

La capacidad procesal para estar en juicio, el derecho de defensa y las medidas de seguridad

por M. FLORENCIA HEGGLIN⁽¹⁾

I | Introducción

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo “RMJ”, del 19 de febrero de 2008, en pleno, y ya desde antes en el fallo “Tufano” (Fallos: 328:4832), del 27 de diciembre de 2005, ha dejado debidamente establecido que las personas con padecimientos mentales, especialmente cuando son recluidas coactivamente, sin distinción de la razón que motivó su internación, son titulares de un conjunto de derechos fundamentales, como el derecho a la vida y a la salud, a la defensa y al respeto de la dignidad, a la libertad, al debido proceso, entre tantos otros.

Conforme advirtió la Corte Suprema, estas reglas deben, con mayor razón, ser observadas 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 encuentran frecuentemente quienes son sometidos a tratamientos de esta índole; por ende, erigiéndose como esencial el control por parte de los magistrados de las condiciones en que aquélla se desarrolla (Fallos: 328:4832, considerando 4).

.....

(1) Abogada. Doctora en Derecho Penal y Ciencias Penales otorgado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Defensora Pública Oficial a cargo de la Defensoría Pública Oficial N° 4 ante los Juzgados Nacionales de Instrucción y ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. Co-titular de la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional Neuropsiquiátrico de la Defensoría General de la Nación.

Más recientemente, en el fallo “Antuña”, del 13 de noviembre de 2012, volvió a sostener que “la garantía del debido proceso que rige para toda privación de libertad en virtud del art. 18 de la CN adquiere un vigor especial cuando la razón que motiva el encierro es la incapacidad psíquica de la persona de cuya libertad se dispone”. Insistió en que toda internación, sea de origen civil o penal, debe ser evaluada en relación a su oportunidad, limitación temporal y condiciones de ejecución.

Sin embargo, en contra de los cuestionamientos constitucionales que, sobre las medidas de seguridad de índole penal (art. 34 CP), se realizaron desde la doctrina y la jurisprudencia,⁽²⁾ reafirmó la legitimidad de imponer una medida de seguridad penal a una persona declarada inimputable por haber cometido un “ataque ilícito” y con ésta, la legitimidad de mantenerla privada de su libertad en una unidad penitenciaria, bajo las mismas condiciones de detención y de trato que a las personas que fueron condenadas a una pena de prisión.

Más allá de ello, en miras de restringir su aplicación, en este mismo fallo, la Corte fijó pautas para asegurar una limitación temporal, pero además para acotar su imposición a los casos en que se haya demostrado

“...con los estándares probatorios y de contradicción propios del proceso penal de que el imputado ha cometido un ataque ilícito, que no ha obrado en virtud de alguna justificación o excusa y que por él habría podido ser objeto de una pena privativa de la libertad si no hubiera sido incapaz de culpabilidad. En ausencia de una determinación así, no estaría justificado someter al incapaz a la mayor severidad que distingue al régimen penal de medidas de seguridad”.⁽³⁾

(2) Ver ZAFFARONI, EUGENIO R.; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal, Parte General*, 2000, p. 67; y HEGGLIN, MARÍA FLORENCIA, *Los enfermos mentales en el derecho penal. Contradicciones y falencias del sistema de medidas de seguridad*, Bs. As., Ed. Del Puerto, 2006, p. 334 y ss. En igual sentido crítico, ver análisis del fallo “Antuñar” realizado por PLAZAS, FLORENCIA en “Medidas de seguridad y Ley Nacional de Salud Mental”, en *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Bs. As., Ed. Hammurabi, T. 14, p. 149 y ss.; CNCP, Sala I, “Gómez, Gustavo s/ recurso de casación”, 13/04/2010; CCC, Sala I, “FRE s/ medida de seguridad”, 10/04/2012; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala B de feria, 14/01/2010 M., L. R.

(3) Ver dictamen del PGN, cuyos fundamentos y conclusiones comparten los jueces Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni).

En un contexto en el que la Corte Suprema ha reafirmado la legitimidad de mantener a aquellas personas, que fueron declaradas inimputables y “absueltas” del delito acusado, privadas de su libertad en una unidad penitenciaria, bajo un régimen de internación y de externación más severo del que le correspondería por su condición de persona con padecimiento mental (art. 482 del Código Civil y Ley Nacional de Salud Mental), las exigencias y restricciones previstas para su imposición adquieren una relevancia insoslayable.

Estas exigencias marcan la necesidad imperiosa de asegurar un reconocimiento pleno a la garantía del debido proceso que, en “Tufano” y “RMJ”, se le reconoció a las personas que padecen una discapacidad psíquica y que se encuentran sometidas a proceso, con la consecuente obligación de demostrar, bajo las “reglas del contradictorio” y en resguardo del derecho defensa, que la persona que resulte afectada por una medida de seguridad haya cometido un hecho típico y antijurídico, que no haya actuado bajo ninguna excusa, y que por éste, sino hubiera sido declarado inimputable, habría podido ser objeto de una pena privativa de libertad.

2 | Las reglas del contradictorio, el derecho de defensa y el derecho a ser oído

La obligación de respetar las “reglas del contradictorio” en un proceso penal, que puede derivar en una medida de seguridad de índole penal, se corresponde con distintos compromisos internacionales que, nuestro país asumió en materia de derechos humanos.

Por un lado, al suscribir la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuyo art. 12 establece que “los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona”, y cuyo art. 13 impone a los Estados el deber de asegurar “que las personas con discapacidad tengan acceso a la

justicia en igualdad de condiciones con las demás". Por el otro, al suscribir la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP). El art. 8.1 CADH reconoce a "toda persona, el derecho a ser oída con las debidas garantías (...) por un juez o tribunal competente (...) en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella" y el art. 8.2.d. establece el "derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor". A su vez, el art. 14.1 del PIDCyP afirma que "todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías (...) en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil".

La persona con discapacidad cuenta con el derecho a ser oída y de poder ejercer su defensa en igualdad de condiciones con las demás personas. Y, en resguardo de este derecho, se construye el señalamiento que introduce la Corte Suprema cuando limita la imposición de la medida de seguridad a que "con los estándares probatorios y de contradicción propios del proceso penal" se demuestre que el imputado ha cometido un ataque ilícito, antijurídico y que, por éste, habría podido ser objeto de una pena privativa de libertad.

La persona tiene el derecho de defenderse de la acusación que media en su contra y de poder alegar y demostrar —personalmente y valiéndose de asistencia técnica— que el hecho no se cometió, o que no se participó en su ejecución, o que la conducta fue atípica porque actuó bajó un error de tipo, por ejemplo, o justificada porque se actuó en legítima defensa. También puede alegar razones que descartarían la posibilidad de imponer una pena privativa de libertad y, en consecuencia, de conformidad con lo expuesto por la Corte, una medida de seguridad. Y todo ello, previo a considerar si actuó sin capacidad de culpabilidad (inimputabilidad) y si corresponde, entonces, imponer una restricción de su libertad.

