

Medida De Seguridad Limite Temporal Proporcionalidad Legalidad Razonabilidad

JURISPRUDENCIA

Medida de seguridad. Límite temporal. Proporcionalidad. Legalidad.

Razonabilidad Se dispone el cese de la intervención de la jurisdicción penal para entender en una medida de seguridad impuesta al imputado desde hace más de quince años, sin límite de tiempo establecido y en clara violación de los principios de legalidad y proporcionalidad, pues atenta contra los derechos fundamentales de quienes tienen una discapacidad mental y por ello se encuentran en una situación de vulnerabilidad aún mayor.

En la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, Sede de la Sala I del Tribunal de Casación Penal (cf. Ac. 1805 de la S.C.J.B.A.), el 4 de agosto de dos mil dieciséis se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores jueces doctores Daniel CARRAL y Ricardo R. MAIDANA (art. 451 del Código Procesal Penal), con la presidencia del primero de los nombrados, a los efectos de resolver la Causa N° 77898 caratulada ?R. O. F. E. S/ HABEAS CORPUS?, conforme al siguiente orden de votación: MAIDANA - CARRAL. ANTECEDENTES El 5 de mayo de 2016, la Sala II de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial San Martín confirmó la decisión del Juzgado de Ejecución Penal nro. 2 de dicha jurisdicción, que dispuso no hacer lugar a la solicitud de cese de la medida de seguridad formulada a favor de F. E. R.

Contra dicho decisorio, el Defensor Oficial Dr. Rodrigo Mariano Nuñez, interpuso la acción de hábeas corpus que luce a fs. 54/58vta. Hallándose la presente en estado de dictar sentencia, la Sala I dispuso plantear y resolver las siguientes:

CUESTIONES Primera: ¿Es admisible la acción de hábeas corpus interpuesta? Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? A la primera cuestión planteada el Señor Juez, doctor MAIDANA, dijo: Sostiene el Defensor Oficial que la presente acción es viable ya que el mantenimiento de la medida privativa de libertad impuesta a su asistido ha superado todos los límites de razonabilidad y proporcionalidad, por lo que la considera ilegal. Entiende que la imposición de una medida de seguridad sin límites transgrede los derechos fundamentales de las personas con padecimientos psiquiátricos,

colisionando con las normas constitucionales de plazo razonable y el principio de última ratio del derecho penal. Expresa que la acción de Habeas Corpus es la vía más idónea para que rápidamente se restablezca el derecho vulnerado de la libertad individual por el mantenimiento de la internación penitenciaria. Entiende que la decisión de la Alzada Departamental, fundada en las disposiciones del art. 34 inc. 1 del Código Penal, ha prescindido del análisis acerca de la proporcionalidad y razonabilidad de la medida que lleva quince años de duración. Sostiene que la resolución también debió fundarse en el principio pro-homine y que no existen las detenciones de por vida, menos cuando la medida impuesta tiene como objetivo la protección de quien la padece. Expresa que la medida coercitiva impuesta no ha arrojado resultados positivos. Citando jurisprudencia, aclara que ante la emergencia y teniendo en cuenta que la situación de su representado se evidenciaría como irreversible, interviene la justicia civil para la declaración de

insanía. Precisa que ante la eventual peligrosidad de R. O. proveniente de una enfermedad psiquiátrica de tipo crónica, corresponde que sea el fuero civil el que continúe interviniendo en este proceso, disponiendo una internación neuropsiquiátrica pública como el modo más idóneo para el tratamiento integral. En consecuencia, solicita se haga lugar a la acción de Habeas Corpus. Formula reserva del caso federal. Por su parte, el Defensor Adjunto de Casación, Dr. José María Hernández, en su presentación de fs. 61/62, mantiene en su totalidad los motivos de agravio introducidos por su colega de la instancia y, subsidiariamente, entiende que corresponde revocar la resolución recurrida y ordenar al Tribunal de origen la necesidad de determinar la pena que correspondería aplicar a R. conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Nacional. Solicita se haga lugar al recurso interpuesto.

