

## **ES COSA DE LOQUES**

**Por Aimé Silva**

Estos apuntes fueron creados a partir de una convocatoria para hablar sobre la situación actual en materia de salud mental en el fuero penal y su intención es dar cuenta de lo que sucede, específicamente, en los casos penales en que la persona imputada posee “problemas de salud mental” dentro del departamento judicial de Lomas de Zamora.

Antes que nada debemos recordar que la Ley 26.657 entró en vigencia en el año 2010 con lo cual el mote de “nueva” (como se la suele denominar) pasa a ser una valoración subjetiva de la persona interlocutora.

Para quienes nos desempeñamos profesionalmente en contacto con ella, sabemos que nada tiene de nueva y que por el contrario son viejos los problemas en torno a una persona con padecimientos mentales, antes de la mencionada y ahora también. Y eso no se explica mono causalmente sino que hay que buscar razones en varias situaciones que, desplegadas en conjunto, hacen a que hoy cada organismo jurisdiccional se maneje como mejor le parece.

Alguien podrá preguntarse ¿Cómo puede ser, si la ley está para cumplirse? Y ahí debemos contestar ¿Cual?. Veamos:

La Convención Americana sobre Derechos Humanos; los Principios de Salud Mental; la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU ratificada por el Estado Argentino el 13 de diciembre del año 2006 mediante la ley 26378; junto con las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, entre otros instrumentos internacionales que por imperio de lo normado en el Art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional el Estado está obligado a cumplir; sumado al fallo “RMJ s/ Insania” dictado en el año 2008 por la Corte Suprema de Justicia; dieron lugar - obviamente en contexto socio-político determinado-a que en noviembre del año

2010 se sancionara la Ley Nacional de Salud Mental, reconocida internacionalmente como un ejemplo de perspectiva de Derechos Humanos.

Consecuentemente, los Estado parte tienen la obligación de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho a la salud mental en las leyes, reglamentos, políticas, medidas presupuestarias, programas y otras iniciativas, pues desde éste paradigma, el derecho a la salud mental incluye obligaciones inmediatas y la exigencia de adoptar medidas deliberadas, concretas y orientadas a la realización progresiva de otras obligaciones.

¡Hasta ahí vamos bárbaro! pareciera que las normas legales favorecen el bienestar de las personas y que entonces lo que quedaría por ver es si el Estado, en todos sus niveles, respeta esa responsabilidad.

No es la idea ahondar en ése tema, seguramente quién esté leyendo tenga una opinión formada sobre el servicio público de salud en nuestro país. Lo que aquí interesa es qué sucede cuando la persona se involucra con el sistema penal, ¿el poder judicial garantiza que se cumplan esas leyes?

Y...es discutible, porque concomitantemente existen otras normas, con las que estamos en contacto de forma permanente.

En el año 1921 –sin error de tipeo- se sancionó el Código Penal que en su artículo 34 delimita el accionar de quienes juzguen, estableciendo que no serán punibles:

*“1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.*

*En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren*

*desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.*

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

¿Pero cómo no era que no había reclusión? ¿Por qué se habla de peligro, peligroso y enfermo?

Al condicionamiento que emerge de que si “el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás” no ha desaparecido la persona juzgadora debe hacer algo más, se le suma lo normado en el siglo pasado, pero más reciente –año 1998-, cuando entró en vigencia el Código Procesal Penal que contiene los Arts. 1, 25, 62, 63, 64, 168, 168 bis, 323, 341, 371, 517, 518 y 519.

Para ése entonces el foco ya pasó a estar en el injusto penal y la condición en la que se encuentra la persona imputada, se convirtió en un problema relacionado con: si puede o no declarar, dónde la alojamos, qué pericias y dónde las hacemos, entre otras cuestiones más graves como su condena o absolución, su encierro o libertad, la vida y la muerte.

Y por tal motivo es complicado explicar la situación actual.

Algunos tribunales consideran que la internación estipulada en el artículo 62 es diferente a la internación dispuesta en el artículo 168 párrafos 1° y 2° del Código de Forma y que para disponer ésa, además se deben dar los requisitos del 157.

Para eso unos se basan sólo en el dictamen de la Asesoría Pericial departamental, que lo hace únicamente a través de médico psiquiatra pues considera que no es necesaria la pericia interdisciplinaria (incluso entienden que la Ley de Salud Mental no aplica al Fuero Penal). Otras judicaturas recurren a otros organismos como ser los Hospitales Públicos, con las dificultades que ello

acarrea, porque entienden que así se cumple con lo exigido por la Ley Nacional de Salud Mental.

Hay tribunales que, cuando no se dan los requisitos de la prisión preventiva, ponen a la persona a disposición del Fuero de Familia.

Familia en la mayoría de los casos rechaza porque entiende que no es competente para intervenir en la internación involuntaria de la persona y que en todo caso debiera intervenir la Justicia Civil.