En resguardo de la contradicción y del derecho de defensa, se debe garantizar el derecho de toda persona acusada a ser oída, especialmente si consideramos que, bajo la fachada de una absolución, será privada compulsivamente de su libertad en una unidad penitenciaria, en las mismas condiciones que de haber sido condenada.

En resguardo del derecho de defensa de la persona con discapacidad, se ha expresado históricamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este Tribunal ha establecido, expresamente, el derecho del sujeto afectado a ser oído y a defender su causa. Así, desde el fallo "Winterwerp", del 24 de octubre de 1979, se ha establecido como necesario que "el interesado pueda comparecer ante un órgano judicial y tener la posibilidad de ser oído personalmente o en su caso, mediante alguna forma de representación" y, en ese sentido, se aclara que "las enfermedades mentales pueden restringir o modificar este derecho en la forma de ejercitarlo pero no pueden justificar un ataque a lo que es su propia esencia".

Acordarse de este derecho y defenderlo fortalece la condición de persona del sujeto imputado en un proceso penal, cualquiera sea su condición mental.

3 | Capacidad procesal para estar en juicio y derecho de defensa

Vinculado al derecho a ser oído y al derecho de defensa, aparece la capacidad procesal para estar en juicio como requisito de legitimación para intervenir como imputado en un proceso penal. Si el acusado carece de esta capacidad procesal, se encuentra, como veremos, impedido de actuar, de ser oído y defenderse.

El análisis de este recaudo procesal que impone la legislación procesal deja en evidencia, por un lado, los distintos problemas que se plantean en la defensa de las personas acusadas de cometer delito que padecen una discapacidad mental y, por el otro, la falta de una adecuada regulación procesal sobre las consecuencias que se derivan de los supuestos en que la persona carece de esta capacidad.

Por lo demás, la incapacidad procesal del sujeto para estar en juicio, y las consecuencias que de esta incapacidad pueden derivarse para el derecho de defensa, es transversal tanto a la etapa de instrucción y de juicio como a la misma ejecución de la medida de seguridad, ya que en esta etapa también el imputado cuenta con derechos cuya defensa debe garantizarse.

3.1 | La incapacidad procesal afecta el derecho de defensa

En primer lugar, corresponde precisar de qué hablamos cuando nos referimos a capacidad procesal para estar en juicio. Sobre el punto, Castex destaca que

“este tema nada, nada, absolutamente, nada tiene que ver con la condición mental del acusado en el momento en que se produce el hecho ilícito imputado (...) las condiciones psicopsiquiátricas exigidas para valorar una conducta (la imputada) como no punible (art. 34, inc. 1º CP) debe considerarse totalmente diversas cuando se pregunta acerca de la capacidad que debe tener el imputado para comprender las características del injusto que se le enrostra y, asimismo, de la capacidad que debe gozar para responder de modo razonable a la acusación a lo largo del juicio. La capacidad de un imputado para estar en juicio, inquiere sobre el ahora en el inicio del proceso, mientras que la determinación de la culpabilidad o inculpabilidad por razones psíquicas remite necesariamente en el pasado, a la conducta que, enrostrada, funda el procedimiento”.⁽⁴⁾

Así, pues, no se trata de determinar la imputabilidad penal de una persona (si tiene o no capacidad de culpabilidad en relación con el hecho investigado). Se trata de averiguar si la persona acusada tiene capacidad de ser sometida a investigación o enjuiciamiento, con independencia de si en el momento de realizarse el hecho investigado esa persona era o no imputable; en definitiva si tiene o no lo que Castex llama capacidad para intervenir en el juicio o “capacidad procesal” o “capacidad de autodefensa” o lo que en el derecho anglosajón se conoce como “competence to stand trial”.⁽⁵⁾

Al evaluar la capacidad procesal de la persona, durante el proceso o en el momento de iniciarse, y no con anterioridad a él, debemos colocarnos desde el momento del hecho. Se trata de determinar si una persona que

(4) Ver CASTEX, MARIANO, *Capacidad para estar en juicio*, Bs. As., Ad-Hoc, 2007, p. 24.

(5) Ver GRIMA LIZANDRA, VICENTE, “El derecho de defensa del imputado con graves anomalías psíquicas”, en *Revista jurídica de la comunidad valenciana*, nº 34/2010.

tiene gravemente comprometidas sus capacidades mentales, de tal modo que le impidan participar eficazmente en su defensa, puede ser sometida a proceso penal. De manera que, como señala Grima Lizandra, podemos encontrarnos ante tres situaciones:

1. la persona es inimputable al momento de comisión del hecho y durante el proceso no tiene capacidad procesal;
2. es inimputable al momento del hecho, pero tiene capacidad procesal;
3. es imputable respecto del hecho realizado pero, por causa de una anomalía psíquica sobrevenida, no tiene capacidad de defenderse en el proceso.⁽⁶⁾

Está claro que si la persona es inimputable al momento del hecho pero cuenta con capacidad procesal para estar en juicio, podrá ejercer debidamente su defensa en resguardo de su derecho a ser oído y de defensa. Podrá alegar, por ejemplo, que por efectos de un cuadro de intoxicación agudo por consumo abusivo de alcohol o estupefacientes obró bajo los efectos de un error psíquicamente condicionado o sin capacidad de comprender la criminalidad de sus actos o de adecuar su conducta a dicha comprensión. Y, en consecuencia, podrá aportar información que dé cuenta de esa perturbación mental transitoria (cuánto tiempo antes en relación al hecho consumió, qué cantidad, las limitaciones que tal consumo le trajo en su capacidad de percepción y en su conducta, las personas que lo acompañaban, entre otros aspectos), que le permitirá a su defensor fundar jurídicamente su descargo, así como también podrá aportar elementos para justificar la falta de necesidad de imponer una medida de seguridad restrictiva de su libertad.

El problema y la discusión se presentan en la primera y última situación, en las cuales la persona acusada no cuenta con capacidad procesal para responder de modo razonable a la acusación a lo largo del juicio.

Tradicionalmente se ha entendido que el imputado presenta capacidad de intervención si sus condiciones biopsicológicas le permiten defenderse personalmente, con poder de entender o de querer y, por tanto, de ejercitar sus derechos y hacer valer sus intereses jurídicos en el proceso.⁽⁷⁾

(6) *Ibid.*

(7) Ver CLARIA OLMEDO, JORGE, *Tratado de derecho procesal penal*, Bs. As., Ediar, 1960, p. 398.

La doctrina moderna⁽⁸⁾ ha generado acuerdo en definir como capacidad procesal para estar en juicio a la capacidad para responder la acusación, de comprender los detalles de evidencia en su contra y de poder seguir el curso del proceso entablado en su contra, con la posibilidad de instruir debidamente a sus letrados defensores y de enfrentar sólidamente al fiscal. Esta capacidad incluye, además, la posibilidad de discernir sobre las alternativas (procesales y no procesales) de su caso. No alcanza con comprobar que el sujeto tiene capacidad de responder preguntas, o de prestar declaración, o de que su declaración se entienda. Se trata de algo diferente: de la capacidad del imputado de decidir —previa comprensión de los consejos de su abogado— si declara o no, así como el contenido de la declaración que más le convenga.

