

UNIVERSIDAD DE GRANADA
ESCUELA DE DOCTORADO DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES Y
JURÍDICAS
PROGRAMA DE DOCTORADO EN CRIMINOLOGÍA



PELIGROSIDAD POST DELICTUAL,
GARANTÍAS PENALES Y DERECHOS
HUMANOS DE LOS INIMPUTABLES POR
ANOMALÍA O ALTERACIÓN PSÍQUICA.

TESIS DOCTORAL

VIVIANE MONTEIRO SANTANA GARCÍA
DIRECTOR: PROF. DR. LORENZO MORILLAS CUEVA

Granada, España – 2021

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autor: Viviane Monteiro Santana García
ISBN: 978-84-1117-123-6
URI: <http://hdl.handle.net/10481/71608>

Tesis doctoral presentada
por la **Mgs. Viviane Monteiro
Santana** bajo la dirección del **Dr.
Lorenzo Morillas Cueva** para la
obtención del grado de Doctora
en Criminología.

Granada, 2021

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	5
INTRODUCCIÓN	7
PRIMERA PARTE: TRAYECTORIA HISTÓRICA DE LA PELIGROSIDAD PENAL.....	11
CAPÍTULO PRIMERO: DE LA PROTOHISTORIA AL SURGIMIENTO DE LA PELIGROSIDAD PENAL ASOCIADA A LA LOCURA	12
I. PROTOHISTORIA	14
1. Antigüedad Clásica	14
2. Edad Media	19
3. Siglos XVI y XVII	21
II. EL SURGIMIENTO DEL CONCEPTO DE PELIGROSIDAD ASOCIADO A LA IDEA DE LOCURA	25
1. Siglo XVIII	26
2. Siglo XIX.....	31
2.1. Phillipe PINEL	32
2.2. Jean-Étienne ESQUIROL	36
2.3. Benedict MOREL.....	40
2.4. Escuela Positivista Italiana.....	45
III. VALORACIÓN PERSONAL	54
CAPITULO SEGUNDO: PELIGROSIDAD, PSIQUIATRÍA Y DERECHO PENAL.....	64
EN EL SIGLO XX.....	64
I. LA PSIQUIATRÍA EN EL SIGLO XX.....	66
1. Psiquiatría Crítica, Antipsiquiatría y Desinstitucionalización.....	72
2. Algunas Precisiones.....	78
II. PELIGROSIDAD Y DERECHO PENAL EN EL SIGLO XX	82
1. La Defensa Social.....	83
2. El Derecho penal de Autor	90
3. Nueva Escuela de Defensa Social	96
4. El Neoexpansionismo Penal: Derecho Penal del Enemigo y Custodia de Seguridad.....	99
5. Evolución de la peligrosidad penal en la legislación de española.....	105

5.1. Siglos XVIII y XIX: antecedentes de la peligrosidad penal	105
5.2. Dictadura de Miguel Primo Rivera: Código Penal de 1928.....	107
5.3. La Segunda República Española: Código Penal de 1932 y Ley de Vagos y Maleantes de 1933	108
5.4. Periodo franquista: Código Penal de 1944 y Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970	111
5.5. La vuelta a la democracia: Código Penal de 1995	114
III. VALORACIÓN PERSONAL	124
SEGUNDA PARTE: LA PELIGROSIDAD POST DELICTUAL DE LOS INIMPUTABLES POR ANOMALÍA O ALTERACIÓN PSÍQUICA	136
CAPÍTULO TERCERO: PELIGROSIDAD CRIMINAL POST DELICTUAL Y DERECHO PENAL.....	137
I. PELIGROSIDAD POST DELICTUAL DE LOS ENFERMOS MENTALES: LA BÚSQUEDA POR UNA DEFINICIÓN	140
1. Algunas distinciones iniciales.	140
2. La peligrosidad en el sistema jurídico-penal	145
3. Definición(es) de peligrosidad.....	150
II. PRESUPUESTOS LEGALES	154
1. El injusto penal	154
2. La inimputabilidad por anomalía o alteración psíquica.....	159
2.1. Breve reflexión sobre la Culpabilidad como soporte de la Imputabilidad	160
2.2. Inimputabilidad por anomalía o alteración psíquica.....	173
3. El pronóstico de peligrosidad	185
3.1. Método clínico puro o de valoración clínica no estructurada	188
3.2. Método estadístico o de valoración actuarial.....	191
3.3. Método mixto o valoración clínica estructurada.....	195
3.4. Falsos positivos y baja capacidad predictiva	196
III. VALORACIÓN PERSONAL	202
CAPÍTULO CUARTO: PRINCIPIOS PENALES, GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y PELIGROSIDAD.	212
I. ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO, PELIGROSIDAD Y MEDIDA DE SEGURIDAD	213

II. ESPECIAL ATENCIÓN A LOS PRINCIPIOS DE GARANTÍA DEMOCRÁTICA EN RELACIÓN DE LA PELIGROSIDAD CON EL ESTADO DE DERECHO.....	218
1. Principio de Igualdad y No Discriminación	218
2. Principio de Legalidad.....	221
3. Principio de Culpabilidad	225
III. PRINCIPIOS LIMITADORES DEL <i>IUS PUNIENDI</i> DEL ESTADO.....	228
1. Principio de Intervención Mínima.....	229
2. Principio de Proporcionalidad	230
3. Principio de Presunción de Inocencia.....	234
4. Principio de Humanidad de las Penas y Principio de Resocialización.....	237
IV. VALORACIÓN PERSONAL	242
TERCERA PARTE: DERECHOS HUMANOS DE LOS INIMPUTABLES POR ANOMALÍA O ALTERACIÓN PSÍQUICA.....	250
CAPÍTULO QUINTO: ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON TRASTORNO MENTAL	251
I. MODELOS DE CONCEPCIÓN DE LA DISCAPACIDAD.....	253
1. Modelo de Prescendencia.....	254
2. Modelo de Rehabilitación.....	257
3. Modelo Social o de Barreras Sociales	263
II.SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS .	266
1. Sistema de la Convención	273
1.1. Derecho de igualdad y no discriminación	278
1.2. Derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley.....	284
1.3. Acceso a la justicia, libertad y seguridad	292
1.3.1. Prohibición absoluta de recluir a una persona por su discapacidad real o percibida.....	293
1.3.2. Declaración de incapacidad en el sistema de justicia penal (inimputabilidad) y sus consecuencias: reclusión involuntaria en unidad penitenciaria o en una institución de salud.....	297
1.3.2. Condiciones de reclusión de las personas con discapacidad.....	300
1.4. Derecho a una vida independiente y a ser incluido en la comunidad (artículo 19) y al respeto al hogar y la familia (artículo 23)	302

1.5. Derecho a la salud, a la habilitación y rehabilitación.....	306
III. SISTEMA EUROPEO	311
IV. ESTÁNDARES DE TRATAMIENTO DE SALUD MENTAL	326
1. El Estándar Internacional de Tratamiento de la Salud Mental en la Actualidad.....	327
2. Salud Mental en España y Sistema Penitenciario.....	336
2.1. El tratamiento de las personas con enfermedad mental en el sistema penal español	342
2.2.Observaciones finales sobre los informes periódicos de España al CRPD	348
V. VALORACIÓN PERSONAL.....	352
CONCLUSIONES	366
BIBLIOGRAFÍA	374

ABREVIATURAS

ACNUDH	Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
AEN	Asociación Española de Neuropsiquiatría
APA	Asociación Americana de Psiquiatría
APS	Atención Primaria de Salud
CBE	Comité de Bioética de España
CDPD	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
CIE	Clasificación Internacional de Enfermedades
COE	Consejo Europeo de Derechos Sociales
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CP	Código Penal Español
CRPD	Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
DSM	Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales
HCR-20	Historical, Clinical, Risk Management-20
HPP	Hospital Psiquiátrico Penitenciario
LGP	Ley General Penitenciaria
LGS	Ley General de Salud
MVI	Movimiento por una Vida Independiente
OMS	Organización Mundial de Salud
ONG	Organización no gubernamental
ONU	Organización de Naciones Unidas
OPG	Ospedale Psiquiatrico Giudiziario
OPS	Organización Panamericana de la Salud
PAI-PJ	Proyecto de Atención Integral al Paciente Judicial

RAE	Real Academia de la Lengua Española
REMS	Residencias para la Ejecución de Medidas de Seguridad
RP	Reglamento Penitenciario
RRASOR	Rapid Risk Assessment of Sexual Offender Recidivism
SGIP	Secretaría General de Instituciones Penitenciarias
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional

INTRODUCCIÓN

La peligrosidad de las personas con trastorno mental es una categoría jurídica que nace en el siglo XIX, como consecuencia del desarrollo de la Psiquiatría y de la mirada preventiva del derecho penal, propia de la Escuela positivista. En base principalmente a las obras del psiquiatra francés Phillipe PINEL, y del médico italiano Cesare Lombroso, esta concepción surge basada en el determinismo biológico y en la idea de que la ciencia podría prever el comportamiento criminal. En este contexto, la peligrosidad es la propia razón del nacimiento de la medida de seguridad como sanción penal, en el sentido de que la insuficiencia de la actuación de la pena para el control de los “peligrosos”, mediante los altos niveles de reincidencia que se observaba en Europa en el siglo XIX, motivó el ingenio de una nueva sanción penal que se proponía ser más eficaz en la prevención del crimen. Así, el binomio peligrosidad- medida de seguridad entró al escenario normativo a través del Código Penal Suizo de 1932 y fue replicado en las nuevas legislaciones occidentales de su época, en donde permanecen hasta la actualidad, con excepción del ordenamiento jurídico italiano.

