutela de la salud del inimputable con la tutela de la libertad del mismo. La peligrosidad del sujeto determina la duración de la medida y todas las garantías deberán respetarse en función de la proporcionalidad con dicha peligrosidad.

Pero a pesar de las previsiones referidas a los inimputables, en la práctica judicial se verifica cierta resistencia a la concesión de altas a prueba. Las externaciones terapéuticas transitorias o altas a prueba, como cualquier forma que implique el egreso del inimputable de la unidad psiquiátrica penitenciaria no son frecuentes ni se otorgan con la misma predisposición que las externaciones de imputables según las formas previstas en la ley para su caso. El origen de esa resistencia se encuentra tal vez en algunas convicciones erróneas que la sociedad tiene respecto de los enfermos mentales. Por diversos motivos, ya mencionados en otro acápite, que pueden abarcar desde la aparente falta de motivación o irracionalidad en el hecho cometido por un enfermo mental, el particular modo de ejecución y hasta la espectacularidad propicia para los medios de comunicación, la sociedad, en términos generales, teme la reiteración de hechos criminales por parte de los enfermos mentales. La realidad, sin embargo, demuestra otra perspectiva. La incidencia de los enfermos mentales en el índice de criminalidad no es distinta que la del resto de la población, incluso menor. A pesar de alegarse siempre un carácter tuitivo, la historia y los hechos de la experiencia actual demuestran que los inimputables estuvieron históricamente sujetos a regímenes de peores condiciones que los destinados a imputables. Desde la perspectiva de los órganos jurisdiccionales suelen considerar que las condiciones y pautas para el tratamiento que se deben cumplimentar por el inimputable para obtener o prorrogar su externación, de algún modo generan una responsabilidad mayor para el órgano jurisdiccional que la que se asume cuando se concede alguna forma de excarcelación, libertad condicional o salidas transitorias a los imputables. Más allá de las resistencias –sean o no expresadas- que se oponen a las externaciones y formas de alta a prueba de quienes se encuentran sujetos a medidas de seguridad, cabe tener en cuenta la real incidencia delictuosa entre los enfermos mentales.

Los médicos especialistas en el tratamiento de enfermedades mentales tampoco se arriesgan en muchos casos a favorecer las externaciones por temor a los errores de pronóstico. Se pregunta Norval Morris (3): “¿Cuántas

predicciones positivas falsas pueden justificarse en interés de la prevención de delitos que puedan cometer los de predicción positiva exacta? (...) No quiero parecer peyorativo; sin duda yo haría lo mismo. Si uno tiene dudas sobre la conducta futura probable de alguien que está actualmente bajo control, y respecto del cual ese control puede legalmente prolongarse, el beneficio de la duda se destina mejor a cualquier posible víctima futura que al delincuente o al preso (...) Es más improbable que precipite ninguna perturbación política o administrativa por el hecho de disponer la reclusión o su prolongación. En cambio, es muy fácil que uno se vea en apuros cuando aquellos a quienes ha liberado participan en crímenes violentos, sobre todo si son objeto de informes sensacionalistas. Por ello, el camino de la seguridad administrativa y política es el camino de la sobrevaloración del peligro". Se advierte pues que la situación se presenta en distintos lugares. Este autor cita el caso "Baxstrom vs. Herold", resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos en 1966, que involucraba condenados que además habían sido considerados psicológicamente desequilibrados y debían permanecer recluidos en establecimientos para enfermos mentales criminales. La corte expresó que, expirado el plazo de la condena penal, el preso debe recibir la misma protección que cualquier persona y no las garantías menores que el estado otorga a los reclusos enfermos mentales, de manera que corresponde liberar a algunos y trasladar a otros a hospitales mentales civiles, luego de procesos civiles ordinarios. Henry Steadmann y Gary Keveles realizaron un estudio sobre los 967 pacientes liberados, concluyendo que durante su primer año de internación hospitalaria civil los pacientes no originaron tantos problemas como se esperaba y fueron poco peligrosos cuando se los liberó. Entre 1966 y 1970 sólo 21 de los 967 pacientes volvieron a los hospitales mentales para criminales. Se demostró que, a pesar de haber sido condenados y mantenidos en reclusión más allá del cumplimiento de sus penas por la peligrosidad que presentaban, eran menos peligrosos de lo que se predijo a su respecto. Sólo el 2 % regresó a las instituciones para enfermos mentales criminales. El 19,6 % de los hombres y el 25,5 % de las mujeres mostraron alguna conducta agresiva en los hospitales civiles. El ritmo con que fueron dados de alta de esos hospitales fue más alto que el de los pacientes internados por sentencia civil en hospitales estatales. En su adaptación en la comunidad, el 56 % de los hombres y el 43 % de las mujeres no reingresaron a hospitales mentales en los cuatro años siguientes de observación. Su actividad delictiva posterior fue baja. 13 de los 84 pacientes liberados registraron un total de 18 detenciones policiales. Barcia Salorio, Pozo Navarro y Ruiz Fernández (4) mencionan algunas estadísticas ilustrativas: en Suecia, por ejemplo, en el año 1980 sólo 800 de 14.000 personas detenidas fueron remitidas a tratamiento psiquiátrico, representando el 5,7 por ciento. En EEUU, un estudio sistemático realizado por la Clínica Psiquiátrica del tribunal de jurisdicción general de Nueva York que abarcó desde el año 1932 hasta 1960 y alcanzó a más de 60.000 delincuentes, concluyó en que el 80 % de los casos presentaba normalidad

psíquica, en el 20 % anormalidad psíquica bajo la forma de neurosis o psicopatía y sólo el 2-2,5 % fueron considerados psicóticos. En los estudios desarrollados por Monahan la relación entre actos violentos cometidos en la sociedad y enfermedad mental es minoritaria. Según los datos aportados por otras investigaciones (Kavoussi y colaboradores) la prevalencia de conductas violentas en la población general se sitúa en torno al 25%.

La evaluación adecuada de la situación no sólo debe considerar el diagnóstico de la enfermedad que la persona padece, sino el momento evolutivo que cursa la misma, pues en algunas enfermedades mentales (por ejemplo, en las psicosis) los riesgos de violencia y peligrosidad delictiva suelen ser más comunes al comienzo de la enfermedad. Kenneth Tardiff y Sweillan comprobaron que aproximadamente el 10% de los enfermos ingresados en hospitales psiquiátricos habían mostrado conductas violentas inmediatamente anteriores a ser ingresados, cifra que se elevaba al 40% en los pacientes ingresados a unidades psiquiátricas de agudos de hospitales generales, según estudios de Rossi y colaboradores. La problemática se agrava por la falta de conocimiento de los familiares y del propio paciente acerca de la enfermedad, las consecuencias de la falta de tratamiento y medicación, así como la creciente inadaptación al medio que va experimentando el sujeto. Son estas circunstancias las que desencadenan en muchos casos la conducta violenta y no el proceso patológico o fisiológico de los trastornos. La ausencia de tratamiento médico-farmacológico adecuado es un elemento de predicción fundamental de violencia en la esquizofrenia y el control de los síntomas reduce la conducta violenta. En este punto la falta de conciencia de enfermedad en las patologías psiquiátricas graves suele llevar al abandono del tratamiento, aumentando el riesgo de violencia. La hospitalización previa es considerada por los especialistas como un elemento predictor de violencia en el esquizofrénico, dada la existencia de síntomas agudos que ella presupone.

Por otra parte, la inteligencia y la conciencia conservadas pueden ser funcionales a la patología de manera que abonan el delirio en lugar de controlarlo. Las diversas enfermedades mentales presentan características propias cuya sintomatología (vgr. alucinaciones, delirios persecutorios, cuadros orgánico-cerebrales) junto con la influencia del medio influyen en la comisión de hechos delictivos. Como ya se expresó, los pacientes esquizofrénicos y maníacos pueden cometer hechos delictivos en mayor proporción que otros enfermos, particularmente en los períodos agudos de su enfermedad, generalmente antes de la hospitalización. En cambio, los delirantes y paranoides tienen motivaciones directas más peligrosas en los delirios persecutorios, sobre todo cuando se desarrollan y sistematizan, aumentando el riesgo si se concentran en determinadas personas. En general, luego de consumar el hecho, no muestran arrepentimiento sino la convicción de haber hecho justicia. En los delirios, la peligrosidad también depende de la enfermedad de base, considerando los especialistas que suelen ser más peligrosos los epilépticos y alcohólicos que los esquizofrénicos. Por eso en

muchos casos se dificulta desde el punto de vista terapéutico el abordaje de la “culpa” en sentido psicológico. Como señala Erving Goffman (ob.cit 1) “...Para el paciente la aplicación del concepto de patología a su conducta puede tener efectos incompatibles con el ideal de servicio. Mientras crea haber procedido incorrectamente, quizás ubique su acción en el mundo social de intención, responsabilidad y culpa –el mundo normal, donde su conducta provocó inicialmente una impresión molesta-. La definición de su comportamiento como involuntario, irresponsable y no culpable, acaso le resulte cómoda algunas veces; pero esto de todos modos supone un esquema técnico, no un esquema social, e idealmente debería bastar para descalificarlo como participante en cualquier relación de servicio, aunque al mismo tiempo lo calificara como objeto de servicio (...) El modelo de servicio, aplicado al hospital psiquiátrico, obliga al personal a una ambivalencia característica. La doctrina psiquiátrica le exige neutralidad ética en el trato con los pacientes, haciéndole ver patología en lo que otros ven mal comportamiento. La ley misma apoya implícitamente esta posición, ya que un paciente mental tiene el privilegio de cometer delitos sin afrontar la acción legal correspondiente. Sin embargo, en el manejo real de los pacientes, hay que encarcelarles ciertos ideales de conducta, lanzar invectivas contra las infracciones, y tratarlos como a personas ‘responsables’, es decir, capaces del esfuerzo personal de gobernarse a sí mismas”.

Esta situación paradójica pudo apreciarse al tiempo de realizar los trabajos de investigación de campo. En muchos casos los pacientes internados en las unidades psiquiátricas demostraban mayor ansiedad vinculada a la incertidumbre de su situación procesal o a la “obtención del artículo 34 inciso 1º” -como comúnmente se refieren a la situación de inimputabilidad- antes que a cualquier sentimiento provocado por la comisión del delito. Obtenida la declaración de inimputabilidad, que en la mayoría de los casos parecían considerar como beneficiosa para su condición, presentaban un apocamiento de ánimo, una meseta que se mantenía hasta el momento en que comenzaban a inquietarse por la posibilidad de obtener altas a prueba y ser externados. Los profesionales psicólogos refirieron expresamente la dificultad de abordar las cuestiones vinculadas a la “culpa” por el hecho cometido con muchos enfermos mentales. En su discurso, puede advertirse, también frecuentemente, la referencia al delito como algo accidental, algo que tenía que ser así, algo que simplemente sucedió y la representación de las víctimas suelen realizarla de idéntica forma, como si se tratase de situaciones, medios, instrumentos, accidentes.

Los estados defectuales o residuales llevan a un empobrecimiento de la personalidad, particularmente en la afectividad de los internos, además de afectar su iniciativa, tornarlos abúlicos e indiferentes, alejándolos del acceso a algunas formas de abordaje psicoterapéutico. Aun cuando no recayeran en conductas violentas, deben recibir adecuado tratamiento para no convertirse en

sujetos instigados por otros a cometer algunos tipos de delitos, como abusos sexuales, o caer en la marginación y la indigencia.

De todos modos, en la mayoría de los enfermos mentales los delirios y alucinaciones no necesariamente son seguidos de conductas agresivas. Las conductas violentas pueden controlarse y evitarse mediante una asistencia psiquiátrica adecuada, con tratamiento farmacológico y revisiones frecuentes. En las psicosis maníaco-depresivas los riesgos de mayor importancia son el *suicidio* y el denominado *suicidio ampliado* derivado generalmente del estado depresivo anormal y los sentimientos de ruina, fracaso o culpa que intenta evitar el sujeto y puede llevarlo a querer aliviar el sufrimiento o la desgracia futura de sus seres más cercanos. En todas las patologías, resulta una variable que introduce graves perturbaciones el abuso de alcohol o de sustancias estupefacientes. Estas variables hacen prácticamente impredecible el resultado de cualquier tratamiento médico brindado al paciente, pudiendo predecirse en cambio una alta incidencia de conductas violentas.

La Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, implementó entre junio de 2002 y septiembre de 2003 un programa de control de abuso de drogas y prevención de recidiva delictual en liberados. Se evaluaron 105 casos de personas que habían permanecido alojadas en unidades dependientes del servicio penitenciario cumpliendo penas o sujetos a medidas de seguridad – a disposición del Juzgado de Ejecución n° 1 de La Plata- y que tenían antecedentes de abuso de sustancias y estaban en condiciones de obtener la libertad condicional, salidas transitorias o externación por altas a prueba. Por una parte, se realizaron entrevistas con psicólogos, psiquiatras y asistentes sociales y por otra exámenes químico-toxicológicos en muestras de orina, cabello pericraneal, vello axilar y púbico tomadas cada tres meses, a fin de rastrear drogas en diferentes períodos, sobre todo en consumos mediatos. En 56 casos que obtuvieron libertad sólo 30 fueron incorporados al programa. Del total de liberados, 9 casos (16%) tuvieron recidiva violenta (nueva detención o reinternación con o sin nueva causa penal) durante un período promedio de 242 días (mínimo 30 y máximo 472). Entre los 30 incorporados al programa 6 casos (20%) cometieron otro delito por lo que fueron detenidos nuevamente y otros 5 (17%) tuvieron algún incidente violento que no terminó en causa penal. Es decir, contando ambos tipos de recidiva 11 casos (37%) tuvieron recidiva violenta aun estando bajo el programa de control de abuso de drogas y prevención de recidiva delictual. El 80% representado por 24 casos se mantuvieron en libertad. Cotejando la recidiva violenta con nueva detención o reinternación entre quienes estaban en el programa y los que estaban fuera de él, se detectó que hubo recidiva en el 20% para los incluidos en el mismo y 4,0% para los no incluidos. Esa diferencia que lleva a sospechar mayor riesgo de recidiva en los incluidos se debió a que fueron seleccionados los sujetos que tenían factores de riesgo más

severos y se pusieron de manifiesto a pesar de la intervención y efecto protector del programa.

La detección de los casos permitió ajustar la intervención con medidas ambulatorias. Este punto es fundamental en la experiencia para los proyectos que puedan aplicarse especialmente a los pacientes psiquiátricos que en el futuro deban ser externados. La evaluación en todas las patologías para ser efectiva debe dirigirse siempre al estado mental habitual del paciente y al entorno en que actúa o deberá actuar. Tampoco puede descartarse la incidencia que factores sociales como maltrato, internamiento forzado, descalificación social y despojo de roles, puedan tener en conductas antijurídicas del paciente psiquiátrico.

Como se anticipó, al momento de evaluarse estos parámetros ya en la etapa final de la ejecución de la medida de seguridad y para decidir acerca de la concesión de altas a prueba, debe analizarse la existencia de contención y apoyo social y familiar del paciente en el medio libre. La capacidad del terapeuta, de la familia, de los asistentes y del entorno para comprender y asistir al paciente es decisiva. Tanto como la presencia de instituciones que le brinden los recursos adecuados para cubrir sus necesidades en el proceso de adaptación. Por eso no basta con la observación y evaluación de la conducta del enfermo dentro del establecimiento, sino que es necesario evaluar las circunstancias que lo aguardan en el exterior. En gran parte el éxito de la tarea de reinserción en la comunidad dependerá de revertir algunas circunstancias que dieron ocasión al hecho antijurídico operando como detonantes o como agravantes del estado del paciente en relación con su entorno. Según los especialistas hay cuatro aspectos fundamentales a evaluar: algunos rasgos de la personalidad del enfermo, las motivaciones que impulsan su conducta, las características de la enfermedad psíquica y la relación del sujeto con su entorno social.

Hay psicóticos que fueron sometidos a medida de seguridad de internación psiquiátrica durante muchos años por haber cometido un sólo hecho delictivo pero muy grave. Es característica la conducta agresiva que indica el comienzo de un brote psicótico y lleva al enfermo a la comisión de un hecho que posiblemente no repetirá en toda su vida. Planteado el otorgamiento de externaciones temporales, sólo serán factibles en caso de que el enfermo contare con un entorno familiar y social que le ofrezca contención, así como instituciones o profesionales que cubran sus necesidades terapéuticas. Norval Morris en la obra ya citada analiza en general y respecto de los imputables, que uno de los criterios para establecer la pena de prisión para aquellos que cometen un delito único pero grave, como el parricidio, se funda en la necesidad político-criminal de no menospreciar el delito, señalando respecto de los imputables que *“probablemente no necesitaría ninguno de los tratamientos de recuperación, puesto que el propio crimen puede haber resuelto sus principales problemas emocionales”*. Más allá de esta expresión,

no puede soslayarse que en el caso de los inimputables este tipo de delito puede revestir valor sintomático.

Aunque el interrogante sobre la incidencia de los enfermos mentales en el índice de criminalidad no pueda responderse categóricamente, los estudios realizados hasta el presente en diversos países no han probado que esa incidencia resulte mayor que la del resto de la población, hallándose incluso escasamente reflejados en el índice de delincuencia.

En enero de 2006 la población total alojada en los establecimientos carcelarios del servicio penitenciario bonaerense era de 25.000 internos de los cuales muy baja proporción correspondía a las unidades psiquiátricas penitenciarias. Así, por ejemplo, en enero del año 2005 el Instituto Neuropsiquiátrico Penitenciario de varones (Unidad 34) solamente alojaba 392 internos, mientras que la Unidad 33 de dicho servicio contaba con un total de 345 internas de las que sólo 45 eran enfermas mentales alojadas en el anexo psiquiátrico. En los estudios que abarcaron todo el territorio argentino, la proporción de inimputables se estimó en el 0,2 % de los individuos procesados. En los EEUU esa proporción fue del 1 %. (Cf. Folino, Jorge Oscar “Trastornos mentales y criminalidad. Estudio de incidencia y características”, Actas de la VI Semana de Congresos del Sistema Nervioso. Asociación Médica Argentina. 1990).

Frente a la posibilidad de que los inimputables sometidos a medidas de seguridad luego de recuperar su libertad cometieran otro ilícito penal, se asume el mismo riesgo que cotidianamente se asume sin tantas reservas respecto de los condenados que han cumplido su pena o una parte de ella. También se excarcela a imputados asumiendo idéntico riesgo que con los penados, sin los prejuicios que convergen cuando se trata de la libertad de los inimputables. En definitiva, como ya se analizó al abordar la peligrosidad en la sección segunda, se trata de evaluar el riesgo que presenta un enfermo mental mediante un adecuado análisis y balance de todos los factores internos y ambientales en juego, algo que, a pesar de los avances en el tratamiento de las patologías y de los recursos incorporados a la clínica psiquiátrica, sigue siendo más un arte que una ciencia como lo advirtió Monahan en 1984. Sus trabajos demostraron que no se contaba con criterios adecuados para definir el tipo de violencia que se intentaba pronosticar y que se ignoraba la tasa basal de la conducta violenta en la población a que pertenecía el sujeto del que se emitía pronóstico, faltando información contextual.

El modo de realizar la evaluación y conceptualización de la peligrosidad evolucionó a través del tiempo. En muchos casos, como señalan los doctores Jorge Oscar Folino y Franklin Escobar Cordoba, en Nuevos aportes a la evaluación del riesgo de violencia (Revista MedUNAB, volumen 7 número 20, agosto de 2004) “...las formas de conceptualización del tema y las reacciones comunitarias hacia los diversos grados de riesgo han variado a lo largo de la historia y, como en otras cuestiones que involucran a la seguridad pública, han resultado –frecuentemente- ser más hijas de las presiones sociales que de los conocimientos científicos. De todas maneras, la comunidad científica ha

realizado aportes y autocríticas desde múltiples disciplinas, tales como sociología, criminología, derecho, biología, antropología, psicología y psiquiatría (...) el aprendizaje se produjo por un paulatino y trabajoso proceso de crítica científica que permitió superar preconceptos y estereotipos". Señalan que así fue superada la tendencia a dar opiniones sin fundamentarlas en pruebas, la realización de evaluaciones asistemáticas, o evaluaciones clínicas que podían mostrarse muy eficaces en manos de médicos cuidadosos y perspicaces, pero sumamente endebles en otras manos, hasta que *"la demanda social de seguridad pública y la disponibilidad de nuevas tecnologías en investigación estimularon un gran desarrollo desde fines de los 80. Se identificaron factores de riesgo con estudios empíricos serios que abarcan los dominios de la historia individual, de la personalidad del sujeto y de sus circunstancias, y se mejoraron los modos de medición, tanto de variables independientes como dependientes".* Resultó evidente que la utilización de fuentes de información múltiples aumenta las probabilidades de detectar el comportamiento violento, incrementando la mensura que, de otra manera, arrojaba tasas basales artificialmente bajas, y redujo la tasa de falsos positivos. Estos estudios, como señalan los mismos autores, demostraron, a propósito de la violencia entre los enfermos mentales, que si bien algunos trastornos aumentan el riesgo al compararlos con la población general, el riesgo absoluto es escaso y sólo una pequeña proporción de la violencia en la sociedad puede ser atribuida a la enfermedad mental (3,0 a 5,3 %).

Para la provincia de Buenos Aires se pudo estimar la tasa basal de recidiva delictiva en un 34 % con nueva acusación a los diez años de seguimiento y que se asocia a factores medioambientales desestabilizadores y a factores psicopatológicos susceptibles de prevención. (Folino, J. Cáceres, M. y Campos, M: Evaluación de factores dinámicos de riesgo de violencia, Vertex, 2004). Cotejando en un estudio de 454 días de seguimiento a los *pacientes forenses* con los penados, pudo establecerse que en dicho período no presentó recidiva violenta el 70 % de los *pacientes forenses* y el 60,5 % de los penados, por tanto, la recidiva violenta de los *pacientes forenses* fue del 30 % y 39,5 % de los penados. (cf. Jorge Oscar Folino).

En general, los pacientes psiquiátrico-forenses declarados inimputables, que son correctamente diagnosticados y tratados y que cuentan con un adecuado seguimiento luego de su externación, recaen escasamente en conductas delictivas. Cuando se identifican los factores de riesgo y los factores de protección para el individuo, puede implementarse una evaluación constante para la oportuna intervención de equipos interdisciplinarios especializados que permita rehabilitar al sujeto y devolverlo a una vida de relación satisfactoria para él y su entorno.

En junio de 2006 en "Journal International of Forensic Mental Health" con el título "Risk Assessment Instruments in Latin America: Do they actually work?", se publica un estudio realizado por el doctor Jorge Oscar Folino con el objetivo de implementar un método sistemático para obtener un criterio

empírico sobre factores de riesgo de reincidencia en hechos violentos en sujetos con libertad condicional y pacientes psiquiátricos forenses. Se trabajó desde septiembre de 2001 hasta septiembre de 2004 con un total de 178 varones sometidos a la jurisdicción del Juzgado de Ejecución N° 1 de La Plata, que se encontraban accediendo a formas de libertad anticipada o bien, en el caso de los inimputables, a formas de externación o alta a prueba. Todos ellos tenían oportunidad de recidiva, es decir de reaparición tardía de la enfermedad y 148 eran parte del grupo con riesgo de reincidencia delictiva violenta, ya que lo característico del estudio era emplear una muestra de sujetos con altos factores de riesgo de reincidencia violenta. Los factores que se tuvieron en cuenta para la predicción de la violencia mientras se realizaban los seguimientos fueron; antecedentes delictivos y sanciones disciplinarias en el penal respecto de los imputables y los hechos violentos registrados en cuadernos de la institución o en las historias clínicas respecto de los inimputables. Del total de 178 hombres, el 14% eran inimputables y el 86% condenados, siendo en todos la edad media de 30 años y su escolaridad baja. El 36% de los pacientes forenses fue diagnosticado con patologías psiquiátricas graves y el 28% de ellos sufría algún tipo de retardo mental. El subgrupo de pacientes forenses mostró menos factores de riesgo relacionados con una vida criminal y psicopática que el grupo de imputables condenados. Para el grupo de pacientes forenses, los factores de riesgo de la escala clínica eran más importantes que los factores históricos y el riesgo de comportamiento. La tasa de recidiva general en el período de seguimiento fue mayor en la muestra de convictos (39,5%) que en la muestra de pacientes forenses (30%). Esto último resulta compatible con el hecho de que la violencia en los sujetos enfermos mentales puede darse en períodos específicos generalmente influidos por síntomas agudos, mientras que la violencia criminal en general es influida por factores más estables. Incluso la mayor intervención del equipo interdisciplinario y de los operadores judiciales que usualmente se realiza en los pacientes mentales podría operar como un factor protector que disminuye la probabilidad de recidiva. También pudo establecerse que cuanto menor es la edad al tiempo de la liberación, mayor es el riesgo de recidiva violenta. Las correlaciones con la recidiva fueron más fuertes en los pacientes psiquiátrico-forenses, que en los condenados y respecto de la población general, resultando también más predecibles ofreciendo mayores oportunidades de intervención preventiva.

Deben reconocerse asimismo los adelantos que abarcan desde los estudios mediante test, mapeos, electroencefalografía hasta instrumentos estandarizados como el TRIAD (Three ratings of involuntary admissibility) o el HCR 20 utilizado en Canadá, Estados Unidos y Argentina (Escala estandarizada sobre "Predicción del Riesgo de Violencia-Historical, Clinical, Risk Management). Esta escala fue originalmente concebida como instrumento de evaluación de riesgo para personas declaradas inimputables por trastornos mentales y actualmente es utilizada en relación a poblaciones

criminales con trastornos mentales con riesgo de violencia, no solamente para predecirla sino para controlar y manejar sus riesgos.