Resulta, entonces, evidente que para negar la capacidad procesal no basta con constatar la presencia de una discapacidad mental. Se exige, además, que esa alteración afecte sus posibilidades de ejercer su defensa.

3.2 | La incapacidad para defenderse no puede ser suplida por el abogado defensor⁽⁹⁾

En segundo lugar, debemos tener presente que nuestro sistema procesal, puntualmente el Código Procesal Penal de la Nación, permite al abogado defensor intervenir autónomamente en el procedimiento, pero con excepción de determinados actos procesales que son de exclusiva incumbencia del acusado: la declaración indagatoria y la oportunidad de declarar en la audiencia de debate.

Por lo demás, el sistema procesal prevé la finalización del proceso a través de institutos procesales distintos del juicio oral: la suspensión del juicio a prueba y el juicio abreviado. Se trata de institutos en los cuales el imputado compromete su comportamiento futuro o incluso, en el juicio abreviado,

(8) Ver GRIMA LIZANDRA, *op. cit.* El autor refiere que en Estados Unidos la “capacidad procesal” (*competence to stand trial*) se determina según el llamado “Dusky Standard”, fijado por la Suprema Corte en el caso “Dusky c/ Estados Unidos” (1960), en el que se dijo que esta capacidad existe si el acusado tiene suficiente capacidad actual para consultar con su abogado con un grado notable de comprensión racional, y si la tiene para comprender las razones y los hechos del procedimiento contra él.

(9) El razonamiento que desarrollé a continuación supone una revisión de las ideas presentadas, sobre este punto, en el libro *Los enfermos mentales en el derecho penal*, *op. cit.*, p. 356 y ss. Profundizar en el estudio de este problema me hizo revisar esta posición.

renuncia a la realización de un juicio y confiesa su participación en el hecho a cambio de una pena solicitada por la fiscalía que actuará como límite para el Tribunal. Estos institutos exigen del imputado una acabada comprensión no sólo de los hechos sino también de sus consecuencias jurídicas; ello por cuanto el abogado no puede actuar autónomamente sino como mero asesor letrado de una decisión que debe ser tomada exclusivamente por el imputado. Es el imputado quien compromete comportamientos futuros y renuncia a la realización de un juicio oral y público donde probar su inocencia.

Concurren dos sujetos procesales: el primero, en virtud de su defensa material; el segundo, llevando a cabo la defensa técnica —entendiendo por defensa material la suma de actividades a través de las cuales el imputado contribuye personalmente a la reconstrucción del hecho y a la individualización de la consecuencia jurídica, y por defensa técnica, la asistencia brindada al imputado por su abogado defensor, que desarrolla su propia función en el procedimiento, invocando a favor de aquél—. Sin embargo, ello no implica que el abogado defensor pueda desvincularse por completo del interés ni de la opinión de su asistido en el modo de conducir la línea de defensa; por el contrario, “el defensor se debe al imputado, y en el marco de respeto a la ley que le impone su profesión interviene autónomamente en el procedimiento de la manera más beneficiosa para los intereses de su asistido que es el destinatario de los efectos de su actividad, no pudiendo desconectarse ni de las solicitudes ni de las indicaciones de aquél”.⁽¹⁰⁾

Como ha dicho la Corte Suprema, “es evidente el derecho de quien ocurre ante la justicia como actor o demandado, querellante o acusado, para elegir la persona, que llenando las condiciones legales, produzca en su nombre los alegatos y pruebas pertinentes a los fines de poner de manifiesto el derecho que le asiste, conforme a la garantía de la libre defensa en juicio que menciona el art. 18 de la CN”. Sin embargo, agregó, “no es suficiente que se llene la fórmula de la defensa con un patrocinio de oficio, aun cuando éste sea inteligente, diligente y recto, porque solamente la parte interesada esa la dueña de las condiciones en que, dentro de las normas reglamentarias, deben ser alegados y probados sus derechos, tanto más cuanto estos sea, como en el juicio criminal, los esenciales de vida, libertad y honor” (CSJN, “Fernández, Mario R.”, 27/06/1989).

(10) Ver LÓPEZ PULEO, MARÍA FERNANDA, “Justicia penal y defensa pública. La deuda pendiente”, en Pena y Estado. *Revista Latinoamericana de Política Criminal: Defensa Pública*, n° 5, p. 34.

En resumen, podemos concluir con la doctrina,⁽¹¹⁾ que a) el titular del derecho de defensa es el imputado; b) la defensa técnica es un complemento de la autodefensa. El derecho de asistencia letrada tiene carácter instrumental: el imputado tiene derecho a que un abogado le defienda, le asesore para su mejor defensa; c) la asistencia letrada ni sustituye ni consume la autodefensa. La imposibilidad o incapacidad de autodefensa no puede ser suplida ni subsanada por la defensa técnica.

Esta restricción guarda directa relación con el derecho del imputado de "hallarse presente en el proceso", derecho previsto en el apartado d) del art. 14 del PIDCyP. Cafferata Nores⁽¹²⁾ expresa que la defensa presupone el derecho del imputado de intervenir personalmente en su caso, de "hallarse presente en el proceso". Es por eso que, si bien la investigación preliminar puede comenzar a desarrollarse en ausencia de aquél, no podrá producirse la acusación, ni realizarse el juicio oral y público si esa ausencia se mantiene.

Así como resulta imposible llevar adelante un juicio en rebeldía, en igual sentido, resultaría imposible llevarlo adelante si no cuenta con capacidad física y mental para comprender la imputación, elegir los argumentos de descargo o para discernir sobre las alternativas procesales y la estrategia de defensa.

La conclusión es, entonces, que resulta contrario al derecho de defensa y a los derechos que lo conforman —entre ellos, el derecho de hallarse presente en el proceso y el derecho a ser oído—, la tramitación de un proceso penal contra una persona desde el momento en que se constata su incapacidad para ejercer con eficacia su derecho de defensa.

3.3 | Regulación normativa

En el Código Procesal Penal de la Nación hay una única norma que regula el supuesto en que el imputado carece de capacidad procesal para estar en juicio, y lo hace de un modo insuficiente y contradictorio con otras normas del sistema.

(11) Ver GRIMA LIZANDRA, VICENTE, *op. cit.*

(12) Ver CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *Proceso penal y derechos humanos*, Bs. As., Ed. Del Puerto, 2000, p. 110.