Sentado ello, cabe decir que el derecho de Hábeas Corpus consiste en la posibilidad para cualquier persona -sistema de acción popular- de pretender que un Juez haga cesar la privación de la libertad o la amenaza actual de privación de libertad que arbitrariamente sufre una persona, pues no se funda en orden escrita de autoridad competente. Es una garantía destinada a brindar la protección judicial para toda persona que es privada de su libertad física o ambulatoria, o bien que encuentra su libertad restringida, agravada o amenazada ilegalmente.

El fundamento constitucional radica en el artículo 43 ?4to. párrafo? y 18 de la Constitución Nacional, a partir de una interpretación teleológica y sistemática, sin perjuicio del aval resultante del artículo 33 en cuanto a la vigencia de todas aquellas garantías que, aunque no estén enumeradas expresamente en la Constitución, conforman la esencia de un sistema político personalista, 7 inciso 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos (cfr. artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional) y 20 apartado 1 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Las reglas de carácter local, previstas en el artículo 405 cc. y ss. del CPP, están destinadas a habilitar, con el mayor rendimiento y efectividad posible, el encauzamiento de este tipo de reclamos en pos de garantizar adecuadamente el acceso a la jurisdicción. En consecuencia, el instituto de Hábeas Corpus tiene por objeto resguardar la libertad ambulatoria de las personas mediante la implementación de un mecanismo de protección sencillo, rápido y operativo tendiente a consolidar, de modo efectivo y cierto, el reconocimiento del

