

**TITULO: ANALISIS DEL ANTEPROYECTO ELABORADO POR LA COMISION PARA LA REFORMA DEL CODIGO PENAL DE LA NACION, CREADA POR DECRETO DEL P.E.N. NRO. 103/2017.**

**TEMA: PARTE GENERAL:** De las consecuencias jurídicas del hecho: incapacidad de culpabilidad, internación en establecimiento y capacidad disminuida -art. 6-, sustitución y cese de internación -art. 7-, traslado a establecimiento penitenciario para cumplimiento de la pena -art. 8-.

**AUTORES: DAMIANA GACZYNSKY Y CRISTIAN MELERO**

**TEXTO VIGENTE:**

**ARTICULO 25.-** 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 tercero del inciso 1º del artículo 34.

**ARTICULO 34.- (...)**

En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

En los demás casos en que se absolviere a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso (...).

**TEXTO PROPUESTO POR COMISION ACTUAL:**

**ARTÍCULO 6º.-** Si una persona cometiere un hecho ilícito en estado de incapacidad de culpabilidad por insuficiencia o alteración de sus facultades, en los términos del artículo 34, inciso 1º, el tribunal podrá ordenar, previo dictamen de peritos, su internación en un establecimiento adecuado, si por

causa de su estado existiese el peligro de que el sujeto se dañe a sí mismo o a los demás.

Del mismo modo se podrá proceder en el supuesto previsto en el artículo 36, si una persona cometiere un hecho ilícito en estado de capacidad de culpabilidad disminuida.

También se dispondrá la internación, previo dictamen de peritos, si un condenado sufriese una insuficiencia o alteración de sus facultades durante el cumplimiento de la pena de prisión.

**ARTÍCULO 7º.-** En los casos a los que se alude en el párrafo primero del artículo 6º, el tribunal al menos UNA (1) vez al año se pronunciará sobre el mantenimiento, la modificación o la cesación de la medida, requiriendo previamente los informes pertinentes y dictamen de peritos.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el primer párrafo de este artículo, el tribunal, en cualquier momento, podrá sustituir la internación por tratamiento ambulatorio o por cualquier otra medida menos intrusiva que los peritos señalen como igualmente efectiva a los fines del cumplimiento de la finalidad perseguida. En el auto que ordene la sustitución se establecerán las condiciones de cumplimiento de la medida sustitutiva.

La internación cesará si se comprobare la desaparición de las condiciones que la motivaron, se hubiese alcanzado su finalidad, o bien, si se revelase como manifiestamente inidónea.

**ARTÍCULO 8º.-** En los casos de los párrafos segundo y tercero del artículo 6º, previo informe de las autoridades del establecimiento y dictamen pericial, el tribunal ordenará, en cualquier momento, el traslado del internado a un establecimiento penitenciario, en caso de así corresponder, si fuese innecesario que continúe la internación especial. En ambos casos la internación se computará a los efectos del cumplimiento de la pena.

**TEXTO PROPUESTO POR COMISION Resoluciones Nos. 303/04 y 136/05 del**

**Ministerio de Justicia:**

ARTICULO 6°.- **De las medidas de orientación y seguridad.** Las medidas de orientación y seguridad son las de internación en un establecimiento psiquiátrico adecuado o de deshabitación.

ARTICULO 28.- **De las medidas de orientación y seguridad. 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.

Del mismo modo se procederá en el supuesto previsto en el artículo 35 inciso e), cuando alguien cometiere un hecho ilícito en estado de capacidad de culpabilidad disminuida.

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.

**ARTICULO 30.- Dictado de pena y medida de orientación y seguridad conjunta.** 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.

**ARTICULO 31.- Suspensión del resto de la pena.** 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.

**ARTICULO 32.- Cese y sustitución de la medida de orientación y seguridad. Intervención judicial obligatoria.** 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 evolucionara 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.

**TEXTO PROPUESTO POR COMISION DECRETO 678/2012:**

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

1. Quien cometiere un hecho conminado con una pena cuyo máximo fuere superior a diez años, del que hubiese sido absuelto conforme al apartado h) del artículo 5° o por el que se le hubiere impuesto una pena atenuada en razón del inciso 3° del artículo 6°, será sometido por el juez a un examen de peritos que verificarán si su padecimiento determina agresividad contra la vida, la integridad física o la integridad y libertad sexual. En ese caso, el juez dispondrá su control o internación en un establecimiento psiquiátrico u otro adecuado para su atención y contención.

2. Lo mismo se dispondrá cuando las circunstancias previstas en el inciso anterior sobrevinieren durante el cumplimiento de la pena de prisión.

