

RECURSO DE CASACION: *Impugnabilidad objetiva. Incidente de Ejecución.*

*Resolución dictada con motivo del control jurisdiccional en la ejecución de una medida de seguridad impuesta a un inimputable mayor de edad (arts. 35 bis, inc. 1º y 4º y 502 del CPP). Resolución que deniega el cese de custodia policial. Fundamento constitucional. Gravamen irreparable. Atenuación del principio de taxatividad en el marco de la ejecución de medidas de seguridad. *Impugnabilidad subjetiva. Representante promiscuo de incapaces. Fundamento normativo. DERECHO A LA SALUD: Base Constitucional. Tensión entre el derecho a la salud del interno y el peligro procesal de fuga: pautas para su valoración y directrices emanadas de documentos internacionales. MEDIDAS DE SEGURIDAD: Supuestos de procedencia. Internación psiquiátrica involuntaria (art. 523 del CPP). Inviabilidad de la custodia policial.**

Con formato: Izquierda: 3 cm,
Arriba: 3 cm

I. Resulta procedente el recurso de casación cuando la resolución recurrida fue dictada en el marco de un incidente de ejecución suscitado con motivo del control jurisdiccional en la ejecución de una medida de seguridad impuesta a un inimputable mayor de edad (arts. 35 bis, inc. 1º y 4º y 502 del CPP). Ello así, por cuanto el control judicial de las medidas de seguridad impuestas a inimputables adultos por enfermedad mental, a tenor del art. 34 inc. 1º del CP, debe realizarse teniendo en cuenta los criterios que, inspirados en directrices internacionales, guían la normativa específica (Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, adoptado por la Asamblea General en su resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991; Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud, para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud, del 14 de noviembre de 1990; Principios de Brasilia Rectores para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas, del 9 de noviembre de 1990), marco normativo que garantiza fundamentalmente a todas las personas que padezcan una enfermedad mental, el 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 (Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, 1.5.; integrante de la Ley de Salud Mental n° 9848 -B.O.C. 5/11/2010- en función de lo dispuesto en su art. 13), que aluden al derecho a un trato digno que tiene toda persona privada de su libertad (art. 10 PIDCP; 5.2 CADH), y aseguran la tutela efectiva contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley (art. 8 DUDH; 2.2.a. PIDH; 25 CADH). Tales derechos fundamentales constituyen la base constitucional suficiente para sustentar el control judicial permanente de la ejecución de las medidas de seguridad, al igual que se le asegura al imputable.

II. Las condiciones en que se cumple una medida de seguridad de internación psiquiátrica repercuten en la naturaleza y tipo de tratamiento que se le ofrecerá al paciente y, en consecuencia, afectan directamente el derecho a la salud del sometido a proceso, y ello encierra un agravio irreparable en tanto la inadecuada o insuficiente respuesta a las necesidades terapéuticas puede obstaculizar la recuperación de la salud u ocasionar un agravamiento de su condición mental.

III. Corresponde atenuar la rigurosidad del criterio de taxatividad que impera en materia recursiva, según el cual el imputado absuelto o sobreseído sólo se encuentra legitimado a interponer recurso de casación contra la resolución que *impone* una medida de seguridad (arg. art. 443, 470, 471 y 472 y 470 del CPP), siendo irrecurribles las *instrucciones* impartidas por el Tribunal de Ejecución en el marco de la ejecución de esa medida de seguridad o su modificación (art. 522 *in fine* CPP), cuando se trata del control permanente de la ejecución de las medidas de seguridad.

IV. El Asesor Letrado posee legitimación para deducir recurso de casación como representante promiscuo de un incapaz en el marco del control judicial de las medidas de seguridad. Es que, si a fin de resguardar adecuadamente los derechos fundamentales del incapaz, corresponde proveer a su defensa técnica -la cual podrá ser propuesta por los representantes legales o el curador o bien designada de oficio-, ésta debe tener efectiva participación en las modificaciones de la ejecución pues de lo contrario se transformaría en una defensa puramente ornamental. Tal previsión se encuentra, además, expresamente contemplada en los "Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental" que integran la normativa específica provincial (Ley n° 9848), que asegura al paciente el derecho "a designar un defensor para que lo represente... en todo procedimiento de queja o apelación. Si el paciente no obtiene esos servicios, se pondrá a su disposición un defensor sin cargo alguno en la medida en que el paciente carezca de medios suficientes para pagar." (Principio 18.1). La Ley Nacional de Salud Mental n° 26.657 contiene similar postulado en el art. 22, el cual garantiza a la persona internada involuntariamente o su representante legal "el derecho a designar un abogado. Si no lo hiciera, el Estado debe de proporcionarle uno desde el momento de la internación. El defensor podrá oponerse a la internación y solicitar la externación en cualquier momento. El juzgado deberá permitir al defensor el control de las actuaciones en todo momento." La Ley Provincial de Asistencia Jurídica Gratuita n° 7982, atribuye al Asesor Letrado Penal la función de ejercer la representación promiscua de menores e incapaces (art. 15 inc. 3, inc. Por ley n° 8426) y tal disposición tiene la suficiente amplitud para incluir en el ámbito de sus atribuciones la de entablar en defensa de sus representados las acciones y recursos pertinentes, tal como específicamente lo prevé para los Defensores de Menores e Incapaces en el orden federal, el artículo 54 inc. a) de la ley 24946. La intervención del Asesor Letrado en materia de internaciones judiciales se encuentra ya prevista en el Acuerdo Reglamentario n° 948, Serie "A", de este Tribunal Superior de Justicia de fecha 24/06/2008 (modif. por Acuerdo Reglamentario n° 1122, Serie "A" del 2/10/2012), receptado por la Ley de Salud Mental n° 9848 (art. 49), y en el art. 12 inc. 2 de la Ley 7982 (Asistencia Pública), que

textualmente establece como funciones del Ministerio Pupilar, la de promover o participar en las acciones judiciales que afecten derechos de incapaces o inhabilitados civiles, o de quienes puedan ser declarados tales.

V. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que el derecho a la salud está comprendido dentro del derecho a la vida que es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, enfatizando que en el Preámbulo de la Constitución Nacional ya se encuentran expresiones referidas al bienestar general, objetivo preeminente en el que, por cierto, ha de computarse con prioridad indiscutible, la preservación de la salud.

VI. Cuando la patología que supone la internación de un inimputable en una institución psiquiátrica es seria, el derecho a la salud se vincula directamente con el principio de autonomía personal, toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida. Es que más allá de que la medida de internamiento posea un carácter terapéutico, se lleva a cabo una auténtica privación de libertad de la persona que obliga a reforzar la tutela jurisdiccional.

VII. Cuando la única alternativa disponible como tratamiento es la internación en instituciones psiquiátricas de puertas abiertas la eventual fuga que pudiera provocarse - y con ella, la frustración de los fines del proceso- será un riesgo que habrá que procurar reducir pero en todo caso tolerar, priorizando el derecho de sometido a proceso a recibir la mejor atención disponible en materia de salud mental, según lo imponen los "Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental" (O.N.U., Res. 46/119, 17/11/1991, principio 20.2). Estas reglas han sido consideradas por nuestra Corte Suprema y Comisión Interamericana de Derechos Humanos como el estándar más completo a nivel internacional sobre la protección de los derechos de las personas con padecimientos mentales, y consignan, entre otras prerrogativas de quienes padecen afecciones psiquiátricas, el "*derecho a la mejor atención disponible en materia de salud mental...*" (ppio. 1.1). El documento se esfuerza en destacar que esta tutela alcanza a "*las personas que cumplen 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... Todas estas personas deben recibir la mejor atención disponible en materia de salud mental... 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...*" (ppio. 20.1 y 2).

