

Ser o no ser de las medidas de seguridad. Su vigencia y modo de implementación tras la sanción de la Ley Nacional de Salud Mental¹

To be or not to be of security measures: their validity and implementation following the enactment of the National Mental Health Law

Diego Leonel Feustel²

Resumen

La propuesta de este trabajo se basa en determinar si, tras la sanción de la Ley Nacional de Salud Mental, las medidas de seguridad previstas en el artículo 34 inc. 1 del Código Penal y el sistema dualista del derecho penal argentino mantienen hoy en día plena vigencia. Para ello se partió de la genealogía de las medidas de seguridad como institutos de índole penal y su aplicación y alcances en el derecho positivo nacional. Posteriormente, se analizó la validez de la imposición de las medidas de seguridad por sobreseimiento o absolución conforme el artículo 34 inc. 1 del Código Penal de la Nación tanto ante tratados internacionales de derechos humanos como ante la Ley Nacional de Salud Mental. Así, mediante tal análisis normativo se han encontrado puntos de conexión que permiten considerar no solo la validez de la coexistencia

Abstract

The purpose of this work is to determine whether, following the enactment of the National Mental Health Law, the security measures provided for in Article 34, Section 1 of the Penal Code and the dualist system of Argentine criminal law remain fully in force today. To this end, the study begins with a genealogy of security measures as penal institutions, examining their application and scope within national positive law. Subsequently, the validity of imposing security measures through dismissal or acquittal under Article 34, Section 1 of the Penal Code is analyzed in relation to both international human rights treaties and the National Mental Health Law. Through this normative analysis, points of connection have been identified that support not only the validity of the coexistence

Derecho/artículo científico

Citar: Feustel, D. L. (2025). Ser o no ser de las medidas de seguridad. Su vigencia y modo de implementación tras la sanción de la Ley Nacional de Salud Mental. *Omnia. Derecho y sociedad*, 8(2), pp. 11-26.

¹ El presente artículo se desarrolla en el marco del proyecto de investigación titulado "Las leyes 26657 y 26061 y las facultades de los jueces civiles y penales", de la Cátedra de Derecho Penal Parte General, a cargo del doctor Ignacio Rodríguez Varela, de la Universidad Católica de la Plata, sede Bernal. Resolución n.º 1768/2023, Expediente n.º 2023001103.

² Universidad Católica de La Plata. .

de ambos institutos, sino, fundamentalmente, que la incorporación de la Ley de Salud vino a dotar de mayores derechos y garantías a aquellas personas a las que se les ha impuesto una medida de seguridad por padecimientos mentales.

Palabras clave: Inimputabilidad - salud mental - medidas de seguridad - monismo - dualismo

of both legal frameworks but, more importantly, the fact that the incorporation of the National Mental Health Law has strengthened the rights and guarantees of individuals subjected to security measures due to mental health conditions.

Key words: non-imputability - mental health - security measures - monistic system - dualistic system

INTRODUCCIÓN

Desde que el Estado es concebido como tal, las disquisiciones en torno a su injerencia en la sociedad mantienen vigencia. Posturas de corte liberal, que en procura de la autonomía del sujeto pueden llevarlo al desamparo, se dan de bruces con posturas prointervencionistas que, bajo el argumento tutelar, pueden someter al sujeto a sistemas peligrosamente autoritarios. Sin embargo, lo que une a los unos y a los otros, ya desde antes del pensamiento contractualista, es la legitimidad del Estado para el ejercicio monopólico del uso de la fuerza (Anitua, 2010).

Así, ese cuasi unánime entendimiento sobre el rol elemental del Estado abrió nuevos escenarios de discusión, vinculados, fundamentalmente, al cómo y al por qué del uso de la fuerza, la que adquiere varias formas, entre las que se encuentra aquella que es resultado de la intervención jurídicopenal (Ferrajoli, 2011).

Consecuentemente tuvieron lugar las distintas teorías que buscaron dotar de legitimidad a las consecuencias jurídicopenales, normalmente simplificadas en los conceptos de castigo o pena, fundamentalmente tras la caída de las formas absolutistas de gobierno (Zysman Quirós, 2012).

Sobre la cuestión, nuestro presente no se escinde del pasado. Las discusiones sobre las funciones del derecho penal, su eficacia, sus

fines y sus límites, sean estos morales o reales, siguen alimentando la construcción incesante del pensamiento jurídico.

En este escenario, las consecuencias jurídicopenales de la imposición de una medida de seguridad tras la determinación de inimputabilidad de una persona como consecuencia de un padecimiento mental (art. 34 inc. 1 del Código Penal de la Nación) no están exentas de debate.

Sin perjuicio de que durante la centenaria historia del pensamiento jurídicopenal argentino tanto la norma como, muy especialmente, las características de su ejecución fueron fuertemente criticadas (Zaffaroni, Alagia, Slokar, 2011), tras la sanción de la Ley Nacional de Salud Mental (Ley 26657) —y, en menor medida, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad—, implícita o explícitamente su vigencia ha sido puesta en crisis, tanto en el plano doctrinario como jurisprudencial.

Ante tal escenario es que durante las siguientes líneas se intentará responder si las medidas de seguridad previstas en el artículo 34 inc. 1 mantienen su vigencia tras la sanción de la normativa referida y, en su caso, con qué características y alcances.

Para ello, en primera instancia, se fijará el concepto materia de estudio, esto es, el de las medidas de seguridad. Posteriormente, se buscará establecer si supera los test de convencio-

nalidad; es decir, si media o no entre la norma local y la internacional alguna contradicción que necesariamente fulmine a la primera.

Una vez sustanciado ese análisis, se intentará establecer si entre la medida de seguridad prevista en el artículo 34 inc. 1 del Código Penal de la Nación y la Ley Nacional de Salud Mental existen contradicciones que tornen imposible la convivencia normativa o si, por el contrario, ambas pueden entenderse como complementarias.