La peligrosidad puede definirse sintéticamente, de forma dominante en la actualidad, como un pronóstico de reincidencia de la persona con trastorno mental que ha cometido un delito. A su turno, la consecuencia jurídica vinculada a la peligrosidad es una sanción penal específicamente prevista para estos casos: la medida de seguridad. Ambos institutos se constituyen en actuaciones de excepción en relación al sistema jurídico penal, una vez que no gozan del mismo estándar de garantías que la pena.

En efecto, este trabajo nace a partir de los cuestionamientos sobre el sentido y la pertinencia de la existencia de dos modelos de intervención penal paralelos, uno destinado a la ciudadanía en general basado en el dúo culpabilidad – pena, con acceso a los derechos y garantías del sistema jurídico nacional e internacional; y otro destinado a un grupo específico de personas, las que poseen un diagnóstico psiquiátrico, basado en el sistema peligrosidad – medida de seguridad, en el cual la intervención penal es maximizada y los principios del Estado Social y Democrático de Derecho son relativizados.

Otra consecuencia de esta observación fue el cuestionamiento sobre el porqué de que, después de un largo camino hacia la consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho, en el cual los Estados fueron despojándose de los sesgos discriminatorios a nombre de la igualdad formal y material de sus ciudadanos, todavía persiste una única categoría de personas para las cuales subsiste la presunción legal de peligrosidad. Cómo se sabe, antes de la

Constitución Española la ley de Vagos y Maleantes y la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social establecían una multiplicidad de sujetos para dicha categoría: como ejemplo, los ebrios y toxicómanos habituales, especuladores, homosexuales “y, en general, todas aquellas personas que, por su forma de vida habitual, dedicada a actividades inmorales, demuestren un estilo de peligrosidad por analogía con lo dispuesto en esta Ley” (Ley de Vagos y Maleantes, artículo primero, literal F).

En este sentido, es fundamental comprender la trayectoria de la naturalización de la noción de enfermedad mental, como sinónimo de peligro, como parte de lo que FOUCAULT llamó “dispositivo de control-dominación de la locura”¹. Este control sigue siendo ejercido por todo el complejo sistema de la actuación penal, ya que la probabilidad de volver a cometer crímenes, es presumida por la ley y, es parte de la propia inimputabilidad y así fundamenta la aplicación de la medida de seguridad. De tal manera, el objetivo general de este trabajo fue cuestionar el concepto de peligrosidad penal como supuesto de las medidas de seguridad a partir de la deconstrucción histórica, teórica y práctica con el fin de evidenciar su incompatibilidad con las garantías jurídico-penales y los derechos humanos de las personas entendidas como inimputables por anomalía o alteración psíquica.

Al efecto, se parte del forzoso reconocimiento de la necesidad de extrapolar la comprensión estrictamente jurídica del objeto de estudio, como postura propia del área en que se enmarca este programa doctoral, la criminología, ampliando el enfoque hacia una investigación transdisciplinaria. En este sentido, se parte del marco conceptual del derecho y de la psiquiatría (enfoque multidisciplinario), para trascender a un análisis transdisciplinario, es decir, producir como fruto del encuentro y cooperación entre psiquiatría, Derecho penal y derechos humanos un único análisis integrado.

Así, el trabajo se divide en tres ejes temáticos que se proponen abordar los ámbitos antes descritos en el propósito de aportar a la discusión crítica desde los fundamentos hasta las consecuencias jurídicas y prácticas de la peligrosidad post delictual de los inimputables por anomalía o alteración psíquica.

De esta forma, la primera parte tiene por objetivo la deconstrucción histórica de la peligrosidad de las personas que padecen trastorno mental. Asimismo, en el capítulo primero

se realiza un análisis comparado de la trayectoria de la peligrosidad penal, desde los campos separados del derecho penal y desde la psiquiatría, hasta su convergencia, con la generación del concepto de peligrosidad asociado a la locura. De otra parte, el capítulo segundo explora el paulatino camino hacia sendas divergentes que tomaron ambos campos, jurídico-penal y psiquiátrico, en el siglo XX, evaluando los cambios y ajustes que sufrieron en virtud del Estado Social y Democrático de Derecho y de los avances en la ciencia médica.

La segunda parte del documento se dedica a reconocer el marco dogmático jurídico de la peligrosidad post delictual de los inimputables por anomalía o alteración psíquica y confrontar dicho instituto jurídico con los principios penales y del Estado Social y Democrático de Derecho. Así, el capítulo tercero identifica las bases teóricas de la peligrosidad, su precario desarrollo y definición, y analiza críticamente sus presupuestos legales: el injusto penal, la inimputabilidad por anomalía o alteración psíquica y el pronóstico de peligrosidad. Posteriormente, el capítulo cuarto contrasta los principios jurídico penales y del Estado Social Democrático de Derecho con la peligrosidad y su consecuencia jurídica, la medida de seguridad, y evalúa la compatibilidad de la peligrosidad como fundamento de aplicación de las medidas de seguridad sobre las garantías penales de las personas con trastorno mental.

Finalmente, la tercera parte de esta investigación comienza por examinar, en el capítulo quinto, los estándares internacionales de derechos humanos de las personas con discapacidad psicosocial y el estándar internacional de tratamiento en salud mental, para determinar las relaciones existentes entre la peligrosidad, la medida de seguridad y los derechos humanos de las personas con trastorno mental. A continuación, se identifican los rasgos principales del sistema de salud mental en España y su relación con el sistema penitenciario y explora posibilidades de compatibilización del tratamiento en el contexto penal con miras a superar la noción de peligrosidad y la construcción de un trato igualitario para las personas con trastorno mental en el sistema penal.

PRIMERA PARTE: TRAYECTORIA HISTÓRICA DE LA PELIGROSIDAD PENAL

**CAPÍTULO PRIMERO: DE LA PROTOHISTORIA AL SURGIMIENTO DE LA
PELIGROSIDAD PENAL ASOCIADA A LA LOCURA**

Para llegar a comprender los caminos que llevan a la naturalización de la enfermedad mental como sinónimo de peligrosidad penal, es necesario analizar el proceso histórico de comprensión de la locura, aunque de forma resumida, para identificar el proceso que llevó a que las nociones de peligrosidad penal y de enfermedad mental se vinculen de tal modo que su relación llegue a ser en la actualidad percibida como intrínsecamente natural. De hecho, la asociación entre locura y peligrosidad no siempre existió². La convergencia entre estas dos categorías se inaugura a partir del protagonismo de la monomanía homicida en el siglo XIX, el llamado “crimen loco”, que, a partir del alienismo y de la unión que produjo entre la psiquiatría y el Derecho penal, generó el nacimiento de la noción, aunque todavía embrionaria, de la peligrosidad penal³.

A partir de este momento, pasó a desarrollarse lo que FOUCAULT llamó “evolución de la noción de ‘individuo peligroso’ en la psiquiatría legal del siglo XIX”, que culminó con la construcción del concepto de peligrosidad penal por la Escuela Positivista, llamada en este primer momento “temibilidad” por GARÓFALO (1878)⁴. Este individuo peligroso tuvo muchos nombres a lo largo del siglo XIX: alienado mental, demente, degenerado, sujeto temible, criminoso nato. El rótulo y el control social ejercido sobre este sujeto está directamente ligado a la forma con que fue visto en la sociedad en cada época⁵ toda vez que la enfermedad mental adquiere el valor de enfermedad solamente cuando una cultura la identifica como tal y la noción de peligrosidad penal no es otra cosa que una de estas formas de control⁶.

Concretamente, en el presente capítulo se analizará el recorrido histórico del concepto de peligrosidad, investigando sus raíces y desarrollo, tanto en el Derecho penal como en la Psiquiatría, puesto que se trata de objeto de estudio que, por su complejidad, requiere un abordaje netamente transdisciplinario. De esta forma, el objetivo del presente capítulo es realizar la deconstrucción histórica de la peligrosidad postdelictual de los inimputables por anomalía o alteración psíquica, partiendo del marco conceptual de cada disciplina (enfoque

² OTONI DE BARROS, F. «Genealogia do Conceito de Periculosidade» Responsabilidades 1, n° 1 (2011), pág. 37.