VIII. Las medidas de seguridad están guiadas por los postulados de mínima suficiencia por lo que sólo resultan procedentes ante el supuesto de peligrosidad futura para bienes jurídicos penales y en la medida en que sean la única alternativa posible ante un riesgo grave de daño *inmediato o inminente* para terceros y limitadas al tiempo estrictamente necesario para hacer cesar esa situación. Es que, un derecho penal liberal que reconoce

siempre un límite en el principio de lesividad u ofensividad (art. 19 CN), al que generalmente se lo relaciona con la necesidad que la formulación de los tipos penales se estructuren sobre la base de conductas que lesionen o pongan en peligro un bien jurídico ajeno, pone en crisis la admisión de las medidas de seguridad sobre un inimputable frente al peligro de daño *a sí mismo* y restringe la procedencia de los peligros de *daños a terceros de intereses no protegidos penalmente (peligrosidad social)*. El peligro de daño a sí mismo podrá sustentarse en medidas asegurativas no penales, como son las del derecho civil, pero desvirtúa el fundamento penal de la medida. Otro tanto ocurre con el *peligro de daño a los demás*, que debe restringirse a la probabilidad de reiteración de actos en contra de intereses protegidos penalmente y no a la mera "peligrosidad social" que puede involucrar persistencia en conductas disfuncionales para la sociedad pero que no representen peligro alguno para un bien tutelado por el derecho penal.

IX. La internación psiquiátrica involuntaria no sólo importa la afectación de la libertad ambulatoria, sino que se extiende a otros aspectos: el sometimiento mismo al tratamiento -con prescindencia de la voluntad del enfermo- y todas las derivaciones de aquél (v.gr. terapia a administrar, suministro de medicamentos, estrategias de contención física, etc.), máxime cuando se impone conjuntamente una medida restrictiva como lo es la custodia policial.

X. La custodia policial como medida para minimizar el riesgo de fuga en el marco de una medida de seguridad desnaturaliza el funcionamiento de las instituciones de salud, el propio rol de la Policía y, fundamentalmente, afecta las chances del tratamiento terapéutico por el acompañamiento forzoso de la custodia en las actividades programadas con el paciente, aún cuando se dispone "extra pabellón".

X. El argumento de "*peligrosidad para sí de carácter eventual y potencial*" para mantener la custodia policial en el marco de la internación psiquiátrica contraría todas las directrices que, a nivel provincial, nacional e internacional, rigen en materia de salud mental. La ley n° 9848 de Protección de la Salud Mental contempla el derecho del paciente a "*ser tratado con la alternativa terapéutica menos restrictiva de su autonomía y libertad...*" (art. 11 inc. c), estableciendo que "*la existencia de diagnóstico relacionado a la salud mental no autoriza a presumir peligrosidad para sí o para terceros...*" (art. 46 inc. a) como así también, además, que la internación debe ser considerada "*un recurso terapéutico de excepción, lo más breve posible, cuya factibilidad y pertinencia están intrínsecamente relacionadas con el potencial beneficio para la recuperación del paciente*" (art. 48 inc. a). En similar sentido, la ley 26.657 garantiza a las personas con padecimiento mental el "*derecho a recibir tratamiento y ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades...*" (art. 7 inc. d) y a "*recibir un tratamiento personalizado en un ambiente apto con resguardo a su intimidad, siendo reconocido siempre como sujeto de derecho, con el pleno respeto de su vida privada y libertad de comunicación...*" (inc. l). Estas disposiciones se inspiran en los "*Principios para la Protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la salud mental*" de la ONU

que -entre otros- contemplan el derecho del paciente psiquiátrico *"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 terceros"* (Principio 9.1.) y prohíben someterlo *"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 terceros... prácticas (que) no se prolongarán más allá del período estrictamente necesario para alcanzar ese propósito..."* (Principio 11.11).

T.S.J., Sala Penal, S. n° 74, 25/03/2013, **"FUNES, Claudio Damián s/ ejecución de medida de seguridad –Recurso de Casación-**". Vocales: Tarditti, Blanc G. de Arabel, Rubio.

SENTENCIA NUMERO: SESENTA Y CUATRO

En la Ciudad de Córdoba, a los veinticinco días del mes de marzo de dos mil trece, siendo las nueve horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora Aída Tarditti, con asistencia de los señores Vocales doctores María de las Mercedes Blanc de Arabel y Luis Enrique Rubio a los fines de dictar sentencia en los autos "**FUNES, Claudio Damián s/ ejecución de medida de seguridad –Recurso de Casación-**" (Expte. "F", N° 4/2013), con motivo del recurso de casación interpuesto por La señora Asesora Letrada del Tercer Turno (reemplazante) de la Cuarta Circunscripción Judicial, Dra. Silvina C. Muñoz, como representante promiscua de Claudio Damián Funes, en contra del auto número veinticinco del veinticinco de noviembre de dos mil doce dictado por el Juzgado de Ejecución Penal de la ciudad de Villa María.

Abierto el acto por la Sra. Presidente se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

1°) ¿Es nula la decisión que rechaza la solicitud de levantamiento de custodia policial del interno inimputable Claudio Damián Funes?

2°) ¿Qué solución corresponde dictar?

Los señores Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dres. Aída Tarditti, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel y Luis Enrique Rubio.

A LA PRIMERA CUESTION:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Por auto n° 25 del 25 de noviembre de 2012, el Juzgado de Ejecución Penal de la ciudad de Villa María, resolvió: "1) Rechazar la solicitud de levantamiento de

custodia policial de FUNES, CLAUDIO DAMIAN, debiendo continuar internado en el Hospital Emilio Vidal Abal de la ciudad de Oliva, con custodia policial y a disposición de este Tribunal (art. 252 y ccs. del C.P.P.), o donde el Sr. Director disponga según el alto criterio médico, que la terapéutica reconoce, y bajo su exclusiva responsabilidad..." (fs. 243/250).

II. La señora Asesora Letrada del Tercer Turno (reemplazante) de la Cuarta Circunscripción Judicial, Dra. Silvina C. Muñoz, interpone recurso de casación en contra del referido decisorio (fs. 413/445).

Luego de exponer el objeto de su impugnación, refiere a la **impugnabilidad objetiva** de la resolución, afirmando que se trata de una decisión dictada en el marco de un incidente de ejecución (art. 502 del CPP), respecto de los cuales este Alto Cuerpo ha aceptado con cierta amplitud el control casatorio. Aduce que sin perjuicio de ello, la resolución impugnada supera el principio de taxatividad en materia recursiva en tanto consolida una situación de imposible reparación ulterior, causando un gravamen actual que, de no ser corregido tempestivamente, generará una vulneración de las reglas de máxima jerarquía (cita arts. 18 y 75 inc. 22 CN; 39 y 42 C. Pcial; 7, 8, 24 y 25 CAD y 1.2, 7, 8, 9 DUDH), provocando una desnaturalización de la medida de seguridad curativa oportunamente impuesta, la que en los hechos, conlleva una verdadera privación y/o restricción de libertad (fs. 433 vta./434).

Explica más adelante que la denegatoria a retirar la custodia policial produce un **gravamen irreparable actual de imposible o tardía reparación ulterior** por cuanto se traduce en la privación del derecho de su defendido de poder gozar de salidas terapéuticas e incluso, de cumplimentar sus deberes morales (cita la de concurrir al

velatorio de un familiar, peticionada a fs. 425), determinando que sea el criterio judicial el que imponga la modalidad del tratamiento priorizando la seguridad (con custodia y sin salidas terapéuticas), debiendo requerirse autorización expresa al Tribunal que la tramita por vía incidental, lo cual representa en los hechos, la afectación no sólo de su libertad ambulatoria, sino de su derecho a recibir la mejor y más adecuada atención médica y el respeto a su dignidad (fs. 437).