Por último, se analizarán aquellos presupuestos y condiciones en las que una medida de seguridad debería aplicarse para no colisionar con otros instrumentos normativos y supranormativos.

Todos estos intentos no son sino consecuencia de la necesidad de búsqueda de coherencia entre las distintas normas vigentes, las que por momentos parecen, a primera vista, insalvablemente incompatibles.

DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

El derecho penal argentino, al igual que los ordenamientos penales de la mayoría de los países del derecho continental del siglo XX, partió desde su concepción de un sistema dualista de las consecuencias jurídicas del delito o del injusto penal, a diferencia de los códigos penales decimonónicos que solo encontraban a la pena como único desenlace (Muñoz Conde, 2001).

Esto significa que las consecuencias de su intervención admiten una doble vía: se aplicarán penas para la comisión de delitos y se aplicarán, de corresponder, medidas de seguridad ante la

comisión de delitos (para personas imputables) y ante la comisión de acciones antijurídicas no culpables (para personas inimputables) en la medida de la peligrosidad del autor.

Sobre esta última cuestión cabe aclarar que si bien es habitual reducir el instituto de la medida de seguridad a los casos previstos en el art. 34 inc. 1 del Código Penal, debe destacarse que la doctrina, tanto en el ámbito nacional como internacional, hace extensiva su aplicación aún a casos en los que el autor sea imputable y, además, hubiera sido penado. Entiende Roxin que “pena y medida de seguridad no necesariamente guardan entre sí una relación de alternatividad, sino que frecuentemente se aplican también conjuntamente (...). Por lo tanto, es cierto que la culpabilidad no es condición de una medida, pero tampoco la impide” (2015, p. 42). Frister refiere que las medidas de seguridad están “orientadas a contrarrestar el peligro de comisión de otros hechos por parte del autor. En correspondencia con esto, el punto de vista decisivo para que sean dispuestas no es la culpabilidad del autor, sino su peligrosidad” (2016, p. 139). A diferencia del código de fondo nacional en donde siquiera el término es acuñado, el sistema alemán enumera específicamente las medidas de seguridad y corrección en el comienzo del capítulo IV del Strafgesetzbuch (StGB, el código penal alemán)³. En nuestro ámbito es Núñez quien nos acerca una interpretación similar, a la hora de referirse a las penas de inhabilitación al interpretar que

... existe una tendencia a darle a la inhabilitación el carácter de una medida de seguridad. Sin embargo, científicamente esto no depende de la voluntad del legis-

³ § 61. Las medidas de corrección y seguridad son: 1. internamiento en un hospital psiquiátrico, 2. internamiento en un establecimiento de desintoxicación, 3. internamiento en un establecimiento de custodia de seguridad, 4. vigilancia de la autoridad, 5. retiro del permiso de conducción, 6. prohibición de ejercer la profesión.

lador, sino de la naturaleza retributiva o no de la inhabilitación en cada caso: si se impone por lo que ha hecho es una pena; pero si se dispone para evitar que se haga algo, es una medida de seguridad. (Núñez, 1999, p. 308).

Similar apreciación tomó Fontán Balestra (1998) respecto de la reclusión por tiempo indeterminado establecida en el artículo 52 del Código Penal, instituto sí tachado de inconstitucional en el precedente Gramajo (Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa Causa N.º 1573C) por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sobre la cuestión, es importante destacar que la medida de seguridad es una consecuencia jurídicopenal: en tanto antinormativa para el ámbito penal, ha de ser este el que deba intervenir y establecer las consecuencias de esa antinormatividad (De la Fuente, 2024).

De algún modo ello explica la importancia que le asigna Roxin a las medidas de seguridad dentro del sistema penal. Así, ha de considerar que “esta doble vía del sistema de sanciones marca el elemento estructural fundamental de nuestra regulación de las consecuencias jurídicas” (2015, p. 104)

El surgimiento del dualismo solo es explicable mediante la aparición de las teorías relativas de la pena, más específicamente las denominadas teorías de la prevención especial, tanto positivas como negativas. Según Bacigalupo (1999) los sistemas jurídico-penales de hasta fines del siglo XIX basaban sus funciones en un criterio únicamente retributivo en donde, en miras del pasado, solo importaba el castigo. Con el advenimiento del positivismo criminológico en los albores del siglo XX el paradigma varía, colocándose en la centralidad la prevención de delitos futuros, y, en consecuencia, la idea de peligrosidad. Otra vez, una aparente perspecti-

va única (monista) de la función penal. Solo se habían intercambiado los roles.

Ante tal escenario, en distintos ordenamientos penales surge una variable: “la culpabilidad es el fundamento de la pena, y la peligrosidad el de la medida de seguridad” (Donna, 2014, p. 265). Es decir que en los ordenamientos jurídicos de base constitucional basados en la culpabilidad de la acción será la pena el reproche que se le asigna al autor en la medida en la que este exista como tal; y será la medida de seguridad aquella vía mediante la cual se canalizan las funciones de prevención especial. O en palabras de Frisch:

A diferencia de una pena pensada como mal que retribuye el hecho y orientada a la medida de la culpabilidad, en las medidas de seguridad lo que está en el centro no es el hecho, sino el estado del autor, su peligrosidad o necesidad de tratamiento; para ello, el hecho es solo uno de varios síntomas. (2007, p. 5)

DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD ANTE LOS ORGANISMOS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

El siglo XXI dio inicio a una serie de reconversiones de los paradigmas sociales y colectivos de las que el derecho no fue ajeno, sino, más bien, protagonista.