derecho acordado en tal sentido por nuestra Carta Fundamental y Provincial (arts. 43 CN y 20 inc. I de la Const. Pcial.). Su naturaleza, objeto, esencia y características lo alzan, por lo expuesto, como un instituto jurídico con principios y reglas propias, que exige una reglamentación especial que, a diferencia de la específica que rige en el ámbito nacional (Ley 23.098), el legislador provincial la instituyó, metodológica y sistemáticamente, como un procedimiento especial en el Capítulo V del Código Procesal Penal de esta Provincia (arts. 405 al 420 de dicho plexo). En su forma tradicional, la garantía del Hábeas Corpus tenía un carácter reparador, porque se aplicaba en aquellos casos en que una persona había sido privada de su libertad sin orden emanada de autoridad competente y mediante la intervención judicial se disponía la inmediata libertad de la persona detenida sin causa legal (art. 405 ?1er. y 3er. párrafo? inciso 6 y art. 3 de la Ley 23.098). Con el propósito de brindar una protección más amplia a la libertad física y ambulatoria de las personas, que se adecua plenamente a los fines personalistas de la Ley Fundamental, la aplicación de la garantía constitucional fue extendida a otras hipótesis. Sin perjuicio de que en el caso en el que la restricción a la libertad física fuera dispuesta por juez incompetente, o que su orden sea arbitraria o carente de legalidad, no sería viable la acción de hábeas corpus por cuanto no se trata de un medio destinado a revisar decisiones judiciales, las disposiciones de carácter local, previstas en el art. 405 cc. y ss. del CPP, tal como se expusiera, permiten un mayor rendimiento del instituto para garantizar el acceso a la jurisdicción. La competencia para entender en la presente acción de Hábeas Corpus habrá de estar supeditada a la necesaria compatibilización de las cláusulas constitucionales y supranacionales transcritas con las reglas de orden local. Además de lo expuesto, el Hábeas Corpus exige el agotamiento de las diligencias necesarias para hacer efectiva su finalidad, que no puede ser otra que la cesación del acto lesivo, por lo que corresponde la intervención para resguardar la vigencia del instituto cuando la adopción de un criterio determinado puede llegar a frustrar su esencia (fallos: 323:4108). En aras de salvaguardar la amplitud de la garantía y no frustrar su cometido, es que la ley local fijó una medida de jurisdicción tal que el pedido de hábeas corpus puede ser presentado ante cualquier órgano jurisdiccional de esta Provincia (art. 20 inc. I de la Const. Pcial. y 406 del CPP). Por lo expuesto, en la pretensión de la actora se advierten supuestos de ilegalidad y arbitrariedad, a los que refiere el artículo 405 del C.P.P., que constituyen cuestión federal suficiente y, en consecuencia, permiten el ingreso de este Cuerpo, por haber además transitado el reclamo en instancias inferiores, otorgando de este modo la amplitud de conocimiento que requieren los extremos del asunto, en aras de la reparación de los perjuicios denunciados. Es doctrina de este Tribunal, que la presentación directa del hábeas corpus ante esta Sede es formalmente inadmisibile, salvo supuestos de gravedad institucional o claras cuestiones federales, como en el presente caso que nos compete (cf. Sala III, causa 5918, ?G., M. A. s/ Hábeas Corpus?, del 15/01/2001. En igual sentido Sala II sentencia del 16/5/2000 en causa 2.268, Sala I causa n° 1969, del 23/3/00). En tal sentido, el objeto de disputa resulta ser, en definitiva, un decisorio de fecha 17 de marzo del año 2016, denegando el cese de la medida de seguridad impuesta a F. E. R. O., dictado por la Jueza de Ejecución Penal a cargo del Juzgado n° 2 del Departamento Judicial de San Martín, Dra. María Valentina Olmedo, cuya revisión ha agotado el recorrido corriente en la Sala II de la Cámara de Apelaciones y Garantías de dicho Departamento, mediante sentencia del 5 de mayo del corriente año que confirma lo resuelto por la instancia, de modo que el perjuicio irrogado ya no es susceptible de reparación mediante una vía ordinaria. Frente a lo expuesto, cabe entonces realizar algunas aclaraciones que competen a las medidas de seguridad en general. En primer lugar, no se puede pasar por alto el debido resguardo de los derechos y garantías de quien se encuentra ejecutando una medida terapéutica involuntaria y coactiva -que no es otra cosa que una privación de libertad-, indeterminada en el tiempo y que, por haber en este caso superado los quince años, ya es mayor a la pena que hubiera sido impuesta para el delito en cuestión (tentativa de homicidio calificado por el vínculo, art. 44 tercer párrafo y 80 inc. 1 del C.P.), de habérselo condenado como autor penalmente responsable. En efecto, los principios de legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, tutela judicial e igualdad de trato resultan aplicables al examen de este caso, ya que indican que la fiscalización de la medida de seguridad curativa respecto de R. O., perdió su razón de ser dentro de la órbita de este proceso penal, afirmación que procederé a fundamentar a continuación. En referencia a las medidas de seguridad, la Corte Suprema de Justicia ha manifestando que ?[e]n estas condiciones, tanto el principio de proporcionalidad como el propósito de respetar el principio de igualdad, que se buscó con la declaración de inimputabilidad, se ven seriamente comprometidos debido a que se muestra como irrazonable que una persona, a la que el Estado no quiere castigar, se vea afectada en sus derechos en una medida mayor de la que le hubiese correspondido de haber sido eventualmente condenada como autor responsable? (Fallos, 331:211). Y del mismo modo se ha manifestado esta Sala VI con anterioridad al sostener que resultaba irrazonable y desproporcionada la subsistencia de la reacción penal en un proceso (garantía plazo razonable), cuando no es éste sino otro, el ámbito donde se debería controlarse periódicamente el tratamiento terapéutico y garantizar el debido respeto de los derechos esenciales de los enfermos con padecimientos mentales, según el estándar mínimo internacional de derechos humanos (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006; Principios de Salud Mental de la ONU, Convención Interamericana de Eliminación de toda forma de discriminación, Ley de Salud Mental; Causa nro. 55.798 ?Reyes, Rodolfo Faustino s/ Recurso de Casación? 18/4/13; CDPD, 2006). Ello se justifica en que la pena está