En relación a la **legitimación subjetiva**, sostiene que el criterio de taxatividad que impera en materia recursiva (art. 443, 2do. párr. CPP), debe atenuarse en los casos en los que, como en el presente, se actúa como representante promiscuo de un adulto inimputable, obligado a la protección de sus legítimos intereses que, en su condición de vulnerabilidad, merecen especialmente ser atendidos. De tal modo -afirma- podrán concretarse las directrices nacionales e internacionales que rigen en la materia (cita art. 2 de la ley 26657; Principio n° 22 de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental) y asegurar la tutela judicial efectiva (CADH, 8.1). Cita, asimismo, como precedente de esa flexibilización el fallo "Benítez" (2008) de esta Sala Penal, en el que se admitió la potestad impugnativa a la representación promiscua ejercida por la Defensa Oficial en el Fuero Penal.

Ingresando al **motivo y agravio** de la impugnación -que encauza a través del art. 468 inc. 2° del CPP-, denuncia la **falta de fundamentación lógica y legal** de la resolución en tanto considera que legitima una custodia policial que no obedece a indicación terapéutica alguna, la cual repercute negativa y decisivamente en el tipo de tratamiento que se le ofrece a su asistido y, por consiguiente, afecta directamente su

derecho a la salud, ocasionándole un agravio irreparable, en tanto la falta de respuesta a las necesidades terapéuticas obstaculiza su recuperación e incluso, puede ocasionar un agravamiento evitable de su condición mental.

Denuncia, asimismo, la **inobservancia de las normas de rito** que impone a los jueces de fundar sus resoluciones (arts. 155 de la C. Pcial y 142 del CPP), por cuanto considera que la decisión objetada transgrede los principios de la lógica y la argumentación y, puntualmente, el principio de razón suficiente toda vez que el juzgador no ha dado razones que justifiquen el rechazo a lo pretendido.

Transcribe los argumentos brindados en el fallo, alegando que se trata de una mera remisión a las constancias del expediente y a las conclusiones de un peritaje escueto y contradictorio que no se expide en modo alguno sobre lo oportunamente requerido (mantenimiento de custodia policial).

Reprocha, asimismo, al Tribunal haberse limitado a sostener, de manera exclusiva y excluyente, que el interno se ausentó sin autorización del nosocomio, sin ponderar la particular situación en la que se encuentra desde que se ordenó su internación -que sintéticamente describe (fs. 438 vta./440 vta.)-, principalmente el hecho de que, encontrándose allí alojado, no fue posible evitar que resultara víctima de abuso sexual, ni que después de ello protagonizara un episodio (en principio de autoagresión) que determinó que resultara gravemente lesionado.

Se queja, asimismo, de que se hayan valorado como determinantes las conclusiones del dictamen pericial practicado (fs. 415/417) siendo que no se pronuncian sobre el mantenimiento de la custodia policial y que pese a destacar que su defendido reviste peligrosidad psiquiátrica sólo **para sí** y de carácter **eventual y**

potencial, sugiere continuar con el tratamiento en régimen de internación, circunstancia que estima insuficiente para fundar la decisión adoptada y que autorizaría, incluso, a rever si resulta legítimo mantener la medida de seguridad impuesta.

Entiende, pues, que habiéndose acreditado con los informes obrantes en la causa que existe la posibilidad de que su asistido comience a gozar de permisos terapéuticos (fs. 423) y que resultaría viable y conveniente su traslado a otra institución de esta ciudad de Córdoba donde reside su familia, corresponde hacer lugar al remedio intentado, ordenando el cese de la custodia policial impuesta, máxime cuando resulta factible minimizar los riesgos para sí (sólo potenciales y eventuales) con un tratamiento menos limitativo y represivo que el que pretende imponerse por criterio judicial.

Alega que una decisión como la recaída en autos requiere una fundamentación en la que debe efectuarse un esfuerzo hermenéutico para integrar la nueva normativa nacional e internacional aplicable a la materia que no se ha verificado en el caso toda vez que ello exigía acreditar, en concreto, la ausencia de otra alternativa menos gravosa y eficaz para su tratamiento, indicando cuáles son las razones que determinan que resulte indispensable que el interno permanezca alojado en la unidad de crisis, con custodia policial y sin salidas terapéuticas hasta que el Tribunal así lo resuelva, más aún cuando no es ese el criterio sostenido por los profesionales que lo asisten (remite a fs. 3289, 391, 423 y 425).

Por otra parte, en un **segundo agravio**, invoca la nulidad de la resolución impugnada por considerar que ha sido adoptada omitiendo dar debida intervención a

esa parte (art. 185 inc. 3° CPP), al no habersele brindado la oportunidad de expedirse fundadamente, antes de decidir, sobre lo dictaminado por los expertos, refutar sus conclusiones ni argumentar debidamente que lo solicitado (cese de custodia policial para gozar de permisos) resultaba procedente, por lo que entiende que la decisión ha sido dictada en violación a la garantía del debido proceso que asegura el art. 18 CN y 8.1 CADH, reglas que considera deben ser observadas con mayor razón en los procesos en los que se plantea una internación psiquiátrica coactiva, en virtud del estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el cual se encuentra frecuentemente quien es sometido a tratamientos de esta índole, siendo por ello esencial el control por parte de los magistrados de las condiciones en que se desarrolla de manera ágil y expeditiva, atento a las cambiantes circunstancias que involucran.

En ese sentido, menciona que el último informe referido al estado de Funes data de un mes antes de interpuesto el recurso (Octubre de 2012), siendo por ello factible que se hubieran modificado sustancialmente las variables que fueron objeto de análisis por lo que, lo pretendido en última instancia -explica- es que *"se fijen determinadas pautas y se establezcan prioridades, propiciando un marco adecuado en el cual puedan resolverse cuestiones como la presente, sin que se vea afectado el derecho de los adultos inimputables... a recibir la mejor atención disponible en materia de salud mental, según lo imponen los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental (ONU, Res. 46/119 del 17/11/91, Principio 20.2)".*

III. De la lectura de los presentes actuados surgen las siguientes constancias de interés:

* Por sentencia n° 9 del 25/2/2008, se dispuso el sobreseimiento total de Funes por un hecho calificado legalmente Robo Simple en grado de tentativa (arts. 42 y 164 CP), en función de lo dispuesto por el art. 34 inc. 1° del CP y 350 inc. 3°, segundo supuesto del CPP, ordenándose su **internación definitiva** en el Instituto Provincial de Alcoholismo y Drogadicción (IPAD) (fs. 62/64), en el cual se encontraba internado provisionalmente desde el 15/1/2008 (fs. 38).

* Con fecha 4/3/2008 se realiza pericia psiquiátrica a fin de elucidar si el estado actual del interno, por disminución o desaparición de los síntomas revelados oportunamente (ver fs. 23/vta.), permite disponer el cese de la medida, concluyendo el Dr. Antonio Avalos del Servicio de Psiquiatría Forense que *"han disminuido los indicadores de peligrosidad, pudiendo continuar con los permisos de salida en forma progresiva para su resocialización, bajo la supervisión de terceros responsables."* (fs. 80).

* Con fecha 9/6/2008 se reitera igual medida, concluyendo los Dres. Gabriel Pereira Duarte y Jorge Roberto Salvador del Equipo de Psiquiatría Forense que *"...se encuentra aún en situación de riesgo (peligrosidad psiquiátrica para sí o para terceros)... Reúne criterios de Hospitalización en una institución adecuada, no encontrándose aún compensado en su cuadro psicopático de base, con parcial conciencia de enfermedad y adherencia al tratamiento... Deberá continuar internado hasta lograr una mayor estabilización de su cuadro psicopático, la suficiente adherencia al tratamiento como para permitir su cumplimiento en forma ambulatoria y la sistematización de una red sociofamiliar de contención"* (fs. 85/86).