Así, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, a nivel global, y la Ley Nacional de Salud Mental, Ley 26657, a nivel local, han contribuido a poner en crisis las medidas de seguridad determinadas tras una declaración de inimputabilidad, al menos, tal como se conocían hasta ese momento.

Ante ello, ¿es aún admisible la declaración de inimputabilidad y la consecuente imposi-

ción de una medida de seguridad?

Como primera cuestión debe decirse que no existen pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que de modo manifiesto pongan en crisis tal instituto (Dirección Nacional de Protección de Grupos en Situación de Vulnerabilidad [DNPGSV], 2022).

Sin embargo, se han desarrollado categorías que deben ser traídas a la reflexión a la hora de determinar la compatibilidad o incompatibilidad entre el derecho internacional y la ley penal autóctona.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es el instrumento por antonomasia sobre el tópico, en tanto incluye a las personas con padecimientos en la salud mental dentro de los grupos que por distintas deficiencias (sic) puedan ver impedida su participación plena y efectiva en la sociedad, en iguales condiciones con los demás.

En consecuencia, por su intermedio se procura garantizar el disfrute de los derechos de los colectivos vulnerables en razón de su discapacidad, debiendo para ello los Estados adoptar las medidas que sean necesarias para dotar a estos de igualdad e inclusión respecto al resto de la sociedad.

Para cumplir con su cometido, de la Comisión y de las observaciones y recomendaciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se desprende que debe prevalecer siempre la capacidad jurídica de la persona independientemente de la situación en la que se encuentre. La falta de capacidad mental no puede ser óbice para el ejercicio de sus derechos y obligaciones.

Al respecto, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su Observación General N.º 1, refiere:

La capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos. La capacidad jurídica

es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales (...) En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica.

Se genera así una falsa contradicción entre capacidad jurídica e inimputabilidad, como si mediante esta última se negare la primera.

Contrariamente, la declaración de inimputabilidad —sea por un padecimiento en la salud mental, sea por la edad del imputado— genera efectos únicamente a fin de determinar la punición de un hecho, mas no la negación de la capacidad jurídica de una persona.

Lejos de ello está la obligación del Estado de brindarle al sujeto —independientemente de su capacidad mental— el derecho a participar en el proceso penal, sin perjuicio de gozar o ejercer otros derechos y obligaciones. En tal caso, de no corresponder, sí se vería afectada la demanda convencional. Tal fue lo sucedido en “Medina Vela vs. México”, (CRPD/C/22/D/32/2015) donde, efectivamente, por razones de capacidad mental, Medina Vela fue impedido de conocer e intervenir en un proceso penal en el que fue declarado —con sendas irregularidades— como inimputable.

Tales extremos permiten afirmar que la declaración de inimputabilidad no niega, por sí, la capacidad jurídica del sujeto.

Lo mismo vale para las medidas de segu-

ridad que hayan de aplicarse, de manera restrictiva, en caso de que la persona considerada inimputable revista un riesgo cierto para sí o para terceros.

Sobre el particular, no deja de llamar la atención lo dicho en las “Directrices sobre el artículo 14” del Comité de los Derechos de Personas con Discapacidad, en cuanto refiere:

14. (...) Todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, tienen la obligación de no hacer daño. Los sistemas jurídicos basados en el Estado de derecho cuentan con leyes penales y de otra índole para hacer frente al incumplimiento de esta obligación. Con frecuencia se deniega la igualdad de protección a las personas con discapacidad en virtud de esas leyes, y se les aplica una legislación diferente, como pueden ser las leyes sobre salud mental. Estas otras leyes y procedimientos suelen tener un nivel de exigencia inferior en lo que respecta a la protección de los derechos humanos, en particular el derecho a las debidas garantías procesales y a un juicio imparcial, y son incompatibles con el artículo 13, leído conjuntamente con el artículo 14 de la Convención.

15. La libertad de tomar las propias decisiones, establecida como principio en el artículo 3 a) de la Convención, incluye la libertad de asumir riesgos y cometer errores en condiciones de igualdad con las demás personas (...).

Así, tal afirmación ha de implicar que quienes no comprendan la criminalidad del acto deben ser merecedores de un reproche penal en la misma intensidad que quienes sí logran comprenderla, con la consecuente condena en caso de corresponder. Tal interpretación no puede prosperar a la luz del art. 8, segundo párrafo de la Convención Americana sobre

Derechos Humanos, primer previsto, en cuanto refiere: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su *culpabilidad*” (el énfasis es nuestro).

Según las recomendaciones del Comité, la Ley Nacional de Salud Mental cuenta con un “nivel de exigencia inferior” en lo que respecta a la protección de derechos humanos que la condena penal a una persona por la comisión de un hecho del que no merece reproche alguno, por lo que esta tampoco habría de resultar idónea ante la comisión de un injusto (¿culpable?) penal cometido por una persona que no pudo comprender la criminalidad del acto por deficiencias en su capacidad mental.

No resulta ocioso, visto el panorama, recordar sucintamente el concepto de culpabilidad. Al respecto, señala Rusconi:

La idea, absolutamente trascendente, de que no hay crimen sin culpa, ha estado ligada a los cimientos ideológicos del derecho penal liberal.

Se trata de que es condición imprescindible para la aplicación de una pena legítima que se demuestre que el sujeto activo ha tenido la posibilidad de optar entre la infracción de la norma y la motivación en favor del ordenamiento jurídico. (2016, p. 135)

Por todos estos motivos, la construcción argumental que desarrolla el Comité sobre la responsabilidad penal de las personas que por padecimientos en su salud mental no pudieron comprender la criminalidad de sus actos dista de los principios elementales del derecho penal de acto, no solo reconocidos en el artículo 18 de la Constitución Nacional sino también, como se dijo anteriormente, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

1) De las medidas de seguridad ante la Ley Na-

cional de Salud Mental (Ley 26657)

Delimitado así el marco teórico y normativo de las medidas de seguridad como generalidad, y habiéndose analizado su aplicabilidad ante la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad, corresponde adentrarse en la compatibilidad (o no) entre el artículo 34 inc. 1 del Código Penal de la Nación y la Ley Nacional de Salud Mental.