³ OTONI DE BARROS, F. op. cit., (Genealogia do Conceito de Periculosidade) pág. 38; FOUCAULT, M. «Evolución de la noción de individuo peligroso en la psiquiatría criminal del siglo XIX.» En *Estética, ética y hermenéutica*, Buenos Aires: Paidós, 1999, pág. 37.

⁴ RODRÍGUEZ MANZANERA, L. Criminología. 23. México: Porrúa, 2003, pág. 473; FOUCAULT, M. op. cit. (Evolución de la noción de individuo peligroso en la psiquiatría criminal del siglo XIX), 1999, pág. 37.

⁵ MONTEIRO SANTANA, V. Enfermedad mental, crimen y dignidad humana. Un estudio sobre la medida de seguridad en Brasil. Quito: Corporación Editora Nacional, 2015, pág.11.

⁶ FOUCAULT, M. Enfermedad Mental y Personalidad. Buenos Aires: Paidós, 2008, pág. 83.

multidisciplinario), avanzando en el curso del capítulo para un análisis efectivamente transdisciplinar, es decir, produciendo como fruto del encuentro y cooperación entre psiquiatría y Derecho penal un mismo paradigma⁷.

I. PROTOHISTORIA⁸

1. Antigüedad Clásica

El encuentro entre el Derecho penal y la Psiquiatría en el siglo XIX marca el nacimiento del ejercicio del saber (y el poder) sobre la locura, y de su conexión con la idea de individuo peligroso. La comprensión de los diversos contextos históricos es el telón de fondo indispensable para identificar justamente las bases fácticas y teóricas sobre las cuales se fundamenta la naturalización de la relación entre la peligrosidad penal y la persona que padece de trastorno mental.

Ya en la Grecia antigua estaban las raíces de lo que PESSOTI identificó como los modelos, visiones o perspectivas para la comprensión de la locura en su obra “La Locura y las Épocas”⁹ ¹⁰. Según el autor, se observan tres modelos mayoritarios históricamente en la búsqueda de la etiología de la enfermedad mental: el modelo mítico religioso, que entiende la locura como “obra de la intervención de los dioses”; el psicológico, que comprende la locura como “producto de los conflictos pasionales del hombre, aunque permitidos o impuestos por los dioses”; y el modelo organicista o biológico, que comprende la locura como un “efecto de las disfunciones somáticas del sujeto”¹¹. En este sentido, el mencionado autor analiza el impacto de estos tres modelos desde el siglo V A.C. hasta la actualidad de la siguiente forma:

⁷ VEIGA MARRIOTT et al. «Multi/Pluri/Inter/Trans/Metadisciplinaridade. » Didática e Prática de Ensino na Relação com a Sociedade - livro 3, 2699-2711. Fortaleza: EDUECE, 2014, 2072.

⁸ Se utilizará el término protoHistoria como el periodo anterior al del encuentro entre el Derecho penal y la Psiquiatría.

⁹ PESSOTI, I. *A Locura e as Épocas*. 2a. Rio de Janeiro: 34, 1997, pág. 77.

¹⁰ Los modelos históricos para entender la locura se basan en la clasificación que hace Isaias Pessoti. Sin correspondencia en las teorías psiquiátricas, sirven para el efecto didáctico, ya que permiten agrupar en tres rúbricas un amplio abanico de escuelas, teorías y corrientes doctrinales, distintas entre sí, es cierto, pero con un denominador común, lo que permite la aproximación entre ellos. Este denominador es la etiología de la locura que sustenta cada grupo de teorías.

¹¹ PESSOTI, I. op. cit. (*A Locura e as Épocas*), 1997, págs. 78-79.

“la locura es, en verdad, la pérdida del carácter distinto del humano. Y, frente a este hecho, la constatación de la precariedad de la “esencia” del hombre se impone de modo irrecusable. La autonomía personal da lugar a la entidad mitológica, a la prepotencia de la naturaleza (animal) reflejada en la fuerza del instinto o, aún, a las inevitables imposiciones de las contingencias corporales de la vida humana. Por eso, no debe sorprender el hecho de que estos modos de entender la locura sean recurrentes a lo largo de los siglos”¹².

Con base en lo expuesto, lo primero que se identifica en esta época es el hecho de que en la Grecia antigua la locura no fue comprendida como un problema o una disfunción. De hecho, muchas veces fue entendida como un privilegio. La ausencia de una concepción estructurada de la naturaleza humana en el periodo pre socrático tuvo como consecuencia una comprensión del hombre muy distinta de la actual noción de individuo, sin lugar a ideas como las de culpa, descontrol emocional o pérdida de la sanidad mental. La no existencia de una noción de psicología provoca, entonces, que todas las distorsiones del comportamiento humano fueran atribuidas a los dioses del mismo modo que la naturaleza humana se encontraba en ellos, en sus características antropomórficas, de acuerdo con ACIOLI BOMFIM ¹³.

Homero, por ejemplo, tiene la locura como personaje constante en sus cánticos, vista como un hecho que sucede por voluntad de los dioses, suponiendo que la persona que deliraba tendría la capacidad de comunicarse con ellos. En este momento no existe la noción de peligro de estas personas y tampoco las ideas de exclusión o segregación, como postula PESSOTI¹⁴.

Esquilo y Eurípides, que también vivieron en el siglo V A.C., de igual forma atribuyeron la locura a la voluntad de los dioses, como se ve en las obras Medea, Fedra, Orestes y las Bacantes. Sobre este tema, PESSOTI analiza que “el concepto de locura de la poesía de Homero y de Hesíodo implica invariablemente la intervención directa y permanente de los dioses en la vida de los hombres. Son los dioses y sus instrumentos, Ate, Erinias o Moira, que roban o confunden la razón de los hombres y los enloquecen”¹⁵.

Por otro lado, OTONI DE BARROS expone que en las tragedias griegas la locura aparece como fruto de los conflictos que vive el hombre, sin mención a la existencia de culpa.

¹² PESSOTI, I. op. cit. (A Locura e as Épocas), 1997, pág.78.

¹³ ACIOLI BOMFIM, E. *Razão Multilada: Ficção e Loucura em Breno Accioly*. Maceió: UFAL, 2005, pág. 69.

¹⁴ PESSOTI, I. op. cit. (A Locura e as Épocas), 1997, págs.13-21.

¹⁵ PESSOTI, I. op. cit. (A Locura e as Épocas), 1997, pág.46.

Los actos, aunque sin sentido, son una respuesta del ser humano, en medio de tantas otras posibles¹⁶. En el mismo sentido, PESSOTI entiende que se afirma que entre estos dos modelos hubo un gradual tránsito: entre la creencia en la intervención de la divinidad y la atribución a los conflictos y pasiones humanas como causas de la locura, así que, “en el decir fugaz de algunos personajes sean los dioses a plantar en el corazón de los hombres el odio y el deseo sexual, la envidia y la culpa. La locura, en los textos trágicos, resulta de conflictos penosos, entre pasiones, entre lealtades, o deberes”¹⁷.

La obra de Eurípides es de especial relevancia, ya que en sus personajes comienza a existir la consciencia de la locura, y representa un importante paso hacia una visión diversa del sujeto. Sus obras de teatro representan para OTONI DE BARROS “el nacimiento de la psicología en cuanto concepción del hombre como dotado de individualidad intelectual y afectiva”¹⁸.

El modelo psicológico de comprensión de la locura que se presenta en la tragedia griega apunta a una imposición de la naturaleza animal del hombre, por encima de su voluntad. En consecuencia, se observa que no se conocía la idea de que la locura fuera una enfermedad, sino algo que trasciende al hombre y excede sus fuerzas, pues no podían luchar en contra del destino que los dioses o sus pasiones les han designado. De dicha forma, es posible constatar con OTONI DE BARROS que “fuera obra de los dioses o de los conflictos del hombre, para los antiguos, acontecimientos trágicos, como los descritos en la literatura de la época, no transformaban sus personajes en figuras peligrosas, en una amenaza social, tampoco entendían que tales actos fueran causados por sus enfermedades. Atribuir peligrosidad a alguien no sería comprensible en aquel tiempo”¹⁹.

En el siglo IV A.C. Hipócrates, considerado el padre de la medicina, lanza la idea de que la locura sería una enfermedad. Se apartaba entonces de las ideas de que el comportamiento humano sería regulado por los dioses o de que sería el resultado de los conflictos humanos. Según la misma autora, la comprensión de esta enfermedad, no obstante, fue muy singular: “los

¹⁶ OTONI DE BARROS, F. «Genealogia do Conceito de Periculosidade» Responsabilidades 1, nº 1 (2011), pág. 39.

¹⁷ PESSOTI, I. op. cit. (A Locura e as Épocas), 1997, pág. 46.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ OTONI DE BARROS, F. op. cit. (Genealogia do Conceito de Periculosidade), 2011, pág. 39.

comportamientos eran causados por una enfermedad que alteraba el funcionamiento del propio organismo, durante el tiempo que se encontrase enfermo”²⁰.