* Con fecha 22/9/2008, el médico tratante del IPAD, Dr. Sebastián Palermo, informa que el paciente *"se encuentra en buen estado de salud general sobre todo psíquica... con permisos de salida... y se presenta a todos los controles previstos con muy buena evolución... sin elementos de heteroagresividad ni autoagresividad, sus funciones cognitivas están disminuidas pero tiene buen desarrollo social de acuerdo a sus capacidades... en condiciones de comenzar con tratamiento ambulatorio por consultorio externo y dar el alta de su internación..."* (fs. 89).

* Con fecha 20/10/2008 se reitera pericia psiquiátrica, informando los Dres. Marta Cortez Olmedo y Jorge Roberto Salvador del Servicio de Psiquiatría Forense que el paciente *"se encuentra aún en situación de riesgo (peligrosidad psiquiátrica para sí o para terceros). Su auto y/o heteroagresividad se relaciona con estados de intoxicación aguda con la pérdida en el control de los impulsos produciendo hechos como los caratulados en autos... Reúne criterios de Hospitalización en una institución adecuada, no encontrándose aún compensado de su cuadro psicopatológico de base, con parcial conciencia de enfermedad y adherencia al tratamiento... Deberá continuar internado hasta lograr una mayor estabilización de su cuadro psicopatológico, la suficiente adherencia al tratamiento como para permitir su cumplimiento en forma ambulatoria y la sistematización de una red sociofamiliar de contención... Se sugiere permisos de salida a los efectos de promover su resocialización ya modo de prueba antes de otorgar el alta hospitalaria."* (fs. 95/96).

* Entre los meses de diciembre de 2009 y octubre de 2010, se registran reiterados episodios de evasión y reinternación (fs. 102, 105, 111, 161, 163/300).

* Con fecha 28/10/2010 del Equipo Tratante del IPAD informa que "el paciente... realiza tratamiento en nuestra institución desde el año 2007. Presenta cuadro compatible de esquizofrenia, retraso mental moderado y policonsumo de sustancias. Al momento actual el paciente se encuentra vigil, con presencia de signos psicóticos (alucinaciones auditivas), sin conciencia de enfermedad, ni de situación, juicio crítico disminuído, con conductas de heteroagresividad tanto en la institución como en el ámbito familiar. A lo largo de sucesivas internaciones en el IPAD, se produjeron reiteradas fugas, con transgresiones de normas institucionales y familiares. Cabe aclarar que desde un inicio del tratamiento el Sr. Funes ha sido abordado en forma farmacológica, psicoterapéutica y socialmente, logrando la estabilidad del cuadro por períodos breves. En la actualidad se ha acentuado el deterioro integral del paciente, agravado por la escasa respuesta al incremento de dosis farmacológicas brindadas, sin resultados favorables y agotando todas las estrategias terapéuticas de esta institución. En relación al aspecto social... no se ha logrado ninguna respuesta positiva debido a diversos factores... falta de instrucción de sus miembros, en situación de pobreza... dos de sus hermanos presentan retardo mental, que generan situaciones de desborde familiar que hacen que el paciente no tenga contención ni espacio físico... considerando que el paciente presenta la conjunción de varios trastornos a nivel psiquiátrico, cuadros crónicos recidivantes y altamente deteriorantes es que se solicita la **internación permanente en una institución psiquiátrica**, sugiriendo por ello al Hospital Vidal Abal de la ciudad de Oliva, con el objeto de evitar que el paciente se ubique en una situación de riesgo permanente para sí o terceros." (fs. 301).

* Con fecha 2/11/2010, el Juez de Ejecución de esta ciudad autoriza el traslado de Funes al Hospital Vidal Abal de la ciudad de Oliva (fs. 302) y posteriormente declara su incompetencia, remitiendo la causa al Juzgado de Ejecución Penal de la ciudad de Villa María (fs. 313).

* Con fecha 15/3/2011, el Director del Hospital Vidal Abal junto al equipo tratante **solicita el traslado** del paciente a una institución psiquiátrica pública o privada de la ciudad de Córdoba atento a resultar muy dificultoso el trabajo familiar y comunitario para su reinserción debido a la distancia geográfica (fs. 312), solicitud que reitera con fecha 20/4/2011 (fs. 312), 12/5/2011 (fs. 324), 21/07/2011 (fs. 328), sin obtener respuesta.

* Con fecha 26/08/2011, el Subdirector del Hosp. Vidal Abal, informa que el paciente se encuentra en **condiciones favorables para su externación**, por lo que reitera la solicitud de traslado **al IPAD o institución cercana a su domicilio** (fs. 331), informando el Director de Salud Mental del Ministerio de salud de la Provincia de Córdoba que se gestionará la materialización del traslado requerido con el lugar de destino e informará al Juzgado de Ejecución para que autorice el mismo (fs. 332).

* Con fecha 9/9/2011, 27/9/2011, 22/12/2011, 13/1/2012 se realizan **salidas transitorias** al domicilio familiar en función de la **buena evolución** presentada por el paciente (fs. 334, 336, 338, 341).

* Con fecha **14/02/2012**, el Subdirector del Hosp. Vidal Abal informa que el paciente ha sido trasladado del Servicio de Crisis (Unidad Asistencial n° 4) al Servicio de Mediana Permanencia (Unidad Asistencial n° 8), observándose **estabilidad del**

cuadro psicopatológico de base y contención afectiva familiar, por lo que se reiterarían los **permisos transitorios** una vez por mes (fs. 343/344).

* Con fecha **21/03/2012**, personal médico del Hospital Vidal Abal informa que el día anterior se hizo presente el interno Claudio Funes en el servicio de enfermería refiriendo haber sido **víctima de abuso sexual con acceso carnal**, por lo que fue revisado, constatándose lesiones de mucosa anal tipo fisura en hora once y seis, dándose aviso a la policía y a la madre del paciente, interviniendo en el caso la Fiscalía de la ciudad de Oliva (fs. 352).

* Con fecha 17/4/2012, el Director del Hosp. Vidal Abal informa que el paciente **no regresó del permiso que le fuera otorgado el 9/4/2012**, habiéndose intentado establecer comunicación telefónica con integrantes de su grupo familiar sin éxito (fs. 359), atento a lo cual se ordena **su captura y detención** (fs. 360).

* Con fecha 21/6/2012 el Director del Hosp. Vidal Abal informa que el paciente **reingresó el 14/6/2012** traído desde el IPAD, *"se encontraba con permiso excedido en su hogar, donde consumía cocaína... sin conciencia de situación, necesita de control en forma permanente; impulsivo; demandante; juicio crítico insuficiente. Conducta de fuga, ya que pide estar cerca de su familia en Córdoba, negándose a permanecer en la Institución luego de lo ocurrido (Abuso sexual por parte de otro interno)"*, por lo cual **solicita traslado a Santa María de Punilla**" (fs. 363).

* Con fecha **25/6/2012**, el Juez de Ejecución ordena que el interno deberá ser alojado en el Hospital (Vidal Abal) un pabellón **con custodia policial extra pabellón** a fin de impedir nuevas fugas, oficiando a la Dirección de Salud Mental del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba a los fines que se expida sobre el traslado o no del

interno a un establecimiento diferente, conforme a la patología que presenta y/o por acercamiento familiar (fs. 364).