Históricamente se tuvo por dicho que serán susceptibles de ser sometidos a una medida de seguridad quienes cometan un hecho antijurídico sin poder comprender el injusto de su acto como consecuencia del padecimiento de un trastorno psíquico patológico, trastornos profundos de la conciencia u oligofrenias (Donna, 2013) solo en la medida de la posibilidad de que estos sujetos se dañen a sí o a los demás.

Mediante la sanción de la Ley Nacional de Salud Mental, se concibió a la internación involuntaria como un recurso terapéutico excepcional que solo puede proceder si, según el criterio del equipo de salud, mediere una situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros, tal como está previsto en su artículo 20.

Como punto de similitud puede observarse que en ambos casos se trata de la restricción involuntaria de la libertad de una persona con padecimientos en su salud mental que, en consecuencia, reviste un riesgo o peligro sí o para terceros.

En contraposición, mientras que la internación involuntaria de la Ley Nacional de Salud Mental es determinada por un equipo de salud y no requiere de un hecho antijurídico conforme la ley penal, las medidas de seguridad son impuestas por un juez tras la verificación de una acción antijurídico penal.

Sobre la cuestión, una pregunta preliminar giraría en torno a si el Estado se encuentra o no

legitimado para intervenir coactivamente ante una persona con padecimientos en su salud mental cuando se demuestre que existe riesgo cierto para sí o para terceras personas. Su respuesta implicaría analizar aspectos éticos, constitucionales y convencionales, pero de lo que no existe duda alguna es que tanto la norma penal, como la reciente Ley Nacional de Salud Mental aceptan, ambas de igual modo en lo elemental, la internación involuntaria ante estos casos. Por lo tanto, la tacha de inconstitucional o la validez de la internación involuntaria ha de correr la misma suerte ante ambos cuerpos normativos. Así, si una internación involuntaria es receptada favorablemente a la luz de la Ley Nacional de Salud Mental, mal podría reputarse como inconstitucional cuando hubo de mediar un hecho disvalioso bajo el prisma jurídico y penalmente relevante (De la Fuente, 2024).

Dicho esto, tras la sanción de la Ley Nacional de Salud Mental se ha puesto en crisis la vigencia de las medidas de seguridad previstas en el artículo 34 inc. 1 del Código Penal, bajo el entendimiento de que ambas normas abordan el mismo fenómeno y que existe una relación de posterioridad y especialidad de la Ley Nacional de Salud Mental por sobre el Código Penal (Ríos, 2017), por lo que esta última reemplaza bajo todo aspecto a la primera. También se ha dicho que el sistema de doble vía no puede aceptarse por la finalidad terapéutica de las internaciones, por lo que mal podría una consecuencia penal significar un beneficio del inimputable (Caride, 2013).

Ahora bien, por un lado, no debe desconocerse que los hechos de relevancia penal pueden generar consecuencias jurídicopenales más allá de la pena, tal es el caso de la medida de seguridad, y esto es consecuencia, como se explicó previamente, de una doble función penal: retributiva y preventiva. Negar ello so pretexto del perjuicio que la medida de segu-

ridad produce sobre el inimputable es similar a negar la finalidad resocializadora de la pena en idéntico sentido (De la Fuente, 2024).

Sobre el punto, el mismo autor refiere:

A mi juicio el sistema de la doble vía todavía puede sostenerse. La pena se debe seguir considerando “retributiva”, es decir, un castigo aplicado como reprochabilidad al autor culpable, como respuesta al hecho perpetrado. En cambio, la medida se impone al sujeto que cometió el hecho en estado de inimputabilidad, con el fin de curarlo y al mismo tiempo evitar que siga dañando a la sociedad. (1998, p. 287)

Asimismo, una interpretación que ponga en crisis la vigencia de la medida de seguridad por inimputabilidad no observa con detenimiento la propia letra de la Ley Nacional de Salud Mental. Esto es así porque no puede soslayarse lo que significa la ubicación sistémica de las previsiones, tanto de la internación involuntaria como la externación, alta o permiso de salida, y su relación con la medida de seguridad por inimputabilidad. Así, mientras que todas las internaciones conforme la Ley de Salud Mental se establecen mediante un “Dictamen profesional del servicio asistencial que realice la internación” (art. 20), la medida de seguridad ha de imponerse judicialmente.

El harto analizado artículo 23 de la Ley Nacional de Salud Mental refiere:

El alta, externación o permisos de salida son facultad del equipo de salud que no requiere autorización del juez. (...) Queda exceptuado de lo dispuesto en el presente artículo, las internaciones realizadas en el marco de lo previsto en el artículo 34 del Código Penal.

Por lo tanto, si las internaciones realizadas

en el marco de lo previsto en el artículo 34 cuentan con un régimen distinto de externación y, a su vez, todas las internaciones conforme la Ley de Salud Mental se llevan a cabo mediante un dictamen profesional del servicio asistencial, quiere decir que para que sea posible una internación por inimputabilidad la normativa recepta la admisibilidad (y por tanto, vigencia) de una internación como medida de seguridad conforme al art. 34 inc. 1 del Código Penal, esto es, judicial.

Ello no quiere decir, tal como explica De la Fuente, que los dispositivos incorporados por la Ley Nacional de Salud Mental no deban inmiscuirse en las medidas de seguridad dispuestas como consecuencia de una declaración de inimputabilidad, sino que debe funcionar como un instrumento normativo que complemente las notables carencias normativas de las medidas de seguridad penales, mas no su reemplazo (De la Fuente, 2024).