Al decidirse respecto de la externación temporaria por alta a prueba de una persona sometida a medida de seguridad no bastarán los informes médicos que den cuenta de una estabilización del cuadro o situación clínica del paciente. También se deberá contar con un juicio o pronóstico que indique que su liberación no supone una amenaza a la seguridad de otras personas. Este juicio o pronóstico sólo puede obtenerse a partir de una historia clínica detallada que documente el historial de violencia potencial, el estado mental, la evaluación psicológica, la historia familiar y del entorno social y las notas sobre su evolución. Respecto del exterior deberán valorarse los factores situacionales (situaciones estresantes, acceso a armas, conductas adictivas, continuación del tratamiento, etc.) que el paciente deberá enfrentar al acceder a la externación y los recursos positivos con que pueda contar: asistencia de la familia, del entorno e institucional para cubrir sus necesidades generales y terapéuticas.

Es necesario que las diversas instituciones asuman los compromisos compartidos respecto del tratamiento, cuidado y evaluación continua de los pacientes psiquiátricos para poder ofrecerles una alternativa menos gravosa en materia de restricciones personales al tiempo de proteger la seguridad pública. Ello se logrará promoviendo el desarrollo laboral, las opciones de aprendizaje de oficios y la resolución de conflictos familiares. Integrados en programas especiales de carácter preventivo, puede disminuir las tasas de recidiva y mantener a la persona adaptada a la comunidad del medio libre. Un apropiado desarrollo y estudio de esta implementación hasta podría reducir los costos de las institucionalizaciones prolongadas. En tal sentido, y dado que desde algunas áreas se esgrimen argumentos presupuestarios para restar atención a estas alternativas, cabe señalar que según los datos obtenidos respecto de las internaciones dispuestas por jueces civiles en los hospitales neuropsiquiátricos, el costo de la internación de un enfermo mental oscila entre los 1.000 a 1.500 pesos por mes, costo que ninguna de las formas de tratamiento ambulatorio y externación llega a alcanzar.

Las internaciones y externaciones dispuestas por los jueces civiles presentan una problemática similar a las dispuestas por jueces penales. Sin embargo, se presenta una situación especial frente a la necesidad de internar a un paciente peligroso para sí o para otros en los términos del artículo 482 del Código Civil ante la carencia de hospitales neuropsiquiátricos del medio libre con régimen estrictamente cerrado y con medidas de seguridad que eviten su fuga. Ante los casos agudos y de extrema peligrosidad algunos jueces civiles recurrieron a las unidades del servicio penitenciario excediendo sus facultades y los objetivos de ese servicio. El Procurador Penitenciario en su informe referido a las Unidades 20 y 27 del Servicio Penitenciario Federal presentado en el mes de julio del año 2004, se refiere expresamente a esta carencia en la atención de la salud mental que se patentiza en la explicación brindada por los jueces civiles para justificar la derivación de enfermos mentales -sin intervención de la

justicia penal- a los establecimientos carcelarios: la ausencia de establecimientos de tipo cerrado en el medio libre, preparados para contener y tratar a estas personas enfermas con peligro de causarse daño a sí mismas o a otras. Esta situación de hecho aparece insoluble, aunque bastaría con dotar a alguna sala, anexo o pabellón, ya existentes, de la seguridad que requiere el alojamiento de pacientes con altos niveles de riesgo. Esta situación, presente en jurisdicción nacional y provincial, podría paliarse con ese sencillo procedimiento en caso de no optarse por el más conveniente de edificar establecimientos que presentaran un nivel de seguridad adecuado a las patologías que presentan mayores riesgos. Similar situación se presenta en otros países, por ejemplo, en España. Una investigación desarrollada en el Hospital Psiquiátrico Penitenciario de Alicante advirtió la necesidad de establecer instituciones cerradas de régimen especial que contemplen la peculiaridad de estos enfermos, pues la ausencia de una red de recursos socio-sanitarios obliga a aceptar la exclusiva existencia de hospitales penitenciarios. Paradójicamente también existe una situación inversa que desnaturaliza la función de los establecimientos monovalentes al sustituir a otros establecimientos ausentes o insuficientes. Ello deriva de internaciones que en un comienzo resultaron terapéuticamente correctas, pero, una vez que el enfermo se estabiliza lo mantienen indefinidamente internado por la falta de contención familiar y del entorno que impiden el egreso del mismo. El hospital entonces se hace cargo de internaciones sociales que deberían ser resueltas por otras instituciones y áreas asistenciales. Este fenómeno es común respecto de los pacientes ancianos dada la ausencia de establecimientos adecuados. Esta situación lleva al hospitalismo o institucionalización que deteriora al interno por una adaptación a ese medio que se vuelve pernicioso por disminuir sus funciones y habilidades de autonomía propias de la vida de relación en el medio libre. El efecto negativo de la internación supera muchas veces en sus consecuencias a los de la propia enfermedad. Como ya lo analizó Goffman (ob. Cit.) “...Cada vez que un hospital psiquiátrico funciona como un albergue provisional dentro de una red de otros albergues, para atender cargas públicas, el modelo de servicio se tambalea”.

Al mes de octubre de 2006 la provincia de Buenos Aires contaba con 3.300 camas distribuidas entre los tres grandes hospitales monovalentes neuropsiquiátricos (Hospital de Alienadas Esteves de Lomas de Zamora, Hospital Domingo Cabred de Luján y Hospital Alejandro Korn de Melchor Romero, además de 80 camas en el hospital de Necochea y sectores en los hospitales generales). Según datos de la Secretaría de Salud oportunamente publicados por Marta Albarracín y Martín Repetto –La Ley 6 de abril de 1995 “Insania, inhabilitación e internación: resultados de un estudio de expedientes”- las obras sociales cubren una pequeña porción de la asistencia a pacientes crónicos, en 1993 el Hospital Neuropsiquiátrico José Borda recibió 2462 pacientes, egresando solo 924 por alta y falleciendo 41 de manera que el 87 % de las 1324 camas del hospital estuvo ocupado, siendo el promedio de

internación por paciente de 178,10 días. En el mismo período el Hospital Neuropsiquiátrico Braulio Moyano recibió 1637 mujeres, egresando 761 por alta y falleciendo 51, de sus 1493 camas se ocuparon el 95,95 % con un promedio de permanencia por paciente de 300,45 días. El Hospital Alvear, que atiende sólo emergencias psiquiátricas, recibió 1046 pacientes, dándose de alta a 630, ocupándose sus 87 camas en un 88,53 % durante ese año, con un promedio de permanencia por paciente de 45 días. Como señalan los autores de la publicación citada, la permanencia prolongada de los pacientes mentales en los hospitales no va acompañada de efectividad, reinserción o curación. No obstante, como indica Goffman (ob.cit.) *“...un gran porcentaje de altas podrían servir, igualmente, como prueba del mal funcionamiento del hospital, ya que, debido a la escasez de tratamiento real, la mejoría se produce a pesar de la hospitalización, y probablemente sería más frecuente en condiciones de menor privación”*. También este autor resalta los problemas previos que puede causarse y causar a los demás una persona antes de convertirse en un paciente psiquiátrico y sobre todo la descripción que realiza sobre “la carrera moral del paciente mental” como pre-paciente, paciente y ex-paciente. En esa falta de información previa destaca también la ausencia de constancias en las historias clínicas acerca de las habilidades de los pacientes y los casos en que lograron salir airosos de una situación.

Para revertir estos efectos inerciales, deben implementarse programas adecuados de tratamiento y sobre todo de seguimiento y reinserción, que permitan desarrollar la autogestión, toda vez que según los estudios practicados en diversos países -citados en ese trabajo- *“...si hay adecuados servicios de seguimiento, pacientes con una larga historia de enfermedad mental, pueden residir en la comunidad sin involucrarse en actividades criminales, es decir, sin mostrar rasgos de peligrosidad”*. Muchas de las falencias que los autores encontraron en el ámbito de los procesos civiles, se dan también en el ámbito penal: *“...La pobreza de información sobre cuestiones individuales y contextuales limita por un lado las oportunidades de rehabilitación y resocialización. La familia que tiene un papel protagónico en la internación de los pacientes no parece ser aprovechada en todo su potencial en el proceso de rehabilitación. No se realizan todos los tratamientos necesarios y los que se cumplen, no parecen dar por resultado la reinserción social y familiar de los pacientes. Las indicaciones se basan en diagnósticos la mayoría de las veces superficiales e incompletos, que raramente se revisan una vez consignados en el expediente. Dichos diagnósticos están formulados con criterios asistemáticos y dependientes de la orientación del psiquiatra, por lo tanto, no son comparables entre sí y menos aún comprensibles universalmente, por carecer de un lenguaje común. * Por último la decisiva noción de peligrosidad, no se define ni por síntomas ni por episodios de verdadero riesgo que determinen la indicación de internación. (...) En síntesis, la internación no genera mejoría de los pacientes o su reubicación en la sociedad, sino que se limita a separarlos, aislarlos y tornarlos improductivos e incapaces (...) la*

tendencia es a apoyar a toda costa la autonomía del paciente para evitar el deterioro que acarrearán la dependencia y el aislamiento. Sin embargo, la facilitación de la autonomía y la reinserción no se logran con la mera externación. Por el contrario, el fracaso en la adaptación a una vida social plena, en aquellos egresos que no fueron adecuadamente preparados, acarrea nuevas internaciones”. Esta apreciación es particularmente aplicable al ámbito penal, sobre todo al momento de cotejar los criterios y dictámenes emitidos por los peritos y médicos psiquiatras intervinientes al evaluar la peligrosidad al momento de establecer la inimputabilidad y necesidad de internación, como para evaluar la procedencia de altas a prueba o externaciones terapéuticas transitorias. Parecería que no existen criterios homogéneos entre los peritos de las asesorías, los integrantes de los gabinetes psiquiátricos penitenciarios y los médicos psiquiatras de los hospitales del medio libre.

Los problemas más importantes que destacan en el ámbito de la salud mental son; la ausencia de estudios epidemiológicos y registros de enfermedades mentales; la insuficiente capacitación en salud pública; la falta de trabajo intersectorial coordinado entre los distintos operadores: médicos y directores del área de salud pública, magistrados, funcionarios, peritos, asistentes; falta de poder de decisión en los enfermos y sus familiares, las graves condiciones en que se efectivizan las internaciones afectando en algunos casos los derechos humanos y la dignidad de los pacientes, extremos que se dan no sólo en nuestro medio, como puede apreciarse en el fallo dictado por la Corte Interamericana el 4 de julio de 2006 (Ximenes Lopes vs. Brasil).

Otro problema que suele presentarse en hospitales neuropsiquiátricos del medio libre, hace al reconocimiento de los derechos del individuo, es su propia identidad: muchas personas allí alojadas carecían de identificación, habiendo ingresando como “N.N.” o con nombres no confirmados. En el mes de junio de 2005 se contaban 400 pacientes indocumentadas en el hospital zonal de alienadas de Lomas de Zamora. En alguna oportunidad, por iniciativa de un juez en lo civil, se dispuso tomar las impresiones digitales de esas pacientes en el lugar de internación por medio del personal especializado de la policía de la provincia de Buenos Aires logrando identificar a varias de ellas. Sin embargo, este proceso no tuvo continuidad. A pesar de la importancia de la cuestión, no se han desarrollado hasta el presente programas que brindaran una solución, ni se implementaron mecanismos para dar adecuada sistematización y continuidad a la tarea de identificación. Cabe también mencionar que esa tarea de identificación puede llevar a detectar personas buscadas por familiares o allegados e incluso con pedidos de captura. Tampoco se encuentra prevista en los hospitales del medio libre la atención de pacientes con alteraciones motrices, sea respecto de lugares o de personal adecuado para su atención. En los casos más graves, pacientes que presentan alteraciones en el autocontrol biológico, en especial de esfínteres (se los llama “gatosos”) suelen ser simplemente reunidos en pabellones sin cuidados, que resultan finalmente denigrantes de la condición humana.

Transición hacia el cese de la medida de seguridad de internación psiquiátrica

El tratamiento del internado psiquiátrico debe estar adaptado a sus necesidades y a los objetivos de que cese su peligrosidad y de prepararlo para una rehabilitación definitiva que implica tener habilidad y medios para autovalerse o requerir la mínima asistencia en el medio libre. Según el artículo 8 de la Ley de Ejecución Bonaerense (12.256), el tratamiento “*tenderá a reducir las diferencias... entre la vida en el encierro y la vida en libertad, reforzando los vínculos familiares, educacionales y laborales...*”. Esta tendencia muestra su teleología en el artículo 4 de la misma ley, en cuanto establece como fin último la reinserción social de todos los internos del régimen penitenciario.

En el caso particular de los inimputables, su estado mental y su variable y compleja salud psico-física deben ser tenidos en cuenta desde el momento en que se dispone la medida para definir el tratamiento a aplicar por parte de los distintos especialistas en sus respectivas áreas, perspectiva que se mantendrá durante el curso de todo el tratamiento conforme la evolución del paciente y particularmente al momento de elaborar un plan de reinserción en el medio libre y cese de la medida cuando se encuentre en condiciones de acceder a sus primeras altas a prueba. El artículo 8 de la ley mencionada reconoce la necesidad específica de emplear tratamientos y programas que reduzcan las diferencias entre el medio libre y el carcelario, dando continuidad a los vínculos que el sujeto tiene con el exterior o incluso reforzar o formar aquéllos que aún no posea, para encontrar una contención al acceder a la libertad que evite la recurrencia de las circunstancias que originariamente lo llevaron al medio carcelario.

Esto es necesario tanto en el caso del interno psiquiátrico que estuvo sujeto a una medida de seguridad penal en una unidad penitenciaria, como del paciente que fue internado en un hospital psiquiátrico de la red sanitaria por orden de un juez civil, por ello surgen las dificultades cuando el paciente está en condiciones de obtener el alta, pero se advierte que no existe familia ni allegados que acepten hacerse cargo del mismo. A ello se suman generalmente condiciones sociales que tienden a la marginación del paciente. En la provincia de Buenos Aires, más allá de la leyes N° 11.317 y 10.315 que establecen el otorgamiento de subsidios para la externación y para asegurar la continuidad del tratamiento respectivamente, se comprueba que esos subsidios que deben ser peticionados por la Curaduría Oficial a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires resultan de montos exigüos para solventar las necesidades mínimas de ningún sujeto y mucho menos si se trata de quien necesita atención farmacológica y psicoterapéutica. También se observa cierto desfasaje -especialmente en el ámbito civil- en cuanto a las etapas del trámite de los subsidios. Teniendo en cuenta que su obtención puede demorar seis meses o más, no resulta recomendable iniciarlo cuando el beneficiario está por

obtener el alta, pues, si así se hiciera como ocurre en la realidad, deberá permanecer internado mientras dura el trámite a pesar de estar en condiciones inmediatas de retornar al medio libre.

La evaluación de las posibilidades de externación no debe concentrarse en la persona internada, sino integrar las cuestiones externas. Es decir que no puede recomendarse sin tener evidencias acerca del funcionamiento de los servicios extra hospitalarios. De lo contrario se dejará a la persona externada librada a su suerte y en condiciones de vulnerabilidad. Debe desestimarse entonces todo tipo de influencia que conduzca a la concesión de un alta prematura o inadecuada que provoque un deterioro del estado del paciente. Sin embargo, deberá evitarse que recaigan sobre el mismo las imprevisiones institucionales y estatales e insistir en la necesidad de crear instituciones y comunidades que permitan la inserción social progresiva del paciente. Según un relevamiento efectuado oficialmente, en la provincia de Buenos Aires de un total de 5.000 pacientes internados en hospitales neuropsiquiátricos 1.200 que permanecían allí a pesar de estar en condiciones de ser dados de alta, pero esa permanencia se produce como resultado de problemas sociales ya mencionados. Según la Organización Mundial de la Salud esta situación se verifica en casi todas las latitudes, señalando que el 82% de los internos están en condiciones de ser externados.

Un visitante ajeno al medio judicial y penitenciario que transite por alguna de las unidades psiquiátricas especializadas del servicio penitenciario, difícilmente pueda distinguirla de un establecimiento carcelario destinado a procesados o condenados, ya que no resulta posible mediante elementos visibles, diferenciar los aspectos que distinguen la ejecución de la medida de seguridad del cumplimiento de una pena, tanto en el habitat como en el régimen de vida cotidiano. Esta indiferenciación resulta relevante en cuanto a la consideración del medio, no porque importe indiferenciar la medida de la pena, puesto que ello no basta para mantener tal asimilación basada en apariencias, sino porque implica que la adaptación del interno psiquiátrico forense al medio libre será mucho más compleja que la del interno de un hospital neuropsiquiátrico del sistema sanitario común y tiene algunas similitudes con la conflictiva reinserción de los penados. Es decir que su vulnerabilidad y marginación estigmática tiene doble valor en el inimputable. Esta constatación es decisiva para establecer un sistema adecuado de adaptación y progresividad en el tratamiento del inimputable que ha cometido un acto típico y antijurídico para reintegrarlo al medio libre.

Algunas problemáticas son comunes a las que afectan a los imputables, en tanto que otras se ven potenciadas por la situación en que lo sume su enfermedad mental, sobre todo las relativas a la necesidad de asistencia terapéutica y control médico-farmacológico. El proceso de rehabilitación del interno psiquiátrico penitenciario, que estuvo sujeto a una medida de seguridad requiere la observación directa de las conductas relevantes y del entorno en el que se desarrolló la enfermedad. Para la evaluación no bastarán breves

entrevistas ni la administración de algunos test, sino una acumulación gradual de toda la información relevante acerca del paciente. Tomando estos recaudos básicos se evitarían esfuerzos innecesarios, molestias y frustraciones para los pacientes, los familiares y los profesionales, e incluso se reducirían gastos inadecuados. La información debe preceder a la evaluación, que a su vez, habrá de dirigir y encaminar cada una de las etapas del tratamiento y prácticas rehabilitadoras. Con gran conciencia de esta ardua labor y de la necesidad de permanencia y seguimiento, los especialistas recomiendan que ningún paciente crónico abandone dispositivo rehabilitador alguno sin haberse registrado el curso de su evolución de una manera pertinente y fiable, mediante instrumentos específicos y sensibles a los cambios y que impidan que esa valiosa información se pierda cuando se produce un traslado o se ingrese en canales informales que no poseen una rutina evaluadora ni instrumentos pre-establecidos. Los programas de evaluación de rehabilitación deben ser flexibles para adaptarse a la progresiva autonomía que los pacientes crónicos van alcanzando al dirigirse a programas cada vez más autogestionados e integrados a la sociedad. Cabe destacar que existen diversos instrumentos y procedimientos elaborados por especialistas y destinados a evaluar a pacientes a larga distancia. (GHQ, PSE, CIDI, MCR, CFI, MPQ, HHPP, entre otros). Un detalle de estos instrumentos puede consultarse en el capítulo 79 de “Psiquiatría Legal y Forense” editorial Colex, Tomo II, ‘Métodos de evaluación en la rehabilitación del paciente psiquiátrico crónico. Ámbito de aplicación en Psiquiatría Forense’ por Rafael Inglott Domínguez.

Según los expertos, estos instrumentos deberían permitir: la comparación entre diversos establecimientos, programas y modelos, medir el grado de incapacidad de cada paciente para graduar y seleccionar adecuadamente el programa apropiado a cada uno, identificar a los pacientes con potencial para ingresar a la comunidad, determinar las necesidades individuales o grupales, evaluar la carga que el paciente pueda suponer para sus allegados y detectar los cambios que se producen en la conducta del paciente evaluando así la efectividad del tratamiento. Aunque muchos autores juzgan utópico y complejo a tal instrumento, algunas de sus facetas son imprescindibles y pueden implementarse desde la forma más simple en lo cotidiano. El clínico y el psiquiatra elegirán en cada momento el instrumento que mejor se adapte a las exigencias de su trabajo empleando criterios combinados que tengan en cuenta la etapa en que se encuentra, la población a rehabilitar, las necesidades, el medio en que se desarrolla, los problemas previsibles en cada etapa y la fuente de los mismos (familiares, laborales, sociales, institucionales).

La modificación del régimen al que se encuentra sujeto el interno debe ser progresiva para facilitar su adaptación. Proponen los especialistas que los grandes establecimientos sean reemplazados por unidades pequeñas o viviendas individuales que garanticen la asistencia, pues no se debe pasar del abandono en el establecimiento al abandono en comunidades, según lo señala la petición vigésimo tercera del Parlamento Europeo expuesta en la Resolución

A3-0231/92 del 16 de septiembre de 1992. En ese sentido se propuso en diversos ámbitos y países la subvención de proyectos piloto que fomenten la independencia o autogestión de los enfermos mentales en el ámbito de la vivienda asistidos por especialistas que no reduzcan su actividad a la mera custodia, sino que propendan al desarrollo de las habilidades de los enfermos para la vida de relación e independencia. Además de las viviendas y talleres subsidiados, resultan necesarias provisiones integrales en materia sanitaria, así como pensiones y subsidios asistenciales.

Entre estos proyectos de rehabilitación en el ámbito internacional, donde lleva mayor tradición y mejor infraestructura Dinamarca, se encuentran los desarrollados en Andalucía y Sevilla (Asociaciones “Tau” y “Paz y Bien” respectivamente) que trabajan desde 1995 de modo programado con disminuidos psíquicos sujetos al régimen penitenciario y con apoyo financiero del Real Patronato de Atención y Prevención de Personas con Minusvalía. El Hospital Psiquiátrico Penitenciario de Sevilla inició esta experiencia, creándose para desarrollarla una Comisión Técnica de Seguimiento de las personas beneficiarias. Este proyecto se desarrolló a partir de la comprobación de que sólo el 59,6 % de los sujetos tenía apoyo familiar que permitiera la externación. En el caso de las personas en las que se advierte que al ser externadas retornarían a un ambiente delictivo, se desarrolla una búsqueda de recursos residenciales, laborales, ocupacionales y educativos en su lugar de origen para evitar la reincidencia criminal.

Algunas experiencias desarrolladas dentro del entonces Anexo Psiquiátrico de la unidad 33 del servicio penitenciario bonaerense, fueron dedicadas no sólo a impartir hábitos fundamentales de higiene, educación en materia de alfabetización y conocimientos, sino también a mejorar su modo de vida, con asimilación de pautas y valores que alejen a las internas de los riesgos de la marginalidad, de las familias disfuncionales, de la anomia social y de la delincuencia.

En la implementación de este tipo de proyectos es decisivo el intercambio de información que exige canales fluidos de comunicación con los órganos jurisdiccionales y auxiliares de la justicia que les permita conocer la existencia de alternativas y las ventajas que ofrecen los nuevos sistemas para poder utilizarlos en los casos que estimen conveniente. También es imprescindible la obtención de un apoyo financiero sostenido, sea público o privado.

Algunos proyectos se desarrollaron en el ámbito bonaerense con pacientes internados en hospitales neuropsiquiátricos del medio libre y también fueron ensayados recientemente algunos programas en la ciudad de Buenos Aires. Sin embargo, ninguno de ellos tiene suficiente amplitud como para abarcar a todos los pacientes que están en condiciones de ser externados desde el punto de vista terapéutico y no cuentan con adecuada contención ni apoyo del entorno social y familiar. Para que estos programas tengan eficacia deben extenderse ofreciendo los resultados positivos que hasta ahora sólo alcanzaron a escasos pacientes, dada la escasa disponibilidad de alojamiento y asistencia. No

obstante, estos programas o proyectos piloto produjeron resultados auspiciosos que justifican realizar esfuerzos destinados a asegurarles una continuidad de la que actualmente carecen y una amplitud que permita extenderlo a un número más significativo de pacientes. En los programas que ya están en funcionamiento o en los que se implementen, deberán sumarse a quienes cumplen medidas de seguridad en unidades psiquiátricas penitenciarias.

Dada la resistencia que tienen las instituciones del medio libre dependientes del área de salud respecto de la recepción de pacientes egresados de neuropsiquiátricos penitenciarios, resultará decisiva la implementación de programas similares que funcionen en forma autónoma dentro del ámbito del servicio penitenciario y el fuero penal. El apoyo de la curaduría oficial deberá también garantizarse para estos casos. En los programas impulsados en la provincia de Buenos Aires desempeñó un importante papel la Curaduría Oficial de Alienados y es de desear que también lo tenga en la implementación de futuros programas para los externados que hayan cumplido medidas de seguridad en el ámbito penitenciario. Desde sus comienzos en el año 1981 hasta la actualidad, aumentó considerablemente el porcentaje de personas representadas por la Curaduría Oficial de Alienados que –en el medio no penitenciario– están cumpliendo sus tratamientos en forma ambulatoria. Así, en octubre del año 2006 sobre un total de 2.695 representados; 1.126 (41, 8%) se encontraban internados en hospitales públicos, 619 (22,9 %) en instituciones privadas y 950 (35.3 %) realizaban tratamientos ambulatorios. Los programas de externación en curso suelen realizarse desde los distintos hospitales neuropsiquiátricos. Entre ellos se destacan; el “Programa de Rehabilitación y Externación Asistida” (P.R.E.A.) creado por resolución del Ministerio de Salud de la provincia de Buenos Aires, que cuenta con diversos dispositivos. Para su efectivización el jefe de cada sala del hospital se contacta con el equipo intrahospitalario del P.R.E.A., determinando qué pacientes se encuentran en condiciones de acceder al programa. Esas condiciones consisten en que se encuentre compensado psiquiátricamente, que tenga autonomía personal o grados de recuperación que le permita la realización de los quehaceres cotidianos propios de la vida de relación y que se encuentre desamparado por falta de un entorno familiar o social continente. Los pacientes elegidos ingresan primero a los talleres intrahospitalarios que les ayudarán a recuperar las funciones y habilidades propias. Luego pasan a los dispositivos extrahospitalarios de los cuales las “Casas de Convivencia” son la base.

En el Hospital Esteves de Temperley –de población exclusivamente femenina–, correspondiente al Departamento Judicial Lomas de Zamora, el programa se inició en junio del año 1999 por disposición de la resolución 1832 del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, con el objetivo de promover la integración a la comunidad de los pacientes internados en hospitales psiquiátricos de la provincia de Buenos Aires. Tienen acceso a él los pacientes que permanecen internados sin razones clínicas que lo justifiquen por carecer de la contención o los medios que les permitirían volver a su medio.