* Con fecha 26/6/2012, el Equipo Tratante del Hospital Vidal Abal informa que el paciente Funes denunció como quien abusó de él se encuentra en la Villa n° 4 de dicha institución por orden judicial mientras se resuelve la situación, por lo que considera inviable que los dos pacientes queden en el mismo servicio por los riesgos que esto puede acarrear, solicitando el **traslado** de Funes a otra institución, sugiriendo a tal fin el Hospital Neuropsiquiátrico de la ciudad de Córdoba por cercanía con su domicilio (fs. 367 y 370), a lo cual el señor Juez de Ejecución dispuso: *"Al pedido de traslado: estése a lo ordenado a fs. 364 (oficio cursado al Ministerio de Salud para que se expida sobre el traslado). Atento a lo informado, recuérdese al Sr. Director que es su responsabilidad velar por la integridad psicofísica de los pacientes alojados en la Institución a su cargo (arts. 248 in fine, 249 cctes. del CPP)"* (fs. 368).

* Con fecha **27/7/2012**, personal médico del Hosp. Vidal Abal informa que siendo las 11.30 hs. el equipo de enfermería de la Unidad Asistencial Villa n° 4 comunica que el paciente Claudio Funes, **estando bajo custodia policial, se arroja desde el segundo piso** a la galería del primer piso de dicha unidad asistencial, de aprox. 4 mts., produciéndose fractura en ambas piernas (tibia y peroné), con desplazamiento, por lo que se le efectúan las primeras curaciones y por su complejidad se lo deriva al Hospital Pasteur de Villa María en compañía de personal de guardia y custodia policial, donde se realizan férulas para inmovilizar elementos óseos comprometidos, solicitándose prótesis ya que dichas fracturas requieren tratamiento

quirúrgico, reingresando ese mismo día al Hosp. Emilio Vidal Abal (HEVA) donde queda alojado en policlínico mixto con custodia policial (fs. 372 y 384).

* Con fecha 3/8/2012, el Director del HEVA informa que el paciente se encuentra internado en el Sector de Policlínico aguardando fecha de cirugía y refiere encontrarse agobiado por la situación de encierro, que se autoagredió debido a que *"no quiere estar más en la Villa 4 porque se siente preso, quiere ser trasladado a Santa María de Punilla"*. Asimismo, atento a que resulta imposible que el paciente pueda movilizarse por sus propios medios solicita el **levantamiento de la custodia policial** al menos hasta que el paciente no esté en condiciones de poder autovalerse y retornar al servicio de origen (fs. 386 389), reiterando dicha solicitud de manera temporaria al menos con motivo de la intervención quirúrgica dispuesta para el día 29/8/12 (fs. 397).

* Corrida vista a la señora Asesora Letrada, Dra. Silvina Muñoz, solicita el cese de la medida y el traslado definitivo del interno a otra institución de la ciudad de Córdoba (fs. 398/399).

* Por su parte, el Señor Fiscal de Ejecución, Dr. Horacio Pedro Vázquez, solicita la realización de una pericia psiquiátrica previo a expedirse, a fin de que se determine: 1) patología que padece el interno; 2) si tales alteraciones psicológicas lo hacen peligroso para sí o terceros; 3) en su caso, para que explique el porqué y el cómo de su hétero o autoagresividad; 4) si se considera necesario que continúe su internación con la custodia policial que le fuera impuesta; 5) si se considera que la custodia policial extra pabellón puede perjudicar el tratamiento del paciente; 6) si se considera que el mismo se encuentra en condiciones de realizar salidas terapéuticas; 7) en su caso, características de dichos permisos terapéuticos en cuanto a la duración y lugar de

los mismos; 8) todo otro punto que de interés (fs. 401/402), a lo que se proveyó de conformidad con lo solicitado (fs. 403).

* Con fecha 27/09/2012, los Dres. Jorge Roberto Salvador y Raimundo Juan Muscellini, procedieron a realizar la **Pericia Psiquiátrica** a Funes, concluyendo: *"1.- Al examen psiquiátrico actual presenta un diagnóstico de trastorno por consumo de sustancias psicosociotóxicas, en un retraso mental leve con suicidio frustrado. 2.- Actualmente sí reviste peligrosidad psiquiátrica para sí, de carácter eventual y potencial, ligado a sus patologías de base, por lo que se considera indicado continuar con tratamiento especializado en régimen de internación, en el Hospital Abal Oliva... con informes mensuales de su evolución. 3.- Los permisos de salida terapéuticos, son indicados, evaluados y valorados en su seguimiento por el equipo terapéutico tendiente a su reinserción sociofamiliar. 4.- Su comportamiento impulsivo agresivo es un síntoma determinante de sus patologías de base. 5.- Es todo cuanto podemos informar"* (fs. 411/vta.).

* Corrida nueva vista al Fiscal de Ejecución Penal (fs. 414), se expide por rechazar el levantamiento de la custodia policial *"hasta tanto el paciente remita su situación de peligrosidad psiquiátrica"* (fs. 415/417).

IV. Se ha traído a examen de esta Sala la decisión del Juez de Ejecución de la ciudad de Villa María que deniega el levantamiento de la custodia policial dispuesta en relación a Claudio Damián Funes, quien se encuentra internado con medida de seguridad en el Hospital Emilio V. Abal de la ciudad de Oliva, con fundamento en el art. 34 inc. 1 del CP.

Previo a ingresar al análisis de la cuestión planteada, corresponde efectuar algunas breves consideraciones respecto de los requisitos propios de la impugnabilidad objetiva de la decisión objetada y la legitimación de la recurrente, atinentes a la admisibilidad formal del recurso.

1.a. En cuanto concierne a la **impugnabilidad objetiva**, en un reciente precedente ("García", S. 314, 21/11/2012) esta Sala admitió el recurso de casación cuando la resolución recurrida fue dictada en el marco de un incidente de ejecución suscitado con motivo del control jurisdiccional en la ejecución de una medida de seguridad impuesta a un inimputable mayor de edad (arts. 35 bis, inc. 1° y 4° y 502 del CPP).

Se expuso allí que el control judicial de las medidas de seguridad impuestas a inimputables adultos por enfermedad mental, a tenor del art. 34 inc. 1° del CP, debe realizarse teniendo en cuenta los criterios que, inspirados en directrices internacionales, guían la normativa específica (Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, adoptado por la Asamblea General en su resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991; Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud, para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud, del 14 de noviembre de 1990; Principios de Brasilia Rectores para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas, del 9 de noviembre de 1990).

Este marco normativo garantiza fundamentalmente a todas las personas que padezcan una enfermedad mental, el 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 (Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, 1.5.; integrante de la Ley de Salud Mental n° 9848 -B.O.C. 5/11/2010- en función de lo dispuesto en su art. 13).

Los textos constitucionales aluden al derecho a un trato digno que tiene toda persona privada de su libertad ("*Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*", art. 10 PIDCP; 5.2 CADH), y aseguran la **tutela efectiva** contra "*actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley*" (art. 8 DUDH; 2.2.a. PIDH; 25 CADH).

Tales derechos fundamentales constituyen la base constitucional suficiente para sustentar el **control judicial permanente de la ejecución de las medidas de seguridad**, al igual que se le asegura al imputable (cfr. TARDITTI, Aída, "Los inimputables adultos: invisibles del sistema jurídico", *Pensamiento penal y criminológico integrado*, Año II, n° 2, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2001, p. 114).

b. En otro precedente, se señaló también que las condiciones en que se cumple una internación psiquiátrica repercuten en la naturaleza y tipo de tratamiento que se le ofrecerá al paciente y, en consecuencia, afecta directamente el **derecho a la salud** del

sometido a proceso, y ello encierra un **agravio irreparable** en tanto la inadecuada o insuficiente respuesta a las necesidades terapéuticas puede obstaculizar la recuperación de la salud u ocasionar un agravamiento de su condición mental (TSJ, "Navarro", S. n° 309, 24/11/2009).