A todo lo dicho debe sumarse, como corolario, que la validez y vigencia del sistema dual del derecho penal ha sido reconocido, tras la sanción de la Ley Nacional de Salud Mental, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente Antuña, cuyas precisiones se desarrollarán en las próximas páginas.

PRESUPUESTOS Y CARACTERÍSTICAS DE CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Con acierto, Yankielewicz y Olmo refieren:

Los presupuestos para la aplicación de las medidas de seguridad contempladas en el artículo 34 inc. 1.º CP son tres: 1. La comisión previa de un hecho previsto como delito, es decir, un hecho típico y antijurídico (cf. principios de legalidad y reserva, arts. 18 y 19 CN); 2. La declaración jurisdiccional de inimputa-

bilidad dictada en el marco de un proceso respetuoso de la garantía del debido proceso (cf. art. 18 CN) y los estándares probatorios y de contradicción propios del proceso penal;

3. La peligrosidad del sujeto para sí o para terceros que debe estar probada fehacientemente en la causa (el estado de peligro debe ser “cierto e inminente”). (2015, p. 1)

Tales extremos encuentran respaldo en los antecedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de mayor relevancia en la materia: Antuña (Fallos: 335:2228) y R.M.J (Fallos: 331:211).

Conocidos los presupuestos, debemos ahora analizar cómo deben ser las características de cumplimiento de esas medidas de seguridad.

a) En cuanto al tiempo de internación:

En primera instancia, y tomando como referencia los fundamentales precedentes citados, debe decirse que estas tienen que limitarse en el tiempo. Resulta para ello primordial acudir a la idea de proporcionalidad, es decir, que la medida de seguridad debe tener, desde su génesis, un periodo de duración preestablecido (conf. R.M.J.) que, a su vez, debe guardar relación con el hecho materia de injusto (Antuña). Tal afirmación adopta, ante las medidas de seguridad impuestas a inimputables por padecimientos en la salud mental, un cambio sustancial.

Esto es así porque una de las mayores críticas que se le realizó al instituto de la medida de seguridad es la perpetuidad de sus consecuencias, gravísimas ya de por sí. Zaffaroni, Alagia, Slokar entendieron —no sin argumentos válidos— que la especie de medida en análisis “implica 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 le-

sión jurídica causada” (2011, p. 70). Otra de las voces que se alzaron al respecto, con meridiana actualidad, fue Hegglin, al referir:

El art. 34, inc. 1 del Código Penal no establece ningún límite temporal en la duración de la medida de seguridad, lo cual habilita a que personas acusadas de cometer delitos permanezcan privadas de su libertad, en estricto cumplimiento de una medida de seguridad, durante años e, incluso, muchísimo más tiempo del que les correspondería de ser condenadas por el delito por el cual han sido acusadas. (2016, p. 27)

Ahora bien, la otrora válida crítica ya no es actual. Al menos no lo es en función de los precedentes cimeros enunciados. En R.M.J., del año 2008, se ensaya un primer avance en miras de aventar la desproporcionada —hasta lo irracional— consecuencia que implicaban las faltas de control jurisdiccional sobre la imposición de una medida de seguridad. En su considerando 14 — citado de este modo en “Antuña” en el dictamen del procurador general— se explicita: “los principios constitucionales de razonabilidad, proporcionalidad e igualdad están seriamente comprometidos cuando la persona declarada incapaz de culpabilidad ‘se [ve] afectada en sus derechos en una medida mayor de la que le hubiese correspondido de haber sido eventualmente condenada como autor responsable’”. Ha de ser por tal fundamento que, casi a renglón seguido de ser citado, el dictamen del Ministerio Público, en Antuña, agrega:

Esa doctrina, entiendo, autoriza la interpretación —que subyace a la petición de la defensa— según la cual la justificación que pueda haber para someter al imputado incapaz de culpabilidad al trato más severo

del régimen penal de medidas de seguridad cae una vez vencido el plazo durante el cual la persona podría haber estado sometida a una pena privativa de la libertad si hubiera sido capaz de culpabilidad. Vencido ese plazo, entonces, la medida de seguridad penal ha de extinguirse y la persona debe quedar nuevamente sometida al régimen general del derecho civil.

Sin perjuicio de los bemoles sistémicos que presenta la interpretación esbozada al pretender una determinación penal sin el juicio de culpabilidad correspondiente (esto es, los baremos del artículo 41 del Código Penal de la Nación), resulta ser primordial la protección del sujeto ante las injerencias, indolencias y negligencias del Estado.

Así, a todo evento, las medidas de seguridad por tiempo indeterminado, impuestas como consecuencia de la comisión de un injusto penal, forman parte de un derecho pretérito, adoptándose actualmente un “monismo moderno” —terminología atribuible a Righi (2003), autor del dictamen en “Antuña”—, también conocido como monismo vicarial.

Tanto sobre el término como sobre el concepto cabe una observación. La determinación de un límite punitivo no convierte a la medida de seguridad en una pena, lo que bien puede traducirse a que el dualismo no se convierte en monismo, por más moderno que fuera.

Todo ello no debe dejar en el olvido que, en términos normativos, la determinación de un máximo previsto para las medidas de seguridad es, precisamente, un máximo. El mismo artículo 34 hace referencia a que cesará la “reclusión” cuando desaparezca “el peligro” o “las condiciones que lo hicieren peligroso”, extremo que bien puede configurarse, tras Antuña, de manera previa al máximo.

b) En cuanto al lugar de internación:

Solventada la crítica —históricamente válida— sobre la proporcionalidad de la extensión temporal de las medidas de seguridad tras la doctrina de Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Antuña”, corresponde analizar el ámbito donde de esta debe llevarse a cabo.