En octubre de 2006 funcionaban once casas de convivencia coordinadas por personal del “Centro de Día”, donde también se realizan actividades tendientes a la recuperación y desarrollo de las habilidades para la vida de relación y autovalía. En el ámbito social la comunidad colabora en muchos casos para la reinserción gradual del paciente por medio de los entes más próximos (escuelas, consultorios, centros culturales). En el ámbito laboral, la inserción se lograba mediante micro-emprendimientos productivos donde los pacientes como agentes activos pueden elegir los objetos que utilizarán en la vida diaria (mobiliario, decoración, etc.) y son orientados y asistidos por psiquiatras, psicólogos, talleristas, enfermeros y acompañantes terapéuticos. Asimismo, instituciones privadas y personas voluntarias que colaboraban en la rehabilitación. Los profesionales brindaban una externación asistida para favorecer la transición. En octubre de 2006 se alojaban en casas de convivencia 47 mujeres provenientes del Hospital Esteves de Lomas de Zamora, 2 en casas del P.R.E.A. con familias luego de pasar por la casa de convivencia, 1 egresó para vivir con su hija y 3 con sus parejas. En materia educativa 10 pacientes retomaron sus estudios, 34 trabajaban percibiendo salarios, 3 trabajaban en empresas de servicios tercerizados por el hospital y 6 recibían pensiones. No se trata de reemplazar sin más al hospital sino de evitar la inercia que suele instalarse en las instituciones cuando se extiende la práctica de internación sin atender a la evolución y necesidades del paciente. Se realiza una praxis de intervención técnica, con estrategias claras y consistentes, con asignación de recursos técnicos y humanos. Continuamente se intenta lograr que el Estado se implique a través del hospital en el alquiler y sostén de las casas como insumos de salud. Se promueve de tal modo la aceptación social del paciente, la revalorización de los vínculos personales, la potenciación de los recursos de salud de la comunidad, incluyendo no sólo trabajo con los pacientes sino con la comunidad, comprometiendo a los pacientes dispuestos a trabajar por su externación y mantener su lugar como ciudadanos, trabajadores del hospital psiquiátrico con disposición para el trabajo en espacios comunitarios, familiares con pacientes y personas de la comunidad que desean acompañar este proceso formando una red de cooperación. Una muestra de la reasignación de recursos es que el programa capacitó al mismo personal hospitalario para reorientar sus prácticas dentro del P.R.E.A., con intervención de médicos, enfermeras, psicólogos, talleristas, acompañantes comunitarios y terapeutas ocupacionales. Se trabajaba en forma grupal con los pacientes para romper el aislamiento. Una vez externadas las pacientes eran visitadas en sus domicilios por personal del Equipo de Supervisión Domiciliaria, integrado por enfermeros y acompañantes comunitarios, la continuidad del tratamiento la garantiza el Equipo de Continuidad de Tratamiento formado por médicos y psicólogos que las atienden periódicamente en el Centro de Día que funciona fuera del hospital en las cercanías de la estación ferroviaria de Temperley. Allí también se realizaban talleres culturales, de capacitación laboral y recreativos favorecedores de la integración comunitaria. Dada la importancia del aspecto

laboral para la estima personal, autonomía, vínculos de relación y alternativa de proyectar un futuro se promueven proyectos laborales con oportunidades de trabajo. Al tiempo de la investigación el programa tenía 11 casas habilitadas en la comunidad, donde convivían mujeres en grupos de 3 a 5. Algunas han dejado ese lugar para mudarse a vivir con sus parejas.

Otro programa alternativo para la externación es el denominado “Vuelta a Casa”, caracterizado por brindar un subsidio económico a la familia del paciente o sus allegados para que puedan mantenerlo. Financiado por la Secretaría de Desarrollo Humano, beneficiaba a 100 personas y a 8 casas de convivencia. Para hacerlo efectivo, las personas que se comprometían a atender al paciente firmaban un acta de compromiso (convenio de externación) en la cual el paciente se compromete a cumplir con los controles y tratamiento, a seguir las indicaciones profesionales, a colaborar en la casa con la familia donde se hospeda y a no generar situaciones violentas. El familiar o allegado responsable por su parte se compromete a tratarlo adecuadamente, a suministrarle la medicación indicada y a contenerlo. Cabe señalar que la medicación se brinda al responsable gratuitamente por intermedio del hospital y está prevista la atención médica en consultorios fuera del hospital.

En la ciudad de La Plata, destacan los programas para favorecer esta adecuada transición y adaptación a la vida en comunidad al cesar las medidas de internación realizadas en el Centro Basaglia, integrada con recursos vecinales y del hospital neuropsiquiátrico de Melchor Romero. En el hospital Alejandro Korn de la localidad de Melchor Romero también funcionan programas piloto de externación. El hospital alquila las casas en zonas por las cuales circulen medios de transporte que puedan trasladar a los pacientes hasta el hospital y se alojan en las mismas hasta 5 personas que son asistidos por enfermeros especialmente capacitados que concurren unas horas por día. La convivencia se facilita mediante la distribución de tareas y un adecuado diagrama de medicación.

Para el Hospital Domingo Cabred (Luján) no resultaba aplicable el P.R.E.A., por encontrarse alejado de centros urbanos y por recibir pacientes residentes en diez de las doce regiones sanitarias en las que se divide la provincia. Se implementaron entonces otras alternativas. En octubre de 2006 los programas contaban con más de 130 externados, 8 casas de convivencia (algunas alquiladas por los propios pacientes que se reunieron a tal fin) y 245 personas eran atendidas por los municipios en sus propios lugares de residencia, mediante convenios suscriptos entre los gobiernos municipales y el hospital según los cuales esos gobiernos se comprometen a enviar medicación gratuita a las familias de los pacientes. También se generaron vínculos con otros sectores de la sociedad.

Como puede apreciarse, cada hospital adecua sus programas a las necesidades de los pacientes y a las características y particularidades de la zona en que está ubicado. La Universidad Nacional de La Plata desarrolló un proyecto para dar continuidad a los programas de externación. Lo implementaron profesionales

y alumnos y persiguen la reinserción definitiva en la sociedad de pacientes internados en los hospitales Alejandro Korn, Estéves y Domingo Cabred y forma parte de veinte propuestas financiadas por el programa de voluntariado universitario. Inicialmente previsto para 30 pacientes cuyas edades oscilan entre los 21 y 80 años, el proyecto se denominó “Restitución del derecho a vivir en comunidad para personas con padecimientos mentales con internación prolongada”. Trabajando en el mismo 22 estudiantes y 8 graduados de psicología, humanidades, derecho y trabajo social. Yago Di Nella dirigió la iniciativa suscitada por la comprobación de que en más del 90 % de los casos, los pacientes permanecen dentro de los hospitales psiquiátricos por razones que nada tienen que ver con su padecimiento, obedeciendo a la exclusión social derivada de la falta de aceptación de sus familiares, y a la ausencia de medios económicos y de vivienda.

El proyecto, financiado por el Ministerio de Educación de la Nación, incluyó el diagnóstico acerca de la enfermedad y los motivos de su permanencia en los diferentes hospitales. La fase de intervención se forma en varias etapas: trabajo con el grupo de pertenencia mediante la búsqueda de familiares y amigos del paciente, estableciendo las razones que motivaron su internación para lograr la reaceptación en su núcleo íntimo y brindando apoyo para que se aprenda a convivir con la patología en el medio familiar; trabajo con el paciente en base al concepto de capacitación vincular para recobrar sus vínculos sociales y vida en comunidad en los aspectos cotidianos que perdió debido a la internación prolongada que desdibujó la noción de la vida fuera del hospital; trabajo destinado a fortalecer su autovalimiento y autonomía ayudándolo a recuperar la autoestima y el interés por el cuidado personal e higiene. Mediante la vinculación con diversos organismos del Estado se busca capacitar al paciente para la reinserción laboral. En algunos casos gestionan pensiones por discapacidad. Antes de que deje definitivamente la institución se evalúa su desenvolvimiento personal y su capacidad para vivir en la comunidad. Producida la externación definitiva, los encargados del proyecto acompañan al paciente y sus allegados durante un año para evitar la reinternación. Incluso se extiende la información y comunicación con el vecindario para evitar la discriminación que amenaza al paciente psiquiátrico. Cuando no se logra comprometer a los allegados, se buscan otras alternativas, como el alojamiento en pensiones con una información previa a los encargados y habitantes acerca del estado y características del externado.

En la Ciudad de Buenos Aires, dos casas comenzaron a desarrollar la primera experiencia de reinserción social para pacientes psiquiátricos. Como en la provincia de Buenos Aires, se estimó que había más de 3.000 personas internadas en hospitales neuropsiquiátricos, cientos de ellos con alta médica. Entre el 30 % y el 50% de los pacientes internados en los hospitales Borda, Moyano, Tobar García y Alvear, estaban en condiciones de ser externados, pero no tienen adónde ir. Ese era el panorama antes del dictado de la Ley de Salud Mental. De conformidad con el Programa de Externación Asistida de

Integración Social (Preasis) convivían en una de las casas 4 pacientes egresadas del Hospital Braulio Moyano y un proyecto similar se desarrolló con algunos pacientes egresados del Hospital José Borda. Las edades de las externadas variaban entre los 30 y 55 años, recibiendo un monitoreo externo y la asistencia de un equipo interdisciplinario en las casas en que habitan por no tener familia o allegados que las para continuar la rehabilitación en la comunidad. Además, recibían un subsidio estatal por un año, prorrogable, para los gastos personales. Fue desarrollado por el ministerio de Derechos Humanos y Sociales del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y regulado por la ley de salud mental sancionada en el año 2003.

Estas alternativas son utilizadas desde hace tiempo en países como Italia, Francia, Holanda y Gran Bretaña que inició este tipo de programas con la creación de los hospitales de día (1948). En Argentina la primera sala de internación psiquiátrica se instaló en el hospital Evita de Lanús y en Cuba se fundó el primer hospital de día especializado. Posteriormente, en las décadas del 60 y 70, se fundaron el hospital de Porto Alegre en Brasil y el Hospital Borda y los Hospitales Braulio Moyano y Tobar García en Argentina.

Las características de estos programas viabilizan la recuperación del paciente sin aislarlo ni hacerle perder sus habilidades pues mantienen un fluido intercambio interdisciplinario a nivel discursivo y terapéutico, ofrecen un ámbito al paciente para tratarse individual y grupalmente, asisten sus diversas necesidades rehabilitándolos en cada área, lo mantienen en contacto con su medio y sus allegados, le brindan la atención cuantitativa y cualitativamente necesaria para cada caso. El desarrollo de este tipo de programas en mayor escala, así como su continuidad, que debe estar debidamente asegurada mediante los organismos estatales y requiriendo la colaboración de instituciones privadas, es una de las alternativas posibles para lograr que cada paciente recupere las habilidades perdidas en su vida diaria de relación y pueda ser externado aun cuando no cuente con un medio contenedor ni personas que quieran hacerse cargo. Estos mismos proyectos deben implementarse para los pacientes que egresan de los hospitales neuropsiquiátricos penitenciarios a fin de que, al producirse el cese de la medida, no los aguarde un entorno inadecuado que los devuelva a una nueva y evitable re-internación.

La dificultad específica que tienen estos pacientes se debe fundamentalmente a la falta de instituciones intermedias entre la unidad psiquiátrica penitenciaria y el medio libre o entre aquéllas y el hospital común monovalente, así como a la ausencia de dispositivos y programas que se ocupen de su reintegración y recupero de la autovalía. No es menor la discordancia de criterios entre los órganos del ámbito judicial y los asistenciales, cuestión que se agrava cuando se advierten las claras resistencias que el ámbito gubernamental de la salud tiene para asimilar en sus programas a los pacientes provenientes de unidades psiquiátricas penitenciarias, todo lo cual los lleva a quedar en peor condición que los penados y que los enfermos mentales.

Ejemplos de trabajo coordinado entre el servicio público de salud mental y el sistema penitenciario se desarrollaron en el Hospital Fulton de Missouri con pacientes alojados en una institución carcelaria de máxima seguridad, logrando modificar las resistencias y prejuicios que consideraban como no rehabilitables a los pacientes psiquiátricos quienes en rigor se hallaban internados en instituciones no rehabilitantes. Es decir que se trata de pacientes que tenían la potencialidad de recuperar sus habilidades para vivir en la comunidad realizando tratamiento y sin riesgo de recidivas violentas, pero se hallaban alojados en instituciones que no estaban preparadas para darles esa progresiva rehabilitación. Se requirió de un trabajo interdisciplinario y de la modificación de las conductas y actitudes del personal que privilegiaba la seguridad al tratamiento. Se inició una verdadera terapia en todos los aspectos de la personalidad del paciente que hasta entonces sólo permanecía alojado en custodia. Similar experiencia se realizó en Baltimore donde se dio a los pacientes inserción en programas de hospital de día un tratamiento especializado y rehabilitación social y domiciliaria. En ambos casos se mantuvieron los niveles deseados de seguridad, pero en un contexto adecuado para la rehabilitación del paciente.

Queda claro que los beneficios de estos programas ya fueron probados en las experiencias realizadas en diversos países y debidamente analizadas desde los primeros estudios sociológicos emprendidos en 1961 por Robert Rapoport y sus colaboradores y dedicados a las comunidades terapéuticas. Una de las grandes enseñanzas que dejó esa experiencia realizada con el centro psiquiátrico británico dirigido por Maxwell Jones, fue la comprobación de que los retrocesos exhibidos por algunos enfermos en sus relaciones sociales al egresar del hospital demostraron la importancia que debía atribuirse a la discontinuidad cultural existente entre el centro terapéutico y la comunidad social. Luego de tantos proyectos realizados como estudios practicados y pasadas cuatro décadas de aquellas experiencias de Rapoport, no parece racional continuar desarrollando formas de atención y custodia de los pacientes psiquiátricos olvidando la realización de programas adecuados, progresivos y alternativos para una adecuada y definitiva externación.

Cese definitivo de la medida de seguridad

El cese de la medida de seguridad se encuentra previsto en el artículo 34 inciso 1º del Código Penal: *“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”*. A su vez los códigos procesales regulan el cese de la medida al tratar la ejecución. El artículo 519 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires (ley 11.922) establecía que *“Para ordenar la cesación de una*

medida de seguridad absoluta o relativamente indeterminada en el tiempo de cumplimiento, el juez de ejecución penal deberá oír al ministerio público fiscal, al defensor y al interesado; o cuando éste sea incapaz, a quien ejercite su curatela y, en su caso, recurrirá al dictamen de peritos”. A partir de la Ley 14.296 el art. 24 expresa:” El Juez de Ejecución o Juez competente deberá revisar la pertinencia de mantener la medida de seguridad con una periodicidad no mayor a seis (6) meses, a cuyo efecto regirán las disposiciones del artículo 3º de la presente ley. Si se determinase que ha cesado la peligrosidad a que se refiere el artículo 34 inc. 1º del Código Penal, deberá disponerse la libertad inmediata del detenido. Asimismo, previos informes, que justifiquen y fundamenten que ha disminuido la peligrosidad de absueltos y sobreseídos definitivamente que se encuentren sometidos a una medida de seguridad, podrá disponerse su inclusión en un régimen terapéutico de externaciones transitorias o altas a prueba; o continuación con el tratamiento específico en otros establecimientos especializados y/o su egreso con el alta definitiva.”

Como puede advertirse la nueva redacción incorporó la flexibilización y previsiones que se venían anticipando en doctrina y jurisprudencia. Por su parte, el artículo 514 del Código Procesal Penal de la Nación expresa que *“Para ordenar la cesación de una medida de seguridad, de tiempo absoluto o relativamente indeterminado, el tribunal de ejecución deberá oír al ministerio fiscal, al interesado o, cuando éste sea incapaz, a quien ejercite su patria potestad, tutela o curatela y en su caso, requerir el dictamen pericial”*.

En la práctica forense la cesación de la medida generalmente es precedida por la concesión de diversas formas de externación y de altas a prueba que mantienen al paciente en tratamiento, aunque bajo otro tipo de régimen caracterizado por una mayor o menor autonomía y períodos de externación que pueden abarcar como se refirió anteriormente, desde unas pocas horas mensuales hasta períodos cuya prolongación se adapta a la evolución demostrada por el paciente. Cuando la evolución es favorable y la contención del entorno apropiada para los cuidados y control que requiere el enfermo, el órgano jurisdiccional dispondrá la cesación definitiva de la medida de seguridad de internación psiquiátrica siguiendo los pasos procesales aludidos. Las características de cada caso determinarán la forma en que continuará el tratamiento ambulatorio, que en general resulta necesario, y las formas de hacerlo efectivo, sea en su hogar, en una casa apadrinada, en hospitales de día o de noche, en casas de medio camino, hogares sustitutos, estableciendo talleres protegidos, etc.). Resulta representativa en este sentido la causa N° 23.290 “I. A., A s/Homicidio calificado” del registro de la Sala III de la Excma. Cámara de Apelaciones del Departamento Judicial Lomas de Zamora. Según consta en ella, el causante provocó la muerte de su cónyuge disparándole con un arma de fuego y luego se disparó a sí mismo en la sien, siendo hallado por

personal policial dentro del vehículo de su propiedad y en el que ocurrieron los hechos. Al momento del hecho el autor era de mediana edad y estaba afectado por la fase depresiva de una psicosis bipolar que significaba alineación, contando con antecedentes de traumatismo de cráneo. Antes del hecho, escribió una carta a sus hijos, indicándoles la forma de resolver las cuestiones económicas pendientes, distribuir los bienes, aconsejándoles que se cuidaran entre ellos y mencionándoles los familiares a los que debían recurrir ante la ausencia de los padres, y que su determinación era necesaria por hallarse “...cansado de todo, y tener entonces que tomar esta decisión, aquí no hay drama pasional, simplemente lo único que pasó aquí fue el destino que quiso que esto termine así...”. A pesar de la redacción de la misiva, las autoridades sospecharon una simulación, pero diversos peritajes demostraron que se trataba de un sujeto afectado de psicosis maniaco-depresiva cursando esta última fase al momento del hecho. Fue sobreseído definitivamente por ser inimputable en orden al delito de homicidio calificado y alojado en la Unidad 34 del servicio penitenciario bonaerense. Fue detenido el mismo día del hecho, 8 de agosto de 1995. El 23 de septiembre de 2003 el Gabinete Psiquiátrico Forense indicó que se había atenuado su peligrosidad, encontrándose en condiciones de iniciar un régimen de salidas transitorias por 45 días con previa intervención de la curaduría oficial departamental para evaluar si el medio familiar era continente. El informe elaborado por la asistente social de este organismo concluyó en que el medio familiar resultaba contenedor tanto en lo afectivo como en las restantes necesidades, teniendo un contexto socio ambiental sólido y propicio para la etapa de recuperación que iniciaría, habiendo mantenido los vínculos mientras estuvo internado en la unidad. En base a los informes de los especialistas, el ministerio fiscal no encontró obstáculos para someterlo al régimen terapéutico de externaciones transitorias por 45 días siempre que se garantizaran el control, seguimiento terapéutico y la designación de una persona responsable. El 19 de mayo de 2005 el tribunal concedió la externación por el tiempo aconsejado y bajo esas condiciones, citando al hermano del causante quien asumiría la responsabilidad de cuidarlo, dando intervención de la curaduría oficial de alienados departamental y determinando que se practicaran controles médicos regulares y periódicos en la unidad 34 del servicio penitenciario bonaerense. En el mes de junio se realizó el primer control, comprobando la curaduría que la reinserción en el medio familiar y social era progresiva y buena, en tanto el Gabinete Psiquiátrico Forense, en control efectuado el 21 de junio del mismo año, dio cuenta de que la inserción era buena, habiendo conseguido trabajo y encontrándolo psíquicamente estable. Por ello aconsejó un nuevo período de externación por 120 días que le fue concedido en las mismas condiciones el 4 de julio de 2005. Con anuencia del ministerio público fiscal el 21 de octubre del citado año se le extendió a un nuevo período de 180 días que fueron renovados por igual plazo en abril de 2006. Los informes elaborados por los especialistas en octubre de 2006 dieron cuenta de la evolución adecuada, la

estabilización del cuadro y la buena reinserción social, familiar y laboral que tuvo el causante, por lo que aconsejaron la evaluar la posibilidad de disponer el cese de la medida de seguridad. El ministerio público fiscal, teniendo en cuenta los recientes dictámenes elaborados por los especialistas y merituando la adecuada conducta del sujeto durante los sucesivos períodos de externaciones transitorias, la buena contención de su entorno, la estabilización de su cuadro y la evolución presentada en el desarrollo de su vida de relación en el medio libre mientras estuvo externado transitoriamente, se expidió el 20 de octubre de 2006 no oponiendo reparos a que la cámara dispusiera el cese definitivo de la medida de seguridad, siempre que se garantizaran los medios adecuados para mantener su tratamiento ambulatorio, el control socio ambiental y médico con adecuado seguimiento de su estado, así como el mantenimiento de un responsable que se hiciera cargo de su cuidado y se diera intervención a la curaduría de alienados. La cámara resolvió en esos términos el 27 de octubre de 2006. Finalmente, el 24 de abril de 2007 la Sala III concedió el Alta Definitiva con controles médicos psiquiátricos periódicos al nombrado A.I., continuando los controles médicos supervisados judicialmente hasta el presente.

De estos casos que en el ámbito de la Fiscalía General de Lomas de Zamora con su entonces titular Eduardo Cesar Alonso tomamos a los fines de la experiencia piloto que hache comento, se desprenden dos aspectos: en primer lugar que no todos los casos son inmediatamente incluidos en los sistemas morigerados o progresivos, pues ante todo debe respetarse el estado de cada sujeto y asumir con la seriedad y responsabilidad que exige la situación la forma en que se propondrá ejecutar o continuar la ejecución de la medida, pues un traslado prematuro a un régimen moderado que no ofrezca recaudos puede ser fatal para la evolución del sujeto que aún no está preparado y retrasar su mejoría en años.

En segundo lugar, debo señalar que a pesar de la gravedad de los hechos por los que intervino la justicia penal y de la dificultad que implican la patología, axial como la falta de contención del medio familiar y el entorno inmediato, pudo concretarse la inclusión en esa progresividad cuidada por factores de protección opuestos a los de riesgo, que permitieron finalmente llegar al alta definitiva. Siempre respetando los tiempos de evolución del paciente y sus necesidades para adaptarse del encierro al medio libre en condiciones saludables de autovalía. Incluso algunos, como el caso de C.J. –causa 19.761- con desempeño laboral.

La adaptación progresiva del régimen por la flexibilización de la medida, permite en los casos en que la evolución psiquiátrica del sujeto y la contención adecuada del entorno lo favorece, desarrollar, con escasos pero eficaces medios, un programa de desarrollo progresivo que evite la internación indefinida del sujeto, a pesar de la gravedad de su estado y la importancia del hecho y condiciones que motivaron su internación. Este progresivo desarrollo

permite al medio y al sujeto adaptarse a sus necesidades y evitar sobre todo el fracaso y retroceso que se produciría como resultado de una externación improvisada y sin medios de contención ni controles o apoyos exteriores, después de un encierro prolongado. Al respecto expreso Goffman (ob. Cit.): *“...Querría añadir un comentario final acerca de los procesos más frecuentes que ocurren cuando se le da de alta y se lo devuelve a la sociedad mayor. Sin duda todos han hecho planes fabulosos para esa oportunidad, y tal vez la mayoría lleva la cuenta exacta del tiempo que falta, con precisión de horas. Sin embargo, a medida que se aproxima la fecha, una ansiedad creciente se apodera de muchos ante la idea de la liberación (...) ¿Podré yo arreglármelas allá afuera? La pregunta abarca toda la vida civil, destacándola como centro de reflexiones y preocupaciones (...) Según sus frecuentes declaraciones oficiales las instituciones totales se ocupan de la rehabilitación del interno, o sea de reparar sus mecanismos autorreguladores, de tal modo que al marcharse mantenga por decisión propia las normas del establecimiento (...) En realidad, este pretendido cambio en los internos rara vez se cumple, y aunque en ciertos casos se produce una alteración permanente, los cambios no son casi nunca los que el personal se había propuesto conseguir*

La falta de programas alternativos puede frustrar que el enfermo mental logre una integración social digna en la comunidad. Deberá continuarse entonces con los tratamientos y programas iniciados durante la ejecución de la medida en el ámbito penitenciario, extendiéndolos y desarrollándolos con los medios posibles para superar la falencia apuntada. La tarea de recuperación del sujeto no concluye con la implementación de planes y programas adecuados durante el cumplimiento de la medida de seguridad en la unidad penitenciaria, sino que debe ser continuada con los programas destinados a la externación adecuada y progresiva del sujeto hasta lograr su autovalía y un nivel de relación social adecuado en la vida diaria.

Al realizarse los trabajos de investigación de campo se comprobaron coincidencias con los estudios e investigaciones desarrolladas por los especialistas acerca de las recidivas, reingresos y riesgo de violencia. (Folino, vid, trabajo citado al analizar las externaciones y altas a prueba). En el entonces Anexo Psiquiátrico de la Unidad 33 del servicio penitenciario bonaerense, donde se realizaron oportunamente esos trabajos de campo, las autoridades y especialistas señalaron que el reingreso a la unidad de las pacientes externadas era escaso al igual que las recidivas, en virtud del adecuado cumplimiento del tratamiento ambulatorio. Se señaló también que los egresos no eran numerosos. Las autoridades de la Unidad 34 del mismo servicio penitenciario expresaron que son pocos los casos en que se logra la evolución tan favorable como para permitir la externación temporaria o definitiva del interno, aunque existían algunos, siempre en baja proporción frente al número de ingresos. Sin perjuicio de ello pusieron de manifiesto que no eran frecuentes las recidivas ni el reingreso del sujeto en la unidad por la comisión de otro hecho.