El art. 77 regula que si la incapacidad mental del imputado sobreviniere durante el proceso, el tribunal suspenderá la tramitación de la causa, y que si su estado lo tornare peligroso para sí o para los terceros, ordenará la internación de aquel en un establecimiento adecuado, cuyo director informará trimestralmente sobre el estado del enfermo. La suspensión del trámite del proceso impedirá la declaración indagatoria o el juicio, según el momento en que se ordene, sin perjuicio de que se averigüe el hecho o se prosiga aquél contra los demás imputados. Si curare el imputado, proseguirá la causa a su respecto.

En esta norma, el legislador reguló la situación del imputado sin capacidad procesal para estar en juicio, pero lo hizo en exclusiva referencia al supuesto de incapacidad que sobreviene al inicio del proceso.

Por otro lado, corresponde señalar que el art. 77 no se refiere a la misma capacidad de comprensión que se menciona en el art. 76 CPPN. El art. 76 se refiere a la capacidad de comprender la criminalidad del acto, que presupone el juicio de imputabilidad; por su parte, el art. 77 se refiere a la capacidad procesal para estar en juicio, pero con expresa mención de la incapacidad sobreviniente —esto es, la incapacidad procesal que sobreviene al inicio del proceso—. El imputado inicia el proceso con capacidad procesal, pero durante su desarrollo se torna incapaz.

El art. 76 no regula las consecuencias de la falta de capacidad procesal, sino que regula la situación del imputado sobre el cual, a primera vista, surgen indicios de inimputabilidad en el hecho. En tanto la inimputabilidad todavía no se ha demostrado, todavía no puede imponerse una medida de seguridad con internación en los términos del art. 34, inc. 1 CP. Ahora bien, este mismo artículo prevé la posibilidad de “disponer provisionalmente su internación en un establecimiento especial si su estado lo tornare peligroso para sí o para terceros”.

Si la persona cuenta con capacidad procesal, y está en condiciones de ser oída y de ejercer su defensa, esta internación provisional se comporta como una medida cautelar que, bajo los mismos presupuestos restrictivos de la prisión preventiva, está dirigida a asegurar la realización de un juicio en el que se analizará si el sujeto cometió un acción típica (“ataque ilícito”) y antijurídica no culpable por carecer de capacidad de culpabilidad (inimputabilidad). En ese caso, la regulación se ajustaría al supuesto previamente analizado (situación 2), que no presenta discusión.

De considerar que también encuadra en este supuesto normativo, el caso en que hay sospecha de que la persona actuó sin capacidad de culpabilidad (inimputabilidad) y que carece además de capacidad procesal para estar en juicio, corresponderá analizar, en función de lo previsto en el segundo párrafo de ese artículo, si el abogado defensor puede suplirlo en su defensa personal y si corresponde mantener a esta persona privada de su libertad de forma “provisional” o “cautelar” bajo el sistema penal. Adelanto desde ya que la respuesta es negativa por las razones que se dieron —y sobre las cuales volveremos—, debiéndose suspender el curso del proceso, sin posibilidad de mantener una medida cautelar de índole penal.

El art. 77 se refiere exclusivamente a la incapacidad procesal sobreviniente —esto es, a aquella que surge a partir de una anomalía psíquica sobrevenida—; así las cosas, esta norma no ofrece solución respecto de aquella incapacidad procesal ya presente desde el inicio del proceso y que se mantiene a lo largo de su sustanciación. Una interpretación respetuosa del derecho de defensa impone también en estos casos proceder a la suspensión del proceso.

Más allá de su literalidad, debe aplicarse a todos los casos en los que conste la incapacidad procesal del imputado para estar en juicio por causa de anomalías psíquicas. El fundamento de la procedencia de la suspensión y de la imposibilidad de continuar el proceso está en la incapacidad de autodefensa del imputado. Es irrelevante el momento en el que surgió; lo determinante es que exista durante el trámite del proceso.

4 | Falta de capacidad procesal para estar en juicio, suspensión del trámite y ¿medida de seguridad?

El art. 77 CPPN prevé que el juez o tribunal no sólo se encuentran facultados para suspender el trámite, sino que además se encuentran autorizados para imponer una internación “si su estado lo tornare peligroso para sí o para terceros”. Una interpretación constitucional del texto sólo habilita la imposición de una medida de internación encauzada bajo las pautas de internación y externación del sistema civil y de la Ley Nacional de Salud

Mental. Esta medida restrictiva de su libertad, en tanto se trate de una medida de seguridad de índole penal, resultaría, como se demostrará, contraria a las "reglas del contradictorio", al derecho de defensa y al derecho a ser oído, así como también al principio de legalidad.

En España se planteó esta misma discusión. En ese país, la solución legislativa incluye, expresamente, la posibilidad de imponer una medida de seguridad de carácter penal fundada en la peligrosidad del sujeto, a aquellas personas respecto de las cuales se suspendió el trámite por falta de capacidad procesal. Se remite a la medida de seguridad prevista como consecuencia de una declaración de inimputabilidad.⁽¹³⁾

Y, ante esta posibilidad legislativa, se dirigieron críticas centradas en distintos argumentos. Por un lado, se destacó que no puede ser sometido a juicio el imputado que tiene alteradas gravemente sus facultades psíquicas, y que carece de capacidad procesal y de autodefensa. Eso sería un juicio sin las debidas garantías, que no sólo no tendría validez, sino que tampoco tendría utilidad en tanto la sentencia dictada tras un juicio sin garantías es injusta. Por el otro, se impugnó la posibilidad de imponer una medida de seguridad por cuanto este tipo de consecuencias jurídicas sólo podrían imponerse luego de un juicio en el que se demuestre que el sujeto participó en la comisión de un hecho típico y antijurídico.⁽¹⁴⁾

Esta posición también fue sostenida por el Tribunal Supremo Español, pero luego de ir y venir en propuestas manifiestamente cuestionables.

En 1927, el Tribunal Supremo Español planteó la cuestión en un caso de demencia sobrevenida. En ese caso, si bien los informes médicos habían concluido que, por el carácter progresivo de su enfermedad, era imposible que el procesado entendiera y contestara las preguntas que le harían en el juicio, éste se celebró en prisión, con el procesado con camisa de

(13) Conforme señala Grima Lizandra, los principales problemas surgen en torno a la interpretación y aplicación del art. 383-1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en tanto ésta dispone que "si la demencia sobreviniera después de cometido el delito, concluso que sea el sumario se mandará archivar la causa por el Tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud, disponiéndose además respecto de éste lo que el Código penal prescribe para los que ejecutan el hecho en estado de demencia".