estrictamente ligada a la culpabilidad del agente, por lo que su aplicación se orienta al fin resocializador y re-adaptativo del sujeto (prevención especial). En cambio, las medidas de seguridad, al no haber tenido el agente posibilidad de comprensión del hecho, no pueden reconducirse en esos términos, por lo que se recurre como fundamento a la peligrosidad evidenciada por la comisión del ilícito, a fin de brindar con la imposición de una medida de seguridad un tratamiento terapéutico al sujeto peligroso (prevención especial), pero también subyace la idea de la defensa social frente a personas que se consideran potenciales focos de peligro (prevención general) (Ibíd.). Sin embargo, ese estado peligroso no puede justificar el irrespeto de derechos constitucionales y derechos humanos; si bien las medidas de seguridad son prospectivas, lo cierto es que su eventual indefinición temporal y la dificultad de fundar un juicio probabilístico sobre un actuar futuro delictivo, exigen como ineludible que su mantenimiento se ajuste a los principios y garantías constitucionales que rigen la manifestación de la respuesta punitiva en un Estado de Derecho, en aras de evitar situaciones rayanas a la arbitrariedad, más aún cuando no puede omitirse que ellas son ?fruto histórico? de un derecho autoritario, de un derecho penal de autor y de un pensamiento positivista que impone penas sin culpabilidad (Ibíd.). Además de los principios jurídicos expresados, es necesario resaltar que el principio general amparado por los ordenamientos jurídicos nacional e internacional en derechos humanos, es el de la libertad y la excepción es la privación de ésta. En ese sentido, tanto el art. 7, inc. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el art. 9, inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, parten de establecer este principio, es decir el derecho de toda persona a la libertad y a la seguridad (Fallos, 331:211). Así es que la privación de libertad constituye sólo una excepción contemplada en dichas normas bajo el estricto cumplimiento de ciertos requisitos; éstos son, legalidad y no arbitrariedad. En el mismo sentido se expresa la legislación específica en materia de discapacidad, sosteniendo la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su artículo 14 sobre ?Libertad y Seguridad de la persona,? que ?1. Los Estados Partes asegurará n que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás: a) Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona; b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad? (2006). Siendo necesario destacar que su normativa ha sido considerada de tal importancia, que recibió jerarquía constitucional en nuestro ordenamiento jurídico interno a fines del año 2014. Así es que la privación de la libertad solo puede producirse bajo el amparo de las circunstancias tipificadas legalmente y bajo las formalidades también requeridas en la norma, no habiendo espacio para el ejercicio de la arbitrariedad. Complementan lo aquí expresado, los "Principios de Salud Mental" en donde se establece que "no se someterá a ningún paciente 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. Esas prácticas no se prolongarán más allá del período estrictamente necesario para alcanzar ese propósito" (Principio 11, Párr. 11). Y lo propio se encuentra indirectamente expresado también en la Ley Nacional de Salud Mental 26.657 citada, en cuyo artículo 1 se define su objetivo de ?asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional,? entendiéndose claramente que dentro de dichos derechos está el de la libertad. En la mencionada Ley Nacional también se establece que la internación es una medida de carácter restrictivo, por lo que mucho más aún debiera serlo la medida de seguridad dentro del ámbito penal. Todo lo expuesto lleva a abocarme a la tesis que sostiene la necesidad de establecer un límite temporal a la medida de seguridad fundada en el principio de proporcionalidad, pues de lo contrario, la internación se convierte en los hechos en una pena privativa de la libertad sin límites de duración, en contradicción con las normas constitucionales (Fallos, 331:211). En este sentido se ha expresado gran parte de la doctrina, sosteniendo uno de sus exponentes que las medidas de seguridad deben tener un límite temporal cuyo máximo no puede superar aquel conminado para el hecho que le sirve de base, pues no existe fundamento para que una medida asistencial y de protección sea más lesiva que la pena que hubiese tenido lugar frente a la existencia de culpabilidad (Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, 2006. ?Tratado de Derecho Penal Parte General.? Buenos Aires:Ediar). En igual sentido se ha expresado el jurista italiano Luigi Ferrajoli al enunciar que la ?duración indeterminada y la ausencia de toda garantía relativa al momento en que han de cesar representan sin duda, el aspecto más vejatorio de las medidas de seguridad personales...,? sosteniendo que esta indeterminación muchas veces se convierte en una ?especie de segregación de por vida? (Ferrajoli, Luigi, 2001. ?Derecho y Razón.? Madrid:Ed. Trotta, 5ta. Edición, Págs. 734/735). Por su parte, Hans-Heinrich Jescheck entiende que el remedio a la arbitrariedad que presenta la indeterminación temporal y a las características del internamiento, muchas veces peores que aquellas de la privación de libertad, es la limitación temporal y la construcción de centros especiales de internación. Esta postura, ha sido expresamente incorporada al Código Penal Español reformado en 1995, cuyo artículo 6 inc. 2 dice: ?Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.? La norma encuentra fundamento en el principio de proporcionalidad y en la necesidad de