En la entonces Unidad 27 del Servicio Penitenciario Federal, los profesionales de la salud destacaron la imposibilidad de establecer estadísticas adecuadas respecto de las recidivas por la falta de un adecuado seguimiento luego de la externación de dicha unidad. Los encargados de la seguridad relataron que en general las pacientes no se alojaban en la unidad más de cuatro años promedio. Si bien el cese de la medida dependía del cuadro, en general eran trasladadas a hospitales neuropsiquiátricos del medio libre o clínicas psiquiátricas privadas en caso de contar con obra social que le otorgara cobertura. Refiriéndose a los reingresos a la unidad por recidivas o por la comisión de nuevos hechos violentos, señalaron que era bajo el índice de reingresos o reinternaciones en hospitales del medio libre y que, cuando se produjeron reingresos a la unidad se trató de delitos menos graves que el que motivó el ingreso originario. Los pocos casos de recidiva y reinternación, se debían a que las internas volvían al mismo medio en que estaban al cometer el hecho, con idénticos riesgos y sin controles ni apoyo.

Los especialistas médicos de la entonces Unidad 20 del Servicio Penitenciario Federal señalaron que era frecuente la recidiva y el reingreso a la unidad por la comisión de nuevos delitos en el caso de los adictos, debido a la falta de tratamiento posterior, seguimiento y apoyo, al regreso al medio anterior y a la falta de trabajo. Es decir que enfrentaban los mismos riesgos existentes al tiempo del hecho. El tipo de delitos por el que los sujetos reingresaban a la unidad también era, en general, menos grave o provocado por el incumplimiento del tratamiento.

Sección de INVESTIGACIÓN CUALITATIVA

La opción de indagar mediante estrategia cualitativa se basa en que ofrece la posibilidad de abordar flexiblemente y en profundidad facetas de interés que no se detectarían habitualmente con el estudio exclusivamente cuantitativo. Las fuentes de información utilizadas fueron la *observación directa* (especialmente provechosa respecto de las condiciones ambientales de los pabellones correspondientes a las unidades psiquiátricas relevadas, así como de las condiciones de convivencia interpersonal de la población estudiada) además de los *questionarios* suministrados a algunos especialistas en asistencia terapéutica y las *entrevistas abiertas*, realizadas con las autoridades penitenciarias, los médicos, psicólogos e internos. Asimismo, en el plano documental, fue relevante el estudio de ciertos *expedientes* penales a cuya tramitación pudo accederse íntegramente. Se incorporan también los datos aportados por investigaciones realizadas en el campo de la Psiquiatría Forense y los surgentes de los *informes de instituciones* u organismos como el Procurador Penitenciario en el ámbito federal, cuando éstos estuvieron disponibles.

Enfatizo esta circunstancia pues en el ámbito penitenciario la información documental psiquiátrica se encuentra mínimamente documentada, no existiendo siquiera una historia clínica única del interno, elaborada con exhaustividad. Habitualmente las historias clínicas suelen elaborarse fragmentariamente en cada lugar de alojamiento del sujeto, seccionando así sus internaciones y tratamiento, lo que conlleva un gran riesgo sobre todo en el período de observación, pues los médicos no cuentan con los antecedentes de la historia clínica ni detalles desde que no es habitual que la historia clínica acompañe al interno en su traslado. Esa falta de datos tan vitales, sumado a la priorización de la seguridad y funcionalidad institucional en detrimento de la rehabilitación del paciente, incide también en la autenticidad de los escasos registros.

Limitaciones y Fortalezas

Como toda investigación realizada en campos poco frecuentados por los especialistas del derecho y dentro de un ámbito restrictivo (no sólo de la libertad de los pacientes sino también del acceso a la información) como lo son las unidades psiquiátricas del servicio penitenciario de máxima seguridad, esta investigación no pudo acceder a las historias clínicas de los pacientes entrevistados, sino por intermedio de la relación que de ellas hicieron los médicos intervinientes. Asimismo, en algunas unidades como las que integraban el Servicio Penitenciario Federal (las entonces denominadas 20 y 27) no fue permitido el diálogo directo y personalizado con los internos como sí pudo efectivizarse ampliamente en las unidades del Servicio Penitenciario de la Provincia de Bs.As., (34 y el entonces pabellón psiquiátrico de la unidad 33). Por escasez de recursos se limitó a las unidades especializadas del servicio federal y la provincia de Bs. As., sin poder extenderse a todo el país. A ello debe sumarse la dificultad de la temática que necesariamente involucra diversas disciplinas, con lo cual deberá tenerse presente que tratándose de una tesis dirigida al ámbito de las ciencias jurídicas, dicho enfoque es el que prevalece, porque también de dicho campo proviene la especialización de quien lo realiza. La complejidad del tema involucra no sólo normas diversas, sino también acciones provenientes de actores y operadores disímiles, pertenecientes a distintas profesiones que actúan en distintas instituciones, con variada regulación y entorno. En lo que a la metodología se refiere no se empleó una fuente única, sino plurales, con una técnica de triangulación, que

entrecruza datos de las instituciones analizadas, con observaciones de informes oficiales elaborados por otros órganos.

Las entrevistas, en cuanto a su modalidad, no se redujeron a cuestionarios semi- estructurados, empleándose la *entrevista abierta*, que permite incluir la voz de las personas internadas. También la observación fue participativa y directa.

Como fortaleza del estudio debe resaltarse el aporte que representa al tema investigado, pues al nulo tratamiento teórico por parte de la doctrina sobre el tema, se agrega la ausencia en el país de antecedentes de investigaciones empíricas realizadas en el interior de las unidades penitenciarias que alojan a los inimputables por enfermedad mental. Por otra parte, fue llevado a cabo en las jurisdicciones que tienen mayor representatividad, atento la densidad demográfica, índice de criminalidad y litigiosidad de las mismas, así como la mayor movilidad migratoria que registran tanto la Capital Federal como la capital de la Provincia de Buenos Aires. En cuanto a la realización en campo, las autoridades permitieron un recorrido completo de las unidades y acceso a casi todos los sectores y pabellones. Cabe destacar que la ausencia o escasez de investigaciones empíricas sobre el tema se observa también en el campo psiquiátrico forense, destacando la falta de métodos sistemáticos, debido en parte a la tradición profesional latinoamericana que aún se encuentra en vías de desarrollo hacia la búsqueda de criterios empíricos, y en mayor medida, por la escasez de programas específicos de investigación, como bien lo señalan los propios investigadores. (Goldstein et al 2015). En cuanto a la utilidad del método cualitativo ya hace tiempo Glaser & Strauss (1967) destacaron su provechosa utilidad en el ámbito de la investigación internacional, pues desarrolla una teoría inductiva formada a partir de la examinación directa de pacientes y datos, demostrando el poder analítico y profundamente exploratorio del análisis cualitativo. La validación externa para estos autores, puede ser realizada entre otros criterios en base a la triangulación, que implica explorar el fenómeno desde diferentes puntos de vista, obteniendo la validación de la teoría mediante información obtenida de más de una fuente, método que aquí se ha aplicado, con fuentes sumamente diversificadas (que incluyen desde la fragmentaria y escasa documental obrante en el ámbito penitenciario; hasta la más exhaustiva volcada en los expedientes judiciales; pasando por la integral de normas jurídicas nacionales e internacionales, hasta llegar a los aportes de las disciplinas que se relacionan con el fenómeno, tales como la psiquiatría forense de donde se abrevan los resultados de

investigaciones específicas hasta alcanzar la voz directa de las personas entrevistadas). En cuanto a la documental de los procesos judiciales, el acceso a los expedientes penales permitió compulsarlos íntegramente, en profundidad y conocer incluso las incidencias posteriores del trámite hasta la fecha de redacción originaria del trabajo. El trato con los entrevistados fue directo en todos los casos y realizado por el único sujeto a cargo de la investigación –la autora- lo que permitió mayor homogeneidad en los criterios de recolección y cotejo de datos.

Los datos obtenidos en la investigación

Del universo de datos asequibles en los trabajos de campo cabe centrarse en los más influyentes al momento de evaluar el sistema de medidas de seguridad. Entre esos datos resulta de interés, en principio, el que ofrece un conocimiento acerca de las características de los sujetos que ingresan a estas unidades y el estado general que presentan al momento del **ingreso**. En este aspecto se constató que autoridades y profesionales médicos de los servicios penitenciarios federal y bonaerense –respecto de varones y mujeres- coincidieron en afirmar el cambio que percibieron en las características de los sujetos ingresados en las últimas décadas, desde los años 90 en adelante, a raíz de la incidencia de las adicciones extendidas en la sociedad (principalmente drogas y alcohol) en la personalidad de los sujetos, determinando un nuevo perfil de los ingresados, a saber; cada vez más jóvenes y con mayor deterioro orgánico.

Décadas anteriores a 1990	Décadas 90 y 2000
<i>Mayor representatividad de Psicóticos</i>	<i>Mayor representatividad adictos. + Trastornos Personalidad</i>
<i>Sujetos de edad mediana</i>	<i>Sujetos jóvenes</i>

Observación: Disfunción inicial verificada entre las patologías de la población ingresante a las unidades especializadas y los medios farmacológicos provistos por el Servicio Penitenciario:

- *Esto lleva a la verificación de un anacronismo entre la medicación aportada a las unidades por la división Suministros del servicio penitenciario Bonaerense y S.A.M.S., División asistencia médica del Federal (que adquieren en ambos casos del mercado farmacéutico, sujeto a sus fluctuaciones) y la requerida por las patologías actuales. Se necesita medicación más actualizada y variada, acorde con las alteraciones en los estados de ánimo propios de las patologías ingresadas a estos establecimientos en la actualidad. Ello en lugar de los medicamentos clásicos que les son provistos. Reciben cantidad, pero no variedad, lo que dificulta a los médicos tratar las patologías vinculadas a trastornos anímicos.*

Sectores sociales de los cuales provienen:

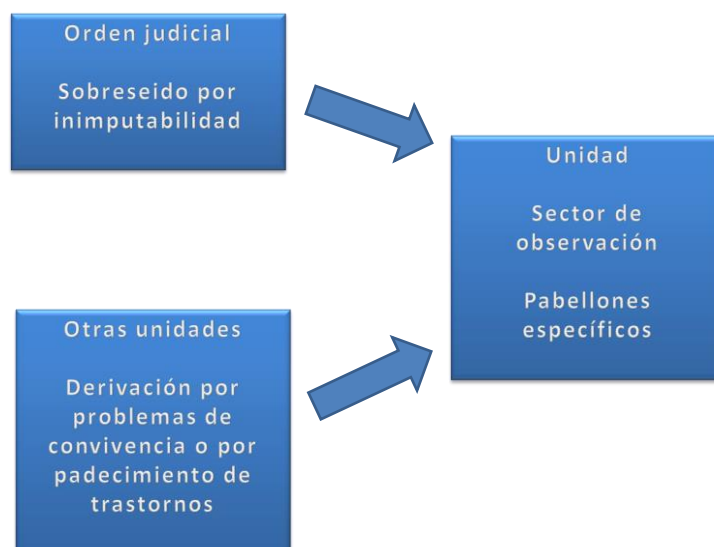
Nivel socioeconómico bajo y medio

Urbano. Escolarización primaria.

Formas de Ingreso

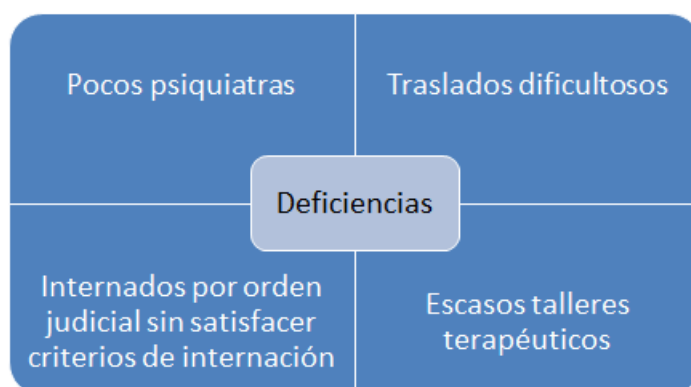
De acuerdo con lo señalado por las autoridades y profesionales médicos en las entrevistas realizadas, existen distintas formas de ingreso de un paciente a la unidad psiquiátrica penitenciaria (Gráfico 1).

Gráfico 1. Flujo de internaciones en la unidad



Algunas de esas formas (como la derivación por meros problemas de convivencia que realizan directamente las autoridades de otras unidades carcelarias) generan inconvenientes y restringen las camas disponibles para los verdaderos destinatarios de estas unidades psiquiátricas especiales –los enfermos mentales declarados inimputables en proceso penal- pues las autoridades de las restantes unidades carcelarias consideran a la unidad psiquiátrica como alternativa, cuando no pueden resolver serios problemas de convivencia entre algunos detenidos, sin patología. En el Gráfico 2 se representan las principales dificultades detectadas durante los trabajos en campo, en base a las respuestas de las autoridades y los profesionales médicos de las unidades psiquiátricas visitadas, así como de la propia observación.

Gráfico 2. Dificultades detectadas



Mayor vulnerabilidad de la población psiquiátrica penitenciaria. Factores.

Los principales factores que influyen en su vulnerabilidad son los siguientes:

- Patología psiquiátrica padecida (dependiendo además del tratamiento del SP sin otra opción)
- Escasos medios a disposición de los profesionales médicos del servicio penitenciario.
- Riesgo de conductas autolesivas: siendo la más extrema el suicidio

Estos internos además de la disminución de su capacidad de reacción a causa de la patología y en algunos casos de la medicación, suelen tener relativa limitación para comunicarse con su entorno. A todo lo cual se agrega la circunstancia de no ejercer la presión social que pueden realizar los internos comunes de otras unidades carcelarias para el reconocimiento de sus derechos. La sumatoria de estos factores expone la mayor vulnerabilidad que los afecta.

Tasa de Suicidios

Es sin duda éste un factor que hace más palmaria la especial vulnerabilidad del paciente psiquiátrico forense.

En este ítem debo aclarar que lamentablemente, los registros de muertes acaecidas en lugares de encierro, no tiene un adecuado sistema de registro hasta el presente, por lo tanto, no hay estadísticas útiles. En el ámbito de la provincia de Bs.As., es preciso destacar la normativa de la SCJBA vigente sobre las muertes en contexto de encierro a través de la Resolución 3452/14 y su ampliatoria 3508/14 dictadas respectivamente el 10 y 17 de diciembre del año 2014. Los datos que se relevaron desde su implementación para el período 17 de diciembre de 2014 a 15 de marzo de 2016 pueden resultar ilustrativos en parte, pero no son exhaustivos y algunas variables no fueron consideradas, por ello actualmente la SCJBA está implementando un Registro de personas fallecidas en contexto de encierro, a través de su Subsecretaría de Derechos Humanos de personas privadas de libertad mediante expediente SDH Nro. 16/10. En el mismo se está proyectando en este año 2016 el dictado de una nueva resolución que resulte más exhaustiva para el registro de muertes en contextos de encierro y contemple variables que hasta ahora no se reflejaban. Es de esperar que en breve pueda implementarse un registro lo suficientemente exhaustivo, actualizado y completo para poder elaborar estadísticas y políticas preventivas al respecto.

De lo escasamente relevado hasta el presente –período 17 diciembre de 2014 a 15 marzo de 2016- a partir de la iniciativa de la SCJBA de crear tal registro de personas fallecidas se han relevado los siguientes datos:

Sistema penal en general: registró 151 fallecidos en dicho período entre muertes naturales y traumáticas. No se brindaron datos puntuales sobre las unidades en que acaecieron.

34 de ese total tuvieron causa de muerte traumática, siendo 12 de ellos suicidios.

No se aclara respecto de los suicidios en qué unidades o lugares de detención se produjeron surgiendo del informe que 6 se registraron en dependencias policiales, pero del resto no se consigna claramente en el informe que obra en dicha Subsecretaría de la SCJBA las unidades donde se produjeron. No se indicó dato de edad. En cuanto al sexo 7 de las fallecidas fueron mujeres, pero no indica si fueron de causa traumática o no.

También se registraron en el ámbito de salud mental 107 fallecidos en el mismo período; 41 estaban internados en hospital público, 38 en monovalentes y 66 en establecimientos privados. Causa mediata no fue informada sino en algunos casos. Se indicó que 59 no fueron traumáticas y 1 fue suicidio. No se informan edades, señalando que 47 de las personas fallecidas eran mujeres, pero no se consigna si la causa fue traumática.

Debido a todas estas falencias, es que actualmente la SCJBA elabora una nueva resolución con un sistema más eficiente de registro y consulta digitalizado para los operadores. (en trámite en el citado expediente de SDH 6/10). El nuevo sistema se proyecta para abarcar todas las variables que faltaron en el anterior y se dirige a registrar todas las muertes ocurridas en contexto de encierro, sea en el ámbito del sistema penal o de la justicia civil respecto de los internados a su disposición en el ámbito de la salud mental, así como en la justicia de responsabilidad juvenil.

Volviendo a los datos de los que hay registro estadístico:

Servicio Penitenciario Federal

En los ocho primeros meses del año 2012 el Procurador Penitenciario constató un aumento considerable de la cantidad de muertes violentas en la población psiquiátrica del servicio penitenciario. Tal situación motivó un comunicado de la Procuración Penitenciaria de la Nación. Luego del traslado de los internos de la unidad 20 –con motivo del incendio de la vetusta unidad que causó la muerte de dos personas- al Complejo Penitenciario Ezeiza I en el marco del programa PRISMA, la precariedad del nuevo alojamiento se estipuló hasta que se efectivice la construcción de establecimientos sanitarios. Pero en los ocho meses y fracción de 2012 en que se relevó dicha población, se registraron 3

muerres violentas, apareciendo las víctimas ahorcadas en su celda individual de alojamiento.

Servicio Penitenciario de la Provincia de Bs.As.

Lamentablemente la tasa de suicidios en las unidades penitenciarias bonaerenses no disminuyó desde las investigaciones desarrolladas entre enero del año 2000 y julio de 2002 por los autores Folino, Marchiano y Sánchez Wilde (2003) cuando verificaron que la tasa de suicidio en las prisiones y unidades psiquiátricas del Servicio Penitenciario Bonaerense para el año 2000 era 14 veces mayor a la de la población de la provincia, siendo varones el 93% de los suicidas, relativamente jóvenes. En las mujeres detenidas representó el 6,9 %.

La Unidad más afectada fue la 34 que registró en ese período 5 suicidios. Esta tendencia fue constatada en los trabajos de campo entre diciembre de 2004 y enero de 2005 pues se mantenía, de trece muertes anuales registradas en dicha Unidad, cinco correspondían a suicidios. En el trabajo de los autores citados, seguía la Unidad 10, alcanzando las unidades psiquiátricas así el de 24 %

Un 60 % de los casos estudiados por Folino se produjeron en los primeros tres meses de ingreso a la última unidad penitenciaria, lo que indica mayor vulnerabilidad del paciente durante el período de adaptación a la nueva unidad.

La falta de conocimiento de los antecedentes de los pacientes derivados por otras unidades fue una de las razones que impedía tomar precauciones adecuadas, según lo surgente de las entrevistas con profesionales médicos que mantuve en campo.

Medicación empleada

Otro elemento que incide negativamente sobre la vulnerabilidad de los internos de las unidades psiquiátricas penitenciarias, es el tipo de tratamiento farmacológico recibido, en tanto no tienen opción para obtener otra medicación y la provista por el servicio no refleja las necesidades de la población que ponen de manifiesto los médicos del propio servicio. Como características:

Prevalece la medicación oral (clásica y económica), en lugar de disponer de la medicación más actualizada y variada, exigida por las patologías actuales. Sobre todo, los profesionales enfatizaron esta falencia para abordar los cambios de humor de las patologías de los internos en las últimas décadas.

Excepción en crisis: inyectable

Ocasionalmente se emplea medicación de depósito (de acción prolongada)

Los medicamentos costosos –psiquiátricos o no- se utilizan sólo si son provistos por la familia con autorización del médico tratante.

Controles médicos en las Unidades

A fin de tener una idea más acabada sobre el abordaje terapéutico del paciente en el contexto de las unidades psiquiátricas del servicio penitenciario, sintetizaré el desarrollo del mismo en las etapas mencionadas por los profesionales médicos.

Ingreso: evaluación médica general por el clínico y especializada por el psiquiatra incluyendo elaboración de diagnóstico e indicación de tratamiento.

Seguimiento periódico: periodicidad

Paciente en crisis: cuando lo necesite

Paciente estable: cada 15 días control con psiquiatra

Paciente descompensado: control diario.

Carencias de las Unidades Psiquiátricas en materia de Programas

Mencionaré las principales carencias materiales de estas unidades, con incidencia en la vulnerabilidad del paciente:

-Ninguna de las Unidades Psiquiátricas tiene programas para tratamiento de adicciones, tampoco para pacientes gerontes.

-Es preocupante la falta de espacio e infraestructura en consultorios para los médicos y terapeutas.

-No hay continuidad en los escasos programas culturales y artísticos que desarrollan.

-Los programas educativos se reducen a la educación básica.

-Los talleres laborales se dedican a oficios poco demandados.

-Es significativa la falta de espacio para desarrollar actividades laborales, artísticas o culturales.

-Son escasos los vínculos del interno con la familia, sobre todo en los pacientes crónicos. Esta limitación debería superarse implementando mecanismos de reemplazo –hospitales de día, casas de medio camino, etc., a las que podrían integrarse los pacientes de las unidades penitenciarias junto con los provenientes de los hospitales.

Comportamiento de la población psiquiátrica

Otro factor que ilustra acerca tanto de la vulnerabilidad como de la falta de visibilidad para el sistema institucional que tienen estos internos es el relativo a la conducta percibida en general en las unidades. De lo relevado se advirtió que el comportamiento de estos internos es bueno en general, teniendo una relación de confianza con el personal carcelario y los médicos, pues los problemas no son provocados por los pacientes que padecen enfermedad mental sino por los psicópatas con problemas de convivencia incorrectamente alojados allí entre los enfermos, por derivación inapropiada de otras unidades. Una de las graves inconsistencias del sistema que permite la derivación o alojamiento incorrectos de estas personas. No se registran tampoco intentos de evasión en esta población conformada por quienes padecen enfermedad mental. Pese a lo limitado en muchos casos de su inserción en el medio, suelen integrarse de manera bastante aceptable, compartiendo incluso sus visitas con aquellos pacientes que no son visitados por familiares o amigos.

Observaciones generales surgidas en los trabajos en campo

La posibilidad de recorrer íntegramente los distintos pabellones y espacios que conforman las Unidades Psiquiátricas de ambos Servicios Penitenciarios, permitió recolectar una serie de elementos producto de la observación directa, cuya exposición aquí podría resultar ilustrativa de la vida diaria de los internos en esas unidades.

Unidad 20 S.P.F.

En la entonces unidad psiquiátrica para varones del servicio penitenciario federal, se observó superpoblación, que durante la visita se evidenció en la ausencia de camas y celdas adecuadas para los internos. Una de las salas (la Sala 3) tenía por entonces alojados a la totalidad de internos que la integraban sin divisiones, en una misma habitación rectangular con camas en ambos laterales. En otro pabellón se observaron varios internos que dormían sobre un colchón ubicado sobre el piso. Una de las salas no tenía comedor, ni elemento alguno (asientos, mesas, etc.) que permita vislumbrarlo, pues explicaba personal del servicio que debieron dejar libre el lugar para colocar más colchones en el piso. En ningún caso había muebles ni lugares donde los internos guardaran sus cosas propias. (ello conduce a la despersonalización, afectando negativamente la subjetividad). La comida se hacía mediante catering, por no contar con cocina apropiada. El lugar carecía de patios en planta superior. Sólo tenía un único patio en la planta baja al que accedían por turnos cuando resultaba posible. Había un gimnasio techado. Los talleres de cerámica, dibujo y marroquinería se ubicaban en el mismo lugar: una sala de la planta baja con escaso espacio para desarrollar las actividades. Igualmente, pequeña era el aula donde se dictaba preferentemente educación primaria. Existían 6 celdas individuales donde se alojaban quienes estaban en aislamiento (por observación o por estar atravesando crisis). No existía acceso a la luz y el aire por falta de espacios abiertos en planta superior. Había una capilla, tenían un capellán, como así también varios consultorios para atención médica y laborterapia. Se vieron varias terapistas ocupacionales. (No estaban realizando actividades en ese momento con ningún interno). El aspecto general era de deterioro, condiciones precarias, muchos internos dormían sobre colchones tirados en el piso y cubiertos con mantas. A muchos de ellos no se los veía integrados al medio, por el contrario, dormían en sus colchones tapados con frazadas, a pesar de la temperatura de aproximadamente 20 grados centígrados que obligaba en consultorios y lugar donde realizamos la entrevista a encender los ventiladores de techo por falta de aireación. El predio –cedido hasta entonces por convenio por el hospital José Borda- era pequeño, sin espacio para crear más instalaciones. No se permitió entrevistar a los internos ni dialogar con ellos, ello fue fijado como condición desde la dirección de ceremonial para acceder a la realización del trabajo de campo. El personal dio a entender que habría que tramitar en cada caso particular autorización del juez interviniente, pero no se ofreció la alternativa como accesible. El establecimiento daba la impresión de hacinamiento, falta de medios, malas condiciones para los internos, falta de lugares con aire y luz.

Comparativamente, los internos de las Unidades del Servicio Penitenciario Bonaerense 34 y 33 se encontraban mejor conectados con el medio y en mejor estado personal y ambiental.

- Cabe destacar que las entonces unidades 20 y 27 del S.P.F., por ser vetustas se incluyeron finalmente en el programa PRISMA, habiéndose trasladado su población provisoriamente al complejo penitenciario Ezeiza I. Lamentablemente, según informe del Procurador Penitenciario realizado respecto de los primeros 8 meses del año 2012 la situación en Ezeiza de la población psiquiátrica es sumamente precaria y alarmante la tasa de suicidios.

Unidad 27 del S.P.F.