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que el derecho a la salud está comprendido dentro del derecho a la vida que es "*el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional*" (Fallos 302:1284; 310:112), enfatizando que en el Preámbulo de la Constitución Nacional "*ya se encuentran expresiones referidas al bienestar general, objetivo preeminente en el que, por cierto, ha de computarse con prioridad indiscutible, la preservación de la salud*" (Fallos 278:313, considerando 15; CSJN, "Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986", Fallos 323:1339; TSJ, Sala Penal, "Belluzzo", S. n° 271, 19/10/2009).

En tal sentido, la Corte ha sostenido también que cuando la patología es seria, el derecho a la salud se vincula directamente "*con el principio de autonomía personal, toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida*" (CSJN, "María, Flavia Judith c/ Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado provincial", 30/10/2007, Fallos 330:4647). Es que "*más allá de que la medida de internamiento posea un carácter terapéutico, se lleva a cabo una auténtica privación de libertad de la persona*" (CSJN, "R., M.J., s/insanía", 19/02/2008, Fallos: 331:211) que obliga a **reforzar la tutela jurisdiccional**.

Resulta indudable que la internación psiquiátrica involuntaria no sólo importa la afectación de la libertad ambulatoria, sino que se extiende a otros aspectos: el sometimiento mismo al tratamiento -con prescindencia de la voluntad del enfermo- y todas las derivaciones de aquél (*v.gr.* terapia a administrar, suministro de medicamentos, estrategias de contención física, etc.), máxime cuando -como en el caso- se impone conjuntamente una medida restrictiva como lo es la custodia policial.

2. Coherente con ello, debe reconocerse **legitimación** al Asesor Letrado para deducir recurso de casación como representante promiscuo de un incapaz en el marco del control judicial de las medidas de seguridad.

Es que, si a fin de resguardar adecuadamente los derechos fundamentales del incapaz, corresponde proveer a su defensa técnica -la cual podrá ser propuesta por los representantes legales o el curador o bien designada de oficio-, ésta debe tener efectiva participación en las modificaciones de la ejecución pues de lo contrario se transformaría en una defensa puramente ornamental (cfr. CAFFERATA NORES, JOSÉ I-TARDITTI, AÍDA, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2003, Tomo 2, p. 578).

Tal previsión se encuentra, además, expresamente contemplada en los *"Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental"* (cit.) que integran la normativa específica provincial (Ley n° 9848), que asegura al paciente el derecho *"a designar un defensor para que lo represente... en todo procedimiento de queja o apelación. Si el paciente no obtiene esos servicios, se pondrá a su disposición un defensor sin cargo alguno en la medida en que el paciente carezca de medios suficientes para pagar."* (Principio 18.1).

La Ley Nacional de Salud Mental n° 26.657 contiene similar postulado en el art. 22, el cual garantiza a la persona internada involuntariamente o su representante legal *"el derecho a designar un abogado. Si no lo hiciera, el Estado debe de proporcionarle uno desde el momento de la internación. El defensor podrá oponerse a la internación y solicitar la externación en cualquier momento. El juzgado deberá permitir al defensor el control de las actuaciones en todo momento."*

Por otra parte, la Ley Provincial de Asistencia Jurídica Gratuita n° 7982, atribuye al Asesor Letrado Penal la función de ejercer la **representación promiscua** de menores e incapaces (art. 15 inc. 3, inc. Por ley n° 8426). Tal disposición tiene la suficiente amplitud para incluir en el ámbito de sus atribuciones *la de entablar en defensa de sus representados las acciones y recursos pertinentes*, tal como específicamente lo prevé para los Defensores de Menores e Incapaces en el orden federal, el artículo 54 inc. a) de la ley 24946.

Además, la intervención del Asesor Letrado en materia de **internaciones judiciales** se encuentra ya prevista en el Acuerdo Reglamentario n° 948, Serie "A", de este Tribunal Superior de Justicia de fecha 24/06/2008 (modif. por Acuerdo Reglamentario n° 1122, Serie "A" del 2/10/2012, receptado por la Ley de Salud Mental n° 9848 (art. 49), y en el art. 12 inc. 2 de la Ley 7982 (Asistencia Pública), que textualmente establece como funciones del Ministerio Pupilar, la de promover o participar en las acciones judiciales que afecten derechos de incapaces o inhabilitados civiles, o de quienes puedan ser declarados tales.

3. Este marco conceptual impacta en el examen que debe realizarse en orden al criterio de taxatividad que impera en materia recursiva, según el cual el imputado

absuelto o sobreseído sólo se encuentra legitimado a interponer recurso de casación contra la resolución que *impone* una medida de seguridad (arg. art. 443, 470, 471 y 472 y 470 del CPP), siendo irrecurribles las *instrucciones* impartidas por el Tribunal de Ejecución en el marco de la ejecución de esa medida de seguridad o su modificación (art. 522 *in fine* CPP).

Es que, configura un supuesto de excepción que permite atenuar la rigurosidad del principio de taxatividad recursiva, el control permanente de la ejecución de las medidas de seguridad conforme lo impone la ley y la normativa internacional que rige específicamente la materia (cit.). Y congruente con ello, corresponde reconocer legitimación impugnativa a la defensa técnica del sometido a proceso y, particularmente, al defensor oficial, a quien la ley le ha impuesto además la obligación de velar por los intereses de los incapaces, toda vez que un excesivo apego al principio de taxatividad resulta susceptible de frustrar indefectiblemente la garantía de defensa en juicio de los incapaces sometidos a internación judicial.

V. Despejada la cuestión relativa a la admisibilidad del recurso deducido, el núcleo del agravio traído a consideración de esta Sala radica en la indebida fundamentación del fallo que dispuso mantener la custodia policial en el marco de la internación psiquiátrica ordenada en la causa con fundamento en lo dispuesto por el art. 34 inc. 1 del CP.

Atento a la naturaleza de la disposición de que se trata, esencialmente cambiante (art. 522 CPP), no escapa a este Tribunal la posibilidad de que desde la interposición de la impugnación hasta la fecha las condiciones en que se cumple la medida de ejecución y en particular la disposición de custodia policial haya variado, con lo cual

caería en saco roto un pronunciamiento casatorio respecto de una situación que ya ha desaparecido.

Por ello es que, como Tribunal de recurso, en la particular materia que se discute, nuestra decisión estará enderezada a dar la solución que se estima adecuada al caso pero también -y en mayor medida- a fijar pautas y establecer prioridades atento a la mutabilidad de los hechos de la causa, propiciando así un marco de entendimiento dentro del cual pueda moverse a futuro el Juzgador.

1. Así sentados los alcances de este pronunciamiento, corresponde abordar el agravio relativo a la nulidad del procedimiento incidental por omisión de dar intervención a la defensa del sometido a proceso (segundo agravio).

Luego de examinar la cuestión a la luz de las constancias que registra la causa, entiendo que la queja formulada no resulta de recibo.

Conforme lo dispuesto por el art. 502 del CPP, *"los incidentes de ejecución podrán ser planteados por el interesado o el defensor o por el Ministerio Público y serán resueltos, previa vista a la contraria, en el término de cinco días. Se proveerá de defensa técnica al condenado conforme al art. 121..."*.

En el caso, planteado el levantamiento de la custodia policial por parte de la autoridad de ejecución -HEVA- (fs. 386 y 389), el Juez de Ejecución Penal corrió vista a la Asesora Letrada Penal por el término de ley (fs. 390), quien se expidió por el cese de tal medida y solicitó el traslado de su asistido a una institución de la ciudad de Córdoba por cercanía familiar (fs. 398/399).

Es decir, no sólo el Tribunal anotició a la defensa técnica del incidente a fin de que ésta se expidiera como lo impone la normativa, sino que, además, tuvo la

defensora concreta intervención en representación de los intereses de su asistido, no advirtiéndose menoscabo alguno al derecho de defensa.