establecer para las medidas de seguridad reglas similares a las de la pena, pues no es lógico que quien no siendo culpable encuentre su privación de libertad con menos garantías que aquel considerado imputable. En consecuencia, la postura general que sostiene la necesidad de exigir un límite temporal a las penas, se basa esencialmente en el principio de proporcionalidad, puesto que al tener las medidas de seguridad naturaleza penal, se encuentran amparadas por las garantías propias del sistema penal. Es así que la proporcionalidad debe comprenderse como marco garantizador de derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad fluye del Estado de Derecho, y por lo tanto tiene rango jurídico-constitucional y concreta el principio de ponderación de bienes en el sentido de una prohibición de exceso (non sic, Roxin Claus, ¿Derecho Penal Parte General?, T.I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, págs. 106 y 189, Thompson Civitas, 2008). Como fuera expresado, las medidas de seguridad no tienen el límite del principio de culpabilidad, por lo que las garantías del sistema penal impulsaron la necesidad de acudir a la idea de proporcionalidad, para evitar que las medidas pudieran resultar un medio desproporcionadamente grave en comparación con su utilidad preventiva. Por lo que, además del fin legítimo mencionado, dicha proporcionalidad se cumple bajo la existencia del principio de legalidad, entendiendo por éste la necesidad de que toda medida que limita derechos fundamentales debe estar prevista en la ley. Cabe destacar que ésta es la postura que se ha ido desarrollando jurisprudencial y doctrinariamente también a nivel internacional. Así, la Recomendación 2/83 del Comité de Ministros del Consejo de Europa exige que el internamiento tenga una duración limitada, sin perjuicio de las revisiones que podrán realizarse previo a y ante su finalización (Hegglin, María F., 2006 ¿Los enfermos mentales en el derecho penal. Contradicciones y Falencias del sistema de medidas de seguridad.? Buenos Aires:Del Puerto). Aunque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se ha expresado sobre la duración, ha establecido condiciones mínimas que deben darse para que la privación de libertad sea conforme a derechos. Tales condiciones son ¿que persista el trastorno mental con las características y la amplitud que en su momento justificó la aplicación de la medida? y que exista revisión judicial periódica para evitar la continuidad de una medida innecesaria y acortar su tiempo lo más tempranamente posible (Ob. Cit. Pág. 267). De lo expuesto se infiere el entendimiento de que la libertad es la regla, siendo la medida una restricción que debe aplicarse de manera excepcional y bajo estricto control judicial y cumplimiento de derechos fundamentales. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que ¿[d]ebido a su condición psíquica y emocional, las personas que padecen de discapacidad mental son particularmente vulnerables a cualquier tratamiento de salud, y dicha vulnerabilidad se ve incrementada cuando las personas con discapacidad mental ingresan a instituciones de tratamiento psiquiátrico? (CIDH, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, Sentencia de 4 de julio de 2006). Dicho incremento en la vulnerabilidad refuerza aún más la necesidad de establecer un límite temporal a las medidas de seguridad. Ahora bien, frente a lo expuesto cabe analizar las circunstancias del caso en particular, en el que, como ya se hiciera mención, continúa firme una medida de seguridad impuesta a F. E. R. O. hace más de quince años, sin un límite de tiempo establecido, en clara violación de los principios de legalidad y proporcionalidad, atentando contra los derechos fundamentales de quien, siendo una persona con una discapacidad mental, se encuentra en una situación de vulnerabilidad aún mayor. Situación ésta que debiera activar los mecanismos de protección del Estado y no, justamente, incrementar la órbita de acción del poder punitivo. Por lo expuesto, a esta altura de los hechos no hay duda que es otro y no éste, el ámbito adecuado y eficaz para adoptar las medidas pertinentes, por cuanto la razón y proporcionalidad trazan los límites al derecho penal, cuyo seno no es idóneo para efectivizar el derecho de R. O. de acceder al tratamiento menos represivo y limitativo posible, el derecho a no ser discriminado por su condición de inimputable sobreseído en causa penal a la hora de acceder a un determinado formato terapéutico adecuado a su condición, el derecho de dotar al afectado de una representación adecuada y responsable -curador- que tiene el deber de propender la efectiva tutela de los derechos esenciales de la persona con padecimientos mentales, el sometimiento de la terapia debida que merece el caso, la fiscalización del régimen orientado al mejoramiento del defecto psíquico, como así también los demás derechos que emergen del catálogo que rige en la materia según los estándares internacionales y nacionales mencionados. De acuerdo a tales consideraciones normativas que conforman el estándar mínimo internacional de trato de las personas con padecimientos mentales, se estima que es otro ámbito de actuación jurisdiccional el que debe atender este caso que involucra el seguimiento terapéutico de R. O., con la implementación de medidas positivas, el ejercicio de un control judicial adecuado y periódico para la debida tutela de los derechos esenciales de la persona sometida al tipo de proceso como el de autos, efectivizar el derecho a recibir un tratamiento y ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos, habiendo ya sido señalado por la Corte Federal que ¿...hoy en día los Tribunales Colegiados de Instancia única del Fuero de Familia creados por ley de la provincia de Buenos Aires 11.453 (B.O. 29 de noviembre de 1993, texto según ley 12.318) son los competentes en todo lo que hace a la ¿declaración de incapacidad e inhabilitaciones, sus rehabilitaciones y curatela' (art. 827, inc. n, Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires). Además, dichos tribunales son los más idóneos para entender en la problemática del causante por contar con un equipo interdisciplinario y técnico-auxiliar? (mutatis mutandi, CS Fallos 331:211, Cons. 24). Que no obsta que tenga resuelto la SCBA que el juez que haya prevenido en la internación dispuesta en los términos del