(14) Ver GRIMA LIZANDRA, *op. cit.*, y GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, NICOLÁS, "Aspectos procesales de la imposición y aplicación de las medidas de seguridad", en *Cuadernos de Dotrina y Jurisprudencia Penal*, nº 9, Bs. As., Ad-Hoc.

fuerza puesta y dos custodias a su lado. La audiencia lo condenó a pena de prisión, y el Tribunal Supremo Español revocó la condena por entender que el juicio requería la consciente presencia del acusado, lo que no se daba cuando estaba en ausencia intelectual y moral. Sin embargo, impuso una medida de seguridad de internación.⁽¹⁵⁾

El 2 de abril de 1993 se planteó un caso similar, en el cual la mayoría del Tribunal declaró la nulidad del fallo condenatorio por afectación del derecho de defensa e impuso también una medida de seguridad. Los jueces coincidieron respecto de la nulidad del fallo condenatorio por afectación al derecho de defensa. Así, entre otros argumentos, señalaron que

“...la celebración del juicio dado el estado del proceso le había colocado en una posición de absoluta inferioridad e indefensión para afrontar un juicio de tan extraordinaria importancia para el mismo —acusado de un delito de asesinato, había dado 28 puñaladas a la víctima— lo que ha supuesto clara y terminantemente infracción al derecho de tutela efectiva en el ejercicio de su derecho a defenderse y consecuentemente a no sufrir indefensión, así como su derecho a un juicio justo”.

Y agregaron que también se había quebrantado el principio de igualdad de armas. Sobre el punto dijeron que

“las facilidades para dotar a una persona de la debida asistencia técnica de letrados aparece recogida en el ordenamiento procesal, pero el complemento ineludible de esta garantía viene constituido por la posibilidad efectiva de ejercitarse con eficacia el derecho a la autodefensa siguiendo con la debida atención todas las vicisitudes del proceso y haciendo a su abogado y al Tribunal aquellas observaciones que fuesen pertinentes sobre el desarrollo de las pruebas o sobre cualquier otra incidencia que pudiese surgir en el desarrollo del juicio. No existió una verdadera igualdad de armas procesales”.

La mayoría no se refirió a la medida de seguridad.

Por el contrario, el Juez Bacigalupo compartió el voto de la mayoría en cuanto a la afectación del derecho de defensa, pero impugnó la constitucionalidad

(15) Citado y analizado por GRIMA LIZANDRA, VICENTE, *op. cit.*

de la medida de seguridad. Así, señaló que las medidas de seguridad son consecuencias penales que exigen constatar no sólo si el acusado presenta peligrosidad que justifique la medida sino, además, con carácter previo, si es autor de una acción típica y antijurídica. Ello sólo puede demostrarse en un juicio celebrado con todas las garantías. En resumen, resulta imposible realizar el juicio por falta de capacidad procesal del imputado, pero tampoco resulta posible la imposición de una medida de seguridad puesto que, para su aplicación, resulta imprescindible la realización de un juicio en el que se demuestre la materialidad del hecho y la participación del imputado en su ejecución.⁽¹⁶⁾

El criterio del Tribunal Supremo Español tuvo sus vaivenes. El 23 de julio de 2004 (STS 5510/2004) se ordenó la realización de un juicio oral aún cuando se había demostrado que el imputado carecía de capacidad procesal. Se concluyó en base a un criterio utilitarista: como era necesario imponer una medida de seguridad por cuanto el imputado revestía peligrosidad para sí y para terceros, y como esto sólo podía hacerse en sentencia, procedía celebrar el juicio a pesar de que el acusado no pudiera defenderse de él.

Y finalmente, en 2006 (STS 669/2006, del 14 de junio), la solución fue diferente. En este caso, los problemas mentales que el acusado tenía al momento de los hechos se agravaron durante la tramitación del procedimiento, hasta el punto de llegar a ser declarado incapaz absolutamente por sentencia de un juzgado civil. La audiencia condenó y el TS anuló por entender que la defensa del imputado exige la participación del imputado en el proceso y su presencia activa: el derecho de autodefensa no queda consumido por la defensa técnica. Si bien no declaró la inconstitucionalidad de la norma, tampoco impuso una medida de seguridad.

El repaso de la discusión en España demuestra la entidad del problema, y las palabras de Bacigalupo revelan la solución más respetuosa de las "reglas del contradictorio", del derecho de defensa y del límite que la Corte Suprema estableció a las medidas de seguridad, en cuanto señaló que no se pueden imponer sin haberse demostrado que el sujeto realizó un "ataque ilícito" y antijurídico, y sin que medien excusas que lo absuelvan.

(16) Ver STS 2265/1993, publicado en el Centro de Documentación Judicial: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Documentacion_Judicial/Jurisprudencia/_Sentencias_de_ac-tualidad/Tribunal_Supremo

Como expuso el Magistrado: “las medidas de seguridad son consecuencias penales que exigen constatar no sólo si el acusado presenta peligrosidad⁽¹⁷⁾ que justifique la medida, sino además, con carácter previo, si es autor de una acción típica y antijurídica. Ello sólo puede demostrarse en un juicio celebrado con todas las garantías”.

En definitiva, resulta imposible imponer una medida de seguridad penal previo a haberse realizado un juicio en el que se garantice el derecho de defensa al acusado con un padecimiento mental. Si el imputado carece de capacidad procesal para estar en juicio —y en resguardo del derecho de defensa, del derecho a ser oído y a la igualdad de armas—, el trámite del proceso debe suspenderse sin posibilidad de imponerle una medida de seguridad.

En ese sentido, es indiferente que esa discapacidad haya comprometido, además, su capacidad de culpabilidad (imputabilidad). La imposibilidad de realizar el juicio bajo “las reglas del contradictorio” clausura la posibilidad de evaluar la participación del sujeto en el hecho, la tipicidad de la conducta y su antijuridicidad; y, con ésta, toda posibilidad de restringir la libertad bajo una medida de seguridad .

5 | El principio de legalidad: otra razón constitucional que clausura las “medidas de seguridad predelictuales”

El art. 34, inc. 1º CP establece la inimputabilidad de quien, en el momento del “hecho”, ya sea por insuficiencia de sus facultades, ya por alteraciones morbosas de las mismas, no haya podido 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.

(17) En nuestro sistema, a partir de la sanción de la Ley Nacional de Salud Mental, el juicio de peligrosidad debe ser reemplazado por “situación de riesgo cierto e inminente”. En igual sentido, ver PLAZAS, MARÍA FLORENCIA *op. cit.*

La imposición de la medida de seguridad está condicionada a una declaración jurisdiccional de inimputabilidad del sujeto que cometió el acto. En efecto, esta última ha sido concebida como la primera condición exigida para la imposición de las medidas de seguridad; siendo necesario que dicha declaración sea realizada jurisdiccionalmente en forma expresa. Sólo una declaración jurisdiccional en tal sentido puede dar fundamento a tan seria interferencia en la libertad del individuo.⁽¹⁸⁾

En segundo lugar, corresponde recordar que la imputabilidad es una característica del acto que proviene de una capacidad del sujeto. De allí que a la persona pueda imputársele un injusto y no otro. Un débil mental puede tener capacidad de pensamiento en abstracto para comprender la an-tijuridicidad de un homicidio, que no demanda gran nivel de abstracción, pero no tenerla para comprender el contenido injusto de ciertos delitos económicos que exigen, por lo general, una capacidad de pensamiento abstracto de mayor alcance.⁽¹⁹⁾

En el mismo sentido, el Código Penal hace referencia a la insuficiencia de las facultades y de alteración morbosa de las mismas —que, en definitiva, no son más que los efectos psicológicos que requiere para que haya inimputabilidad—, pero siempre que esas circunstancias hayan impedido comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones, lo cual demanda claramente la valoración jurídica de la intensidad de esos estados en referencia al contenido injusto del hecho concreto. La imputabilidad penal es un concepto psicológico-jurídico, cuya valoración corresponde únicamente al juez, al que el perito sólo ilustra con los datos de su saber.⁽²⁰⁾

De allí que para determinar la inimputabilidad no alcance con saber que la persona acusada de cometer un delito padecía, al momento del hecho, una insuficiencia de o alteración morbosa de sus facultades mentales; es además necesario conocer las circunstancias que rodearon al hecho, así como cuál fue su concreta participación en la ejecución. Sólo así podrá saberse la incidencia que tales estados tuvieron en su comportamiento.