Fue así creada la visión orgánica de la locura, a través de la idea de los humores que se basaba en los fluidos orgánicos (sangre, flema, bilis amarilla o bilis negra), los cuales, cuando se acumulan en los órganos o entran en desequilibrio son responsables por enfermedades como melancolía, epilepsia, manía o histeria. De tal forma, todos estos fluidos están compuestos, en proporción variable, por sangre (caliente y húmeda), flema (fría y húmeda), bilis amarilla (caliente y seca) y bilis negra (fría y seca). Si estos “humores” se encuentran en equilibrio el cuerpo goza de salud, en cambio, el exceso o defecto de alguno de ellos produce la enfermedad.

Aún de acuerdo con Hipócrates, existirían tres etapas en toda enfermedad: el cambio en las proporciones humorales causado por factores externos o internos, la reacción del organismo ante esa alteración, y la crisis final en la que la alteración acaba con la eliminación del humor que está en exceso o con la muerte, en la mirada de CAVALHEIRO DE OLIVEIRA²¹. Sobre este tema, PESSOTI realiza la siguiente crítica: “Hipócrates pasa a entender la locura como un desequilibrio de la naturaleza orgánica o corporal del hombre. Y los procesos de pérdida de la razón o del control emocional pasan a constituirse efectos de tal desequilibrio. Son entendidos como resultantes de procesos y condiciones orgánicas, cuyo dinamismo es descrito hasta en pormenores. Un dinamismo fundado en una anatomofisiología ingenua y, en gran parte, hipotética”²².

Para Hipócrates, todas las enfermedades eran ocasionales y tendrían un tratamiento o una cura, y con la locura no era diverso. Es así que, la locura era considerada una enfermedad como las demás, constituyéndose en algo transitorio y no un estado o una calidad permanente de la persona. OTONI DE BARROS llama la atención de que fue solamente con la traducción de las obras de Hipócrates por Galeno, casi quinientos años después, que se incorporó la noción de la afección nerviosa no como enfermedad episódica, sino como una lesión permanente. En consecuencia, para ROBOLLO y OTONI DE BARROS, la enfermedad mental deja de ser vista

²⁰ *Ibidem*.

²¹ CAVALHEIRO DE OLIVEIRA, J. «A perigosidade como justificativa para aplicação de medida de segurança» *Revista Jurídica* 58, nº 392 (2010), pág. 177.

²² PESSOTI, I. op. cit. (A Locura e as Épocas), 1997, pág.47.

como una situación por la cual pasa la persona, para ser identificada como una “lesión anatómicamente localizada”²³.

Claudio Galeno, conocido como Galeno de Pérgamo, nacido en el siglo II d.c., fue médico del emperador romano y contaba con gran reputación. Realizó muchos descubrimientos importantes como la distinción entre venas y arterias, el control del cuerpo por el cerebro, los nervios sensoriales y motores, entre otros. Su obra sobre anatomía se basó en la disección de macacos, ya que en su época era prohibida esta práctica con seres humanos. No obstante, estos relatos no fueron superados hasta la publicación de las ilustraciones de disecciones de Andreas Vesalius en 1543.

Galeno fue el responsable de insertar la concepción de “*déficit orgánico permanente*” al atribuir a las lesiones del encéfalo la causa de la locura, toda vez que, como médico y filósofo romano, aunque de origen griego, fue el traductor oficial de la obra de Hipócrates por más de quince siglos. Para él, la locura tiene una naturaleza doble, con origen orgánico que atribuyó a los neumas²⁴, y éstos, a su vez, afectaban el encéfalo y las facultades mentales. Como consecuencia, PESSTI señala como síntomas la existencia de disfunciones en la imaginación, razón o memoria²⁵.

Aunque no se encuentra todavía la referencia a que las personas que padecían de esta enfermedad sean peligrosas, sino enfermas, es relevante apuntar que este tránsito de concepciones, desde algo fortuito o eventual y curable en Hipócrates, hasta una lesión orgánica de carácter permanente en Galeno (no curable, por lo tanto), es un elemento que fija las bases para que se genere más adelante la concepción de la peligrosidad, según OTONI DE BARROS y ROBOLLO²⁶. Como ya se pudo ver, su obra va a tener influencia por muchos siglos en la

²³ OTONI DE BARROS, F. op. cit. (Genealogia do Conceito de Periculosidade), 2011, Pág. 40; ROBOLLO, R. A. «O legado hipocrático e sua fortuna no período greco-romano: de Cós a Galeno.» Scientiae - studia 4, nº 1 (2006): São Paulo, pág. 78.

²⁴ “[Galeno] Anuncia el neuma como vapor interno del cuerpo. Cuando producido en el cerebro es llamado de neuma psychicon y se destina a dirigir las actividades mentales y nerviosas. El vapor producido en el corazón es conocido como neuma zoticon, y debe dirigir las funciones y órganos de la vida biológica. Finalmente, al neuma producido en el hígado, conocido como neuma physicon, atribuye el objetivo de comandar las actividades nutricionales y metabólicas” PESSOTI, I. op. cit. (A Locura e as Épocas), 1997, pág.77.

²⁵ PESSOTI, I. op. cit. (A Locura e as Épocas), 1997, pág.73.

²⁶ OTONI DE BARROS, F. op. cit. (Genealogia do Conceito de Periculosidade), 2011, pág. 40; ROBOLLO, R. A. op. cit. (O legado hipocrático e sua fortuna no período greco-romano: de Cós a Galeno), 2006, pág. 78.

medicina occidental, subsistiendo casi sin variaciones hasta la llamada edad clásica, como pondera CAVALHEIRO DE OLIVEIRA²⁷.

2. Edad Media

Muy diferente de la diversidad de modelos etiológicos de comprensión de la locura en la antigüedad clásica, en la edad media hubo una clara predominancia del modelo mítico religioso de comprensión de la locura. Sin embargo, el retorno del fundamento religioso ocurrió bajo un supuesto teórico muy diverso “(...) en la antigüedad se concebía a los dioses como responsables de los acontecimientos terrenales, el hecho de que una persona tuviese un comportamiento extraño al socialmente aceptado en la época, era atribuido directamente a una fuerza sobrenatural, divina, que obraba sobre un individuo, por tal motivo aquellos insólitos actos, eran considerados como una manifestación de la voluntad celestial sobre la cual el hombre no tenía control y consecuentemente no respondía por ellos”²⁸.

La construcción de la justificación de la locura en la edad media, pasando por las obras de San Agustín y de San Tomás de Aquino, está directamente ligada al problema del mal, lo que en sí mismo ya trae una importante carga negativa para el tema de la locura: es el comienzo del estigma que cargan hasta los días actuales estas personas.

La idea del “mal” nace en la obra de San Agustín como algo manifestado en el pecado como desviante y episódico, indicando en esencia un desvío de la substancia suprema que es Dios. En este contexto, la gracia es el acercamiento a Dios, el pecado es la distancia y el hombre está en una u otra situación de acuerdo a su opción, al camino que elige. Este, de forma simplificada, es el razonamiento que infiere la idea del libre albedrío, acarreando la responsabilidad por el mal al hombre – y no a Dios- y estableciendo la posibilidad de volver a la gracia, a través del sacrificio. Así, para OTONI DE BARROS, en San Agustín se concibe el mal como una afectación transitoria a la persona, de la cual el sujeto puede apartarse por el sacrificio y la vuelta a la gracia²⁹.

²⁷ CAVALHEIRO DE OLIVEIRA, J. op. cit. (A perigosidade como justificativa para aplicação de medida de segurança), 1978, pág. 178.

²⁸ MONTEIRO SANTANA, V. op. cit. (Enfermedad mental, crimen y dignidad humana), 2015, pág. 9.

²⁹ OTONI DE BARROS, F. op. cit. (Genealogia do Conceito de Periculosidade), 2011, pág. 41.

Santo Tomás de Aquino introdujo lo que OTONI DE BARROS reconoce como una mutación esencial en la concepción agustiniana³⁰, toda vez que el mal pasa a ser concebido como algo que está en las cosas y en las personas y no es más entendido como desvío o algo desprovisto de substancia. En esta hipótesis, como evidencia la autora, las personas podrían portar este mal de forma permanente, lo que tuvo como consecuencia la construcción del discurso que fundamentó ideológicamente todo el proceso de la inquisición “los lectores de Aquino van a entender que el pecado cometido por los poseídos no sería moralmente condenado, aunque el cuerpo esté poseído. El mal está en la cosa y el único modo de salvar el cuerpo es por la expurgación del mal, a través del exorcismo o, en último caso, se mata el cuerpo para salvar el alma”³¹.

Aunque el giro conceptual de un desvío episódico y sanable a un mal permanente muchas veces solamente resuelto con la muerte fue extremadamente dañino, en este momento los individuos en sí mismos no fueron calificados como peligrosos, sino como personas poseídas por el mal.