No obsta a tal entendimiento que no se haya notificado a la defensa la incorporación de la Pericia Psiquiátrica, como alega la recurrente, por cuanto dicha medida probatoria fue solicitada por el señor Fiscal de Ejecución como condición previa a su pronunciamiento, por lo que a él correspondía la comunicación de su realización a fin de que completara su dictamen, como se hizo (fs. 412). Si bien constituye una valiosa práctica judicial, no existe normativa legal alguna que ordene la notificación de las conclusiones periciales a las partes, por lo que su omisión no acarrea nulidad alguna.

Sin perjuicio de ello, la defensora tuvo pleno conocimiento de la disposición de tal medida pues fue notificada de ella a fin de que propusiera perito de control (fs. 403 y 420) y de la fecha de inicio de las tareas periciales (fs. 422), sin que formulara objeción o efectuara presentación alguna.

Por lo demás, entre la realización de la medida probatoria (con fecha 27/09/2012, cfr. fs. 408 y 411) y la resolución objetada (de fecha 12/11/2013, ver fs. 429) transcurrió un tiempo prudencial para que la letrada pudiera anoticiarse de las conclusiones periciales y efectuar las consideraciones que estimara útiles y complementarias a su postura, no obrando constancia alguna en tal sentido.

En suma, no se observa irregularidad alguna en el trámite incidental que impidiera la intervención de la representante del sometido a proceso y conlleve a la nulidad del decisorio impugnado por aplicación de lo dispuesto en el art. 185 inc. 3° CPP, por lo que el agravio en tal sentido resulta improcedente.

2. Ingresando al análisis del segundo agravio invocado, vinculado a la fundamentación del decisorio impugnado, se advierten dos planteos de diversa índole: uno, relativo a la innecesariedad de la custodia policial y otro, a la subsistencia de los presupuestos mismos de la medida de seguridad.

Atento a que sólo el primero de dichos planteos constituye objeto de agravio *strictu sensu*, a él corresponde circunscribir el control casatorio, sin soslayar que las particularidades de la causa ameritan algunas consideraciones en relación al segundo planteo que deberá ser resuelto por el Tribunal de Ejecución a la mayor brevedad posible, teniendo en cuenta los lineamientos que se desarrollan en la presente resolución.

En lo que atañe al mantenimiento de la custodia policial, encuentro precedentes los reclamos de la Asesora Letrada. Doy razones:

1. El Juez de Ejecución sostuvo en el fallo impugnado que *"a los fines de expedirse sobre el levantamiento de la custodia policial de Medida de Seguridad impuesta oportunamente por este Juzgado de Ejecución Penal con motivo de las fugas del hospital por parte del interno (fs. 364)..."*, consideraba dirimientes *"las constancias de autos, que se ven complementadas con el dictamen de los peritos Médicos Forenses"* -el resaltado me pertenece- (fs. 430).

Mencionó que *"según lo informado por los profesionales del equipo de Salud Mental del Hospital Dr. Emilio Vidal Abal con fecha 07/08/2012, el interno se encontraba internado en el Sector de Policlínico luego de haber sufrido lesiones de fracturas en ambos miembros inferiores a causa de haberse arrojado desde las escaleras del pabellón Unidad de Crisis (Villa 4) en el que se encontraba alojado. La*

imposibilidad de movilizarse por sus propios medios motiva la sugerencia de levantamiento de custodia (fs. 389), pedido que fue reiterado en otras oportunidades (fs. 389, 423)" (fs. 430).

Luego, explicó que se dispuso la realización de una pericia psiquiátrica en la cual *"los médicos forenses concluyen que el interno padece un trastorno por consumo de sustancias psicosociotóxicas, con retraso mental leve y suicidio frustrado. Entienden... que aún reviste peligrosidad psiquiátrica para sí, con comportamiento impulsivo agresivo, como síntoma determinante de sus patologías de base"* (fs. 431).

Consideró que si bien la pericia no era vinculante, no encontraba *"argumentos de peso que se contradigan con la pericia realizada y con las constancias de autos..."*, concluyendo que no debía hacerse lugar al pedido de levantamiento de custodia policial (fs. 431).

2. Como se señaló al principiar el análisis del recurso (punto III.), los Peritos Forenses que examinaron a Claudio Damián Funes con fecha 27 de septiembre de 2012, concluyeron -esencialmente- que *"reviste **peligrosidad psiquiátrica para sí, de carácter eventual y potencial, ligado a sus patologías de base, por lo que se considera indicado continuar con tratamiento especializado en régimen de internación, en el Hospital Abal Oliva..."*** (fs. 411).

3. Así las cosas, se advierte que el fallo pivotea sobre dos argumentos para sustentar la continuidad de la custodia policial: el **peligro de fuga** que originariamente fundó la medida (fs. 364) y la **peligrosidad psiquiátrica** del paciente conforme lo señala la pericia psiquiátrica (fs. 411). Como seguidamente explicaré, ninguno de estos argumentos resulta válido para fundar la continuidad de la medida.

a. En primer término, esta Sala ya se expidió por la **inviabilidad de la custodia personal** como medida **para minimizar el riesgo de fuga** atento a que *"desnaturaliza el funcionamiento de las instituciones de salud, el propio rol de la Policía y, fundamentalmente, afecta las chances del tratamiento terapéutico por el acompañamiento forzoso de la custodia en las actividades programadas con el paciente"* ("Navarro", S. n° 309, 24/11/2009), aún cuando se dispone "extra pabellón", como en el caso (ver fs. 364).

Señalamos allí que cuando la única alternativa disponible como tratamiento es la internación en **instituciones psiquiátricas de puertas abiertas** -como es el caso- la eventual fuga que pudiera provocarse -y con ella, la frustración de los fines del proceso- será un riesgo que habrá que procurar reducir pero en todo caso tolerar, priorizando el derecho de sometido a proceso a *"recibir la mejor atención disponible en materia de salud mental"*, según lo imponen los *"Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental"* (O.N.U., Res. 46/119, 17/11/1991, principio 20.2).

Estas reglas han sido consideradas por nuestra Corte Suprema y Comisión Interamericana de Derechos Humanos como el estándar más completo a nivel internacional sobre la protección de los derechos de las personas con padecimientos mentales (C.S.J.N, "R., M.J., s/insanía", 19/02/2008, Fallos: 331:211; "Tufano, Ricardo Alberto s/ internación", 27/12/2005, Fallos: 328:4382; Com.I.D.H., "Víctor Rosario Congo c. Ecuador", Informe 63/99,13/04/1999; C.I.D.H., "Ximenes Lopes c. Brasil", 4/07/2006), y consignan, entre otras prerrogativas de quienes padecen afecciones psiquiátricas, el *"derecho a la mejor atención disponible en materia de*

salud mental..." (ppio. 1.1). El documento se esfuerza en destacar que esta tutela alcanza a *"las personas que cumplen 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... Todas estas personas deben recibir la mejor atención disponible en materia de salud mental... 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..."* (ppio. 20.1 y 2).

En el caso, además, la presencia policial en la institución psiquiátrica ha sido evidentemente ineficaz en su tarea de custodia -repárese que el paciente se arroja del segundo piso del Hospital Vidal Abal *"estando bajo custodia policial"* (ver informe de fs. 384)- y existen, asimismo, indicadores de que incide negativamente en la salud mental del interno, quien atribuyó la decisión de atentar contra su vida a *"la situación de encierro...se siente preso...quiere se trasladado..."*, conforme surge del informe remitido por los profesionales de la salud que lo asisten en el Hospital Vidal Abal (fs. 386).

b. En cuanto a la peligrosidad que se le atribuye, se advierte que el dictamen pericial en el que se sustenta la decisión objetada resulta *evidentemente infundado* en tanto en ningún momento se han expedido los peritos sobre la necesidad de mantener la custodia policial, siendo insuficiente a tal fin el argumento de *"peligrosidad para sí de carácter eventual y potencial"* en tanto contraría todas las directrices que, a nivel provincial, nacional e internacional, rigen en materia de salud mental.