Echando mano a las previsiones del artículo 28 de la Ley Nacional de Salud Mental, que en su parte pertinente refiere que “[l]as internaciones de salud mental deben realizarse en hospitales generales”, se ha dicho que toda internación debe llevarse a cabo en hospitales generales, es decir, tanto aquellas que se imponen como consecuencia de una medida de seguridad como las que no (Alderete, 2022).

Esto se argumenta —con acierto— en que las estructuras penitenciarias no son espacios adecuados para los fines terapéuticos de las internaciones involuntarias por padecimientos en la salud mental, sean estas como consecuencia de una medida de seguridad o no y que el artículo 34 inc. 1 del Código Penal no establece que los manicomios o establecimientos adecuados deban situarse dentro del ámbito penitenciario.

Sin embargo, esto tampoco habilita que, tras la sanción de la Ley Nacional de Salud Mental, las medidas de seguridad deban llevarse a cabo en hospitales generales, los que, sin las medidas de seguridad adecuadas, tornan más precarias a las condiciones de encierro de la persona con padecimientos en la salud mental. Precisamente, con los mismos argumentos bien puede decirse que el artículo 34 inc. 1 hace referencia a manicomios o establecimientos adecuados, no a hospitales generales.

Tanto es así que las medidas de seguridad como consecuencia de una declaración de inimputabilidad —debe recordarse que se trata de una consecuencia penal, donde se

tuvo por acreditada la comisión de una conducta antinormativa del sujeto— fueron receptadas de modo diferente por la reglamentación de la Ley Nacional de Salud Mental (Decreto Reglamentario 603/2013), en cuanto reza en el quinto párrafo de su artículo 11:

La Autoridad de Aplicación promoverá que la creación de los dispositivos comunitarios, ya sean ambulatorios o de internación, que se creen en cumplimiento de los principios establecidos en la Ley, incluyan entre su población destinataria a las personas alcanzadas por el inciso 1) del artículo 34 del Código Penal, y a la población privada de su libertad en el marco de procesos penales.

Es decir que si los dispositivos a crearse deben incluir entre su población destinataria a las personas internadas como consecuencia de una declaración de inimputabilidad, ello habla a las claras de que se trata de establecimientos distintos a los actuales hospitales generales.

La reglamentación prevé que se desarrollen dispositivos que reemplacen las deplorables condiciones en las que se encuentran los establecimientos psiquiátricos de naturaleza penitenciaria, que poco tienen de terapéuticos. Esta idea de reemplazo —hasta la fecha menos que incipiente—, por tanto, reafirma que las internaciones que son consecuencia de una medida de seguridad se mantengan bajo la esfera penal.

Nuevamente, si bien la Ley Nacional de Salud Mental cuenta con la virtud de reconocerle derechos a las personas que presentan padecimientos en la salud mental, sin importar la naturaleza jurídica de su declaración, ello opera de modo complementario con las disposiciones específicas en materia penal de las medidas de seguridad.

EL FUERO DE INTERVENCIÓN. LA SOLUCIÓN ADOPTADA POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Tras la sanción de la Ley Nacional de Salud Mental, se ha suscitado una serie de contiendas entre la justicia civil y la justicia penal a la hora de determinarse el ámbito de intervención judicial —con las particularidades de cada fuero— tras el sobreseimiento de la persona por inimputabilidad.

En este contexto, un ala que puede decirse mayoritaria prácticamente niega el carácter dual del derecho penal desde el momento en que entiende que el desarrollo de la internación involuntaria (descartándose de plano el término “medida de seguridad”) debe transitar dentro del ámbito del fuero civil.

Por caso, la posición de la sala I de Cámara Nacional de Casación Penal, en precedentes tales como “Migoni Acuña” (CCC 27517/2020/2/CNC1); “Benvenuto Zuri” (CCC 21020/2020/CNC1); “Rodríguez, Gustavo Adán” (CCC 30239/2020/CNC1)”; entre otros, más allá de su integración, entiende más favorable para el sujeto que el cumplimiento de la internación involuntaria tras la declaración de inimputabilidad sea supervisada por la justicia civil, bajo el entendimiento de que esta resulta ser más idónea para con los fines propuestos por la Ley Nacional de Salud Mental.

Tal definición ha de importar una virtual derogación del empleo de la medida de seguridad como consecuencia jurídicopenal y, por decantación, el derecho penal de doble vía característico del sistema penal argentino, que, como vimos, no ha sido derogado bajo ningún aspecto por la Ley Nacional de Salud Mental.

Por contrario, otras voces entienden que entre la Ley Nacional de Salud Mental y el artículo 34 inc. 1 ha de mediar una relación de complementariedad, en apoyatura a la tesis seguida

en este texto. Por caso, esta posición es sostenida en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en diversos votos del doctor Rodríguez Varela. A modo de muestra, en “González, José Luis S/ Control de medida de seguridad” (CCC 33918/2024/4/RH1) consideró:

[E]sta jurisdicción no puede sustraerse de las funciones tuitivas que el legislador estableció en los artículos 34, inciso 1.º, del Código Penal y 511 y 512 del Código Procesal Penal de la Nación, cuya constitucionalidad y convencionalidad no se ha puesto en duda. Y si no está en crisis su legitimidad ni tampoco en ese sentido cuestionadas, no es aceptable que sea sin más su aplicación soslayada. Con más razón cuando tales normas, independientemente de los modernos complementos y auxilios que proporcionan las previsiones relativas a salud mental —en modo alguno incompatibles sino concurrentes—, responden a un arraigado fundamento de especialidad, pues mantienen el conocimiento de los mismos jueces en las consecuencias jurídicas de los actos —imputables o inimputables— que alcanzan el grado de lesión de derechos previsto en los tipos penales.