3. El control o la internación cesarán cuando se verificare la desaparición del riesgo creado por la agresividad, o cuando:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c) La suspensión provisoria del control o de la internación antes de su cesación definitiva.

d) El reemplazo de la internación por la sujeción al control de un establecimiento o servicio especializado, con las posibilidades de salidas periódicas o de tratamientos ambulatorios. Éste se dispondrá de conformidad con la dirección del establecimiento o servicio, previa aprobación del programa de salidas periódicas o del tratamiento ambulatorio.

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

3. En cualquier caso, el juez deberá analizar como mínimo una vez al año, el mantenimiento, cese, suspensión o sustitución de la internación, oyendo personalmente al interesado, proveyéndole de asistencia jurídica si no la tuviere.

4. Tratándose de hechos previstos en el Título I del Libro Segundo de este Código, o que hubieren debido pensarse conforme a las circunstancias del inciso 4º del artículo 18º, el juez sólo podrá disponer el reemplazo de la internación en las condiciones del inciso 6º del artículo 31º.

### **ANALISIS:**

El instituto de la internación dentro de las medidas de seguridad ha generado alzamientos en contra de su aplicación, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Es que ciertamente, su inclusión dentro del Código Penal se da de bruces con el principio de última ratio del derecho penal y de derecho penal de acto, violando en el caso argentino los principios de culpabilidad y proporcionalidad.

En tal sentido, las medidas de seguridad son aplicadas como consecuencia jurídica de la comisión de hechos ilícitos sin mediar culpabilidad, a aquellas personas que resulten peligrosas para sí o para terceros, con un fin preventivo especial (brindar con la imposición

de la medida un tratamiento terapéutico al sujeto peligroso), y un fin preventivo general (defensa social frente a personas que se consideran potenciales focos de peligro).

Si bien es cierto, como se expresó en la exposición de motivos del Anteproyecto del año 2012, que el cese de la intervención penal respecto de personas incapaces por alteraciones psíquicas que resultan peligrosas y han cometido ilícitos puede causar inquietud en la sociedad, el problema se vería resuelto con la aplicación eficaz de la Ley de Salud Mental (Ley 26.657), ya vigente al momento del tratamiento del anteproyecto.

La intervención penal en estos casos por el temor a la ineficacia de otras ramas del derecho o a la burocracia administrativa no se encuentra en modo alguno justificada, principalmente si se tiene en cuenta que la respuesta que puede dar el Derecho Penal a los incapaces en gran número de casos no es la adecuada. Tal es el caso de aquellos incapaces que se encuentran alojados en establecimientos penitenciarios especializados en internos con problemas de salud mental, donde los recursos no son lo ideales y los cuales nunca dejan de ser lugares de presidio y no centros especializados en salud mental, con lo que implica ello respecto del régimen imperante en los mismos.

Por ello, no se advierte en la temática una mejor solución que la derivación de los casos en los que se cometan hechos ilícitos en estado de incapacidad por alteraciones psíquicas a la jurisdicción civil, para que siguiendo la ley de salud mental vigente se resuelva la internación involuntaria del sujeto peligroso para sí o para terceros bajo ese régimen, el que sin lugar a dudas resulta más adecuado conforme el fin perseguido y más respetuoso de los principios constitucionales. Además, el juez civil se encuentra más capacitado por su especialidad para controlar su cumplimiento.

En ese caso, luego de la declaración de no culpabilidad por alteración de las facultades mentales, el único supuesto en el que el derecho penal intervendría respecto de incapaces sería el caso en que la alteración psíquica apareciera durante la ejecución de la pena, en donde el detenido, con la atención especializada que merezca su caso, continuaría computando su condena en un centro especializado pudiendo en este caso encontrarse bajo la órbita del régimen penitenciario con estricto cumplimiento de los fines de la Ley de



Salud Mental. Finalizada la condena, se daría intervención a la jurisdicción civil, produciéndose la externación de la órbita penitenciaria, si fuera el caso, y su ingreso a otro centro especializado. Debe comprenderse que la diferencia esencial con el caso anterior radica en el hecho de que sobre estas personas sí ha recaído una condena por el hecho ilícito sobre el cual tuvieron participación culpable.

En este último supuesto, la medida de seguridad sustituiría temporal o definitivamente la pena, cumpliendo las veces de la misma, mientras que en el caso anterior la medida de seguridad para personas sin culpabilidad se presenta como una pena encubierta, bajo un cambio de denominación y carente de fines para el derecho penal donde su intervención no es necesaria luego de ser así declarado, momento hasta el cual corresponde a los sistemas procesales determinar las herramientas adecuadas para preservar la seguridad del individuo sujeto a proceso.

Más allá de la opinión respecto a la supresión del instituto, otra de las críticas más fuertes que sufre la actual regulación de las medidas de seguridad ronda en torno a la indeterminación de su fin, violando los principios de legalidad y de proporcionalidad de los que se intenta abstraer sosteniendo que la medida de seguridad no es en realidad una pena, criterio que no es compartido. Sin embargo, el proyecto de reforma se desentiende del inconveniente y no trae una solución al problema, como sí lo preveían los anteriores anteproyectos en mayor o menor medida.