En efecto, la ley n° 9848 de Protección de la Salud Mental contempla el *derecho del paciente a "ser tratado con la alternativa terapéutica **menos restrictiva de su autonomía y libertad...**"* (art. 11 inc. c), estableciendo que *"la existencia de diagnóstico relacionado a la salud mental no autoriza a presumir peligrosidad para sí o para terceros..."* (art. 46 inc. a) como así también, además, que la internación debe ser considerada *"un **recurso terapéutico de excepción**, lo más breve posible, cuya factibilidad y pertinencia están intrínsecamente relacionadas con el **potencial beneficio para la recuperación del paciente**"* (art. 48 inc. a).

En similar sentido, la ley 26.657 garantiza a las personas con padecimiento mental el *"derecho a recibir tratamiento y ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades..."* (art. 7 inc. d) y a *"recibir un tratamiento personalizado en un ambiente apto con resguardo a su intimidad, siendo reconocido siempre como sujeto de derecho, con el pleno respeto de su vida privada y libertad de comunicación..."* (inc. l).

Estas disposiciones se inspiran en los *"Principios para la Protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la salud mental"* de la ONU (cit.) que -entre otros- contemplan el derecho del paciente psiquiátrico *"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 terceros**"* (Principio 9.1.) y prohíben someterlo *"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 terceros..."* prácticas

(que) *no se prolongarán más allá del período estrictamente necesario para alcanzar ese propósito...*" (Principio 11.11).

Por otra parte, como lo he sostenido en relación a la materia que nos ocupa, un derecho penal liberal que reconoce siempre un límite en el principio de lesividad u ofensividad (art. 19 CN), al que generalmente se lo relaciona con la necesidad que la formulación de los tipos penales se estructuren sobre la base de conductas que lesionen o pongan en peligro un bien jurídico ajeno, pone en crisis la admisión de tales medidas sobre un inimputable frente al peligro de daño *a sí mismo* y restringe la procedencia de los peligros de *daños a terceros de intereses no protegidos penalmente (peligrosidad social)*. Es que, el peligro de daño a sí mismo, podrá sustentarse en medidas asegurativas no penales, como son las del derecho civil, pero desvirtúa el fundamento penal de la medida. Otro tanto ocurre con el *peligro de daño a los demás*, que debe restringirse a la probabilidad de reiteración de actos en contra de intereses protegidos penalmente y no a la mera "peligrosidad social" que puede involucrar persistencia en conductas disfuncionales para la sociedad pero que no representen peligro alguno para un bien tutelado por el derecho penal (cfr. TARDITTI, Aída, "Los inimputables adultos: invisibles del sistema jurídico", cit., p. 110).

Las medidas de seguridad están guiadas por los postulados de **mínima suficiencia** por lo que sólo resultan procedentes ante el supuesto de peligrosidad futura para bienes jurídicos penales y en la medida en que sean **la única alternativa posible** ante un **riesgo grave de daño inmediato o inminente para terceros** y limitadas al tiempo estrictamente necesario para hacer cesar esa situación.

c. En el *sub exámine*, la custodia policial no sólo fue *indebidamente* impuesta ante el riesgo de fuga y *arbitrariamente* mantenida en base a un dictamen de peligrosidad infundado, sino que resultaba, además, absolutamente *innecesaria* ante la imposibilidad del paciente de autovalerse, tal como informaron los profesionales del Equipo Tratante (fs. 386 y 389), por lo que corresponde hacer lugar al recurso incoado y disponer el inmediato cese de la custodia policial.

4. Ahora bien, como se anticipara, las consideraciones formuladas en orden a la legitimidad de las condiciones en que se cumple la medida de ejecución (punto V.3) habilitan asimismo la revisión de la medida de seguridad de conformidad con lo planteado por la Asesora Letrada en el presente recurso que, por exceder a la competencia de este Tribunal Casatorio, corresponde que sea resuelta por el Juez de Ejecución, previo trámites de ley, y de conformidad con los lineamientos fijados en la presente y los criterios que, inspirados en las directrices internacionales ya citadas, guían la normativa específica.

Hasta tanto se disponga la externación del inimputable y previo dictamen del Equipo Médico tratante sobre su conveniencia y factibilidad, deberá el Tribunal de Ejecución gestionar y resolver con carácter de **urgente** su traslado a otra institución que, acorde a su problemática psiquiátrica, resulte más cercana al núcleo familiar del paciente, conforme lo solicitado en numerosas oportunidades por parte de los profesionales que lo asisten en el Hospital Emilio Vidal Abal de la ciudad de Oliva y la señora Asesora Letrada como representante promiscua (fs. 398, 445).

Al respecto, cabe señalar que la solicitud de traslado por integración familiar fue formulada por el Equipo Tratante del HEVA con fecha **15/03/2011** (fs. 312) y reiterada

en dos oportunidades -con fechas 12/05/2011 (fs. 324) y 21/07/2011 (fs. 328)- y el Tribunal *a quo* omitió **injustificadamente** pronunciarse sobre ella pese a contar con **dictamen favorable de la Dirección de Salud Mental del Ministerio de Salud de la Provincia de fecha 26/08/2011** (fs. 332).

Por otra parte, se advierte que el traslado solicitado por el Equipo Tratante del HEVA con fecha 21/06/2012 (fs. 363) y 26/06/2012 (fs. 367) con motivo del hecho delictivo del que fue víctima en el lugar de internación, fue proveído con ligereza por el Tribunal de Ejecución pues las medidas adoptadas (nuevo oficio a la Dirección de Salud Mental, ver fs. 364 y 366) resultaban claramente insuficientes para resguardar la integridad psicofísica del interno a su cargo dada la problemática planteada, al punto que su permanencia en el lugar derivó en un intento de suicidio con las consecuencias ya señaladas, siendo intolerable que se excuse de tal deber por los que le corresponden a la Institución Psiquiátrica (ver fs. 368).

VI. Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso de casación deducido y en consecuencia anular la resolución impugnada y disponer el inmediato cese de la custodia policial dispuesta en relación al interno Claudio Damián Funes.

Así voto.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal que me precede, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

El señor Vocal doctor Luis Enrique Rubio, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Atento al resultado de la votación que antecede, corresponde hacer lugar al recurso de casación deducido por la señora Asesora Letrada del Tercer Turno (reemplazante) de la Cuarta Circunscripción Judicial, Dra. Silvina C. Muñoz, como representante promiscua de Claudio Damián Funes y, en consecuencia, anular la decisión impugnada (Auto n° 25 del 25 de noviembre de 2012 del Juzgado de Ejecución Penal de la ciudad de Villa María) y disponer el inmediato cese de la custodia policial de Claudio Damián Funes.

II. Sin costas en la Alzada, atento al éxito obtenido (arts. 550 y 551, CPP).

Así voto.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal que me precede, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

El señor Vocal doctor Luis Enrique Rubio, dijo:

La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de su Sala Penal;

RESUELVE: I. Hacer lugar al recurso de casación deducido por la señora Asesora Letrada del Tercer Turno (reemplazante) de la Cuarta Circunscripción Judicial, Dra. Silvina C. Muñoz, como representante promiscua de Claudio Damián Funes y, en consecuencia, anular la decisión impugnada (Auto n° 25 del 25 de noviembre de 2012 del Juzgado de Ejecución Penal de la ciudad de Villa María) y disponer el inmediato cese de la custodia policial de Claudio Damián Funes.

II. Sin costas en la Alzada, atento al éxito obtenido (arts. 550 y 551, CPP).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y los señores Vocales todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.