Este último es el sentido que debe prevalecer en tanto y en cuanto pervivan las medidas de seguridad conforme el artículo 34 inc. 1 del Código Penal de la Nación, tal como se encuentra actualmente redactado, y en la medida en la que instancias superiores no se pronuncien por su invalidez constitucional o convencional, extremo que, a casi quince años de la sanción de la Ley Nacional de Salud Mental y a dieciocho de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, no ha sucedido.

Así, no solo que las medidas de seguridad no han sido tachadas de inconstitucionales sino que han sido validadas en Antuña por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tal como fue analizado anteriormente. A ello debe sumarse el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA) de un modo manifiesto por su validez.

A partir del fallo G.J.F., (08/05/2019), el supremo tribunal bonaerense, además de receptar el precedente Antuña, genera un instrumento que permitió arrojar claridad a las instancias inferiores en lo relativo al fuero de competencia a la hora de la ejecución de la medida de seguridad, o, si se quiere, de la internación involuntaria.

Así, materializado mediante la Resolución 2914/19 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, se creó el “Protocolo de Actuación para supuestos de personas incapaces de culpabilidad en conflicto con la ley penal. Fijación de tope máximo de duración a las medidas de seguridad. Ámbito de competencia de los fueros de familia y penal”.

En lo que aquí interesa, el juez penal:

- a) Solo procederá a imponer una medida de seguridad previo examen psicológico y psiquiátrico que establezca diagnóstico, pronóstico y tratamiento, debiendo el examen determinar si la persona requiere o no internación e indicar, en su caso, qué tipo de establecimiento resulta adecuado para ello (I.1. del Protocolo). Aquí se observan dos cuestiones elementales. La primera —extremo que el artículo 34 no requiere y que demanda ser modificado— es que la medida de seguridad se impone en la medida del examen médico. La segunda es que es mediante este examen se determina qué tipo de establecimiento es el que ha de resultar adecuado para ello. Es decir, la internación en un establecimiento de corte

penitenciario o uno que no lo sea quedará sujeta al examen médico y las necesidades que se desprendan de las características del caso.

- b) En forma paralela al trámite de la causa penal, deberá requerirle al asesor de incapaces que dictamine acerca de la pertinencia de iniciar un juicio de determinación de la capacidad ante el fuero de familia (art. I.2.c. del Protocolo). Esto otorga celeridad al proceso y los ámbitos penales y civiles de intervención institucional sobre el sujeto se procuran, al unísono, dispositivos tuitivos para la protección de sus derechos.
- c) Además —y esta cuestión resulta nuclear— el juez penal es quien tiene el control de la internación durante el período en el que se lleve a cabo la medida de seguridad, obligándolo a verificar como mínimo cada seis meses:
 - c1) Las condiciones de higiene, seguridad y tratamiento en que se cumple la internación (II.1. del Protocolo).
 - c2) La necesidad o no de mantener la internación, lo cual dependerá de la persistencia de la peligrosidad y de la subsistencia del criterio de internación. Tal mérito se realizará mediante prueba pericial actualizada (II. 2. del Protocolo).
 - c3) La posibilidad de disponer la inclusión del sujeto en un régimen terapéutico de externaciones transitorias o altas a prueba, la continuación del tratamiento en establecimientos especializados acorde a su patología y/o su egreso con el alta definitiva en caso de que la peligrosidad disminuyera (II.3. del Protocolo).
- d) La imposición de la medida de seguridad deberá contar con un tope máximo de duración, conforme al precedente G.J.F. de la SCBA (III. 1. del Protocolo) y la fecha de vencimiento será notificada al

Ministerio Público Fiscal y de la Defensa, a la Asesoría de Incapaces y al órgano de revisión local de la Ley Nacional de Salud Mental (III. 2. del Protocolo). Así, en caso de que restando seis meses para la finalización de la medida, de los informes periciales surgiese que la persona pese a la proximidad continúa revistiendo peligrosidad y que su tratamiento requiere internación, se deberá notificar a la Asesoría de Incapaces y, en su caso, al juzgado de familia que corresponda, a los fines de que realicen los actos pertinentes (III. 5. del Protocolo), para que una vez vencido el plazo máximo de la medida de seguridad la intervención del juez penal cese de manera definitiva e irrevocable (III. 6. del Protocolo), quedando, de corresponder, la intervención en cabeza del Juzgado de Familia (IV. Primer párrafo del Protocolo) o de la Asesoría de Incapaces (IV. Segundo párrafo del Protocolo).

De tal modo, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en simples lineamientos tornó obligatorio para los organismos jurisdiccionales en materia penal inferiores:

- a) Los recaudos previos a fijar una medida de seguridad,
- b) la forma en la que se determina el establecimiento donde se llevará a cabo,
- c) el fuero a cargo del contralor de la medida y los recaudos que deben tomarse durante su desarrollo,
- d) las posibilidades de que el desarrollo de la medida varíe en la forma de su ejecución o finalice de modo anticipado,
- e) el límite de duración y
- f) el procedimiento para mantener dispositivos tuitivos respecto a la persona vulnerable, en caso de ser necesarios, tras la finalización de la medida.

Así, ante las disquisiciones en ámbito de la justicia nacional, la justicia bonaerense logró determinar criterios que armonizaron —como se sostiene en este texto— la relación de complementariedad entre el Código Penal de la Nación y la Ley Nacional de Salud Mental.

CONCLUSIÓN

Durante el decurso de este artículo se analizó la relación entre el Código Penal y la Ley Nacional de Salud Mental e instrumentos internacionales sobre la materia a los efectos de considerar si las medidas de seguridad previstas en el artículo 34 inc. 1 del Código Penal mantienen su vigencia y, en su caso, con qué características.