artículo 34 Inc. 1 segundo párrafo del Código Penal, es quien deba velar por el cumplimiento de dicha medida de seguridad (cfr. Ac. 86.228; Ac. 94.344; 95.192; 96.811, entre otras), ya que aquí no se discute el control de una internación manicomial, sino su excesiva prolongación y la consecuente desproporcionalidad de la subsistencia de la reacción punitiva durante un plazo que ya excede en creces todo criterio de razonabilidad (art. 7.5 de la CADH y 9.3 del PDCyP), como así también el mejor trato y resguardo, acorde al estándar internacional, de los derechos de las personas con padecimientos mentales. Asimismo, del análisis de la causa surge que la sentencia denegatoria del cese de la medida de seguridad no tuvo en cuenta la totalidad de los informes psicológicos efectuados, omitiendo justamente aquel que resultaba más beneficioso para el paciente, confeccionado por la Psicóloga Valentina Kosak y la Trabajadora Social María Belén Ávila en agosto de 2014, y cuyo texto expresa "[s]in embargo, se considera que los indicadores de peligrosidad se encuentran disminuidos a instancias del tratamiento psicofarmacológico y de la contención y supervisión que le brinda el medio internativo. Esta función podría cumplirla una institución hospitalaria fuera del ámbito penitenciario, enfatizando el estricto control de la adherencia a la prescripción farmacológica y la contención del medio internativo adecuado" (fs. 44). Del resto de los informes presentados, surge que aquél efectuado por la Junta Evaluadora de Internos de Melchor Romero con fecha dieciocho de marzo de 2013, indica que R. O. "requiere internación psiquiátrica cuando cese la medida de seguridad" (fs. 42). Pues ahora bien, si la medida de seguridad no tiene un límite de tiempo determinado, como ya fuera expresado, y no es ordenada por el Juez competente al efecto, no podrá darse cumplimiento a lo sugerido en el informe de la Junta Evaluadora, quedando éste sin efecto alguno. Los otros dos informes adunados a la causa, y elaborados posteriormente en noviembre y diciembre de 2015 respectivamente, consideran que continúa siendo conveniente un régimen de internación en un establecimiento de características cerradas (fs. 45/46 vta.). En el primer informe citado, omitido en el análisis del requerimiento de cese de la medida de seguridad, se sugiere el traslado a un régimen hospitalario ajeno al penitenciario, que no se efectivizó judicialmente. A lo que corresponde asimismo adunar lo establecido en el artículo 24 de la Ley Nacional de Salud Mental acerca de las internaciones involuntarias: "[e]n caso de diferencia de criterio, [el juez] optará siempre por la que menos restrinja la libertad de la persona internada." Reitero una vez más, que la libertad es la regla y su privación la excepción, no pudiendo ser esta última ni arbitraria ni desproporcionada, necesitando cumplir los requisitos normativos. Cabe afirmar que, en la especie, aparece sin razón el cumplimiento en órbita carcelaria, máxime cuando los cuatro informes médicos acompañados revelan diferencias de criterio, sugiriendo un régimen hospitalario para el