En ese entonces la unidad 27 alojaba en el ámbito del servicio penitenciario psiquiátrico federal a las mujeres: siendo en total 16 las internas allí alojadas al momento del trabajo en campo. De ellas solamente 7 cumplían medida de seguridad del art. 34 inc. 1 del C.P. La unidad contaba con capacidad para 25 internas. (Aunque dicha capacidad real debió adaptarse a de 18 para mantener disponibilidad constante en celdas, en virtud de la necesidad de movimiento y traslado interno, debido a descompensaciones y eventualidades propias del tipo de unidad). El nivel era de mínima o mediana seguridad (A pesar de alojar internas peligrosas) y no había perímetro especial de seguridad ni puestos. En cuanto a la cantidad de profesionales y personal con que contaba la Unidad: en ese entonces había 1 Psiquiatra (que no estaba presente porque además de cubrir urgencias, consultorios, guardia, debía ir a otros establecimientos). No tenían psiquiatra permanente, aunque necesitaban al menos 2. El director pertenecía al cuerpo general. El Subdirector era entonces un médico cirujano. Había 2 psicólogas (realizaban terapia individual y de vez en cuando charlas grupales con las internas); también contaban con 1 Terapeuta ocupacional; 2 Médicos clínicos: siendo una de ellas la Jefa de Servicio Médico; 1 Asistente Social que pertenecía a la Unidad 20 y era compartida. Compartiendo también con la U 20 psiquiatra y las especialidades. (Así odontólogo, infectólogo –de la U 21 Muñoz-, el párroco y la asistente social de la U 20). En la noche, al no contar con psiquiatra debían acudir a los de la unidad 20 y a los especialistas del hospital Moyano, así como a las instalaciones de éste último en forma diurna también. En cuanto al personal de seguridad: tenía 1 jefe de turno y 3 celadoras por turno; 1 Agente en Puesto de Control Externo y 1 jefe de División. Historias clínicas: se hallaban en el piso superior donde funcionaba

el servicio médico, que visitamos y donde mantuvimos charla con médico clínico y psicóloga. Legajos: se refieren a la situación legal de la interna. Estaban en la planta baja donde funcionaban entre otras oficinas administrativas, la sección de judiciales. Además del personal de seguridad que respondió a la entrevista, durante los trabajos de campo y recorrido de la unidad se dialogó con el médico clínico, terapeutas ocupacionales y especialmente con la psicóloga acerca del tratamiento y los temas vinculados a las características de la psicoterapia de los inimputables y sus particularidades.

Unidad 34 S.P.B.

Al momento de los trabajos de campo alojaba un total de 392 internos, siendo su nivel de seguridad severo, por ser estricto con aislamiento celular nocturno. Contando con 12 pabellones agrupados en cuatro sectores. Cada pabellón alojaba 30 internos por considerarse un número manejable para el personal penitenciario. Entre otros pabellones pueden mencionarse a título ilustrativo los de; admisión; tratamiento en crisis; individual; de drogadependientes; de valetudinarios; agrupado por trabajo; por conducta y por religión. Existiendo un sector de vigilancia estricta de 24 hs, donde permanentemente se encuentra en observación el paciente allí alojados, interviniéndose en caso de ser necesario. Consiste en un lugar de aislamiento, con 4 celdas, donde puede aplicarse además de contención farmacológica eventualmente contención mecánica – que puntualmente consiste en vendar las manos del interno y esposarlo siendo permanentemente vigilado- (*Se alojan allí a los que tienen elevado riesgo de suicidio*).

*Unidad 33 S.P.B. Anexo de MUJERES al tiempo de la investigación. **

En ocasión de realizar los trabajos de campo el Pabellón Psiquiátrico de la unidad 33 alojaba 45 internas. (La unidad en total 345). El pabellón tenía régimen cerrado de máxima seguridad. Entre las características particulares destacaba que entonces sólo se trataba de un anexo psiquiátrico con 26 camas para pacientes permanentes. Pero en rigor, se pudo apreciar que se trataba de una unidad muy heterogénea, porque era erróneamente considerada por los funcionarios y magistrados judiciales como un servicio psiquiátrico de seguridad, derivando allí a diversas internas, de muy diversa característica. Tenía por entonces 3 pabellones; admisión; madres con hijos pequeños y enfermas mentales. Según el relato del personal penitenciario los más

conflictivos resultaban los pabellones de admisión y madres. Debido al carácter tan heterogéneo de la población se distribuía tratando de diferenciarlas, aunque sin ser ello estricto, pues las enfermas mentales podían ser alojadas por razones de conveniencia o necesidad vinculadas con su seguridad personal en otros pabellones. Entre la población total de la unidad 33 por entonces se contaba con madres con hijos pequeños, internas embarazadas, internas delincuentes habituales, otras que jamás habían delinquido, pero estaban a disposición de alguna autoridad judicial no penal, también había internas con trastornos somáticos por HIV; internas adictas, valetudinarias y finalmente las enfermas mentales que en número llegaban a 45. En la conformación total de la población de la unidad se consideraba por las autoridades aproximadamente un 70 % de personalidad psicopáticas. Respecto del anexo psiquiátrico que nos ocupaba, se advertía que las autoridades no tenían en cuenta que era un simple anexo, derivando erróneamente casos agudos que debían ir a hospitales psiquiátricos de mayor complejidad al menos hasta la compensación del cuadro. Para cumplir su finalidad real en el Anexo debían ingresarse exclusivamente las enfermas mentales -estabilizadas- que debían mantenerse en ese régimen de seguridad.

*(Sobre la situación específica de las mujeres véase “infra” al final de este título el apartado sobre *Perspectiva de género* en la materia)

Análisis de las entrevistas

La entrevista abierta es considerada por los especialistas (Glaser & Strauss, 1967) el método más apropiado para extraer datos y obtener información en terrenos como el aquí investigado, fundamentalmente porque en la situación cara a cara el entrevistado tiene mayor predisposición para hablar ante el encuestador que le brinda su atención. De tal modo aquel puede expresarse brindando información de modo más confiable y amplio, permitiendo además la realización de una lectura gestual y corporal que complementa la información brindada verbalmente. De allí su valor como herramienta para los investigadores a pesar de insumir mayor tiempo en su ejecución, al generar mejor respuesta que otros métodos, con un margen inferior de pérdida de información comparada con los cuestionarios fijos. En estos trabajos de campo se hizo para mí evidente la riqueza del método, sobre todo en los pacientes,

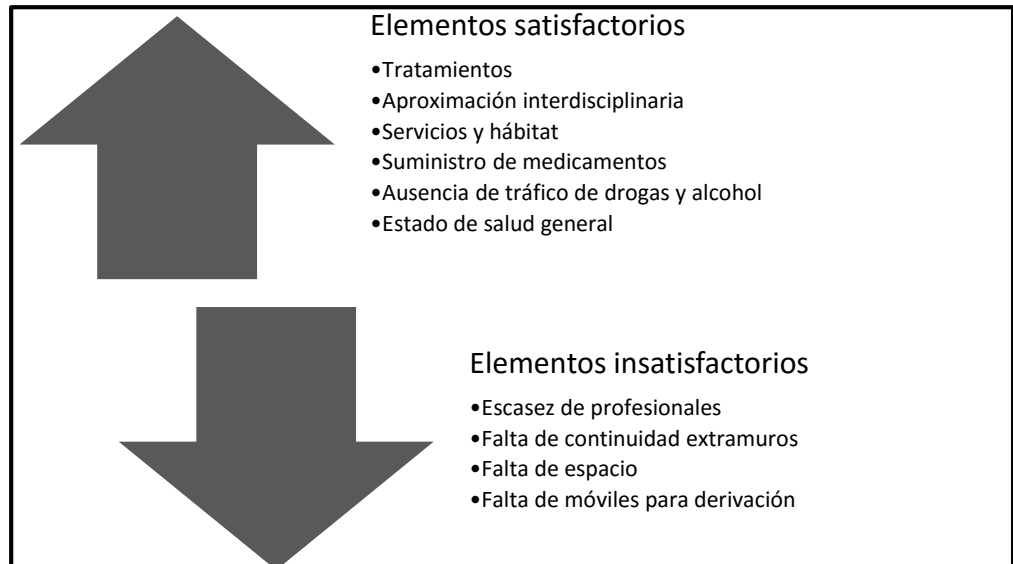
que siempre representados por curadores, defensores y otros interlocutores impuestos, no tienen demasiadas oportunidades de expresarse por sí mismos, para hablar de sus necesidades y expectativas en aspectos fundamentales de sus vidas. No debe olvidarse que la cronicidad de las patologías termina desintegrando los vínculos familiares y sociales en la mayor parte de los casos, por cansancio los familiares y amigos suelen dejar de visitarlos hasta que finalmente pierden las relaciones más directas y significativas en la vida. Al cotejar las posibilidades de expresión dentro del ámbito penitenciario por parte de quien está sujeto a este tipo de medida pude comprobar que en general el interno canaliza sus necesidades mediante los guardia-cárceles, médicos, enfermeros, psicólogos y terapistas, que elevan sus informes y peticiones a las autoridades de la unidad penitenciaria quien las remite al juez. Por ello pocas son las posibilidades de expresarse o dialogar directamente con los operadores o autoridades que deciden sobre la medida. De la experiencia puedo reseñar los siguientes interlocutores necesarios y contingentes del interno con medida de seguridad:

Interlocutores necesarios	Interlocutores contingentes
Juez	Defensor
Defensor	Curador
Curador	Perito médico
Perito Forense	Médico de la unidad
Médico de la Unidad	Personal penitenciario de seguridad
Personal Penitenciario seguridad	Terapistas
Terapistas	Psicólogos
Psicólogos	Enfermeros
Enfermeros	Familiares
Familiares	Amigos
Amigos	

Finalmente, para el análisis puntual del contenido de las entrevistas, tomaré como ejemplo representativo las realizadas en la entonces Unidad 27 del S.P.F., -para evitar reiteraciones, pues el cuadro era similar en todas las unidades psiquiátricas visitadas durante los trabajos en campo-. Entrevistados médico y agente de seguridad:

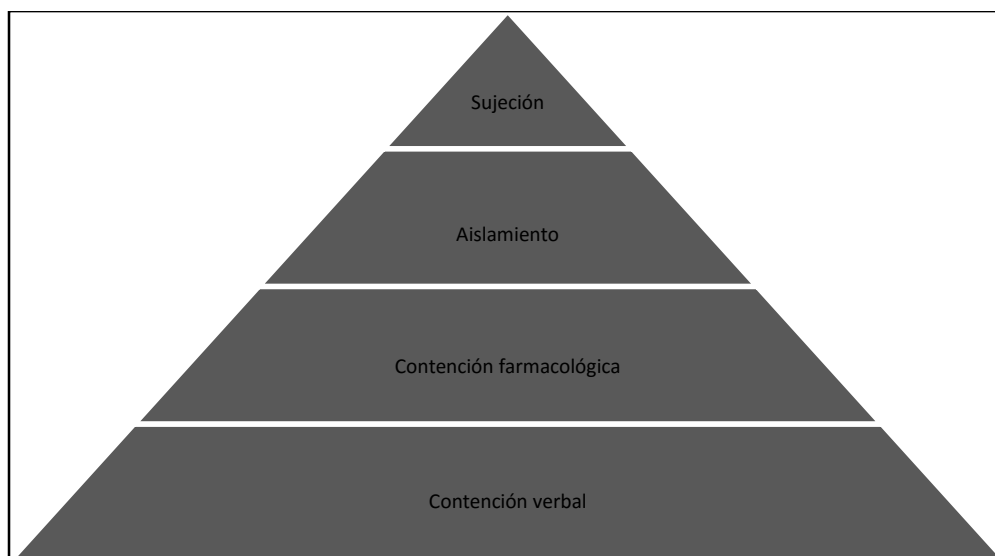
Se advirtió en la información brindada por el entrevistado, un panorama general de satisfacción con el funcionamiento de la unidad 27 y escasas, aunque significativas, manifestaciones de carencias (Gráfico 3). En relación con las carencias, destacan la de personal y móviles para solventar el sistema de derivación y de espacios. Respecto a aspectos desfavorables de la interrelación con otras instituciones, se enfatizó la limitada presencia de funcionarios judiciales. Notablemente, algunas expresiones que explican el buen funcionamiento de la institución, se caracterizaron por ser genéricas y no proporcionar mayores detalles. Así ocurrió por ejemplo con la frecuente referencia a la acción “interdisciplinaria” en evaluación y tratamiento, que en ningún caso fue acompañada de mención alguna sobre sistematización de la toma de datos o de indicadores relevantes para la salud mental y aplicación de las medidas de seguridad en particular, necesarios para demostrar variaciones en el tiempo y un adecuado monitoreo del proceso de intervención. Esto resulta coincidente con lo observado y con la carencia de bibliografía que muestre datos empíricos evolutivos o resultados de intervención en estos ámbitos. La interpretación nos lleva a concluir que tales indicadores no son utilizados a pesar de estar disponibles, a partir de estudios publicados desde otros sectores (conf., Folino, J., “*Estudio de cohorte psiquiátrico: Factores de riesgo de violencia*” La Plata. 2006; “*La evaluación del riesgo de violencia*”. Cuadernillo S.A.F. y T. 1:18.2007; Teitembaum, Paulo Oscar “*Tasa basal de recidiva de los pacientes liberados post medidas de seguridad del Instituto Psiquiátrico Forense de Porto Alegre, Brasil en un período de diez años (1994-2004)*”. Facultad de Ciencias Médicas UNLP. 2009).

GRÁFICO 3



La secuencia de intervención institucionalizada está descrita de manera claramente compatible con la búsqueda de la opción menos restrictiva (gráfico 4). Así, en diversos pasajes de las entrevistas se expone la utilización de contención verbal a las crisis, psicoterapia como instrumento de tratamiento regular, de compensación y de individualización del seguimiento. Asimismo, se expresa con la convicción de ser lo apropiado y eficaz. La valoración jerarquizada que todo ello implica es, indudablemente, muy valiosa para el sistema. Sin embargo, puede vislumbrarse que al igual que con las referencias relacionadas con el monitoreo, resultan más bien una acentuación desde lo ideal, pero sin referencias a sistematización, programa específico o técnica reconocida realmente aplicada en lo fáctico. Por último, destaca el acento en que las medidas de restricción se aplican por indicación de los profesionales, haciendo foco en su función preventiva de daños mayores y no en su función punitiva, acorde con el carácter tuitivo del sistema de medidas en estudio.

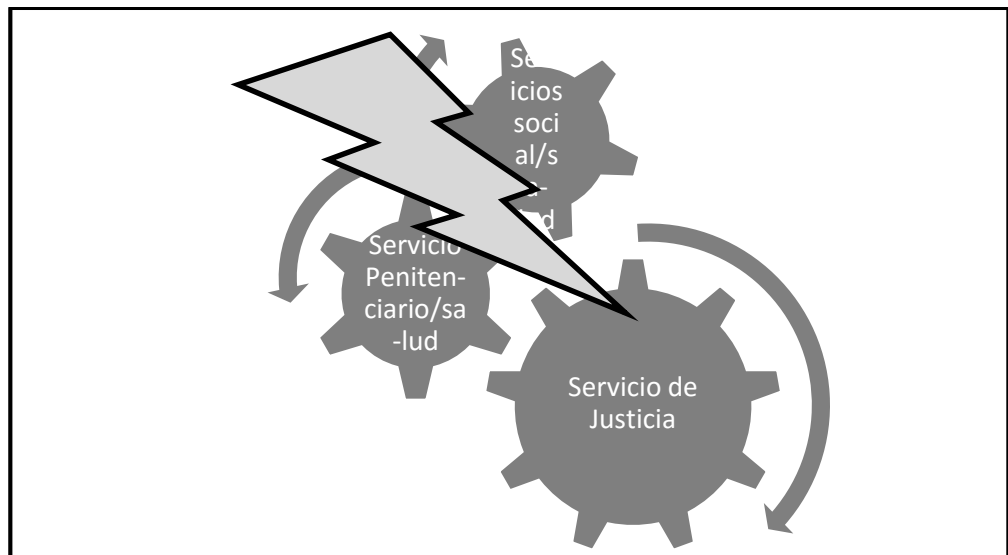
GRÁFICO 4: Formas de atención en crisis. Niveles.



La dificultosa continuidad del tratamiento terapéutico;

Una información expresada por los profesionales y autoridades penitenciarias reiteradamente, se relaciona con la ausencia de continuidad de acciones extramuros, con la falta de servicios fuera del ámbito penitenciario, con el regreso de la población a entornos precarios al ser externados y el desconocimiento de eventualidades extramuros. La expectativa del personal entrevistado respecto a lo que ocurre fuera de la institución una vez externado el paciente, más allá de que engloba temas variados, tiene facetas prácticas, que son completamente pertinentes a la continuidad terapéutica y preventiva. Sin embargo, las expresiones recogidas dan cuenta de una falta de continuidad en los servicios para los pacientes. El interior de la institución y el exterior son mundos muy separados, sin avenidas preventivas y de suministro de servicios que puedan ser transitadas fluidamente por los enfermos. Si durante la internación no es fluida la comunicación con los funcionarios judiciales, durante la externación tampoco lo es la comunicación con instituciones civiles ni con eventuales responsables de la continuidad del apoyo al enfermo (Gráfico 5). La imagen que se obtiene es que las instituciones hacen suya una parte del espacio vital del enfermo que entró en conflicto con la ley, y así de alguna manera -que no se evalúa acá- cumplen su rol, pero lo hacen independientemente de los demás, sin participar de lo que debería ser una acción concatenada sobre la evolución histórica y social del enfermo. Es decir, el enfermo que entra en conflicto con la ley no es considerado el eje de los servicios de manera diacrónica. Se produce apenas una participación que se

pretende cumplir con sincronía, pero negligente con la evolución y la necesidad de ajustes temporales. Ello no resulta acorde con las acciones que deberían propiciarse para que el sujeto una vez obtenida su libertad, pueda mantener el estado de equilibrio psicofísico que le permitió acceder a ella y se reinserte de manera adecuada en su medio familiar y social. (Conf. Teitembaum, Paulo Oscar “*Tasa basal de recidiva de los pacientes liberados post medidas de seguridad del Instituto Psiquiátrico Forense de Porto Alegre, Brasil en un período de diez años (1994-2004)*”. Facultad de Ciencias Médicas UNLP. 2009).



Perspectiva de género en el sistema de medidas de seguridad previsto por el derecho penal para inimputables por enfermedad mental

Como surge de los datos tomados durante los trabajos de campo, las mujeres sometidas a medidas de seguridad por aplicación del art. 34 inciso 1 del Código Penal en la jurisdicción de la provincia de Buenos Aires no contaban con una unidad carcelaria específica para el tratamiento, hallándose alojadas en ese entonces en un pabellón exclusivo –Anexo Psiquiátrico- de la Unidad 33 de mujeres. Posteriormente ya concluida la investigación de campo, fueron trasladadas en similares condiciones a la unidad 8, que tampoco revestía las

características de atención exclusiva para mujeres con patología psiquiátrica. En cambio, el Servicio Penitenciario Federal contaba en esos momentos a tal fin con la Unidad 27, desde la histórica cesión de terrenos mediante convenios con los hospitales neuropsiquiátricos del medio libre. No obstante, también en jurisdicción del S.P.F., se observaron algunas situaciones que dejaban a las mujeres que cumplían medidas de seguridad, en una situación más desamparada que otras poblaciones de internas por problemáticas específicas. A partir de la implementación del programa PRISMA en Julio del año 2011 fueron trasladadas provisoriamente las unidades 20 y 27 al Complejo Penitenciario Federal Ezeiza, hasta la construcción de dispositivos sanitarios específicos que alojen un máximo de 16 personas, pero en la etapa transicional su situación se precarizó aún más –como ya lo señalé al citar el informe del Procurador Penitenciario sobre vulnerabilidad de estas poblaciones-.

En cuanto a perspectiva de género en sí, debe señalarse que tanto en Argentina como en México (que no obstante es el país que mayor estudio ha brindado al tema en investigación, agregándose más recientemente Guatemala en lo que atañe a políticas públicas), así como en la mayoría de los países de América Latina, las mujeres representan un porcentaje pequeño de la población carcelaria total. Así, en el 80% de los sistemas penitenciarios la población femenina constituye entre 2 y 9% de la población penitenciaria total, distribuyéndose en 2,65 % del total en el continente africano, 5.3% en el americano, 5.4% en Asia, 4.4% en Europa y 4.3% en Oceanía. Específicamente en Latinoamérica las mujeres privadas de libertad representan en promedio 6% de la población penitenciaria total. (Rodríguez 2004 / Giacomello 2013). Lo mismo se verifica en cuanto a las unidades psiquiátricas penitenciarias estudiadas, siendo el total de mujeres alojadas al tiempo de los trabajos de campo en la Unidad 27 del S.P.F., 16 de las cuales sólo 7 estaban cumpliendo estrictamente una medida de seguridad del art. 34 inc. 1 del C.P. En la Unidad 33 del S.P.B., el total era de 45 internas en pabellón psiquiátrico, pero no todas ellas estaban sometidas a dichas medidas, atento las derivaciones y traslados indebidos operados por meros problemas de convivencia. La escasa cantidad de internas, hace notablemente injustificado que se brinde poca atención a las mismas. Es de destacar al respecto que en estudios realizados en México se pudo observar que los sistemas penitenciarios suelen reproducir y hacer más notorios los roles socialmente asignados a las mujeres, de modo que la escasez de atención al respecto resulta entonces parte de esa errónea perspectiva. Un aspecto a destacar de esta cuestión, es que durante las

investigaciones pude observar que los cursos y talleres ofrecidos a las mujeres en estas unidades, cuando los tenían, giraban en torno a estereotipos antes que a necesidades del mercado laboral (por ejemplo, en la unidad 33 dictaba cursos de uñas esculpidas y similares) con lo cual a su egreso sólo esa preparación laboral sólo les permitirá acceder a trabajos poco demandados y mal remunerados. Es decir, el tipo de curso que se suele impartir las pocas veces que ellos se implementan, suele reproducir roles de género estereotipados y posiciones de subordinación del extra muros. Otro aspecto muy importante que hace a lo específico de la perspectiva de género es que las mujeres suelen hacerse responsables de sus cargas familiares, lo que no es habitual en los varones, lo que lleva a que no sólo se trate de ellas todo lo relativo al encierro sino de sus hijos (convivan o no en el régimen carcelario según su edad) lo que duplica o triplica los recursos que necesitan, pero en contraposición a ello, las instituciones penitenciarias no les brindan los recursos adecuados. Más aún, no sólo se les ignora en la atención de las necesidades específicas por no proveerles recursos, sino que algunas disposiciones como los traslados a otras unidades, les produce un gran perjuicio en tanto las aleja de sus hijos y familiares, siendo escaso el número de visitas que se observa en las unidades carcelarias psiquiátricas de mujeres, al contrario de lo que sucede con las visitas de las unidades de varones. Por eso las mujeres en general comparten incluso las visitas y los elementos que les traen las mismas. Es también una constante que las mujeres encarceladas (en las cárceles comunes también) no reciban visitas de sus familiares varones como sí se verifica por el contrario en la visita que las mujeres realizan a los hombres cuando están encarcelados. Todo esto va perjudicando el vínculo con el exterior, provocando mayor desamparo al ser externadas.

Puede afirmarse que el discurso penitenciario so pretexto de neutralidad ignora algunas diferencias y necesidades específicas que se dan en el entorno de la mujer y con ello, termina discriminándolas al desatender esas cuestiones específicas. Así, los hijos de las mujeres internas quedan expuestos a mayor desestructuración familiar que los de varones presos, pues los hijos de éstos quedan en la gran mayoría de los casos al cuidado de la madre, en tanto los de las mujeres quedan expuestos a eventuales acuerdos, donde suelen perder contacto con la madre y padre e incluso hermanos y terminar viviendo lejos del hogar que habitaban. El cumplimiento de la medida, como también sucede con la pena en las cárceles comunes, ve extendidos sus efectos en un espectro mucho más amplio por sus consecuencias que las vinculadas estrictamente a la

interna. Si estas consecuencias y las restantes necesidades específicas de la mujer sometida a medida de seguridad, no son consideradas por el sistema penitenciario, necesariamente se estará desplazando a la persona concreta de la órbita de atención para seguir reforzando modelos o estructuras que sólo reproducen estereotipos.

En camino hacia el mejoramiento de la perspectiva actual:

Recientemente, en el año 2014, se han introducido algunos tímidos proyectos como talleres dentro del servicio penitenciario para comprender la perspectiva de género, que fueron destinados a los agentes del servicio penitenciario –Ej. SPB 23-10-14 en la Unidad 8 impulsado por un acuerdo entre la Secretaría de Derechos Humanos de la Provincia y el Servicio Penitenciario Bonaerense – pero ellos todavía son insuficientes, debe reforzarse el tránsito por esa senda para abarcar todos los mecanismos, situaciones y disposiciones que tienden a reproducir estereotipos no acordes con la realidad. En el *ámbito normativo a nivel internacional* se ha iniciado un proceso que abarca reglas que contemplan las necesidades especiales de este colectivo, como las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok. Res. ONU 65/229), elaboradas en base a precedentes internacionales sobre el tema, que la resolución menciona como precedentes y sobre todo atendiendo a la circunstancia de que su inclusión no había sido prevista en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos que habían sido aprobadas hace más de 50 años. Las reglas de Bangkok se aplican –Anexo intro., 14- a todas las categorías de mujeres privadas de libertad, incluidas las reclusas por causas penales o civiles, las condenadas o por juzgar y las que *sean objeto de medidas de seguridad* o medidas correctivas ordenadas por un juez. En las mismas se hace hincapié en la necesidad de adecuar las normas y prácticas penitenciarias, desde el ingreso a los establecimientos a fin de contemplar los requerimientos específicos de las mujeres, su estado de salud, especialmente el contacto y cuidado de los hijos menores que tengan a cargo y el vínculo con sus familiares. También se prevén disposiciones –regla 48- para reclusas embarazadas o lactantes. En el apartado 4 de la Regla 70 se propicia la ejecución de programas de capacitación sobre el tema para los funcionarios de la justicia penal, así como la investigación y difusión en los medios de las causas y problemáticas que llevan a la delincuencia en la mujer y su contexto. Asimismo, existen otros documentos que pueden utilizarse a título ilustrativo y pueden ser imitados en el ámbito local, como el Protocolo para juzgar con

perspectiva de género elaborado por la Suprema Corte de Justicia de México (2013) cuyo aporte es inestimable. Hasta aquí pueden resumirse las falencias que se observan desde una perspectiva de género en la ejecución de medidas de seguridad, del siguiente modo:

- Ausencia de un establecimiento penitenciario específico para el tratamiento de las mujeres con medida de seguridad impuesta por inimputabilidad por enfermedad mental.