Sin lugar a dudas, dentro de las opciones que traen los anteproyectos el del 2012 es el que mejor se ajusta a lo sostenido, no solo por encargarse exclusivamente de aquellos casos en los que los delitos cometidos sin culpabilidad tuvieran una pena máxima superior a diez años y descartando así los delitos menores, sino por limitar el criterio de peligrosidad a los bienes jurídicos vida, integridad física e integridad o libertad sexual y establecer un máximo de duración fijado judicialmente que no podía exceder la mitad del máximo de la pena señalada para el ilícito cometido, sin prever mínimos, quedando ello al arbitrio judicial. Además, el anteproyecto también permitía imponer el control del incapaz y no solo su internación, lo que parece una opción más acertada para resolver en el caso concreto.

Por su parte, el anteproyecto de 2004 traía otra solución que tenía como límite impuesto judicialmente para las medidas el monto de pena que hubiese sido aplicado de encontrar al acusado responsable; así los mínimos y máximos serían aquellos previstos para el delito en particular. Además, se refería a los criterios de peligrosidad determinando que correspondía la medida si conforme su estado “fuese de esperar la comisión de relevantes hechos ilícitos”, aunque entendemos que tal solución no es la adecuada por la vaguedad de la expresión que dejaba al arbitrio judicial la amplitud de la misma.

En cuanto al criterio de peligrosidad que nos presenta el anteproyecto en análisis, el mismo no es otro que el previsto por el texto vigente: peligro de daño para sí o para terceros. Fuera de ello, los avances que presenta la nueva redacción se ciñen a la revisión anual obligatoria de la medida de seguridad —tal como era previsto en el anteproyecto de la comisión del año 2012—, y a la posibilidad de la sustitución en cualquier momento de la internación por un tratamiento ambulatorio u otra medida menos intrusiva que se indique como igualmente efectiva —alternativa incluida en los dos anteproyectos mencionadas—.

Como en los anteproyectos de las comisiones anteriores, se prevé la medida de seguridad para aquellos que hubiese cometido un delito actuando con capacidad de culpabilidad reducida, para los cuales, de forma paradójica, en este caso sí el plazo en que se encuentre sometido a la medida de seguridad se computará a los efectos del cumplimiento de la pena dictada por lo que en este caso las medidas sí tendrían un final establecido con antelación.

Finalmente, se prevé que el instituto cese en caso de que desaparezcan las condiciones que motivaron la medida, que cumpla su finalidad o que se presente como manifiestamente inidónea. Respecto al primer motivo no quedan dudas de su sentido, pues bien, si desaparece el riesgo de daño que avaló la medida, la misma no tiene otra solución que su fin. Sin embargo, los restantes motivos llevan a confusión; no se termina de entender cuál otra puede ser la finalidad de la medida que no sea la supresión del riesgo para sí o para terceros, salvo que en el caso el artículo haga alusión a finalidad como vencimiento de la pena impuesta respecto del caso del condenado que ingresa en un establecimiento

especializado por alteración en sus facultades mentales. Lo mismo cabe advertir para con la falta de idoneidad de la medida, salvo que la misma solo sea pertinente desde un principio en caso de que la enfermedad del incapaz tenga cura y el mismo tenga posibilidad de recuperar sus facultades mentales o que el tratamiento en algún modo alcance a anular en forma permanente los riesgos que presentaba el sujeto y caso contrario la misma no debiera ser ordenada.

### **JURISPRUDENCIA:**

#### **-INTERNACIONAL:**

*Debido a su condición psíquica y emocional, las personas que padecen de discapacidad mental son particularmente vulnerables a cualquier tratamiento de salud, y dicha vulnerabilidad se ve incrementada cuando las personas con discapacidad mental ingresan a instituciones de tratamiento psiquiátrico (CIDH, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, Sentencia de 4 de julio de 2006).*

#### **NACIONAL:**

En la C.S.J.N.:

*Tanto el principio de proporcionalidad como el propósito de respetar el principio de igualdad, que se buscó con la declaración de inimputabilidad, se ven seriamente comprometidos debido a que se muestra como irrazonable que una persona, a la que el Estado no quiere castigar, se vea afectada en sus derechos en una medida mayor de la que le hubiese correspondido de haber sido eventualmente condenada como autor responsable. (Fallos 331:211).*

*Sin perjuicio de ello, en virtud de que al momento de plantearse la contienda de competencia entre la justicia nacional y la provincial –1992– no existían los juzgados de familia provinciales, es menester señalar que hoy en día los Tribunales Colegiados de Instancia Unica del Fuero de Familia creados por la ley de la Provincia de Buenos Aires*

11.453 (B.O. 29 de noviembre de 1993, texto según ley 12.318) son los competentes en todo lo que hace a la “declaración de incapacidad e inhabilitaciones, sus rehabilitaciones y curatela” (art. 827, inc. n, Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires). Además, dichos tribunales son los más idóneos para entender en la problemática del causante por contar con un equipo interdisciplinario y técnico-auxiliar (dos consejeros de familia, un médico psiquiatra, un psicólogo y tres asistentes sociales). (Fallos 331:211).