OTONI DE BARROS destaca que en la edad media no existió una teoría de la locura específicamente, sino una teoría general sobre el mal. Desde ahí viene la idea del mal como algo moral y que está en la persona. Explica la autora que, después de la edad media, los manuales de los inquisidores son la fuente para los primeros manuales de psicopatología, así como que la idea del mal psíquico está presente en las figuras del mal que se desarrollaron en estos manuales³².

La autora evalúa que el discurso metafísico desarrollado en este periodo puede sintetizarse de la siguiente forma: “de este período, va a quedarse la mutación en la idea del mal: este dejó de ser un desvío posible a todos, desde el pecado original, o sea, en el origen del hombre también está el mal y lo que cada uno va a hacer con eso es su responsabilidad (libre albedrío) – tesis de San Agustín; y pasó a ser concebido como algo que está en las cosas, como una cualidad inherente en algunos ángeles y encarnado en algunos cuerpos, y éstos individuos,

³⁰ *Ibidem*, pág. 41.

³¹ *Ibidem*, pág. 42.

³² *Ibidem*.

cuyos cuerpos fueron poseídos, no serán responsables por cómo sus cuerpos actúan en cuanto perturbados por el demonio”³³

Como consecuencia, se pueden encontrar relevantes obras de este período, como el *Malleus Maleficarum*, de Sprenger y Heinrich, de 1484, conocido como el “Martillo de las Brujas”. Este libro fue un verdadero manual para los inquisidores y exorcistas, en el cual se identifican los casos de posesión del demonio. En este caso podría la posesión darse directamente por los demonios o indirectamente, por la actuación de las brujas. Además, se destaca la forma física de actuación del demonio, que se instala en el cerebro de la persona, con posibles manifestaciones como alucinaciones enfermedades y cambios de humor. De esta forma, OTONI DE BARROS considera que la amplia difusión de la etiología diabólica de los comportamientos humanos, fuera de la normalidad de la época, se convierte en un incentivo “al miedo y al exorcismo, que pasa a ser una actividad rentable”³⁴.

Entre los que presentaban comportamiento inadecuado no es difícil identificar que los enfermos mentales, aunque mezclados en la masa de excluidos, representaban un importante número de estos. Por consiguiente, para PESSOTI, las enfermedades mentales pasan a ser “comprendidas como posesiones demoniacas y estas son siempre fruto de la culpa y la imperfección humana. La pérdida de la razón o el descontrol emocional tienen la marca de la condenación y de la culpa”³⁵.

Esta marca de la culpa del afectado por el demonio es otro elemento distintivo de la manifestación de la comprensión de la locura en el modelo mítico teológico griego. Ella legitima la intervención del poder inquisitorial y justifica el miedo a los afectados, hecho que prepara el terreno para la gran internación que ocurrirá a partir del siglo XVI.

3. Siglos XVI y XVII

El siglo XVI ha visto la desintegración gradual del feudalismo y el surgimiento del capitalismo, con una convivencia de los dos modos de producción, aunque todavía con la

³³ *Ibidem.*

³⁴ *Ibidem.*

³⁵ PESSOTI, I. op. cit. (A Loucura e as Épocas), 1997, pág.100.

hegemonía del primero, fase llamada de simbiosis feudal pre capitalista. El nacimiento de una burguesía comercial, la expansión comercial europea, la colonización del nuevo mundo y el mercantilismo fueron trazos que se destacaron en la economía de la época. FEMENICK plantea que, en el mundo político el movimiento de reunificación de los Estados-nación, las diversas guerras por toda Europa y el absolutismo característico del “antiguo régimen” ganan aliento y se fortalecen³⁶.

En el plano científico y filosófico, René Descartes, considerado el primer pensador moderno y una de las figuras más relevantes de la llamada revolución científica, inaugura el racionalismo de la edad moderna ya en el siglo XVI. De acuerdo con FOUCAULT, fue exactamente su pensamiento el que influenció el desarrollo de una nueva mirada sobre la locura que se opone diametralmente a la visión medieval: la locura no tendría relación con el sobrenatural, sino es la ausencia de razón; un proceso que marca el opuesto lógico a la razón humana³⁷.

Según AMARANTE, la mutación de la visión mítica de la locura hacia la mirada crítica que propuso (e impuso) el racionalismo, tuvo impacto directo en el destino de las personas que sufrían de enfermedad mental, con la organización de un lugar específico que representó para estas personas cárcel, muerte y exclusión: el hospital³⁸.

La era moderna o edad clásica, como prefiere FOUCAULT, se ubica entre los siglos XVI y XVII, y está caracterizada por el renacimiento científico y comercial y la formación de los Estados-nación. En las artes, OTONI DE BARRIOS destaca el hecho de que la locura aparece como fuente de un saber particular sobre la naturaleza humana, como se observa en las obras de Erasmo, Bosh, Labé, Brants y otros³⁹. Por otra parte, la estructuración del Estado, el proceso de urbanización y de industrialización son la base para la evolución rápida del proceso de acumulación de riqueza del capitalismo que tiene, hasta los días actuales, un efecto colateral que parece indisociable: la generación de pobreza. Agréguese a este escenario todas las víctimas de las medidas punitivas de la Iglesia Católica, mutilados que evadieron la pena de muerte pero se quedaron perdidos en las ciudades, sin tener donde regresar, según MACHADO

³⁶ FEMENICK, T. R. «No tempo dos descobrimentos - economia e política na península ibérica» *Unibero* 4, n° ano, II, agosto 1996 (1996), pág. 178.

³⁷ FOUCAULT, M. *Historia da Loucura na Idade Clássica*. São Paulo: Perspectiva, 1978, pág. 264.

³⁸ AMARANTE, P. *Loucos pela vida: a trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995, pág. 23.

³⁹ OTONI DE BARROS, F. op. cit. (*Genealogia do Conceito de Periculosidade*), 2011, pág. 43.

ALVIM⁴⁰. Así, si por un lado el racionalismo elevó al individuo a una nueva condición, como ciudadano – en este momento todavía débil – pero ya capaz de cobrar del Estado la solución de los problemas sociales; del otro, el capitalismo que le acompañó promovió pobreza e indigencia en las principales ciudades. Para el racionalismo, el hombre pasa a ser fuente y objeto de conocimiento, y el instrumento para esto es la razón.

A pesar de la gran influencia del racionalismo, es necesario puntualizar que la transición desde el paradigma religioso vigente en la edad media no se dio de la noche a la mañana. En realidad, hasta el siglo XVII existen referencias de la convivencia de los dos criterios: la enfermedad mental podría ser fruto de la falta de razón o de una posesión demoniaca. “Poseídos por el demonio o desposeídos de razón”, como relata OTONI DE BARROS, al describir como los dos criterios de diagnóstico se turnaban en la literatura médica de la época. Las dos situaciones fueron admitidas, aunque se entendía que no podrían coexistir, así en cada caso, un diagnóstico excluía el otro⁴¹.

Se reporta en esta época la existencia de los rituales de exclusión. A partir del siglo XV ya se tiene noticia de la “Nau de los Locos”. Aunque la “Nau” fue una embarcación literaria, su narrativa tiene inspiración en hechos reales. Según señala FOUCAULT, la llegada de los hospitales hace que la “Nau” se quede amarrada; para él, el internamiento es lo que sigue al embarque⁴². Además, FOUCAULT expone otros relatos de estos rituales, en un primer ejemplo se menciona que los locos eran perseguidos por la ciudad, con el pueblo armado detrás de ellos, hasta que dejen el lugar. Arqueros eran puestos sobre muros para que ya no puedan retornar; Otra forma de alejamiento fue la entrega de estas personas a mercaderes y marineros, para que los abandonen en lugares lejanos y no encuentren más el camino de vuelta⁴³.

FRAYZE-PEREIRA manifiesta que, si bien antes del siglo XV los excluidos eran los leprosos, logrando en su caso que la reclusión por siglos terminara por aislar el bacilo de Hansen y disminuir significativamente la existencia de esta enfermedad, los grandes leprosorios se

⁴⁰ MACHADO ALVIM, R. C. Uma pequena História das medidas de segurança: a trajetória da preventividade especial no direito penal (do primitivo banimento à concepção das medidas de segurança). São Paulo: IBCCRIM, 1997, pág. 85.

⁴¹ OTONI DE BARROS, F. op. cit. (Genealogia do Conceito de Periculosidade), 2011, pág. 44.

⁴² FOUCAULT, M, op. cit. (Historia da Loucura na Idade Clássica), 1978, pág. 13-15; MONTEIRO SANTANA, V., op. cit. (Enfermedad mental, crimen y dignidad humana), 2015, pág. 13.

⁴³ FOUCAULT, M, op. cit. (Historia da Loucura na Idade Clássica), 1978, pág. 16.

fueron desocupando y se tuvo la comprobación de la eficacia del aislamiento como método terapéutico⁴⁴.