- Inestabilidad derivada de los traslados.

- Precariedad en los recursos y plantel de especialistas para el tratamiento.

- Falta de preparación en el personal penitenciario de seguridad sobre temas de género.

- Alojamiento distante de la familia y el entorno. (Desatención del contexto)

- Falta de diferenciación de las personalidades psicopáticas perjudicando así a las enfermas mentales.

- Inexistencia de datos estadísticos que impide cotejar poblaciones carcelarias y extraer conclusiones.

- Falta de consideración de las especificidades de la población carcelaria femenina en el diseño de los planes penitenciarios y en la aplicación de las medidas (entre otras, por ejemplo, las circunstancias propias de la maternidad o las que hacen a las necesidades de tratamiento y prevención propias de su género).

- Suicidios: que en el estudio citado (Folino, Marchiano) tuvo una tasa en mujeres detenidas en distintas cárceles –no sólo psiquiátricas- del 6,9%, también resultó colectivo de especial preocupación en el informe del Procurador Penitenciario Nacional, enfatizando la alarma por muertes violentas en cárceles de mujeres y en establecimientos penitenciarios psiquiátricos.

Algunos de estos aspectos son de más fácil solución que otros, pero todos en definitiva dependen de la decisión de abordar el mejoramiento del sistema de medidas de seguridad para inimputables en profundidad -lo cual implica la decisión política de hacerlo- y asignar los recursos humanos y materiales necesarios para tal alternativa de mejoría. Si bien esto se aplica también a la

población psiquiátrica masculina, en el caso de las mujeres por la falta de consideración específica arriba mencionada, sumada a la falta de información, los vacíos legislativos, la falta de perspectiva de género en el sistema penitenciario, todo ello termina fortaleciendo un régimen de exclusión y de invisibilidad mayor al que presentan los varones en encierro.

Para eliminar tales falencias debería a mi juicio –durante la etapa de ejecución de las medidas de seguridad- acudirse a los Comités Permanentes de Seguimiento con integración de jueces, funcionarios y organismos no gubernamentales, universidades y representantes de DDHH (como los que ya existen en la provincia de Buenos Aires a nivel departamental y que en su mismo tipo u otro deberían extenderse a todo el país) en los que podría crearse un *Sub-comité permanente de seguimiento específico para la población femenina encarcelada*, a fin de realizar controles, con acceso a los datos e información necesarios, que les permita elaborar informes para un rápido diagnóstico de la situación y elaboración de propuestas, presentadas ante los tribunales superiores, que puedan ser allí determinadas y remitidas a los otros poderes (ejecutivo y legislativo) para adaptar la planificación y presupuestos, así como los actos necesarios de cada uno de ellos en pos de la mejoría del sistema de medidas.

En la etapa normativa, por su parte, deben incluirse los nuevos paradigmas emergentes de:

- Principios y buenas prácticas sobre protección de las personas privadas de libertad en las Américas. Principio II –igualdad y no discriminación-.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusos.
- Principios básicos para el tratamiento de reclusos.
- Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes y el respectivo protocolo.
- Ley de salud mental
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. (CEDAW)
- Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará)

- Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing)
- Convención sobre los derechos del niño (mujeres con niños pequeños)
- Reglas de Bangkok. Res. 65/229 del 16-3-2011 de la ONU.
- Jurisprudencia internacional sobre el tema.

El cambio en el paradigma de salud mental. Integración en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994

La ley nacional de salud mental 26.657 vino a impulsar una serie de cambios y nuevas alternativas sobre la perspectiva en materia de salud mental que aún están en pleno desarrollo. No obstante, si bien probablemente llevará varios años o décadas poder evaluar plenamente los efectos del cambio de paradigma que recién se está imponiendo, algunos ya pueden apreciarse. La citada ley establece diferentes condiciones restrictivas de la internación en instituciones de salud mental, dentro de un contexto temporal de inminencia para el riesgo evaluado. En su art. 2 al considerar parte integrante de ella las normas, principios y documentos internacionales que allí cita – ya incluídos en la Constitución Nacional- no deja dudas acerca de la contemplación del derecho a la salud mental en relevancia dentro de los derechos humanos, lo cual ubica al tema en su correcto lugar. Por otra parte, además de establecer formas de control e instalar un enfoque interdisciplinario, compromete al Estado también en aspectos como la mejora presupuestaria en salud mental para brindar adecuada asistencia (así el art. 32 al fijar progresivamente un porcentaje que llegará al 10 % del presupuesto destinado a salud por el Estado). Por lo tanto, es cada vez mayor el impacto de la ley dentro del universo normativo, institucional y social, asociado al cambio de paradigma. Así fue abandonándose el anterior que regía en salud mental con un régimen de tutela, paternalismo y dependencia, similar al de menores, propenso a sustituir la voluntad de la persona hasta llegar a los parámetros que hoy recoge el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Ya en 1994 con la reforma constitucional -conforme el art. 27 de la Convención de Viena sobre el cumplimiento de los tratados- se incorporaron los ratificados por Argentina, que flexibilizaron la situación, comenzando desde entonces la jurisprudencia a

receptar criterios más flexibles en base a los principios de las convenciones internacionales adoptadas (así surgieron por ejemplo en la C.S.J.N., los fallos “Tufano” y “R.M.J” o “Duarte”, que fueron dictados entre 2005 y 2008 en los que se aplicaron criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de las convenciones sobre derechos de las personas con discapacidad y de la Convención Americana de Derechos Humanos y Convención Internacional de Derechos Humanos. Fue también relevante en este aspecto durante 2006 el fallo de la Corte Americana “Ximenes Lopez vs. Brasil” del 4-7-2006 que obligó a Brasil a modificar su sistema de internación y atención comunitaria, seguido luego por los tribunales latinoamericanos, así como la aplicación de las Reglas de Brasilia sobre personas en situación de vulnerabilidad). Dentro de esa progresiva armonización, la ley 26.378 consolidó la tendencia a reconocer la capacidad jurídica con apoyo en lugar de su total sustitución por el tutor, al tiempo que el principio “pro homine” –art. 3 Convención sobre personas con discapacidad- regulaba el tema internación, se analizaban los informes del alto comisionado de ONU para los derechos humanos resultante del estudio temático sobre interpretación de la convención y se acompañaba con políticas en poder legislativo –art. 75 inc. 23- y recepción en el poder judicial. Pero la modificación definitiva vendrá a instalarse a partir de la nueva ley nacional de salud mental:

1.a) Ley Nacional 26.657

Además de la tendencia a mantener la autovalía del paciente, así como sus lazos familiares y sociales en el entorno, impone un tratamiento interdisciplinario, dispone la efectiva injerencia del Estado en cuanto a las medidas asistenciales en salud mental y la creación de nuevos dispositivos de atención, destinando un presupuesto obligatorio. Refuerza el respeto de los derechos humanos a través de órganos de revisión. Incorporó el 152 ter al anterior C.C. y sustituyó por el 43 de su texto al del originario 482 del anterior código. Reguló de modo más detallado y preciso el tema de las internaciones involuntarias.

1.b) Decreto reglamentario 603/2013

Como novedad prevé las directivas anticipadas del paciente o representante legal sobre salud mental. –art. 7 inc. k)-, puntualiza la aplicación del consentimiento informado. Puntualiza el carácter excepcional de las restricciones que limiten visitas, correspondencia y demás contacto con el

exterior y su entorno para el paciente –art. 14- instando a brindar referentes comunitarios a los pacientes que no tengan familiares o amigos; promueve la creación de dispositivos de atención para adicciones y salud mental, señalando en el art. 10 que los dispositivos establecidos en la ley deberán incluir a las personas privadas de libertad en los términos del art. 34 inciso 1 del C.P. Define en su art. 20 el “riesgo cierto e inminente” como la contingencia o proximidad de un daño que ya es conocido como verdadero, seguro e indubitable, que amenace o cause perjuicio a la vida o integridad física de la persona o de terceros. No se incluyen, según aclara el decreto, los riesgos derivados de actitudes o conductas que no estén condicionadas por un padecimiento mental. Las fuerzas de seguridad que tomasen contacto con una situación de riesgo cierto e inminente por presunto padecimiento mental, deberán intervenir procurando evitar daños, dando parte inmediatamente y colaborando con el sistema de emergencias sanitarias. La autoridad de aplicación y el Ministerio de Seguridad conjuntamente elaborarán protocolo de actuación y capacitación en tal sentido. Se regula además el tránsito hacia los nuevos servicios de atención en dispositivos comunitarios y hospitales generales públicos y privados. –arts. 27 y 28-.

1.c) Fallos representativos del nuevo paradigma dictados por tribunales superiores

En una breve reseña debe destacarse el dictado el 7 de mayo de 2014 por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires receptando el nuevo paradigma, seguido del resuelto en igual sentido el 8 de julio del mismo año. A partir de allí se inició un nuevo derrotero en la jurisprudencia a favor de los nuevos parámetros sobre discapacidad y protección jurídica de las personas afectadas por patologías mentales. El primero de los mencionados corresponde a la causa C 115.436 “Z, A.M Insania” y tuvo lugar en razón del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la Asesora de Incapaces, denunciando infracción a los arts. 3 del Código Civil; 28 de la Constitución Nacional y 152 ter -ley 26.657- así como del plexo de derechos consagrados convencionalmente y de jerarquía constitucional reconocidos para las personas con discapacidad intelectual. Consideró que se había incurrido en absurdo al valorar hechos y pruebas en la instancia, pues al requerirse una nueva evaluación interdisciplinaria de la causante conforme los parámetros dados por la ley 26.657 y fundándose en el tiempo transcurrido desde la sentencia que declaró su incapacidad por padecer esquizofrenia dictada el 28 de febrero de 1997, le fue rechazada dicha petición –resolución

de primera instancia confirmada por cámara- basándose en que dicha ley no resultaba aún de aplicación en la provincia de Buenos Aires. Asimismo, al desestimar lo peticionado, el juez consideró que la sentencia que consolidó la actual relación jurídica no se fundó en un examen interdisciplinario ni fijó plazo de validez o reevaluación y que el mero transcurso del tiempo no imponía per se el deber de reevaluar a la declarada incapaz. La S.C.J.B.A., con el voto ponente del Ministro Luis Genoud consideró que debía hacer lugar al recurso de la Asesora. Ello atento que “la Convención para las personas con discapacidad y la Convención de eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad incorporadas a nuestro derecho interno por las leyes 26.378 y 25.280 marcan un **cambio de paradigma** respecto de la concepción de las personas con discapacidad, basado en la autonomía y la dignidad (..) Así la C.D.P.D., en su art. 3 establece como principio el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas –inc. a)-; Regula expresamente que los Estados partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad (...) Reafirma el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida. Declara que los Estados partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. (...) El objetivo se encamina a lograr el pleno respeto a la dignidad de toda persona, con especial énfasis en los casos donde exista vulnerabilidad como, en lo que nos ocupa, las derivadas de la carencia de plena salud mental. Ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos que el tribunal no puede dejar de pronunciarse sobre la especial atención que los Estados deben a las personas que sufren discapacidades mentales en razón de su particular vulnerabilidad ...toda persona que se encuentre en tal situación es titular de una protección especial en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos, no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, es imperativa la adopción de medidas positivas (CTDH 4-VII-2006 Ximenes Lopez c/Brasil) ”. En consecuencia, señaló el Ministro Genoud, “no es posible negarle el derecho que reconoce el art. 152 ter del Código Civil en

texto ordenado por ley 26.657 (...) pues como señala la exposición de motivos de las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, a las cuales adhirió la C.S.J.N., Acordada 5/2009 del 24-II-2009 el sistema judicial se debe configurar para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad (...) En los nuevos paradigmas que se vienen trazando en relación a los grupos vulnerables González Granda expresa que aún queda mucho esfuerzo por realizar en el ámbito de la discapacidad psíquica por enfermedad mental por afectar a uno de los colectivos más vulnerables socialmente y en consecuencia, más necesitado de ayuda y protección, en buena medida por razón del estigma social que desde siempre ha acompañado a este tipo de padecimiento (...) La ley 26.567 se enmarca en el nuevo concepto de salud mental al que se ha denominado modelo social de la discapacidad (...) En ese contexto determina en su art. 1 que tiene por objeto 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 padecimiento mental que se encuentren en el territorio nacional (...) y declara a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona –art. 3- (...) El respeto del modelo social explican los autores implica que no debe privarse a la persona de su posibilidad de elegir y actuar. La aplicación del sistema creado a partir de la Convención de la ONU para personas con discapacidad debe guiarse por el principio de la dignidad del riesgo, es decir, el derecho a transitar y vivir en el mundo, con todos los peligros y la posibilidad de equivocarse. En contraposición con los paradigmas tutelares y asistencialistas que se han basado en la dicotomía de capacidad de goce y capacidad de ejercicio, sin respetar a la última bajo la excusa de proteger a las personas con discapacidad de los peligros de la vida en sociedad. A partir de tales principios es que no puede compartirse el criterio de la alzada al negar a la señora Z., la posibilidad de una nueva evaluación interdisciplinaria en los términos del art. 152 ter del C.C., dado que ello conlleva una vulneración de derechos reconocidos constitucionalmente –arts. 16,75 incisos 22 y 23 de la C.N. Como se ha descripto el eje central de la sentencia de Cámara pasa por considerar que no le es aplicable la ley 26.657 al caso de autos por haber sido dictada con posterioridad a la sentencia que declaró la incapacidad de la causante. Coincido con el Sr. Subprocurador General cuando advierte que justamente una patología psiquiátrica constituye un concepto dinámico,

provisorio y perfectible, y su evolución se encuentra vinculada a otros factores que exceden el tratamiento farmacológico. La finalidad es que la realidad personal se encuentre reflejada en la situación jurídica declarada y protegida en la medida que la persona lo necesite. Lo que solo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado –art. 5 ley 26.657-. En el caso como lo pone de manifiesto el Sr. Subprocurador, Z fue adquiriendo habilidades y capacidades (...) la evolución que se observa en el cuadro mental de la causante,- debidamente evaluado- podría dar lugar a un nuevo pronunciamiento judicial que limite la incapacidad que hoy posee. Teniendo en cuenta el nuevo paradigma de salud mental establecido recientemente por la ley, que tiene por base las pautas constitucionales y convencionales supra referidas, esa posibilidad justifica que se deba hacer lugar al pedido de la representante del Ministerio Público. En consecuencia, si mi opinión es compartida, habrá de hacerse lugar al recurso de inaplicabilidad de ley incoado, casando el fallo apelado (art. 289 C.P.C.C.). Los autos se remitirán a la instancia de origen, para que se proceda a evaluar a la señora A.M.Z., por parte de un equipo interdisciplinario (art. 152 ter C.C., y R.C. 3196/11)”. Los Ministros Soria, Kogan y Hitters adhirieron por los mismos fundamentos y así la sentencia hizo lugar al recurso de la Asesora, casó el fallo apelado y remitió los autos a la instancia para que se evaluara con un equipo interdisciplinario a la causante.

En similares términos se expide la S.C.J.B.A., en fallo del 8-VII-2014 esta vez con el voto ponente del Ministro Soria seguido por los Ministros Genoud, Pettigiani y Kogan en el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la Asesora de Incapaces contra el fallo del Tribunal de Familia de Morón que confirmó lo decidido por el juez que declaró la incapacidad por demencia de E.R.E considerando inconstitucional al art. 152 ter del C.C., al rechazar el pedido de reevaluación efectuado por la Asesora. En este fallo el Ministro Soria recordó que “son de aplicación inmediata las leyes que tienen por finalidad delimitar las aptitudes personales para la titularidad o el ejercicio de un derecho, establecer la condición jurídica o el régimen que corresponda a determinadas situaciones jurídicas. Así acontece con las normas que, como en el presente caso, versan sobre el estado y capacidad de las personas –Ac. 45.304 sent., de 10-III-1992-. También aquí se hizo lugar al recurso de la Asesora, se casó el fallo y se remitieron a la instancia los autos para evaluar al señor E.R.E., por un equipo interdisciplinario y para establecer un sistema de representación y/o apoyo y salvaguarda de acuerdo con las normas citadas (art.

152 ter C.C., y R.C. 3196/11). De más está señalar que habiéndose expedido el máximo tribunal provincial, es evidente que su alcance se expande por el seguimiento de los lineamientos de su jurisprudencia, multiplicándose así la importancia de este cambio de paradigma que se va consolidando en este ámbito.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha aplicado los nuevos estándares desarrollados a partir de la ley de salud mental 26.657 relacionado con las medidas de seguridad del art. 34 inciso 1 del Código Penal. Así destaca el fallo recaído en “Antuña, Guillermo” el 13-XI-2012 (cita on line AP/JUR/2012) en el que siguiendo los fundamentos del Procurador General se consideraron aplicables los estándares de tratamiento establecidos por la Ley Nacional de Salud Mental especialmente art. 6 sin distinción a todo servicio de salud dirigido a personas con padecimientos mentales, cualquiera fuere su naturaleza jurídica (régimen penal o civil), citando el precedente de fallos 331:211 y resolución 1370/2008 expte. 2317/08 del 17/6/2008 dirigida a asegurar el cumplimiento de tales estándares en el Servicio Psiquiátrico Central de varones del Servicio Penitenciario Federal. En este fallo se consideró que conforme la doctrina que emerge de fallos 139:154, 328:4832 y 331;211 la decisión de internación psiquiátrica compulsiva debía ser un proceso dotado de todas las garantías procesales contra las reclusiones o enclaustramientos arbitrarios (...) debiendo evaluar la oportunidad de internación, su limitación en el tiempo y las condiciones de su ejecución – Fallos 331:211 considerando 13-. Cuando la medida de seguridad es la regulada por el 34 inciso 1 del Código Penal, a los requisitos generales ha de agregarse la exigencia de comprobación, con los estándares probatorios y de contradicción propios del proceso penal. En el caso se consideró que tales garantías habían sido transgredidas toda vez que con el único fundamento de un informe de un solo médico forense, el juez había dictado el sobreseimiento y ordenado la internación del imputado en la unidad psiquiátrica del Servicio Penitenciario Federal, transcurriendo 48hs., entre la denuncia de la víctima y la decisión del juez de instrucción. Por lo que el procedimiento no alcanzó el estándar del debido proceso estipulado para la imposición de medidas de internación psiquiátricas, violando el art. 18 de la C.N. En consecuencia, compartiendo los fundamentos y conclusiones del procurador general, se hizo lugar a la queja, declarando admisible el recurso extraordinario federal interpuesto y revocándose la sentencia impugnada, devolviendo los autos al tribunal de origen para que por quien corresponda se dictara una nueva

conforme a derecho. (Votaron los Ministros Ricardo Lorenzetti, Juan Carlos Maqueda, Raúl E. Zaffaroni y Carlos S. Fayt).

2. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

La evolución que venía apreciándose desde el cambio de paradigma se completó con su recepción en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación- Ley 26.994 (B.O. 8-X-2014), que adscribiendo al nuevo paradigma consagró la capacidad de derecho limitándola respecto de hechos, simples actos o actos jurídicos determinados –art. 22 - y lo que es más importante, al regular la capacidad de ejercicio –art. 23 - que reconoce a toda persona humana y que sólo puede ser limitada expresamente por el Código y en una sentencia judicial, señalando en el art. 24 la clasificación de personas que pueden ser alcanzadas por esa limitación al ejercicio de sus derechos. Particular trascendencia tiene a mi criterio el art. 31 al establecer las reglas generales por las que se rige la restricción al ejercicio de la capacidad, con adscripción al modelo social de discapacidad, fija un núcleo mínimo de garantías, remitiéndose en lo particular a la regulación de la legislación específica, ley 26.657 en este caso. Por su inciso a) el artículo 31 presume la capacidad general de ejercicio de la persona humana, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial, complementándose con los siguientes incisos, que por su importancia se transcriben:

- b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona;
- c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial;
- d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión;
- e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios.
- f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.

El art. 32 señala que el juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime

que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. En relación a dichos actos el juez debe designar los apoyos necesarios que prevé el art. 43 especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. Los apoyos deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador. Es decisiva la inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas porque desde ese momento se establece la validez de los actos realizados según la normativa del código y lo dispuesto en la sentencia respectiva. Hasta aquí lo más relevante del sistema implementado por el nuevo código en la materia. A continuación, para tener una mejor ilustración de las diferencias entre el modelo y paradigma viejo y el actual se puntualizan los ítems más importantes en la tabla.

TABLA COMPARATIVA		
Código Civil anterior	Nuevo Código C y C	Ley 26.657 Paradigma actual
Paradigma paternalista. Persona declarada Incapaz era objeto de Protección con restricción de su autonomía para ejercer sus derechos.	Paradigma de la dignidad del riesgo	Paradigma de la dignidad del riesgo.
En 1968 ley 17.711 comienza a flexibilizar el sistema original mediante la inhabilitación 152 bis que parte de una persona capaz con las limitaciones impuestas en el CC y la		La 26.657 en esa línea incorporo el 152 ter al viejo C.C para los inhabilitados o incapaces exigiendo límite 3 años y evaluación interdisciplinaria que deberá especificar

sentencia que lo inhabilitó.		funciones y actos limitados procurando la menor afectación posible de la autonomía personal.
Modelo de sustitución en la toma de decisiones	Modelo de asistencia y apoyo art 31 y 43.	Modelo de asistencia y apoyo
		Art. 7 alternativa terapéutica menos restrictiva
		Art. 8 atención interdisciplinaria
		Art. 8 ambulatoria con enfoque dinámico. Reforzando lazos
		Art.10 consentimiento informado
		Art. 11 promover acciones inclusivas
Priva de libertad personal Cuando se teme que usando de ella se dañe o dañe a otro.	Art. 41 ley especial rige	Art. 14 criterio restrictivo de Internación. Interdisc. Manteniendo lazos.
		Art. 15 brevedad de internación
		Art. 20 riesgo cierto e inminente Internación es excepcional
		Art. 23 Alta, externación o salida decide equipo de salud sin autorización judicial, salvo casos 34. Inciso 1° del C.P.
		Art.s 27 y 28 hospitales generales
		Art. 29 dcia irregularidades es Obligación del equipo
		Art. 30 prioriza contención familiar
		Art. 32 fija partida presupuestaria
		Art. 35 Censo obligatorio internados.

INTERPRETACIÓN Y DISCUSIÓN

Hallazgos, antecedentes normativos y teoría emergente

I.-Lo primero que surge del cotejo entre los datos aportados por la investigación realizada y los antecedentes teórico-normativos que contextualizan las medidas en estudio es que los hallazgos demuestran que aquellos en sus regulaciones y aspiraciones están lejos de ser aplicados íntegra y adecuadamente en la dinámica de las medidas. Es evidente que los resultados de la investigación -al aportar los *datos de la realidad* puntual y cotidiana que vive cada paciente sometido a una medida dentro de un establecimiento penitenciario especializado-, distan de reflejar tanto *las concepciones actuales en salud mental, como las pretensiones y dictados de la normativa internacional y nacional vigentes* sobre el tema. Esta falta de congruencia se produce principalmente a partir de una espuria alteración en la jerarquía de los principios que deben prevalecer dentro del ámbito específico del cumplimiento de la medida de seguridad en establecimientos cerrados; a saber, la indebida priorización del control social y la seguridad del establecimiento en detrimento del ejercicio de los derechos de los pacientes con miras al logro de su autonomía personal y recuperación. Esta subrogación indebida tiene consecuencias decisivas que atentan contra el cumplimiento del objetivo de la medida y del propio sistema. Lejos de brindarle un tratamiento adecuado a su condición y patología en curso, con miras a estabilizarlo y mejorar su estado para lograr paulatinamente su autonomía y consecuente reinserción en el medio libre, apreciamos que se le restringen actividades y tratamientos, alegando falta de espacio o la imposibilidad de mantener un nivel de seguridad aceptable para las autoridades de la institución, ante la ausencia de recursos y personal. Consecuentemente el período de aplicación de la medida –que suele ser extenso- se torna improductivo a los fines del éxito de la recuperación de autonomía del paciente que deberá asumir en un futuro próximo su vida en el medio libre. De igual modo en esa priorización del control social y la seguridad por sobre el ejercicio de los derechos y la autonomía de la persona, se descarta la aplicación –cuando ella resulta posible- de medidas menos restrictivas que favorezcan la inclusión social del paciente.

II.- Por otra parte, esa falta de ajuste no se limita a la relación existente entre el nivel teórico-normativo y la ejecución en el ámbito institucional. Dentro del propio *nivel normativo* existen tensiones y contradicciones -señaladas en la sección segunda- que fueron ratificadas por los hallazgos. Entre esas disfunciones normativas pueden recordarse brevemente:

*La pluralidad de regulaciones –no siempre consistentes- en diversas jurisdicciones

*Las disfunciones detectadas en el propio código penal, tales como:

Indefinición de la peligrosidad

Indefinición del tratamiento adecuado

Indefinición de la duración del tratamiento

Indefinición del cese de la medida

*Disfunciones en las reglas de procedimiento.