Así surge de la ley 26.657 considerando que la persona debe ser examinada por un equipo interdisciplinario que tiene por objetivo la externación mientras por otra parte la internación penal tiene como eje su peligrosidad. Por algo también en el art. 23 in fine hay una única excepción si se trata de una internación en los términos del art. 34 del Código Penal en donde el equipo debe requerir autorización de la Jueza interviniente.

Otros, la dejan a disposición del Ministerio de Salud, pero la gran mayoría decide dejarla en una unidad carcelaria con tratamiento psiquiátrico, es decir en la cárcel, dejan a la persona privada de su libertad y ponerla a disposición de quién esté a cargo del Juzgado de Ejecución Penal.

Es que el art. 62 solo exige una “presunción de enfermedad mental” en base a lo que algunos organismos jurisdiccionales no consideran relevante si existió un acto antijurídico y culpable sino que con el hecho de que algún profesional diga que esa persona registra “riesgo cierto o inminente” o es “peligrosa” –parecía que lo simbólico era parte del cambio de paradigma pero lo cierto es que hoy en la praxis se usan indistintamente- es suficiente para disponer la famosa medida de seguridad.

Lo cual, coincidiendo afortunadamente con parte de la doctrina, es lisa y llanamente imposición de pena.

Pensamos: ¡Bueno entonces por imperio de nuestro amado artículo 18 de la Constitución Nacional, debe haber un juicio previo, al menos una audiencia! pero

sucede que hay tribunales en instancia de juicio que por ejemplo si a la persona no se le pudo recepcionar declaración en los términos del art. 308 del C.P.P. – porque justamente no está sana mentalmente como para comprender-, es decir si no se le ha hecho saber el hecho ilícito cuya comisión se le imputa a título de autora para que pueda ejercer su derecho a defensa, no reciben la causa (esto incluso es avalado por al menos una de las Salas de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal departamental), quedando el trámite suspendido hasta que “pueda estar en juicio”.

Ahí también pensamos en cual es el fin de la prisión preventiva, -evitar el peligro de fuga y el entorpecimiento probatorio- y advertimos que el de la internación provisional es directamente un comienzo de la ejecución de una medida de seguridad para impedir que la persona se dañe a sí misma o a terceros, pero a diferencia de aquella no goza del plazo razonable

Se presume además que si una persona es sobreseída por la presunta comisión del delito cuya comisión se le imputaba, no puede quedar sujeta a la internación del 62 y si lo está, se deberá requerir –con la internación del 168- la elevación a juicio de la causa a fin de que órgano de juicio tenga la posibilidad de aplicar la medida de seguridad definitiva del 34 del CP. Paralelamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación al equiparar la medida de seguridad con la imposición de pena intentó plantear la idea de plazo para las internaciones a los efectos que no fueran eternas, empero esa pauta derivó en condiciones bastante frágiles.

Hay que considerar de igual modo que en el año 2011 se modificó el artículo 323 inciso 5° del Código de Procedimiento Penal a partir de lo cual, si el Juez de Garantías entiende que procede la aplicación de la medida de seguridad del 34, tiene que elevar la causa a juicio para que tenga un juicio oral y público.

Se supone también que la internación debiera pedirla alguna de las partes y no dictarse de oficio, aunque se podría ordenar igual y que antes de disponerse la internación del 168, debería cumplirse con la audiencia preliminar regulada en el artículo 168 bis dentro de los 30 días de detenida la persona.

Algunos juzgados de garantías interpretan que si no procede la aplicación de la medida de seguridad hay que darle la libertad, sobreseer a la persona –del inc 1 al 4 del 323- y ponerla a disposición de una Jueza de Familia, otros no dan intervención a otro organismo judicial y le hacen saber al Ministerio de Salud la situación en la que se encuentra la persona para que se le brinde el servicio de salud requiere e incluso abordan la situación de vulnerabilidad, que en muchos casos, la hay.

Considero que para poder aplicar la medida de seguridad del 34 si la persona pasó a estar en tratamiento con intervención del Ministerio de Salud y le fue dado el alta y luego se acreditan los extremos de los párrafos 1° y 2° del 168 entonces el sistema penal deberá arbitrar los medios (citación, comparendo compulsivo, detención) para someterla a proceso.

Sin embargo en la mayoría de los casos se la deja internada por el 62, aplicando el 168 párrafo 3° para que cuando pueda estar en juicio se resuelva la medida de seguridad del 34 del Código Penal.

De acuerdo a lo expresado y sin perjuicio de lo sostenido por la Corte, las formas en que cada organismo jurisdiccional del departamento judicial de Lomas de Zamora resuelve en torno a la situación procesal y personal de quién fue incluida en el sistema penal y posee una enfermedad mental, varía dependiendo del modo en que se interpreten las normas reseñadas anteriormente.

A todo ello se le suman otras adversidades como que el sistema de salud no posee la infraestructura y tampoco el Estado garantiza otros derechos básicos con el fin de cumplir los estándares de la Ley Nacional de Salud Mental y es por ése motivo que es tan necesario que prestemos debida atención a ésta problemática, profundicemos en su estudio y sobre todo podamos dar alternativas de abordaje transdisciplinario.