cese de la medida de seguridad, otro Open Door, y dos la continuación de la medida de seguridad. Además, la traba negativa entre la jurisdicción penal y de familia, no debe dar lugar a espacios de arbitrariedad en el reconocimiento y protección de los derechos mínimos y específicos de un grupo vulnerable y de riesgo que -por su condición- exige deberes especiales de cumplimiento por parte del Estado (Corte IDH, Caso: "Ximenes Lopes c. Brasil", sent. 4/7/2006). Y aclaro que es obligación del juez de ejecución que está conociendo en el asunto seguir interviniendo en el control judicial y periódico del tratamiento terapéutico del causante, a fin de no generar un estado de desamparo durante la espera hasta que se finiquite la cuestión de si es un Tribunal de Familia el que deba atender la problemática del caso (CS, Fallos 328:4832; Competencia 1524.XLI "Cano", rta. 27/12/2005; Competencia 1195, XLII, "R., M. J. s/ insana", rta. 19/02/2008). Ello, sin perjuicio que, en lo casuístico y a criterio del suscripto, no sea el fuero penal -a esta altura de las circunstancias- el más idóneo para la asistencia y tutela -no carcelaria- de los derechos involucrados (cfr. Sala VI, Causa N° 55.798: "R., R. F. s/ rec. De casación", rta. 18/04/2013, reg. 94/13; y también "Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental" de la ONU, "Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad", aprobada por Ley 25.280; Ley 26657 de Salud Mental). Hallándose en juego el ejercicio de un derecho de raigambre constitucional y no habiéndose podido restablecer la legalidad pese al recto empleo de los mecanismos procesales ordinarios, debe operar la apertura de la Sede. Por todo lo expuesto, en esta primera cuestión, **VOTO POR LA AFIRMATIVA.** A la misma primera cuestión planteada el señor juez, doctor CARRAL, dijo: Adhiero, por sus fundamentos, a lo expresado por el distinguido colega preopinante y a esta cuestión, también **VOTO POR LA AFIRMATIVA.** A la segunda cuestión planteada, el señor juez doctor MAIDANA dijo: Se advierte en la decisión cuestionada una inusitada rigidez incompatible con los lineamientos expuestos, ello quita fundamento al decisorio atacado y lo descalifica como acto jurisdiccional válido. Propongo, por todo lo expuesto, que se haga lugar a la petición de Hábeas Corpus, se case la resolución de fecha 5 de mayo de 2016 por la Sala II de la Cámara de Apelación y Garantías de San Martín y devolver estas actuaciones a dicho órgano para que DICTE NUEVO DECISORIO siguiendo los lineamientos aquí expuestos respecto del cese de intervención de la jurisdicción penal que, no obstante, deberá seguir indefectiblemente con el control de la medida de seguridad hasta tanto -sin solución de continuidad- asuma competencia el fuero de familia y sin perjuicio de la decisión que corresponda adoptar en esa sede pertinente respecto de la continuidad del tratamiento terapéutico de F. E. R. O., conforme lo normado en los artículos 144, 468, sgts. y ccdds. del C.C., 618 y sgts, 827 Inc. N del C.P.C.yC.P.B.A. (arts. 1, 18, 19, 33, 75 Inc. 22 CN, 7.5 de la CADH y 9.3 del PIDCyP,