(18) Ver Causa N° 2448, caratulada “Bruna, Darío Abel s/ recurso de casación”, del 23/02/2001.

(19) Ver ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *op. cit.*, p. 658.

(20) Ver ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *op. cit.*, p. 665.

Asimismo, en tanto la imputabilidad es la ausencia de impedimento de carácter psíquico para la comprensión de la antijuridicidad y para la adecuación de la conducta conforme a esa comprensión, su ubicación sistemática se encuentra en el mismo nivel analítico en el que se halla, por un lado, la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad y, por otro, la ausencia de situación constelacional reductora o constrictora por otro —esto es, en la culpabilidad—.⁽²¹⁾

En función de la ubicación sistemática otorgada a la imputabilidad, debe sostenerse que el inimputable debe beneficiarse con todas las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal. La ausencia de cualquiera de los elementos del delito, será un obstáculo que impedirá la imposición de medida alguna.⁽²²⁾

Righi agrega que, previo a analizar la imputabilidad del sujeto, como primera condición de una medida de seguridad, debe demostrarse:

1. La realización de una acción u omisión.
2. Que se haya integrado el tipo sistemático. En el caso del delito doloso, además de la comisión del hecho previsto en la ley, será necesario que el inimputable haya conocido los elementos del tipo objetivo y querido realizarlos.
3. La realización del tipo debe ser antijurídica, esto es, no amparada por causas de justificación.
4. Es preciso, además, que no hayan mediado causas de inculpabilidad que resulten compatibles con el estado de inimputabilidad. No es dudoso que un enfermo mental pueda tener miedo o ser víctima de una coacción y de mediar estas circunstancias que explican la realización del injusto, no es posible someterlo a una medida de seguridad.

Mayores problemas se presentan en el ámbito del error sobre la existencia de la prohibición. Salvo el caso de error sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación,⁽²³⁾ que es posible que afecte a un inimputable,

(21) La ubicación sistemática de la imputabilidad ha sido objeto de discusión doctrinaria. Aquí se parte de la ubicación que, hoy por hoy, tiene más consenso en nuestro sistema jurídico penal.

(22) Ver RIGHI, ESTEBAN, "Derecho penal de inimputables permanentes", en *Revista Mexicana de Justicia*, vol. I, n° 1, p. 227.

(23) Debo destacar que suscribo aquellas posiciones que definen a este tipo de error como un error sobre el aspecto objetivo de la justificación y no como un error de prohibición que debe analizarse en la culpabilidad.

no resultarían admisibles los restantes, ya que presuponen una capacidad de comprensión del sentido de las normas de las que carecería la persona con discapacidad.⁽²⁴⁾

Por ello, sólo es posible someter a medida de seguridad a quien ha realizado un injusto penal y ha sido declarado inimputable. Si en la realización del hecho ha mediado, más allá de la discapacidad mental del sujeto, una circunstancia excluyente de la responsabilidad, no existe base suficiente para imponer la medida.

La imposición de la medida de seguridad prevista en el art. 34, inc. 1º, requiere una declaración jurisdiccional de inimputabilidad para la cual se necesita, por un lado, conocer las circunstancias del hecho y el grado de participación que la persona tuvo en su comisión y, por el otro, demostrar que, en su realización, no medió una circunstancia excluyente de la responsabilidad distinta de la inimputabilidad —error de tipo, error sobre los presupuestos de la causa de justificación, la configuración de una causa de justificación o de otra causa que haya excluido la culpabilidad (estado de necesidad exculpante), por ejemplo—. Una declaración jurisdiccional que, a la vista de todas las condiciones que impone demostrar, sólo podrá dictarse después de la celebración de un juicio oral, público y contradictorio con todas las garantías.

Así, dictar en la etapa de instrucción, o previa al debate, una resolución de sobreseimiento por inimputabilidad que incluya una medida de seguridad porque se considera a la persona criminalmente peligrosa⁽²⁵⁾ supone una solución contraria a los principios de inocencia y de legalidad. En efecto, el principio de inocencia se afecta en tanto se impone una medida restrictiva de la libertad sin haberse realizado previamente un juicio oral, contradictorio y respetuoso del derecho de defensa y de las garantías del debido proceso, en el que la persona pueda alegar y demostrar su inocencia. Por otro lado, la no celebración del juicio oral y la consecuente no comprobación de la existencia del hecho, de la participación del imputado en su ejecución y de que este hecho sea típico y antijurídico convierte a la medida de seguridad en una medida predelictual contraria al principio de legalidad.⁽²⁶⁾

(24) Ver RIGHI, op. cit., p. 227.

(25) Tal como hizo el Juez de Instrucción N° 30 en el fallo “Antuña”.

(26) Ver DEL ROSAL BLASCO, B. “Las consecuencias jurídicas de la inimputabilidad y de la imputabilidad disminuida en el derecho español”, en AAW, *La imputabilidad en general en el derecho penal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 258 y 260 (ver nota 102).

Aun quienes insisten en considerar a la peligrosidad como el fundamento de la medida de seguridad requieren la configuración de un hecho típico y antijurídico como presupuesto para sostener su imposición. La peligrosidad para operar como fundamento de una medida de seguridad requiere de la comisión previa de un hecho previsto en la ley como delito. Ello así a fin de excluir cualquier intención de alcanzar en el concepto de peligrosidad un “estado peligroso sin delito”, lo que atenta contra el principio de legalidad.

En consecuencia, la persona que no cometió un hecho previsto en la ley como delito —en tanto hecho típico y antijurídico— no podrá verse sometida ni a un proceso ni a una medida de seguridad de carácter afflictivo impuesta prescindiendo de su consentimiento y fundamentada en su peligrosidad criminal.⁽²⁷⁾

Hay quienes, sin embargo, en sentido contrario, si bien rechazan la posibilidad de aplicar una medida de seguridad predelictual fundada en un “estado peligroso sin delito”, no ven en la imposición de una medida, sin declaración judicial previa sobre la existencia del injusto, una vulneración del principio de legalidad.