Este intento se propuso evitar traer a colación aquellos aspectos vinculados a la efectiva y real situación de las personas que enfrentaron y enfrentan los gravísimos mecanismos institucionales que por veces le han negado al hombre su condición de tal, encerrándolo por la eternidad en condiciones peores que la prisión y que, por veces, en pos de su autonomía, lo libran al desamparo y a la hostilidad de un mundo que no lo contiene, sea porque no quiere, sea porque no puede.

Tal alejamiento de lo fáctico no considera a las normas entes universales y absolutos divorciados de la contingencia de lo fenoménico, sino, más bien, una demostración de que aún en el plano normativo es posible conciliar a dos cuerpos legales que, a lo lejos, parecen irreconciliables.

Se ha dicho largamente que la Ley Nacional de Salud Mental generó un cambio en el campo paradigmático de la relación entre el Estado y las personas que sufren padecimientos mentales y ello caló hondo en cómo, cuándo, dónde y por qué debe aplicarse una

medida de seguridad. Si bien R.M.J. fue un precedente que impuso límites a las medidas de seguridad previo a la sanción de la Ley, en Antuña y, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, G.F.J., no pueden explicarse sin la Ley Nacional de Salud Mental. Estos tres precedentes son fundamentales para limitar el arbitrio de las medidas de seguridad, pero sin desconocerlas.

Ahora sí desde una perspectiva realista, es imperioso tener en cuenta que la función estatal por antonomasia es la de tornar más digna y próspera la vida de las personas para las que rige. Si ello se logra con la conjunción de dos cuerpos normativos vigentes, estos no pueden ser otra cosa que complementarios.

Si bien resta mucho por hacer, la convivencia entre las normas puestas en análisis pareciera construir un mecanismo de controles, garantía y eficacia que no pueden procurarse por sí solos. Ante tal virtud, poco conveniente (además de antijurídico) pareciera ser negar la una o la otra.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Anitua, G. I. (2010). *Historias de los pensamientos criminológicos*. Del Puerto.
- Alderete, C. M. (2022). Salud mental y derecho penal. *TR LA LEY* AR/DOC/2453/2022.
- Asociación de Magistrados de Tucumán. (2024, 9 de agosto). *Dr. Javier de la Fuente - Medidas de seguridad para incapaces de culpabilidad* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=tsv8VtLKwk4>
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho penal. Parte general* (2.ª ed.). Hammurabi.
- Caride, M. C. (2013). Medidas de seguridad, derechos de las personas internadas y Ley de salud mental. *Revista Derecho Penal*, Año II(5), 155. Ediciones Infojus.

- De la Fuente, J. E. (1998). Medidas de seguridad para inimputables. *Separata de Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año IV(8), A. Dirección Nacional de Protección de Grupos en Situación de Vulnerabilidad (2022). *Inimputabilidad y medidas de seguridad a la luz de los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/if-2022-96453119-apn-dnpgsvmjinimputabilidad_d.i.dh_1.pdf
- Donna, E. A. (2013). *Derecho penal. Parte general. Tomo IV. Teoría general del delito-III*. Rubinzal-Culzoni.
- (2014). *Derecho penal. Parte general. Tomo II. Teoría general del delito-I*. Rubinzal-Culzoni.
- Ferrajoli, L. (2011). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (10.ª ed.). Trotta.
- Fontán Balestra, C. (1998). *Derecho penal. Introducción y parte general*. AbeledoPerrot.
- Frisch, W. (2007). Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del derecho penal: clasificación en las teorías de la pena, configuración material y exigencias en el Estado de derecho. *InDret*, 32007.
- Frister, H. (2016). *Derecho penal. Parte general*. Hammurabi.
- Hegglin, M. F. (2016). La inconstitucionalidad de las medidas de seguridad impuestas como consecuencia de la suspensión del proceso penal por discapacidad psicosocial del imputado: el caso del señor Acosta. *Revista del Ministerio Público de la Nación*, Año 11.
- Muñoz Conde, F. (2001). *Introducción al derecho penal* (2.ª ed.). B. de F.
- Núñez, R. (1999). *Manual de derecho penal. Parte general* (4.ª ed.). Marcos Lerner Editora Córdoba.
- Righi, E. (2003). *La culpabilidad en materia penal*. Ad-Hoc.
- Ríos, S. R. (2017). Interpretación del art. 34 inc. 1 del Código Penal Argentino a la luz de la Ley Nacional de Salud Mental. Consecuencias. La situación de las personas con declaración de inimputabilidad en la Provincia de Buenos Aires. *Derechos en Acción*, (4). <https://doi.org/10.24215/25251678e056>
- Roxin, C. (2015). *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del delito* (Traducción de la 2.ª ed. alemana). Civitas.
- Rusconi, M. (2016). *Derecho penal. Parte general* (3.ª ed.). Ad-Hoc.
- Yankielewicz, D. L., y Olmo, J. P. (2015). Medidas de seguridad en el ámbito penal: incidencia de la Ley Nacional de Salud Mental. *TR LA LEY* AR/DOC/699/2015.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A., y Slokar, A. W. (2011). *Derecho penal: Parte general* (2.ª ed.). Ediar.
- Zysman Quirós, D. (2012). *Genealogía del castigo*. Didot.

Diego Leonel Feustel

Perfil académico y profesional: Abogado con orientación en Derecho Penal por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Especialista en Derecho Penal (UBA). Maestrando en Derecho Penal (UBA). Profesor adjunto en la materia Derecho Penal Parte General de la Universidad Católica de la Plata (UCALP) y ayudante en la materia Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal de la UBA. Investigador de la UCALP. Juez integrante del Tribunal Oral en lo Criminal nº 3 del Departamento Judicial de Quilmes, Provincia de Buenos Aires. Autor de artículos sobre derecho penal.

feusteldiego@gmail.com

Identificador ORCID: 0009-0002-6754-9981