III.- Algo similar sucede con las disfunciones detectadas en la *etapa de ejecución* dentro del ámbito de las instituciones de encierro donde se cumplen las medidas. Sólo que en este caso son más evidentes para cualquier observador no especializado por su contundencia y desajuste con las pretensiones del nivel teórico normativo que rige el sistema, incluso para el paradigma tradicional y mucho más aún en el nuevo instalado a partir de la ley nacional de salud mental 26.657. Entre las causales de ese desajuste se erigen las dificultades detectadas durante la investigación –sintetizadas en el gráfico 2- donde convergen la escasez de recursos y profesionales con la existencia de sujetos internados que no satisfacen criterios de internación del art. 34 inciso 1 del C.P., sumado a traslados dificultosos y ausencia o escasez de talleres terapéuticos para la recuperación. Por su parte, no es un detalle menor a mi juicio, que los datos emergentes de los informes y experiencia de los profesionales de las unidades no resulten capitalizados por los operadores del sistema para la adaptación dinámica de las medidas a las diferentes características que tanto los pacientes como las patologías han venido demostrando en las últimas décadas. Ese nuevo desajuste implica seguir utilizando herramientas que se han tornado obsoletas para las nuevas necesidades y por ende terminan siendo ineficaces. Como señala Goldstein (2015) *si las instituciones desestiman la información científica disponible y si no producen su propia información sistemática;*

¿cómo podrán cumplir el mandato que les da la sociedad ?. Las consecuencias de esta omisión son importantes, obsérvese por caso que un dato significativo lo representan las patologías vinculadas a trastornos de personalidad y adicciones en sujetos cada vez más jóvenes al ingreso en las unidades. No obstante, indiferente a estos datos, se sigue proveyendo a las farmacias y profesionales del servicio penitenciario tanto federal como provincial con medicamentos clásicos que no responden a las patologías mencionadas ni a los sujetos a los que se aplica. Por ello prevalece la medicación clásica y económica, no empleándose medicación de acción prolongada, en tanto los medicamentos considerados costosos –sean para patologías psiquiátricas o somáticas- sólo se aplican si son provistos por los familiares del paciente con autorización del médico tratante. Esta indiferencia por los datos y las investigaciones ya fue advertida por especialista, así al respecto los investigadores (Folino, J.Singh, J & Condemarin, C, 2013) hallaron que si bien en las últimas décadas hubo importantes avances científicos en los métodos y sistematización de la evaluación de algunos factores como el riesgo de violencia, las contribuciones no se implementaron de manera rápida ni uniforme dentro de las instituciones en la práctica latinoamericana, verificándose así en los ámbitos correccional y hospitalario un déficit sistémico; a saber, la falta de continuidad de las intervenciones y de las acciones de supervisión jurisdiccional. Basados en la misma errónea priorización de la seguridad arriba mencionada, en el establecimiento carcelario se agrega un elemento que altera sensiblemente la distribución de los pacientes en las unidades especializadas -ver Gráfico 1- se trata de los alojamientos incorrectos dispuestos por las autoridades penitenciarias cuando derivan a una unidad especializada en inimputables a internos sin patología, en razón de meros problemas de convivencia, con lo cual se produce una distorsión de relevancia que tiene como mínima consecuencia la pérdida de un lugar de alojamiento para un paciente en observación y tratamiento, para dar lugar a quien no tiene necesidad de ser alojado en una unidad especializada, con dispendio de recursos y profesionales, siempre escasos por cierto.

Una temática que merece especial atención dentro del ámbito psiquiátrico penitenciario es la mayor **vulnerabilidad** de su población, superior a la de las unidades penitenciarias comunes. Es que los internos suman a las circunstancias gravosas propias de todo encierro carcelario las de su estado mental, en tanto la patología psiquiátrica que padecen suele aislarlos y desajustarlos doblemente al curso de una vida normal, dependiendo su suerte

del tratamiento que les aplica el servicio penitenciario –con escasos medios a disposición de los profesionales médicos- sin tener otras opciones, como podría suceder con un paciente portador de similar patología en el medio libre. El tema de la vulnerabilidad conduce inevitablemente a la más grave de las señales: la tasa de **suicidios** registrada en esta población de las unidades psiquiátricas penitenciarias, que se detalla a partir de pág. 95. Entre los factores que impiden tomar medidas adecuadas para evitar suicidios reaparece el vinculado a la falta de conocimiento de los antecedentes clínicos de los pacientes derivados por otras unidades, lo cual impide adoptar precauciones por parte de los profesionales médicos, siendo mayor la vulnerabilidad del paciente durante el período de ingreso y adaptación a la nueva unidad. Como se advierte, en este caso una grave consecuencia podría ser evitada con el simple recurso de llevar una exhaustiva historia clínica única y sistematizada dentro del servicio penitenciario –con respaldo documental e informático- que acompañe al paciente en sus traslados y donde se registre todo lo relevante para su condición y tratamiento de la enfermedad, la misma debe ser de rápido y fácil acceso para cualquiera de los médicos del servicio penitenciario que deban tratarlo, lo que se logra con su digitalización. Idéntica circunstancia que para la realización de esta investigación impidió contar con datos más completos, convirtiéndose en un obstáculo, tiene una fatal consecuencia en la vida de los pacientes.

En el marco de la escasez general de medios dentro de las instituciones psiquiátricas penitenciarias se condiciona toda la recuperación del paciente, no sólo en cuanto al tipo de tratamiento y medicación que otorga, sino también en los demás aspectos de su recuperación, así por ejemplo, los programas vinculados a las actividades laborales, artísticas o terapéuticas no tienen continuidad ni espacios donde desarrollarse, siendo preocupante la falta de infraestructura o espacio para los médicos y terapeutas de la unidad. Tampoco se brindan en las unidades programas para tratamiento de adicciones –a pesar de la mayor incidencia que se ha ido incrementando en las últimas décadas- ni de pacientes gerontes. Hasta aquí la síntesis de lo más relevante de las inconsistencias verificadas en el ámbito interno de los establecimientos donde se cumplen las medidas.

IV.-Otro punto débil del sistema de ejecución de medidas tal como se implementa hasta el presente es la *falta de una fase de adecuada transición* y continuidad de abordaje y tratamiento del interno a fin de prepararlo para la externación y lograr una autonomía adecuada para la vida en el medio libre.

Debería formarse una avenida de dos vías que permita a las instituciones y a los pacientes intercambios con las instituciones y servicios del medio libre, a fin que llegado el momento del alta a prueba o en el caso del cese definitivo de la medida ya exista una red de contención y atención fortalecida. Sin embargo, ello no sucede, pues todos los profesionales de las unidades fueron coincidentes en admitir que en los pocos casos en que lograban implementarse programas laborales, educativos y terapéuticos, éstos no tenían continuidad extramuros por falta de servicios. No existe una acción concatenada sobre la evolución histórica y social del enfermo por parte de las instituciones judiciales, sanitarias y penitenciarias que intervienen. Se dan compartimentos estancos en las intervenciones institucionales y de las autoridades, una participación que como fuera señalado –fs. 103 y siguientes- pretende cumplir con sincronía, pero es negligente con la evolución del paciente y la necesidad de ajustes temporales. Para tener adecuada comprensión de sus consecuencias debe enfatizarse que el interno de la unidad psiquiátrica penitenciaria suma al desarraigo y aislamiento de la vida libre propia de todo encarcelado, el aislamiento y desajuste impuesto por su patología, lo que obliga a doblar los esfuerzos durante la transición del encierro hacia la libertad, a fin de hacer efectiva y no meramente ilusoria su reintegración a la vida cotidiana en el medio libre. La ausencia de servicios de atención y de un adecuado acompañamiento, podría llevar a reeditar las mismas circunstancias que lo trajeron originariamente al ámbito del derecho penal desde su patología. En igual sentido se evidencia la necesidad de implementar hospitales de día, casas de medio camino y similares, a fin de contener a los pacientes crónicos que no tienen familiares que puedan o quieran hacerse cargo de ellos, lo que ya puede pronosticarse en función de las visitas recibidas durante la internación, como surge de los datos aportados por la observación empírica en las unidades.

CONCLUSIONES

El objetivo primordial de la tesis fue indagar sobre el estado actual doctrinario y legislativo relativo a las medidas de seguridad, previstas en el art. 34 inciso 1 del Código Penal Argentino y explorar cómo se ejecutan en el ámbito bonaerense y federal, focalizando en las prácticas que se requieren para garantizar los derechos fundamentales de los inimputables.

He partido de la siguiente hipótesis: *El sistema normativo vigente que regula las medidas de seguridad en nuestro derecho penal, no aporta elementos suficientes para superar las tensiones entre la finalidad de protección surgida*

del artículo 34 inciso 1 del Código Penal y la inconsecuencia del efecto de abandono y pérdida de la autovalía que la propia normativa produce respecto de la persona sometida a la medida de seguridad.

En tal cometido luego del *análisis doctrinario* realizado se concluye que los autores a nivel nacional e internacional no difieren demasiado en el tratamiento de las medidas de seguridad para inimputables, tanto por los mecanismos o propuestas de estructuración de los sistemas, compartidas por los ordenamientos vigentes como por la escasa atención brindada al tema que no puede parangonarse con la extensión brindada a las teorías del delito y la pena. La única excepción en cuanto a profundización y aportes novedosos la representa a mi juicio Wolfgang Frisch con su elaboración más reciente. Pero la doctrina en general no ha otorgado en sus tratados una reflexión profunda, quedándose en las notas marginales de las cuestiones contingentes cuasi estéticas de las medidas, diversificándose al transitar aspectos secundarios y hasta triviales del sistema.

De la *revisión legislativa* se destaca que si bien tanto en el ámbito penal como civil la regulación respecto del tema fue tenido en cuenta en los códigos y leyes especiales con presunto carácter tuitivo, el paradigma que se aplicaba para estos sujetos, asimilable al de menores en su versión paternalista, no contemplaba reforzar sus habilidades de relación ni enfatizaba su autovalía, sino más bien se disponían medidas de custodia y segregación donde prevalecía el interés de la sociedad en detrimento de aquellos extremos. Afortunadamente primero la jurisprudencia aplicando las convenciones internacionales especializadas y luego la sanción de la Ley de Salud Mental 26.657 que abrió camino hacia el nuevo paradigma establecido en el nuevo Código Civil y Comercial –ley 26.994- importaron un avance en el tema, pero apenas cuenta con unos pocos años de vigencia, de modo que habrá que esperar una mayor profundización en su evolución en nuestro medio.

La jurisprudencia de los tribunales por su parte, ha ido decidiendo las cuestiones suscitadas de manera más o menos errática, con una finalidad pragmática, no siempre producto de una comprensión adecuada de estos casos que resultan una disonancia en el universo de los sometidos a proceso.

De la *exploración cualitativa* y sus hallazgos se concluye que a pesar del desarrollo legislativo y científico – en cuanto a métodos de predicción de riesgo violencia, recidivas, etc.- el funcionamiento de las instituciones y las prácticas distan mucho de la sistematización óptima; permanentemente postergan el respeto a los derechos humanos y a la salud priorizando la seguridad; los esfuerzos individuales resultan impotentes ante una enorme complejidad interinstitucional que carece de coordinación y políticas compartidas.

Las diversas tensiones y contradicciones señaladas desde el principio de esta tesis respecto del sistema teórico normativo de medidas de seguridad penal para inimputables por enfermedad mental, se hicieron evidentes en el transcurso de la investigación, también se patentizaron en ella ciertas crisis de otros institutos o categorías del derecho penal –sobre todo la prevención especial- que suelen arrastrar consigo a las medidas. Sin embargo, la necesidad de un sistema de medidas de seguridad dentro del derecho penal sigue vigente, por lo menos en el estado actual de los conocimientos psiquiátricos y el de evolución tanto de nuestra sociedad como del derecho que la rige. De allí que resulte necesario profundizar el análisis del sistema de medidas, para remover las aristas que presenten contradicciones insalvables y proponer alternativas para eliminar las tensiones que en la actualidad no pueden sortearse con los elementos que brinda el propio sistema en su concepción tradicional. No juzgo por el momento imprescindible sustituirlo íntegramente, ello importa además una decisión política que está fuera de la propuesta que implica una tesis a nivel de conocimiento dentro del área en que se desarrolla. Y si bien tal vía no puede descartarse, resulta poco plausible imaginar tal cambio radical cuando ni siquiera se avizora –por parte de quienes tienen a su cargo la decisión política- una dedicación especial respecto de la situación de estas personas doblemente marginadas, como lo son los enfermos mentales que han cometido delito y han sido declarados inimputables en proceso penal.

En base a las conclusiones podrían iniciarse algunas propuestas dirigidas a los aspectos más fundamentales y decisivos del sistema de medidas en busca de alternativas que eliminen las contradicciones entre protección y abandono, logrando recuperar la autovalía de la persona que debió someterse a una medida de esta naturaleza. Ello no es imposible a tenor de algunos resultados y experiencias piloto desarrolladas en pequeña escala. Por supuesto conlleva un esfuerzo para los operadores del sistema -que se verían mejor auxiliados si la doctrina dedicara una reflexión más profunda-. Una visión crítica y humanista podrá conducirnos adecuadamente hacia el objetivo de plasmar la protección y recuperación de quienes hoy por hoy resultan los más vulnerables de los integrantes de todas las poblaciones carcelarias.

PROPUESTAS

1.-Vulnerabilidad: En relación a este delicado tema, dentro del sistema vigente de medidas –art. 34 inciso 1 del C.P.- dirigiendo la atención a las más restrictivas de encierro en centros penitenciarios psiquiátricos pueden proponerse mejoras a la situación actual en Argentina, a partir del mismo ingreso del interno a la unidad penitenciaria especializada, teniendo en cuenta que es éste el período más crítico para él, según lo registrado por los investigadores, por aumentar su vulnerabilidad durante la adaptación a la nueva unidad y al nuevo medio. Concretamente como medida de protección y eficacia del tratamiento médico podría implementarse el registro de una *historia clínica única* exhaustiva con respaldo informatizado tal que permita al médico de la unidad a la que llega el interno contar inmediatamente y de forma simple, con toda la información necesaria con sólo acceder al sistema informático y realizar la búsqueda de la historia clínica respectiva. Esto le permitirá tomar medidas adecuadas de protección de modo sencillo y con la trascendente consecuencia de poder reducir el riesgo de conductas autolesivas y suicidios verificados en el período de adaptación durante el ingreso a la nueva unidad. Se deben adecuar asimismo las celdas de tratamiento en crisis, mediante la provisión de elementos acolchados en las paredes y mecanismos que faciliten la observación del interno, para darle mayor protección.

Durante el transcurso de la medida y el tratamiento, según la investigación se pudo apreciar la vulnerabilidad reflejada también en el hecho de que el interno depende para su estabilización y recuperación únicamente del tratamiento suministrado por el servicio penitenciario, sin tener otra opción. Con el nuevo paradigma implementado por la ley de salud mental pueden diversificarse las alternativas ante la actuación de equipos interdisciplinarios, que podrían interactuar entre los programas de salud mental del medio libre y los del penitenciario, morigerando también la escasez de recursos que suele padecer el servicio penitenciario en todas las jurisdicciones.

2.-Tratamiento: A partir de la intervención interdisciplinaria se verían facilitadas las evaluaciones periódicas del equipo si se incorporan los informes profesionales a la historia clínica única –informatizada- del paciente, a fin de ser tenidos en cuenta y fácilmente disponibles al tiempo de revisar la evolución del tratamiento. Resulta inconsistente para el funcionamiento de las instituciones tener personal calificado con información tan valiosa y no contemplar la aplicación de sus aportes, reduciéndolo a una mera acumulación

burocrática de información, como viene sucediendo hasta el presente. Entre los recursos de un tratamiento se encuentra la medicación. Como surge de los trabajos en campo, en la actualidad sólo se proveen medicamentos clásicos y económicos, no acordes con las patologías que presentan desde hace más de dos décadas los ingresantes, lo que lleva a una disfunción básica entre las necesidades de aquellos y los recursos en medicamentos ofrecidos. Se podría resolver adaptando las remesas de medicamentos suministrados al servicio, previa compulsión de los informes y recomendaciones de los médicos actuantes y mejorando la partida presupuestaria destinada a la medicación, a fin de obtener la más apropiada. Cabe destacar que el importantísimo aspecto presupuestario ya comenzó a regularse en la ley de salud mental exigiendo un porcentaje que llegará al 10% del total de presupuesto destinado a salud, lo que podría emularse en cada jurisdicción respecto del medio carcelario en las partidas correspondientes, modificando a tal efecto la normativa.

3.-Derivaciones y traslados: los traslados y derivaciones deberían respetar criterios profesionales precisos y revisables empíricamente. Ello a fin de evitar que personas sin patología mental se encuentren alojadas en las unidades psiquiátricas o anexos psiquiátricos del servicio. Especialmente en el caso de las derivaciones efectuadas internamente entre las unidades del servicio penitenciario. No puede seguir utilizándose a las unidades psiquiátricas como destino de los presos conflictivos y con problemas de conducta o convivencia en cárceles comunes. Es necesaria la reubicación del ingresante en unidades o pabellones especiales y separados de quienes son portadores de personalidades psicopáticas, al menos durante la observación hasta su definitivo alojamiento en otra unidad. En relación a los traslados entre internos sujetos a medidas de seguridad, deberá darse prioridad a los lugares donde puedan mantener sus lazos familiares y sociales, a fin de lograr contención adecuada al egreso. En caso de carecer de ellos deberán propiciarse a través de los programas de asistencia del medio libre, mediante la celebración de convenios.

4.-Adicciones: dada la alta prevalencia de adicciones combinadas con diversas patologías e incidiendo en ellas, es aconsejable desde la llegada del interno a la unidad penitenciaria especializada implementar programas de salud y tratamiento de adicciones, conjuntamente con el medio libre, dándoles continuidad para su egreso.

5.-Actividades para la recuperación: resultaría necesario optimizar el espacio disponible en las instalaciones actuales, para que los internos puedan

desarrollar con terapeutas especializados actividades que faciliten su expresión y evolución terapéutica. La planificación debe realizarse con intervención en equipos interdisciplinarios del personal dedicado a la atención diaria del interno y adaptándolas a cada uno de los pacientes para desarrollar sus potencialidades en las áreas que les resulten más propicias con miras a su recuperación y autovalía. Priorizando la libertad de expresión y la orientación terapéuticamente asistida del interno, sin abandonarlo a actividades que impliquen una mera ocupación del tiempo. Para ese fin deberá procurarse la difusión y disponibilidad de materiales útiles a esos fines con supervisión terapéutica, por ejemplo, materiales que hacen a la cultura general, deportivos, artísticos, etc., interactuando con planes sociales y de salud del medio libre. No debe descuidarse de ser posible, a través de convenios en los casos en que no se disponga de espacio en la propia institución, brindar acceso al cultivo de pequeñas huertas, actividad hoy librada a la iniciativa particular de algunos miembros del servicio que trabajan a diario con ellos y costean de su propio peculio los gastos en la adquisición y traslado de plantines, semillas, productos y herramientas. Implementar asimismo terapias ocupacionales, por ser un anhelo expresado de manera constante por los internos entrevistados en los trabajos de campo.

6.-Privacidad y respeto a la Persona: Algunas medidas sencillas tienen gran incidencia sobre este importantísimo aspecto, así por ejemplo, destinar lugares de resguardo de sus objetos personales les permitiría preservar el sentido de privacidad que tan afectado resulta en cualquier tipo de internación, más en la internación psiquiátrica. Bastará para ello proporcionar un sencillo mobiliario. Provisión de vestimenta adecuada a cada época del año. Mejoramiento y adecuación de las instalaciones sanitarias en aras de facilitar una higiene y cuidado personal autónomo de los internos.

7.-Recursos aportados: (alimentación- programas de higiene y cuidado de la salud- aspecto habitacional- resguardo). La población de internos sometidos a estas medidas suma a las carencias generales y ausencia de vínculos externos propios de todo encierro, una acentuada pérdida de contacto con sus vínculos familiares con motivo de la cronicidad de la patología, que desgasta las relaciones personales. En lo práctico esta situación tiene la consecuencia de afectar sensiblemente los recursos que el paciente puede alcanzar por vías alternativas al servicio. Este aspecto es de suma consideración pues en tanto estos internos no suelen recibir diversos recursos a través de sus familiares o amigos como lo hacen otras poblaciones de

internos, será necesario tener presente dicha circunstancia a fin de proveerles todo lo necesario dentro del establecimiento. Esto implica desde cubrir todas las necesidades en el ámbito alimentario y de actividades terapéuticas hasta incluir cuidados en el aspecto habitacional. Para ello se debe comenzar proporcionándoles una alimentación acorde, basada en dietas adecuadas a las carencias del estado de salud o constitución específica de los internos. Siguiendo por la implementación de programas educativos estables de higiene y cuidado personal dado que en algunos casos no han tenido la posibilidad de acceder en sus hogares a las más elementales normas de higiene y cuidado de su salud. Dentro de este ámbito deberían adaptarse a las condiciones de internación los distintos aspectos de la sexualidad del paciente, que actualmente son descuidados en la errónea creencia de que su patología o la medicación disminuyen su actividad sexual. Especial importancia merece esta cuestión en aquellos internos que presentan características de vulnerabilidad a eventuales abusos. Esto se resuelve a nivel de organización de espacios dentro del establecimiento, que permitan resguardar la privacidad y seguridad personal del interno. En el mismo ámbito de espacios de resguardo debe contemplarse la necesidad de adecuar las celdas de tratamiento en crisis, a fin de brindar mayor protección a los internos que eventualmente deban alojarse allí, mediante la provisión de elementos acolchados en paredes y de mecanismos que faciliten la observación.

8.--Transición hacia la externación: Deben implementarse establecimientos intermedios que permitan la adaptación progresiva de quienes logran las externaciones terapéuticas transitorias o altas a prueba. En la presentación originaria de esta tesis lo había señalado, afortunadamente ello luego resultó previsto en la nueva ley de salud mental. Pero es necesario dar continuidad a la contención y a los programas de asistencia social y salud, para que se realice una transición con fluidez entre el medio de encierro y el medio libre, siendo imprescindible tal continuidad con los servicios extra muros. Para solucionar esta cuestión debe integrarse a los servicios externos, como hospitales de día, hogares sustitutos o comunitarios, a la población de las unidades psiquiátricas penitenciarias, como sucedió en los modelos implementados oportunamente mediante la Curaduría del Ministerio Público en Lomas de Zamora.

9.-Acompañamiento y seguimiento: es prioritario realizar un adecuado seguimiento posterior a la externación provisoria o definitiva del paciente, para supervisar el cumplimiento del tratamiento ambulatorio. A ello deben comprometerse todos los operadores, funcionarios judiciales, profesionales de

salud y de asistencia social. Específicamente cuando el Juez de Ejecución verificando las condiciones que el art. 34 inciso 1 del C.P., y la Ley de Ejecución (24.669 en el ámbito federal y 24.296 en la provincia de Bs.As., arts. 24 y 25) establecen para disponer altas a prueba o la cesación temporaria o definitiva, según el caso de la medida de seguridad para inimputables dispone la libertad del interno en base a los aconsejado por el Gabinete Psiquiátrico o Cuerpo Médico Forense –según se trate de la jurisdicción federal o provincial- y la Junta de Selección y Grupo de Seguimiento del servicio penitenciario, deberá disponer las pautas específicas y condiciones bajo las cuales la libertad se otorga, a fin de determinar la continuidad de asistencia y tratamiento del paciente ya estabilizado. En este punto es decisiva la labor de la Curaduría Oficial que tiene obligación de aportar la necesaria asistencia a los inimputables que pueden ser externados y a sus familiares, con el objeto de lograr el reintegro de aquellos a la vida de relación –vgr. Art. 4 inc. g Acordada 1989/81 SCBA). Pero también resulta decisiva la intervención de los centros de salud y la Asesoría Oficial para garantizar los medios que permitan continuar el tratamiento.

Así como se ha podido observar al tiempo de los trabajos de campo una falta de homogeneidad de criterios y un trato no fluido entre los profesionales médicos que atienden al interno dentro del servicio penitenciario durante su internación y los profesionales que integran el Gabinete Psiquiátrico en jurisdicción de la provincia de Bs.As., (esa falta de fluidez no fue notoria en el ámbito federal –ver Pág. 64-) señalada allí oportunamente en tanto esa falta de interacción produce una inconsistencia entre la perspectiva de estos últimos profesionales que obtienen una perspectiva aislada y unilateral de un estadio en la historia del paciente y la de los profesionales que lo asisten durante el encierro, quienes acompañan la evolución y trayectoria institucional del paciente día a día. También en este punto crucial de la externación se observa una inconsistencia entre la asistencia intra y extra muros. La falta de contención durante el difícil proceso de transición puede dejar al interno a la deriva cuando traspone la puerta de la unidad. Para evitarlo conjuntamente con la asistencia de curaduría y asesoría el juez debe contemplar y puntualizar los centros de asistencia que seguirán dando tratamiento al sujeto. En los períodos cortos de libertad como altas a prueba siguen siendo los profesionales del servicio penitenciario quienes lo controlan y entregan la medicación, pero al hacerse efectiva la transición y llegar al cese de la medida los encargados serán los centros de salud mental de los hospitales generales quienes se hagan cargo,

algo que se ha visto facilitado en su implementación por las disposiciones de la Ley de Salud Mental cuyo aporte es sumamente valioso. Respecto de la asistencia social, deberán puntualizarse también en caso de no tener personas que se hagan cargo del mismo, además de la persona responsable el programa asistencial en que se incluya o la institución (hogares de día, casas del plan de alta, etc.) en que se domiciliará el paciente. (cfr. en detalle páginas 63 a87).

10.-La persona y su autonomía: es un aspecto en el que si bien mucho se ha avanzado la ley de salud mental aún quedan aspectos de relevancia. Para mejorarlo debería respetarse estrictamente tanto en el ámbito judicial como penitenciario la implementación de resortes adecuados para canalizar la intervención directa del interno en la medida en que lo permita su estado de salud. Es importante ofrecer mayores oportunidades de expresión directa en audiencias con el juez, asesores y defensores, con la mayor frecuencia posible. En tal camino se dirige la labor de los Comités Permanente de Seguimiento que actúan en los distintos departamentos judiciales de la provincia de Buenos Aires, en la órbita de la S.C.J.B.A., que podría profundizarse con Subcomités especializados para la población carcelaria de las unidades psiquiátricas, cuya creación propiciaría.