Vives⁽²⁸⁾ precisa que las medidas de seguridad predelictuales únicamente son aquellas medidas que se imponen antes de que se haya cometido un delito. Las medidas que responden, en cambio, a la previa comisión de un delito y que se imponen antes de que éste haya sido declarado en un juicio no pueden ser consideradas predelictuales ni, por ende, resultan, a su juicio, contrarias al principio de legalidad.

Ahora bien, conforme la garantía jurisdiccional derivada del principio de legalidad, la sentencia penal es la única forma de declarar o determinar la existencia de delito y de señalar a un sujeto como autor del hecho punible o partícipe de él, y por tanto, la única forma de imponerle una medida de seguridad.⁽²⁹⁾

(27) Ver TERRADILLOS BASOCO, JUAN, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Madrid, Akal, 1981, p. 198 y ss.; CASABONA, ROMEO, “Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo”, Barcelona, Bosch, 1986, p. 44.

(28) Ver VIVES, “Constitución y medidas de seguridad”, en *Revista Poder Judicial*, nº 3, 1986, Madrid, p. 94.

(29) Ver MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte general*, 4^a edición corregida, Barcelona, PPU, 1997, p. 77.

Como destaca Maier⁽³⁰⁾ de esa garantía no se desprende que el delito no se haya cometido o que la persona sea, en verdad, inocente, sino que ni la existencia de delito ni la culpabilidad de la persona pueden ser consideradas hasta arribar a la decisión que pone fin al procedimiento declarando formalmente su existencia y la culpabilidad; y por ello hasta entonces, ninguna consecuencia penal le es imponible, permaneciendo su situación frente al derecho regida por las reglas aplicables a todos, con prescindencia de la imputación deducida. En otras palabras, a los fines de la aplicación de la medida de seguridad, resulta indiferente que el hecho típico y antijurídico realmente se haya no se haya cometido; lo importante es que su existencia haya sido formalmente reconocida tras la realización del proceso.

Adherir a estos argumentos no necesariamente supone coincidir en que el juez deba continuar por su cauce normal la tramitación del procedimiento penal hasta su conclusión con el acto del juicio oral y la sentencia. Dictar un auto de sobreseimiento por inimputabilidad, sin adoptar en consecuencia una medida de seguridad restrictiva de derechos no afecta ni el principio de presunción de inocencia ni el principio de legalidad reconocidos en la Constitución Nacional.

Como señala Quintero Olivares,⁽³¹⁾ el proceso penal constituye un doloroso trance para el ciudadano —al margen de que finalmente sea declarado culpable o inocente—, durante el cual puede sufrir la prisión provisional y, en todo caso, la estigmatización y la pesadumbre por cuál haya de ser la decisión final de la jurisdicción. De allí que excluir a una persona del proceso a través del sobreseimiento pueda ser visto como el mejor favor que se le puede hacer al imputado. Con estos argumentos se acepta el sobreseimiento siempre que esta decisión, a su vez, no contenga la aplicación de una medida de seguridad.

Por el contrario, imponer una medida de seguridad como consecuencia de un sobreseimiento por inimputabilidad afecta los derechos constitucionales mencionados y, con ellos, el derecho del sujeto afectado de controlar y cuestionar en un juicio oral, público y contradictorio la prueba

(30) Ver MAIER, JULIO, Derecho Procesal Penal. Fundamentos, Bs. As., Editores del Puerto, 1996, p. 492.

(31) Ver QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *Locos y culpables*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 31.

producida en su contra y a formular su propia defensa para evitar así la imposición de la medida. Un juicio en el que, además, el imputado podría fundar su absolución, no ya en su discapacidad mental y en la ausencia de imputabilidad al actuar, sino en la falta de participación en el hecho o en la configuración de una causa de justificación.

Por otro lado, tampoco puede recurrirse al juicio de peligrosidad —tal como lo hace el art. 77 CPPN— para justificar una medida penal privativa de libertad. Conforme se expuso, a fin de salvaguardar el principio de legalidad, la peligrosidad para operar como fundamento de una medida de seguridad requiere de la comisión previa de un hecho previsto en la ley como delito. Ello —insisto— a fin de excluir cualquier intención de alcanzar en el concepto de peligrosidad un “estado peligroso sin delito”, lo que atenta contra el principio constitucional mencionado. Es necesario demostrar, al menos, que el sujeto cometió un hecho típico y antijurídico para poder justificar una medida de seguridad penal fundada en la peligrosidad.

En consecuencia, la persona respecto de la cual no se demostró la comisión de un hecho previsto en la ley como delito —en tanto hecho típico y antijurídico— no podrá verse sometida a una medida de seguridad de carácter afflictivo impuesta prescindiendo de su consentimiento y fundamentada en su peligrosidad criminal. La única solución posible, respetuosa del principio de legalidad, es su inmediata libertad, sin perjuicio de la posibilidad de que se acuerde en vía civil, conforme las disposiciones de la Ley Nacional de Salud Mental, su internación.

5 | Reflexiones finales

Así las cosas, y a modo de resumen, corresponde precisar que:

1. En principio, si se demuestra que la persona carece de capacidad procesal para estar en juicio, sobre la base de una discapacidad mental sobreviniente al inicio del juicio o que comprometa además su capacidad de culpabilidad (inimputabilidad), corresponde suspender el trámite del proceso hasta tanto el imputado recupere su capacidad procesal. Ello en resguardo del derecho de defensa, del derecho a ser oído y, en palabras de la Corte Suprema, de las “reglas del contradictorio”.
2. Sin embargo, si la discapacidad mental que afecta su capacidad procesal para estar en juicio compromete, además, su capacidad de culpabilidad y

determina un juicio de inimputabilidad respecto del hecho que se le atribuye, no habría agravio en que se dicte una resolución de sobreseimiento, sin necesidad de realizar un juicio previo, siempre que esta decisión liberatoria no incluya una medida de seguridad de índole penal restrictiva de su libertad.