En Tribunales de Casación: Bonaerense; Federal y Nacional, etc.:

*“De la ley 26.657 se desprende que la competencia civil es la más apta para controlar las internaciones involuntarias dada la exigencia de garantizar que el paciente sea periódicamente examinado por un equipo interdisciplinario con el objetivo de su pronta integración a la comunidad y cuya opinión es fundamental para que el juez a cargo del control de la medida decida sobre su eventual externación, mientras que la internación penal se centra en la peligrosidad del enfermo.”*

*“Con el dictado del sobreseimiento del involucrado en virtud del art. 34 C.P., cesa la competencia del fuero penal; y por razones de especialidad y de acuerdo con las reglas internacionales y la ley 26.657, resulta más adecuado asignar la competencia a la justicia civil a los fines de que ese fuero evalúe la conveniencia o inconveniencia de la internación compulsiva en la dependencia que estime pertinente”. (voto de los jueces Sarrabayrouse y Morín al que adhirió el juez Días, Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, causa n° 8.911/2017/CNC1, caratulada “B., N. s/ recurso de casación”, sentencia del 29/08/2017.).*

*Digo esto porque cuando se trata de una persona inimputable, mucho más cuando ese estado es incluso previo al hecho, estamos frente a un sujeto que más allá de gozar de todas las garantías que hacen al debido proceso, carece, por sobre todo, de la capacidad de motivarse en la norma, razón por la cual decae la posibilidad del Estado (y de la sociedad) de reprocharle su accionar.*

*Es entonces que ese déficit, que no le es imputable, no necesita de una reacción penal para reestablecer la confianza en la vigencia del sistema penal, la sociedad no verá en esta exención de reproche un riesgo en el respeto a la norma. Por tanto, el sistema penal, tras acreditar estas circunstancias que hacen a la ausencia de capacidad para ser reprochado, poco tiene que hacer; no es su órbita natural de injerencia y, en términos generales, no suele ofrecer herramientas eficaces para atender la emergencia, de ahí mi inclinación habitual a dejar en manos de órganos de mayor especialización situaciones como las que nos ocupan, sin desconocer con ello que bien puede disponerse bajo la jurisdicción de este fuero, aunque –a mi modo de ver- su aplicación debe ser con criterio restrictivo (voto del Juez Carral al que adhirió el Juez Sal Llargués, Sala I del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Causa N° 61.022, caratulada “Romero, Javier s/ Hábeas Corpus”, sentencia del 07/11/2013).*

#### **DOCTRINA:**

“Las llamadas medidas de seguridad para las personas incapaces de delito que protagonizan un conflicto criminalizado —particularmente cuando se trata de una internación manicomial—, implican una privación de libertad por tiempo indeterminado, que no difiere de una pena más que en su carencia de límite máximo y, por ende, por la total desproporción con la magnitud de la lesión jurídica causada. Así lo entendieron los códigos liberales del siglo XIX y, por ello, no las establecían, o bien, cuando lo hacían, era sólo para suplir lo que hoy, en cualquier caso de dolencia mental grave, debe corresponder al juez civil en función de disposiciones de *derecho psiquiátrico*. La agresividad de un paciente mental no depende del azar de la intervención punitiva, sino de características de la enfermedad que debe valorar la juez civil en cada caso. Dado que la internación de pacientes agresivos se halla legalmente regulada, no se explica una regulación diferente para quienes son objeto de poder criminalizante, como no sea en función de una pena que, como se impone por vía de la selectividad punitiva, resulta arbitraria...” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de derecho penal. Ediciones Jurídicas, 1998, p. 54).

“Las prisiones latinoamericanas sufren de males endémicos (superpoblación, predominio de prisión preventiva, violencia carcelaria, etc.). Toda previsión de *medidas de seguridad* trasladada a la región, se traduce en un simple aumento de presos y la consiguiente potenciación de los males tradicionales. En Latinoamérica es imprescindible reconocer el carácter punitivo de las llamadas *medidas* y someterlas a las mismas o mayores limitaciones que las penas. La dogmática necesita desenmascarar el recurso legislativo de cambiar el nombre de *pena* por el de *medida*, para eludir los límites constitucionales al poder punitivo (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; CROXATTO, Guido L. El pensamiento alemán en el derecho penal argentino. *Rechtsgeschichte–Legal History*, 2014, vol. 22, p. 206).