Fue a partir de esta experiencia que se creó el Hospital General de Paris en 1656, institución que fue un marco histórico del fenómeno llamado por FOUCAULT la gran internación, que se dirigió al confinamiento no sólo de los enfermos mentales, sino que fue utilizado para albergar a toda la diversidad de marginados de la sociedad: desempleados, enfermos, discapacitados de todo género, vagos y ociosos diversos. Sin embargo, fue en España que se creó el primer hospital general del mundo, el Santa Cruz y San Pablo (Santa Creu y Sant Pau), en 1401, en Barcelona, el cual fue un asilo de pobres, niños huérfanos y personas con trastornos mentales principalmente. Como todos los demás, solo desarrolló su naturaleza curativa posteriormente.

Según FOUCAULT, los leprosarios pasan entonces a ser ocupados por los excluidos de turno: mendigos, vagos, portadores de enfermedades contagiosas (sobre todo de origen sexual), homosexuales, suicidas, ateos y locos. Por lo tanto, en este momento la internación es un instrumento de purgación de las faltas del alma y del cuerpo⁴⁵. El autor resalta que la convivencia entre enfermos mentales y enfermos venéreos en la misma cárcel alrededor de ciento y cincuenta años⁴⁶.

Estas instituciones tenían doble función, de albergar y castigar, y esta segunda era tomada muy en serio, sobre todo para los que se consideraban ociosos, ya que este era considerado un terrible vicio por la Iglesia Católica. La naturaleza del hospital en este momento fue mucho más asistencial y punitiva que médica. El envío de las personas al hospital era obligatorio, mediante decreto del rey. De esta forma, enseña AMARANTE que “el Gran Enclaustramiento no es correlativo del hospital moderno, medicalizado y gobernado por el médico. Las condiciones de emergencia de un saber e institución médicos están relacionados a las condiciones económicas, políticas y sociales que la modernidad inaugura”⁴⁷.

FOUCAULT aún relata los castigos que afligían los ociosos “deben ser castigados de acuerdo con las leyes y puestos en las casas de corrección; en cuanto a los que tienen mujer e

⁴⁴ FRAYZE-PEREIRA, J. *O que é Loucura?* São Paulo: Brasiliense, 1993, pág. 50.

⁴⁵ *Ibidem*. FOUCAULT, M, op. cit. (Historia da Loucura na Idade Clássica), 1978, pág.99.

⁴⁶ FOUCAULT, M, op. cit. (Historia da Loucura na Idade Clássica), 1978, pág. 87.

⁴⁷ AMARANTE, P. op. cit., (Loucos pela vida: a trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil), pág. 24.

hijos, es necesario verificar si se casaron, si sus hijos son bautizados, pues esas personas viven como salvajes, sin casarse, sin enterrar o bautizarse; es esta libertad licenciosa que hace que tantas personas sientan placer en ser vagos”⁴⁸ .

Asimismo, en los demás países de Europa se reproduce la creación de instituciones análogas como las Casas de Detención en Alemania, las Casas de Corrección en Inglaterra, las Casas de Trabajo en Escocia. Como expone VALENTE HEIDRICH, para el Estado, ante todo, estos hospitales fueron el camino sencillo para liberarse de todos los que no se encajaban en el nuevo modelo productivo, basado en una fuerte fundamentación moral “tal práctica designó una nueva relación con la miseria y la despojó de su positividad mística a través de un doble movimiento de pensamiento: a) en el protestantismo la miseria es castigo; b) en el catolicismo la miseria refiere a la moral. Como sea, la miseria debe ser prohibida de alguna forma. Para ser enfrentada el internamiento es el camino”⁴⁹ .

Resáltese que en este momento el hospital no fue generado para atender a una demanda médica, y no tenía por fin prestar cuidados en el sentido de tratar la salud de estas personas. El objetivo fue sanear las ciudades y no sanar a los sujetos, hecho que provocó la creciente naturalización de la segregación y la exclusión de los indeseados socialmente, con la consecuente absolución de la sociedad del trato inhumano que les fue administrado en el interior de estas instituciones. Sin embargo, con el tiempo estos hospitales perdieron lentamente su objetivo, luego de que no se demostrara ser un medio eficaz para “curar” a la sociedad de la pobreza y del desempleo. No obstante, los enfermos mentales siguieron confinados, puesto que se empezó a desarrollar en el imaginario colectivo la relación entre locura, agresividad y peligro.

II. EL SURGIMIENTO DEL CONCEPTO DE PELIGROSIDAD ASOCIADO A LA IDEA DE LOCURA

⁴⁸ FOUCAULT, M, op. cit. (Historia da Loucura na Idade Clássica. São Paulo: Perspectiva), 1978, págs. 66-67.

⁴⁹VALENTE HEIDRICH, A. «Reforma Psiquiátrica à Brasileira: análises sob a perspectiva da de dinstitucionalização» Porto Alegre: PUCRS, 2007, pág. 29.

1. Siglo XVIII

El siglo XVIII, conocido como el siglo de las luces, fue también el siglo en que el absolutismo vivió el auge de su hegemonía y su decadencia. El iluminismo representó el más importante movimiento intelectual de este periodo, y apuntaba al uso de la razón como forma de combatir la inmensa concentración de poder del absolutismo en el antiguo régimen, en su búsqueda por libertad económica y política. La sociedad estaba estratificada en forma de los tres Estados (clero (primer Estado), nobleza (segundo Estado) y pueblo (tercero Estado), y la diferencia entre estos estamentos se basaba en privilegios para los dos primeros a costa de obligaciones impuestas al último.

En este escenario la reforma protestante, en su defensa de la salvación a través del trabajo, impulsa a que ya no se apoye socialmente a los considerados ociosos, clase en la cual se incluían los enfermos mentales, y esto viene a intensificar el proceso de internación que ya estaba en marcha. FOUCAULT identifica una coincidencia entre las prisiones y los hospitales de esta época, afirmando que ambos funcionaron como verdaderas prisiones de la miseria⁵⁰. La estructura social que empezaba a establecer el capitalismo naciente, en donde la relevancia del individuo se asentaba en su participación activa en el engranaje de la producción, no reservó lugar para los desviados. Así, FOUCAULT y SERRANO están de acuerdo en que, tanto los hospitales como las prisiones, fungieron como medios de neutralización y aislamiento, dado que estas personas no estaban a la altura de disfrutar del ansiado nuevo modelo de libertad burgués⁵¹.

Sin embargo, a los pobres lentamente les fue dada la llave para abrir la puerta de los hospitales y prisiones, toda vez que la intensificación de la actividad económica de la época necesitaba mano de obra barata. El alto costo de asilo quedó reservado para los que no podían ser aprovechados en el comercio o alguna otra actividad productiva, lo que llevó a la progresiva reinscripción social de los demás excluidos.

Como ya se había mencionado en el anterior acápite, los portadores de enfermedades sexuales y los que padecían enfermedades mentales estuvieron juntos en estos hospitales por más de cien años. En el curso del siglo XVIII, los primeros pasan a recibir atención médica

⁵⁰ FOUCAULT, M. *Vigiar e Punir*. 13. Petrópolis: Vozes, 1996, pág. 197.

⁵¹ *Ibidem*, Pág. 138; SERRANO, A.I. *O que é psiquiatria alternativa*. 7. São Paulo: Brasiliense, 1992, pág. 21.

especializada y son separados de los locos. Esta separación hace que se comience a observar las características propias de la locura, lo que empieza a llamar la atención para la identificación de sus características y su realidad patológica, pasando a ser materia de la medicina. A este fenómeno FOUCAULT llamó “la nueva exclusión en el interior de la antigua”⁵².

No obstante, OTONI DE BARRIOS indica que no fue solamente en el campo médico que el conocimiento tuvo que reorganizarse y generar otras formas de lidiar con el profundo cambio que el nuevo régimen propuso, así como todas las consecuencias que imponían la resignificación del papel del hombre en el mundo propuesta por el racionalismo⁵³. En el Derecho esta revaloración de hombre también implicó cambios que se contrastaron a los abusos del antiguo régimen, resultando en la necesidad de una nueva fundamentación de la pena que sea capaz de afrontar y superar esta realidad. Así, TOMÁS-VALIENTE, en su obra sobre el Derecho penal en la monarquía absoluta, relatan la atmosfera jurídica sombría que se observaba en estos tiempos “la libertad de acción de los jueces y de los magistrados fue “perniciosa en líneas generales” y “el duro y severo bloque de leyes se fragmentaba, en la práctica, debido a las numerosas fallas que permitían abusos”. La justicia “oscila entre la crueldad y el indulto, entre la rigidez legal y el libre albedrío judicial, entre el soborno de los órganos judiciales, entre la dureza de la política penal y la relajación de la práctica judicial, entre la vendetta privada y el perdón [...] Contradicciones como éstas tenían que ser resueltas del único modo posible: el más radical, *la sustitución del sistema como un todo*”⁵⁴.

Dos conjuntos de teorías se destacan en este periodo: las teorías absolutistas o retributivas de la pena, nacidas en el idealismo alemán, cuyos máximos representantes fueron KANT Y HEGEL; y la escuela clásica del Derecho penal italiana, de fuerte inspiración iluminista.