3. La imposición de una medida de seguridad penal exige, en palabras de la Corte Suprema, que se haya demostrado "con los estándares probatorios y de contradicción propios del proceso penal de que el imputado ha cometido un ataque ilícito, que no ha obrado en virtud de alguna justificación o excusa y que por él habría podido ser objeto de una pena privativa de la libertad si no hubiera sido incapaz de culpabilidad. En ausencia de una determinación así, no estaría justificado someter al incapaz a la mayor severidad que distingue al régimen penal de medidas de seguridad".⁽³²⁾ Esta exigencia responde además al principio de legalidad que prohíbe todo intento de imponer sanciones penales restrictivas de libertad, llámense penas o medidas de seguridad, ante "estados peligrosos sin delito". En resguardo del principio mencionado y del principio de inocencia, toda medida restrictiva de índole penal requiere de la comisión previa de un hecho previsto en la ley como delito, por lo cual resulta imprescindible demostrar, al menos, que el sujeto cometió un hecho típico y antijurídico para poder justificar una medida de seguridad penal.
4. Cuando los arts. 76 y 77 CPPN establecen la internación del sujeto en un establecimiento adecuado sobre la única base de una peligrosidad, sin exigir la previa demostración de un injusto penal, no se refiere a la posibilidad de imponer una medida de seguridad de índole penal. La persona respecto de la cual no se demostró la comisión de un hecho previsto en la ley como delito —en tanto hecho típico y antijurídico— no podrá verse sometida ni a un proceso ni a una medida de seguridad penal de carácter afflictivo impuesta prescindiendo de su consentimiento y fundamentada en su peligrosidad criminal. La única solución posible, respetuosa del principio de legalidad, es el archivo de la causa —por lo menos, hasta tanto el sujeto recupere su capacidad procesal— y su inmediata libertad, sin perjuicio de la posibilidad de que, simultáneamente, se acuerde por vía civil su internación en un establecimiento adecuado, de conformidad con los lineamientos previstos en la Ley Nacional de Salud Mental.

Para terminar, voy a referirme, una vez más, a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español en tanto en dos de las sentencias mencionadas, el imputado había sido declarado incapaz en sede civil y sobre este punto específico, los jueces no hicieron ninguna referencia. Este aspecto llama la atención.

La ley 26.657 de Salud Mental sancionada en diciembre del 2010 incorporó el art. 152 ter que establece que "las declaraciones judiciales de

(32) Ver dictamen del PGN, cuyos fundamentos y conclusiones comparten los jueces Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni en el fallo "Antuña".

inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de tres años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible". Esta norma no ha sido acompañada, todavía, de una reforma integral de las disposiciones civiles que regulan la incapacidad, las que se mantienen vigentes.

Más allá de ello, con anterioridad a la sanción de esta ley, todas las declaraciones de incapacidad vigentes no especificaban las funciones y actos que se limitan. La sentencia de incapacidad dictada por juez civil determina que su discapacidad mental priva al sujeto de la aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes. Con la declaración de incapacidad, el sujeto pierde toda posibilidad de comprar o vender bienes personales, administrar su dinero, elegir su hogar, ejercer la patria potestad de sus hijos, votar y reclamar el cumplimiento de una obligación (art. 54, inc. 3º CC, CNCivil, sala F, del 10 de septiembre de 1984).

Los declarados incapaces sólo podrán adquirir derecho o contraer obligaciones por medio de los representantes necesarios que les da ley (art. 56 CC) y la representación de los incapaces es extensiva a todos los actos de la vida civil, que no sean expresamente exceptuados en el Código Civil (art. 62).

En un proceso civil, la persona declarada incapaz tampoco podrá ejercer por sí una acción ni tampoco oponerse a ella. El art. 43 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación expresamente establece que "cuando la parte que actuare personalmente falleciere o se tornare incapaz, comprobando el hecho, el juez o tribunal suspenderá la tramitación y citará a los herederos o al representante legal". El art. 347 CPCC incluye como excepción admisible la falta de personería en el demandante, demandado o sus representantes, por carecer de discapacidad civil para estar en juicio. La persona declarada incapaz carece de capacidad para estar en juicio civil y será su curador quien ejercerá, en su representación, las acciones y defensas judiciales (art. 489 CC).

En este contexto, corresponde preguntarse si la persona declarada incapaz no carece, por la misma razón que se lo inhabilita de ser actor o demandado civil, de capacidad procesal para estar en juicio penal. O, incluso, pregun-

tarse también si la declaración de incapacidad no inhabilita, por sí sola, toda posibilidad de que el imputado celebre actos jurídicos típicos de un proceso penal con consecuencias mucho más lesivas para su vida y su integridad física que el reclamo de una deuda económica, como por ejemplo la celebración de un juicio abreviado. En ese caso, la persona realiza un acto autónomo en el cual el abogado sólo presta un consejo profesional. Es el imputado quien reconoce, ni más ni menos, que su responsabilidad en la comisión de un delito, consiente incluso la calificación y no discute una pena. Se trata de un acto jurídico en los términos del art. 944 CC. Se trata de un acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la renuncia al derecho a un juicio oral, público y contradictorio.

La persona no podría vender una motocicleta, pero sí podría declararse culpable de la comisión de un delito. Carece de toda lógica y obliga a profundizar la reflexión.

Por otro lado, el art. 151 CC establece que la demencia y su cesación sólo hacen cosa juzgada en el juicio civil, para los efectos declarados en este Código; mas no en juicio criminal, para excluir una imputación de delitos o dar lugar a condenaciones. De allí que la jurisprudencia haya señalado que "la declaración de incapacidad civil por demencia no supone la pérdida de la capacidad para delinquir" (CNCrim y Correc., sala 6^a, 08/09/1983).

Sin embargo, estas normas parecen circunscribirse a la capacidad de culpabilidad que, como vimos, tiene un alcance distinto de la capacidad para estar en juicio. En los términos de la ley, la declaración de incapacidad no tendría efectos para excluir una imputación de delitos. Nada se dice de la declaración de incapacidad como muestra de una incapacidad procesal para estar en juicio. Recordemos la advertencia expuesta por Castex en el inicio de esta presentación, en cuanto distinguía entre capacidad de culpabilidad (imputabilidad) y capacidad procesal para estar en juicio. Así, la persona podría tener eventualmente capacidad de culpabilidad de un acto básico que no exige mayor poder de abstracción, pero carecería de capacidad para comprender el alcance de un juicio y las alternativas del proceso.

Pero, por otro lado, tampoco podemos desatender que la persona puede estar interesada en demostrar su inocencia en un juicio realizado con todas las garantías, sin querer ser excluida de esa posibilidad por el hecho de haber sido declarada incapaz en sede civil. En otras palabras, la persona

puede resistirse, con buenas razones, a la anulación que, para su vida en general, ha supuesto una declaración de incapacidad en cuanto supone una incapacidad absoluta de actuar.

Más allá de ello, lo cierto es que esta declaración de incapacidad debe comportarse como una advertencia de falta de capacidad de estar en juicio; y no sólo de estar, sino de participar como protagonista de una obra que compromete directamente su vida y su libertad.

Sin dudas el tema es sumamente complejo y exige una discusión profunda en el que la persona sea entendida como sujeto de derechos en el que se debe constatar capacidad de ejercitar sus derechos desde el comienzo de cualquier actividad persecutoria dirigida en su contra. Desde el punto de vista procesal, ha de tener atribuciones y deberes que lo caracterizan como un verdadero y propio sujeto del proceso a iniciarse o ya en marcha, debiéndose así rechazar cualquier vestigio de procesos inquisitivos en los cuales el imputado era un mero objeto de la persecución, para reconocer, en su lugar, las formas propias del acusatorio en el que se lo considera un contradictor del acusador, igualándolo en sus facultades y restricciones.