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el mejoramiento de la atención de salud mental de la ONU (Res. 46/119 del 17/12/2001), 1.2.a, 3.1.a., 3.2.b, 3.2.c y c.c. de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, arts. 6, 7 ?D? y ?H?, 8 y c.c. de la Ley 26.657 de Salud Mental; 20 inc. 1, 106, 210, 421, 433, 448, 450, 460, 530 y 531 del CPP). ASÍ LO VOTO. A la misma segunda cuestión planteada, el señor juez doctor CARRAL, dijo: Adhiero, por sus fundamentos, a lo expresado por el distinguido colega preopinante. ES MI VOTO. Con lo que se dio por finalizado el Acuerdo, dictando la siguiente: SENTENCIA Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: I.-HACER LUGAR -sin costas- a la petición de Hábeas Corpus interpuesta a favor de F. E. R. O. II. CASAR lo resuelto en fecha 5 de mayo de 2016 por la Sala II de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de San Martín y devolver estas actuaciones a dicho órgano para que DICTE NUEVO DECISORIO siguiendo los lineamientos aquí expuestos respecto del cese de intervención de la jurisdicción penal que, no obstante, deberá seguir indefectiblemente con el control de la medida de seguridad hasta tanto -sin solución de continuidad- asuma competencia el órgano del fuero de familia correspondiente y sin perjuicio de la decisión que corresponda adoptar en la sede pertinente respecto de la continuidad del tratamiento terapéutico de F. E. R. O., conforme lo normado en los artículos 144, 468, sgts. y cccts. del C.C., 618 y sgts, 827 Inc. N del C.P.C.yC.P.B.A. Rigen los artículos 1, 18, 19, 33, 75 Inc. 22 CN; 7.5 de la CADH y 9.3 del PDCyP; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el mejoramiento de la atención de salud mental de la ONU -Res. 46/119 del 17/12/2001-, 1.2.A, 3.1.A., 3.2.B, 3.2.C y c.c. de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, arts. 6, 7 ?D? y ?H?, 8 y c.c. de la Ley 26.657 de Salud Mental; 144, 468 y c.c C.C.; 618, 827 del C.P.C.C.P.B.A.; 20 inc. 1, 106, 210, 421, 433, 448, 450, 460, 530 y 531 del C.P.P.B.A. Regístrese, comuníquese, notifíquese y oportunamente gírese -por intermedio de la M.U.G.E.- a la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de San Martín, a la que se le encomienda la notificación del presente y a los fines que cumpla con lo aquí resuelto y acollare este legajo con el principal que le sirve de antecedente. FDO: RICARDO R. MAIDANA - DANIEL CARRAL Ante mí: Jorge Andrés Álvarez Correlaciones C., M. F. s/recurso de casación - Trib. Casación Penal La Plata - Sala I - 02/02/2015 009093E