Las teorías retributivas nacen como forma de oposición al utilitarismo típico de la ilustración, pasando a entender la pena como un fin en sí misma que debe existir por una cuestión de justicia. De esta manera, el fin de la pena no puede ser la utilización del hombre para la prevención del delito, puesto que esto implicaría que el hombre sea un medio y no un fin, idea diametralmente opuesta al concepto de dignidad humana propuesto por KANT. Para

⁵² FOUCAULT, M, op. cit. (Historia da Loucura na Idade Clássica), 1978, pág.67.

⁵³ OTONI DE BARROS, F. op. cit. (Genealogia do Conceito de Periculosidade), 2011, pág. 44.

⁵⁴ TOMÁS y VALIENTE, F. El derecho penal de la monarquía absoluta. 2. Madrid: Tecnos, 1992, págs. 407-409.

él, por lo tanto, la retribución tiene naturaleza ética o moral, ya que defiende que la aplicación de la pena emana de una necesidad ética, una exigencia de justicia, que llamó imperativo categórico. El mismo autor resume el contenido de este imperativo de conducta de la siguiente forma: “actúa como si la máxima de tu conducta se debiera convertir por tu voluntad en ley general de la naturaleza”⁵⁵. Esta justicia solamente sería posible para KANT si se siguiera los principios del sistema talional, entendido como único camino que ofrecería suficiente seguridad sobre la pena a ser aplicada, tanto en lo que toca a la cantidad, como en la cualidad de la pena a ser impuesta.

A su turno, HEGEL concibe la retribución con naturaleza lógico-jurídica, dado que el delito para él es la negación del Derecho, y la pena la negación del delito: así la aplicación de la pena afirma el Derecho que había sido antes negado por el crimen, restableciendo el equilibrio jurídico perdido. No obstante, para HEGEL la retribución proporcional no implica identidad entre el mal causado y la pena, como defendió KANT, sino una equivalencia valorativa – y no empírica – para que se pueda devolver el equilibrio a la orden jurídica. Así lo define “la supresión del delito sea según el concepto, ya que ella constituye una violencia contra la violencia, sea segundo la existencia, cuando el delito posee una cierta grandeza cualitativa y cuantitativa que se puede también encontrar en su negación como existencia. Sin embargo, esta identidad fundada en el concepto no es la igualdad cualitativa, es la que proviene de la naturaleza en si del crimen, la igualdad de valores”⁵⁶.

Ambos autores están de acuerdo en que la retribución implica proporcionalidad entre la culpabilidad (fundamento y medida de la pena) y el mal que causó el sujeto, de forma que la pena es nada más que la retribución por este mal. La imposición de la pena, por lo tanto, compensa el mal realizando justicia. Esta compensación puede ser comprendida tanto como simple retribución o puede ser vista como una expiación del agente. A su turno, DURÁN MIGLIARDI afirma que la culpabilidad se fundamenta en el libre albedrío, toda vez que “solo el hombre libre, dotado de discernimiento y libertad para decidir entre bien y mal, puede ser castigado por el delito cometido”⁵⁷.

⁵⁵ KANT, I. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Buenos Aires: Escuela de Filosofía Universidad ARCIS, 2003, pág. 25.

⁵⁶ HEGEL, F. Princípios de filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1997, pág.97.

⁵⁷ DURÁN MIGLIARDI, M. «Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos.» Revista de Filosofía 67 (2011), pág. 126.

Por otro lado, en lo que toca a la Escuela Clásica del Derecho penal, esta fue inaugurada en la segunda mitad del siglo XVIII, cuando Beccaria publicó en 1764 su obra “De los delitos y de las penas”. Este tratado, según lección de BARATTA, “fue la expresión de un movimiento de pensamiento en el que confluye toda la filosofía política del Iluminismo europeo”⁵⁸. Al contrario del pensamiento de las contemporáneas teorías retributivas, para la escuela clásica la base de la justicia es la utilidad común, la cual tiene en su origen el contrato social. El límite lógico de la actuación estatal es, por consiguiente, la libertad individual que se contrapone a la potestad del Estado, y este criterio limita el ejercicio del poder punitivo en todos sus ámbitos. Así argumenta BECCARIA: “fue, pues, la necesidad quien obligó a los hombres a ceder parte de su libertad propia: y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible, aquella solo que baste a mover los hombres para que le defiendan. El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles forma el derecho a castigar: todo lo demás es abuso y no justicia; es hecho, no derecho. Y por justicia entiendo sólo el vínculo necesario para tener unidos los intereses particulares, sin el cual se reducirían al antiguo estado de insociabilidad. Todas las penas que sobrepasen la necesidad de conservar el vínculo son injustas por su naturaleza”⁵⁹.

Tal era el caos en el cual vivían las normas penales en el absolutismo, provocando inseguridad jurídica sobre las conductas y las penas previstas, la poca racionalidad y la lógica del sistema penal dado vez que las penas eran demasiado severas y desproporcionadas, además de la admisión de la tortura como medio de prueba, entre otras prácticas comunes en la época. Consecuentemente, Beccaria reclamó el fin del suplicio, de la tortura y de un Derecho penal irracional, trazos estos del Derecho penal absolutista, que provocaban una “impresión dominante triste y penosa. Demasiados sufrimientos, desgracias y castigos” en las palabras de TOMÁS Y VALIENTE⁶⁰.

A la vez, la teoría criminal de la escuela clásica, construida con la utilización fundamentalmente del método lógico-deductivo⁶¹ demostró ser una corriente heterogénea,

⁵⁸ BARATTA, a. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2004, pág. 25

⁵⁹ BECCARIA, C. *Tratado de los delitos y de las penas*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pág. 20.

⁶⁰ TOMÁS y VALIENTE, F. op. cit. (*El derecho penal de la monarquía absoluta*), 1992, pág.409.

⁶¹Para MORILLAS CUEVA, la mentalidad fuertemente lógica de Beccaria y el formalismo abstracto que cabe desprenderse de su obra representa, en cierta medida, el inicio de una importante corriente formalista que desde diversos enfoques, con inicio en la Escuela clásica, van a desarrollar los parámetros básicos para posteriormente construir la Ciencia del Derecho penal a través de procedimiento lógicos abstractos. Desde semejante perspectiva

puesto que fundamentó sus postulados en distintas matrices teóricas. Por una parte, el contrato social fue el principal fundamento de la corriente dominante, de la cual ha sido parte el mismo Cesare Beccaria, sin embargo, importantes autores también se apoyaron en el iusnaturalismo. Al mismo tiempo, el hombre fue considerado un ser racional que elegiría el delito y, por consecuencia, la pena no poseería como finalidad la retribución o la reeducación, “sino la eliminación del peligro social que sobrevendría de la impunidad del delito” según la postura de BARATTA⁶².

Adicionalmente, la escuela clásica no se preocupó solamente del castigo, sino que buscó también comprender la criminalidad, en cuanto acto racional del hombre, para entender los factores que intervienen en su toma de decisión. En este contexto, esta escuela valoró la relevancia preventiva de las penas, como instrumento inhibitor de nuevos delitos, toda vez que para BECCARIA “no es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos del delito, sino la infalibilidad de ellas”⁶³.

CASTELLÓ NICÁS destaca en España el trabajo de JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO, ilustre representante de la escuela clásica que tuvo el mérito de plantear una concepción de imputabilidad en la cual establecía como requisitos la libertad y la voluntad, basado en el libre albedrío característico de esta escuela⁶⁴.

Finalmente, sobre la base de todo este contexto filosófico, jurídico y fáctico, en 1795 se publica el “Código de los Delitos y de las Penas”, el Código Penal francés, que prevé la absolución de las personas con enfermedad mental en casos de delitos considerados leves, al tiempo que estas personas eran penalmente responsables por los delitos graves que cometieran. No obstante, este escenario no subsistió por mucho tiempo, ya que la publicación de las obras de Philippe PINEL, a partir de 1800, significó un nuevo giro en lo que toca a la forma como las personas con trastorno mental son vistas y tratadas por la sociedad y, a partir de este momento histórico, también por el Derecho penal.

el gran mérito de Beccaria fue el “ser precursor de las modernas elaboraciones doctrinales que incluso todavía tienen vigencia”. MORILLAS CUEVA, L. Metodología y Ciencia Penal, Granada, 1990, pág. 59.

⁶² BARATTA, a. op. cit. (Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal), 2004, pág. 30.

⁶³ BECCARIA, C. op. cit. (Tratado de los delitos y de las penas), 2015, pág. 55.

⁶⁴ CASTELLÓ NICÁS, N. La Imputación Penal del Drogodependiente, Granada: Comares, 1997, pág. 41.

2. Siglo XIX

El siglo XIX fue marcado política y económicamente por el imperialismo, en cuanto política de dominio territorial, cultural y económico de los continentes africano y asiático por las naciones europeas industrializadas, razón por la cual fue también llamado de neocolonialismo. El objetivo de este movimiento, como imperativo de esta fase de la revolución industrial y, consecuentemente, del capitalismo creciente fue la expansión de los mercados y la explotación de materias primas baratas.