11.-Reforzar la perspectiva de género para las internas que cumplen medidas de seguridad –según art. 34 inc. 1 C.P.- lo que implica ampliar la visión en importantes aspectos, desde el momento de aplicación de la norma por el juez en adelante y durante toda la ejecución de la medida, teniendo en consideración los recursos para proveer adecuado lugar de alojamiento a las mujeres debiendo;

a.-Establecer el marco normativo aplicable -según estándares de derechos humanos, convenciones y jurisprudencia internacional en la materia- lo que implica más allá de la ordinaria aplicación de la norma, advertir los casos en que se evidencie mayor vulnerabilidad de la mujer para brindarle un tratamiento protector que elimine tal situación.

b.-Reconocer y considerar el *contexto* de la persona para optimizar su tratamiento. Sobre todo, porque la consecuencia del encierro de la mujer, como señalé en el apartado respectivo, tiene la particularidad de amplificar las consecuencias deletéreas respecto de los niños y entorno familiar. Esto debe ser contemplado.

c.-Detectar y exponer las razones por las que se aprecia la vulnerabilidad, disponiendo lo necesario para neutralizarla y eliminarla. Esto es deseable hacerlo extensivo a todos los inimputables varones o mujeres.

d.-Establecer los extremos que asegurarán la protección de estas poblaciones con mayor vulnerabilidad, a fin de garantizarla durante toda la evolución de la medida en su etapa de ejecución. (ídem)

En la práctica, para lograr todo ello considero indispensable contar con la actuación de los Subcomités Permanentes de Seguimiento que he propuesto en el ítem especialmente dedicado a la perspectiva de género. Aquí podría sumarse la especialización por salud mental. Estos órganos elaborarán informes que lleven al diagnóstico de la situación aportando propuestas puntuales.

EPÍLOGO

Para finalizar, a lo resultante de esta investigación con miras a próximos aportes que puedan ser realizados por otras investigaciones en este terreno tan poco transitado, debo agregar que la cuestión es profunda y tiene mayor proyección en lo social y cultural de la que comúnmente se analiza. Es decir, para modificar la situación actual deberá producirse primero una modificación en la mirada que tanto la sociedad como la dirigencia política prestan al enfermo mental y más específicamente del enfermo mental que ha delinquido. Sólo a partir de esa variación podrían efectuarse otros cambios que presuponen la previa decisión política de invertir fondos públicos en esta vulnerable y postergada población. El más urgente de esos cambios es modificar la estructura y diseño de los establecimientos, para proyectarlos en función del tratamiento para recuperación del paciente y no hacerlos exclusiva o preponderantemente en función de la seguridad interna (vgr., diseñar espacios para talleres y tareas educativas, áreas de huerta y actividad física o recreativa, con planes y programas acordes).

En esa misma línea, se deberá continuar con la capacitación y formación de personal especializado y la formulación de un modelo de tratamiento integral, ampliamente tuitivo, que permita al interno recuperar en algún momento su autovalía dentro del margen de posibilidades que su patología ofrezca, siempre

con el debido acompañamiento favorecido por la actual legislación civil con las medidas de apoyo reguladas en el Código Civil y Comercial de la Nación. Entiendo que todo ello depende en gran medida de un cambio en la visión y perspectiva de parte de toda la sociedad acerca del tema, pues como señala Norval Morris (1998 ob., cit.) “...para recorrer un camino en la reforma penal hace falta una buena sensibilidad para los problemas políticos (...) En una gran medida, el público no se interesa por los problemas carcelarios, salvo cuando lo hace en forma morbosa en tiempos de disturbios (...) también es engañarse creer que los políticos mantendrán un interés serio perseverante por la reforma correccional. Unos pocos lo harán por auténtica preocupación social, pero la mayoría tiene bien presente que no hay votos que ganar con la reforma penitenciaria (...) el logro de la reforma carcelaria depende de la conciencia sobre la política de cambio y el cambio puede promoverse mediante la preservación de las oportunidades vocacionales de quienes participan corrientemente en el sistema penitenciario”. Esto se aplica más que a propósito respecto de los internos de las unidades psiquiátricas penitenciarias.

La investigación realizada, así como los datos surgidos de los trabajos de campo efectuados en cada una de las unidades psiquiátricas penitenciarias, permitieron conocer la situación que transitan a diario quienes están sujetos a las medidas de seguridad. Los especialistas, profesionales médicos, terapeutas, terapistas y personal de seguridad, entre otras personas que tienen trato diario con esta realidad, permitieron recabar los datos a partir de las voces de los protagonistas institucionales. Asimismo, se atendió todo lo posible a las voces de los propios internos. Cuánto tiempo y de qué forma ellos deberán seguir transitando por ese pequeño mundo que los mantiene lejos de sus cosas y sus afectos para ofrecerles una relativa seguridad en su beneficio y en el de la sociedad y para brindarles tratamiento, cuáles de estos objetivos formal o informalmente reconocidas por el sistema jurídico y penitenciario se logran definitivamente, constituyen cuestiones sobre las cuales los internos no pueden decidir. Esas decisiones dependen de quienes asumen, desde su función, la responsabilidad de tareas que tendrán una profunda repercusión en la vida diaria de estos pacientes. Esta investigación es apenas un esbozo que quizás sea inicialmente útil para el tratamiento de una temática que resultó olvidada y postergada, tanto como sus destinatarios, por la doctrina y los gobernantes. Las medidas de seguridad, siempre fueron preteridas por las deslumbrantes elaboraciones acerca del delito y de la pena, y los inimputables casi siempre

olvidados luego de agotadas las discusiones acerca de la imputabilidad o inimputabilidad en un caso concreto. Extraños, enigmáticos, despreciados, temidos, compadecidos, transitan por lugares sustraídos a la vista de los demás, pequeñas fortalezas construidas para asegurarlos y tratarlos. Ofrecerles un verdadero tratamiento dependerá de la idoneidad de quienes, ejerciendo cada función y tarea específica, cumpliendo un rol formal o informalmente, acometan la postergada labor de rehabilitar y conferir autovalía a quienes en algún momento de su historia vital fueron sometidos a una medida de seguridad. Es bueno comenzar por valorar y aprender de la dedicación del personal que diariamente trata con ellos. Numerosos son los motivos por los cuales los inimputables fueron reiteradamente postergados, pero uno sólo será el que impulse en lo inmediato revertir esa situación: devolverles la dignidad que les corresponde. Algunos pasos importantes han sido dados a través de la legislación reciente, como lo demuestra el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación siguiendo el modelo de la ley de salud mental, otros según lo aquí reseñado se encuentran pendientes, no siendo menor el más profundo que implica cambiar la perspectiva y la forma en que la sociedad en general contempla al portador de una enfermedad mental, como alguien ajeno por completo a su situación y alejado de su ámbito social. La educación y difusión sobre los temas relacionados con ella son imprescindibles.

BIBLIOGRAFIA

Antecedentes históricos

Álvarez-Uría, Fernando. *“Miserables y Locos.-Medicina mental y orden social en la España del Siglo XIX”*. Barcelona. Tusquets. Cuaderno 106.

Creazzo, Giudita. *“El Positivismo Criminològico Italiano en la Argentina”*. Buenos Aires. Ediar. 2007.

Drago, Luis María. *“Los Hombres de Presa”*. Buenos Aires. Ed. La Cultura Argentina. Año 1921.

De La Rúa, Jorge. *“Código Penal Argentino. Parte General”*. 2da. Edición. Buenos Aires, Depalma. Año 1997.

Del Olmo, Rosa. *“Criminología Argentina- Apuntes para su reconstrucción histórica”*. Buenos Aires. Depalma. 1992.

Foucault, Michel. *“Historia de la locura en la época clásica”* . México. Fondo de Cultura Económica. 1998.

Gallo, Edit. Rosalía. *“Historia de la Beneficencia en el Buenos Aires Colonial”*. Buenos Aires. Ed. Corregidor. 2002.

Gómez, Eusebio. *“Tratado de Derecho Pena”*. Parte General, Buenos Aires. Ed. Cía. Argentina de Editores. 1940.

Gonzalez y Gonzalez, Joaquín. *“La imputabilidad en el derecho penal español – Imputabilidad y Locura en la España del Siglo XIX”* Granada. Editora Comares. 1994.

Herrera, Julio. *“La Reforma Penal”*. Buenos Aires. Librería e Imprenta de Mayo. 1911.-

Howard, John. *“El Estado de las Prisiones, de los Hospitales y de las Cárceles en Europa en el Siglo XVIII”*. 1ra edición Londres, 1777. Traducido del francés por la traductora pública Silvia Naciff. Publicado en Ediciones 2 a 10 de la Publicación Penal de la UNLP “Intercambios”, disponible en www.derjursoc.unlp.edu.ar.

Ingenieros, José. *“La Locura en la Argentina”*. Ediciones L.J. Rosso. V 12 Obras completas. 1919 impreso en Buenos Aires 1937.

“Instituciones de la Sociedad de Beneficencia y Asistencia Social (1823-1952) Documentos Escritos. Archivo General de la Nación. Tomo I.

Levaggi, Abelardo. *“Las Cárceles Argentinas de Antaño –siglos XVIII y XIX- Teoría y Realidad”*. Buenos Aires. Ed. AD-HOC. 2002.

Malamud, Moisés. *“Domingo Cabred” –Una biografía-* Buenos Aires. Ed. Ediciones Culturales Argentinas. Ministerio de Cultura y Educación. 1972.

Marco del Pont, Luis. *“Penología y Sistemas Carcelarios”*. Tomo II. Buenos Aires. Depalma. 1975.

Moreno, Rodolfo (h) *“El Código Penal y sus antecedentes”*. Tomo II. Buenos Aires. L.M.Molinari. 1922.

Revista del Servicio Penitenciario Federal. “Unidades y Dependencias”. Ministerio de Justicia de la Nación. Noviembre 1982.

Rivarola, Rodolfo. *“Derecho Penal Argentino”* Parte General. Buenos Aires. Lib. Rivadavia. 1910.

Soler, Sebastián. *“Exposición y Crítica de la Teoría del Estado Peligroso”*. Buenos Aires. Editor Valerio Abeledo. 1929.

Terán, Oscar. *“Historia de las ideas en la Argentina”*. Bs. As. Siglo XXI. 2009.

Vezzetti, Hugo. *“La Locura en la Argentina”*. Buenos Aires. Paidós. Año 1993.

“Yo, Pierre Rivière...”. Barcelona. Tusquets editores. Año 2001.

“Yo, Cayetano Santos Godino, habiendo matado a....” Un ensayo acerca de la psiquiatría penal en la constitución de L’Uomo delincente criollo. José G. Giavedoni. *“Delito y Sociedad”*, Revista de Ciencias Sociales. Año 12 número 18-19. Año 2003.

Marco teórico metodológico y técnicas de recolección de datos

Cortada de Kohan y otros *“Tècnicas de Investigación Científica”* Lugar Editorial. Bs.As. 2008.

Foucault, Michel. *“La Arqueología del Saber”*. Bs.As. Siglo XXI. Año 2008.

Galtung, Johan *“Teoría y Métodos de la investigación social”*. Tomo I. Bs. As. Eudeba. Año 1978.

Glaser & Strauss. *The discovery of grounded Theory*. 1967.

Magariños de Morentin, Juan. *“La semiótica de los bordes”*. Còrdoba. Comunicarte. Año 2008.

Schuster, Félix Gustavo. *“El método en las ciencias sociales”*. Bs.As. Editores de América Latina. Año 2004.

Van Dijk, Teun. *“Ideología –Una aproximación multidisciplinaria”*. Sevilla, Editorial Gedisa. 2006.-

Vázquez, Héctor. *“La investigación sociocultural”*. Bs. As. Editorial Biblos. Año 1994.

Teorías sobre medidas de seguridad

Derecho

Alimena, Bernardino. *“Notas Filosóficas de un Criminalista”* AE Analecta editorial, reimpresión facsímil, Madrid hijos de Reus. 1913.

Bacigalupo, Enrique. *“Derecho Penal”*- Buenos Aires. 2da ed. Hammurabi. 1999.

“Lineamientos de la Teoría del Delito”. Astrea. Bs. As. 1978.

Butler, Samuel. *“Erewhon o Tras las Montañas”*. Madrid. Cátedra Letras Universales. Edición Joaquín Martínez Lorente.

Caramès Ferro, José M. *“Institucionais de Direção Romano”*. Parte General. Bs. As. Abeledo Perrot. 1963.

Carrara, Francesco. *“Programa de Derecho Criminal”*. Parte General. Vol. II. Bogotá editorial TEMIS.

Cuello Calón, Eugenio. *“La Moderna Penología”*. Tomo I. Barcelona. Ed. Bosch. 1958.

Defoe, Daniel. *"An essay upon projects"*. Londres. Dodo Press. 2005.

De La Rúa, Jorge. *"Código Penal Argentino comentado". Parte General*. Bs.As. Depalma. 1997.

Domenech, Ernesto E. *"Peligrosidad ¿Enigma ó Acertijo?"*. Publicado en Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales de la Universidad de La Plata. T XXXII. Año 1996.

"La Dogmática Penal. Funciones y Practicas". Inédito. Cátedra de Epistemología Penal. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

Dörner, Klaus. *"Ciudadanos y Locos –Historia Social de la Psiquiatría"*. Madrid. Taurus, versión española de Fernando Riaza. 1974.

Ferrajoli, Luigi. *"Derecho y Razón"*. Madrid. Editorial Trotta. Año 1997.

Ferrater Mora, José *"Diccionario de Filosofía"* Barcelona. Editorial Ariel. 1999.

Folino, Jorge Oscar y otros. *"Escala de Evaluación de Capacidad para actuar en proceso penal"*. La Plata. Editorial Interface Forense. Colección Derecho y Salud Mental. 2003.

"Estudios sobre Homicidios". La Plata Editora Platense. 2009.

Foucault, Michel *"Historia de la Locura en la época clásica"* México. Fondo de Cultura Económica. 1998.

"Las palabras y las cosas" Prefacio. México. S XXI. 1985.

Frisch, Wolfgang. *“Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas”*. Barcelona. Julio 2007. InDret. Traducción Patricia Ziffer.

Gadus, *“Institutos”* Texto traducido y anotado por Alfredo Di Pietro. La Plata. Ediciones Librería Jurídica. 1967.

Gracia Martín, Luis y otros. *“Lecciones de consecuencias jurídicas del delito”*. Lección VIII. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 1998

Hassemer Winfried. *“Fundamentos del Derecho Penal”*. Barcelona. Editorial Bosch.

“Introducción a la Criminología”. Colaboración Francisco Muñoz Conde. Valencia. Ed. Tirant lo Blanc. 2001.

Hegglin, María Florencia. *“Los enfermos mentales en el derecho penal”*. Bs. As. Editores del Puerto. Año 2006.

Instituciones de Justiniano. Edición bilingüe con nota de M. Ortolán. Buenos Aires. Editorial Bibliografía Argentina.

Jescheck, Hans Heinrich.- Thomas Weigend. *“Tratado de Derecho Penal”*. Parte General. 5ta ed. Granada. 2002.

Jiménez de Asúa, Luis. *“Principios de Derecho Penal –La ley y el delito–”*. Bs. As. Lexis Nexis. 2005. *“El Estado Peligroso”*. Madrid. Imprenta Juan Pueyo. 1922.

Katoh, Hisao. *“El tratamiento del delincuente enfermo mental en el derecho penal japonés”*.

Klemperer, Viktor *“LTI La lengua del Tercer Reich” Apuntes de un filólogo. Editorial minúscula Barcelona, 2007.-*

Marcó del Pont, Luis *“Penología y Sistemas Carcelarios”*. Tomo II. Buenos Aires. Depalma. 1975.

Mateo Ayala, Eladio José. *“La medida de seguridad de internamiento psiquiátrico. Su ejecución y control”*. Madrid. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense. 2004.

Maurach, Reinhart- Zipf. *“Derecho Penal” Parte General Bs.As. Astrea. 1994...*

Mir Puig, Santiago. *“Derecho Penal”. Parte General. 5ta edición. Barcelona. Reppertor S.L. 1998.*

Muñoz Conde, Francisco. *“Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo”*. 4ta edición. Valencia. Tirant lo Blanch. 2003.

Nietzsche, Friedrich. *“El Nacimiento de la Tragedia”*. Editorial Anagrama.

Nino, Carlos Santiago *“Los Limites de la Responsabilidad Penal –Una teoría liberal del delito”*. Bs. As. Astrea. Año 2006.

Petit, Eugene *“Tratado Elemental de Derecho romano”*. Bs.As. Editorial Albatros.

Platón. *“Republica” y “Fedro”* 1966. Obras de Platón. México. UNAM. 1966. edición bilingüe con traducción y notas de Antonio Gómez Robledo.

Porter, Roy *“Historia Social de la Locura”*. Barcelona. Ed. Crítica Grupo Editorial Grijalbo. 1989.

Roxin, Claus *“Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad”* en *“Determinación judicial de la pena”*. Buenos Aires. Editores Del Puerto. 1993.

“Derecho penal” Parte general. Tomo I. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1997.

Saldaña, Javier *“Derechos del Enfermo Mental”*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Edición digital.

Santos Requena, Agustín Alejandro. *“La Imposición de medidas de seguridad en el proceso penal”* Granada, Editorial Comares. 2001.

Soler, Sebastián. *“Derecho Penal Argentino”* Buenos Aires. TEA. 1983.

“Exposición y Crítica de la teoría del estado peligroso”. Valerio Abeledo. Bs. As. 1929.

Terradillos Basoco, Juan M^a *“Peligrosidad Social y Estado de Derecho”*. Akal Universitaria.

Von Liszt, Franz. *“Tratado de Derecho Penal”*. Buenos Aires. Valletta ediciones. 2007.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Tratado de Derecho Penal" Parte General. Buenos Aires. EDIAR . 2006.

Ziffer, Patricia. "*Medidas de Seguridad*". Buenos Aires. Hammurabi. 2008.

Sociología:

Pavarini, Massimo, Betti, Matilde "La tutela social de la locura". Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales. Facultad de Sociología U.B.A. Revista 13 año 1999.

Picht, Tamar. "Responsabilidad penal y enfermedad mental. Justicia penal y psiquiatría reformada en Italia". Dossier. Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales. Facultad de Sociología U.B.A. Revista 13 año 1999.

Kraut, Alfredo "*Salud Mental. Tutela Jurídica*". Bs. As. Rubinzal Culzoni. Año. 2006.

Goffman, Erving . "*Estigma –La identidad deteriorada*". Bs. As. Amorrortu. Año. 2006.

Schütz, Alfred "*Escritos sobre teoría social*". Bs. As. Amorrortu. Año 2003.

Teràn, Oscar "*Historia de las ideas en la Argentina -1810-1980*". Buenos Aires. S XXI. 2008.

Ventura Mas, Silvia. *“La Respuesta Judicial ante la Enfermedad Mental”. ¿Qué esperan los enfermos mentales de los jueces? y otros estudios. Estudios de Derecho Judicial. 92. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2006.*

Psiquiatría

Bonnet, Emilio Pablo Federico. *“Medicina Legal”*. Bs. As. Lòpez Libreros Editores. Año 1993.

“Psiquiatría y Psicopatología Forense”. Bs. As. Lòpez Libreros Editores. Año 1983.

Flores, Sergio Ariel, Bevaqua Alejandro. *“Consideraciones medico legales acerca del estado peligroso”*. Bs. As. Fabiàn Di Plàcido Editor. 2008.

Folino, Jorge, Escobar-Còrdoba, Franklin. *“Estudios sobre homicidios –Perspectivas forense, clínica y epidemiológica”*. La Plata. Librería Editora Platense. 2009.

Folino, J, Singh, J. & Condemarin, C (2013). El uso de instrumentos de evaluación de riesgo de violència em Argentina y Chile. *Revista Criminalidad*, 55 (3); 279-290.

Folino, J, *“Interfase Psiquiátrico Judicial”*. B.sAs. Lema Editorial. 1994.

“Estudio de cohorte psiquiátrico: Factores de riesgo de violencia” La Plata. 2006.

“La evaluación del riesgo de violencia”. Cuadernillo S.A.F. y T. 1:18.2007

Goldstein, N.E, Houck, M:J & Folino, J.O. (2015) Tópicos actuales de la investigación internacional sobre riesgo violencia. Revista Criminalidad, 57 (1): 27-43.

La Salvia, Iris E. "Las concepciones de la enfermedad mental y el discurso psiquiátrico sobre la locura en Argentina" Nuevo Derecho Revista Universidad de Envigado, Colombia Nro. 8.-

La Salvia, I. Folino,J. Van der Wolf, M. "Sistemas Forenses de Salud Mental comparados. Holanda/Argentina." La Ley, Revista 23-IV-2008.

Payne, S. "Analysing Qualitative Data in Psychology", Chapter 5 Grounded Theory, London. Editors Evanthia Lyons & Adrian Coyle (2007) .

Teitembaum, Paulo Oscar "*Tasa basal de recidiva de los pacientes liberados post medidas de seguridad del Instituto Psiquiátrico Forense de Porto Alegre, Brasil en un periodo de diez años (1994-2004)*". Facultad de Ciencias Médicas UNLP. 2009.

Normativa sobre las medidas de seguridad

Código Civil de la República Argentina.

Código Penal de la Nación.

Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires...

Código Procesal Penal de la Nación.

Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

Constitución de la Provincia de Buenos Aires

Constitución Nacional.

Ley 24.660 de Ejecución de las Penas Privativas de Libertad.

Ley 12.256 de Ejecución Penal Bonaerense.

Ley 26.657 Nacional de Salud Mental.

ONU. Principios: "La Protección de los Enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental". 46/119. Asamblea General del 17-12-91.

Cuadragésimo Sexto Período de Sesiones. Res. 119.

OMS. "Declaración de Caracas de la OMS y OPS para la reestructuración de la atención psiquiátrica dentro de los sistemas locales de salud" del 14-11-90.

Principios de Brasilia Rectores para el desarrollo de la atención en salud mental en las Américas del 9-11-90.

ONU. "Los Derechos Humanos en la administración de Justicia". 2858. (XXVI)

Asamblea General. Vigésimo sexto período de sesiones.

ONU. *“Progresos realizados para velar por el pleno reconocimiento y el disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad”*. Informe Asamblea General. 24 julio de 2003.

“Convención de las personas con Discapacidad “ y protocolo facultativo, aprobados por Ley 26.378 en nuestro país. B.O. 09-VI-08.

ONU. *“Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusas y medidas no privativas de libertad para mujeres delincuentes”*. Res. 65/229 del 16 de marzo de 2011.- (Reglas de Bangkok).

Bonnet, Emilio Pablo Federico *“Psicopatología y Psiquiatría Forenses”*. Tomo I. Buenos Aires. López Libreros Editores. 1970.

Busso, Eduardo *“Código Civil Anotado”* Buenos Aires. Ediar Editores. 1945. Tomos I y II.

De La Rúa, Jorge. *“Código Penal Argentino. Parte General”*. 2da. Edición. Depalma. Bs. As. Año 1997.

Orgaz, Alfredo. *“Incapacidad Civil de los Penados”*. Imprenta Universidad de Córdoba. Año 1939.

Rubianes, Carlos J. *“Código Penal” su interpretación jurisprudencial*. Ed. Depalma. 2da. Edición. Tomo 1. Bs. As. 1989.

Soler, Sebastián *“Derecho Penal Argentino”* .Tomo II. Buenos Aires. TEA. 1983.-

Soler, Sebastián. *“Algunas cuestiones civiles en el proyecto de código penal”*. Artículo publicado en JUL. 1960 VI. Pág. 112/116.

Torija Zane, Francisco Víctor. *“Ontología y Derecho Positivo”*. Ed. Hammurabi. Buenos Aires. Año. 2001.

Aplicación y Ejecución de la medida de seguridad

Alonso Sainz,G,Otero y otros. *“Ley Nacional de Salud Mental 26.657. Comentarios interdisciplinarios”*. Bs.As. Ediciones Centro Norte2011.

Clemente, José Luis *“Medidas de seguridad Artículo 34 inciso 1º del Código Penal”*. Córdoba. Editora Marcos Lerner. 1991.

Cruz Parceros,J y otros. *La mujer a través del derecho penal. Colección Género, derecho y justicia. México 2013.*

Delgado Bueno, Santiago y otros. *“Psiquiatría Legal y Forense”*. Madrid. Editorial Colex. 1994.

El Arca. Comunidad terapéutica. www.elarca.org www.elarcaargentina.org

Folino, Jorge Oscar y otros *“Evaluación de riesgo de violencia –HCR 20”* versión adaptada y comentada. La Plata. Editorial Interfase Forense. Colección Derecho y Salud Mental. 2003.

Folino Jorge Oscar *“Suicidios en convictos bonaerenses”*. Buenos Aires. VERTEX Revista Argentina de Psiquiatría. XIV N° 54 Volumen 2003-2004.

Folino Jorge Oscar *"Risk Assessment Instruments in Latin America: Do they actually Work?"* Journal International of Forensic Mental Health. June. 2006.

Folino Jorge Oscar *"Interfase Psiquiátrico Judicial"*. Buenos Aires. Lema Editora. 1994.

Giacomello, C *"Propuestas para un sistema penitenciario con perspectiva de género"* Colección *La mujer a través del derecho penal*. México.2013.

Goffman, Ervin *"Internados"* Buenos Aires. Amorrortu editores. 2001.

"Estigma" La identidad deteriorada. Buenos Aires. Amorrortu. 2006.

Informe del Procurador Penitenciario. Periodo 2004.

Ingenieros, José. *"La Psicopatología en el Arte"*. Buenos Aires. Losada. 1961.

La Salvia, Iris E. "Los procesos lógicos en la valoración de las pruebas" Buenos Aires. La Ley Revista 1998-E.1106. LLP 1999,25 cita on line AR/DOC/5831/2001.

Morris, Norval. *"El futuro de las prisiones"*. Bs.As. Siglo XXI. 5ta edición.

Rodríguez, M. *Mujer y cárcel en América Latina*. 2004 www.dplforg.com.