Esta estrategia de dominación fue ejercida algunas veces directamente por las potencias europeas y otras veces indirectamente a través de la cooptación de las elites locales, generando conflictos étnicos artificiales que culminaran no raras veces en genocidios, como recientemente se vio reproducir en Sri Lanka y en Ruanda. Así, la legitimación de este nuevo proceso colonial solamente fue posible por medio de la dominación ideológica, producida por la difusión de las teorías europeas como el darwinismo social.

El liberalismo, como constructo del proyecto iluminista del siglo XVIII, se convirtió en una ideología bastante amplia, refiriendo inicialmente a la lucha contra el absolutismo y la afirmación del individuo frente al Estado, se extendió en el curso del siglo XIX a la economía y al no control del mercado. En lo político, la primera mitad del siglo destacó la presencia de las luchas por la propiedad privada, libertades políticas, el régimen representativo y, sobre todo, un Estado reducido al mínimo. A su turno, en la segunda mitad el contexto económico ya reclama por protección de los mercados internos en virtud del incremento de la competencia internacional por el mercado.

En este escenario, del cual fue parte indisociable la revolución científica, con un número sin precedentes de descubrimientos en todas las áreas del conocimiento, la medicina avanzó también a pasos largos, y la psiquiatría logró afirmarse como conocimiento científico autónomo. Paralelamente a esto, el darwinismo social pasa a justificar la dominación de los más aptos sobre los más débiles. Además, también son importantes referentes ideológicos de este periodo: el utilitarismo (Stuart Mill), el Marxismo, el Positivismo (August Comte) y el Materialismo Científico (Feuerbach).

Las profundas modificaciones por las cuales pasó la sociedad desde el siglo XVIII produjeron, en el siglo XIX, no solamente la intensificación de la urbanización, de la

industrialización y la duplicación de la población europea, sino el aumento exponencial de la cantidad de crímenes. De hecho, en esta época no solamente el crimen se expandió cuantitativamente, sino sobre todo lo que se generó fue un tipo diverso de criminalidad: organizada y con altos niveles de reincidencia, que provocó asombro y reclamó nuevas formas de intervención⁶⁵. No por casualidad también son frutos del siglo XIX la estructuración de la institución policial, el manicomio judicial y la psiquiatría forense⁶⁶.

El racionalismo también impactó la interpretación del fenómeno de la criminalidad, como analiza SERGIO CARRARA, al afirmar que “la sociedad aparece fundada sobre la base racional de un contrato cuya finalidad es la promoción del bien común. Percibido en cuanto ataque a la sociedad y ruptura del contrato social que la constituye, el crimen no dejaba de transformarse en especie de “error” o de irracionalidad”⁶⁷. Para la sociedad burguesa, entonces, la transgresión a la norma se comprende como una forma de agresión a la propia sociedad y este acto solo puede ser entendido como algo fuera de la razón.

En líneas muy generales, este es el telón de fondo en el cual los autores que se citan a continuación van a desarrollar su contribución a la solución de los conflictos propios de este periodo.

2.1. Phillipe PINEL

La observación asilar se generó en el siglo XVIII, apareció ampliamente en las obras de la época, entendida como el mecanismo para identificar, clasificar y diferenciar los tipos de locura. En este contexto, Philippe PINEL fue designado como encargado de la dirección del asilo de Bicêtre en 1793, y a partir de la observación y análisis sistemático de los enfermos mentales, propone la primera clasificación de estas enfermedades nombrándolas alienación mental e implementando su novedosa propuesta terapéutica, el “tratamiento moral”. La publicación de su Tratado Medico Filosófico sobre la Alienación Mental, en 1800, es un hito en la historia de la psiquiatría, puesto que se trata de una de las primeras teorías que buscaban

⁶⁵ CARRARA, S Crime e Loucura, o aparecimento do manicomio judiciario na passagem do século. São Paulo: EDUSP, 1998, pág. 64.

⁶⁶ CARRARA, S., op. cit. (Crime e Loucura, o aparecimento do manicomio judiciario na passagem do século) 1998, pág. 159; FOUCAULT, M. «Evolución de la noción de individuo peligroso en la psiquiatria criminal del siglo XIX. » En Estética, ética y hermenéutica, 37-58. Buenos Aires: Paidós, 1999, pág. 38; ZAFFARONI, E. R. «Las "Clases Peligrosas": El fracaso del discurso policial prepositivista» Sequencia 51, 2005, pág. 143.

⁶⁷ CARRARA S., op. cit. (Crime e Loucura) 1998, pág. 69.

una síntesis nosográfica sobre la locura. Sobre el tema, BERCHERIE analiza particularmente las circunstancias y consecuencias en que se dieron estos nuevos trabajos en la clínica “Pinel funda una tradición – la de la clínica – como orientación consiente y sistemática. Los hábitos raros, las actitudes extrañas, los gestos y las miradas son registrados y comparados con lo cercano, con lo se acerca o difiere. Puesto en un lugar de ciencia que, se acredita, no es contaminado por la influencia de la cultura, de la economía y de la sociedad, el alienista, utilizando su percepción social, determina lo que es normal y lo que es patológico. Este es el método de conocimiento, el que opera el pasaje de la locura para la alienación mental”⁶⁸

Cuando asumió como médico-jefe, Philippe PINEL realizó un cambio relevante en el hospital al desencadenar a los alienados. Este hecho, sin embargo, no representó la liberación de estas personas, ya que el aislamiento se constituyó en un mecanismo fundamental para la observación clínica a través del cual logró describir los síntomas de la enfermedad mental. Esta separación de los locos de los demás enfermos en el hospital tuvo un carácter simbólico importante, puesto que su separación física les otorgó una identidad patológica particular.

Por otro lado, el tratamiento moral, la propuesta terapéutica de PINEL, se centró en el aislamiento en el asilo, ambiente terapéutico por sí mismo para los alienistas. Este postulado pasó a constituirse en los cimientos sobre los cuales el asilo reclamó hegemonía absoluta en el siglo XIX, dado que los alienistas entendían era posible lograr que mediante el aislamiento estas personas recuperen la razón. El método utilizado por el autor consistía en “subyugar y dominar al alienado, poniéndole en situación de estrecha dependencia de alguien que, por sus cualidades físicas y morales, esté apto a ejercer sobre él un imperio irresistible y cambiar la cadena viciosa de sus ideas”⁶⁹.

En lo que corresponde al novedoso trabajo nosográfico, Philippe PINEL elaboró un repertorio de cuadros clínicos, en base a la observación de los pacientes, de forma que cada diagnóstico correspondía a diferentes combinaciones de las causas morales y físicas de la alienación mental, como evidencia MORAES DE ALMEIDA⁷⁰. Según PINEL y BERCHERE,

⁶⁸ BERCHERIE, P. Os fundamentos da clínica: História e estrutura do saber psiquiátrico. Rio de Janeiro: Zahar, 1989, pág. 31.

⁶⁹ PINEL, P. Tratado médico-psicológico sobre a alienação mental ou a mania. Porto Alegre: EDIUEFRGS, 2007, pág.108.

⁷⁰ MORAES DE ALMEIDA, F. «Fronteiras da Sanidade: Da Periculosidade ao Risco na articulação dos discursos psiquiátrico forense e jurídico no Instituto Psiquiátrico Forense Maurício Cardoso» Porto Alegre: UFRGS, 2009, pág. 441.

los tipos de alienación mental que se han descrito fueron: la manía⁷¹ enfermedad con delirio general, con o sin furor), la melancolía⁷² (poseía delirio parcial), la demencia⁷³ y el idiotismo⁷⁴.

Esta clasificación fue criticada por la descripción de la existencia de una “manía sin delirio”⁷⁵, que fue incluida en la clasificación como subtipo de manía, y representó una fuerte contradicción en su teoría, ya que el elemento distintivo de las manías era justamente la presencia de delirios. A esta manía particular Philippe PINEL llamó “locura racionante”⁷⁶ y su principal característica era la ausencia de las distorsiones en las facultades mentales características de los estados delirantes, hecho que fue interpretado por sus críticos como una ambigüedad fundamental de la obra pineliana.

⁷¹ “La manía propiamente dicha, en la que el delirio es general, es decir, que concierne a todos los objetos, estando lesionadas muchas de las “funciones del entendimiento” (percepción, memoria, juicio, afectividad, imaginación, etc.) y que se acompaña de una viva agitación”. BERCHERIE, P. op. cit. (Os fundamentos da clínica), 1989, pág. 18.

⁷² “La melancolía a menudo permanece estacionaria durante varios años, sin la ilusión exclusiva de que es el objeto que cambia su carácter, sin ningún cambio en la moral o la física. Algunos, dotados de un carácter más móvil, entran en un Estado declarado de manía por el simple hábito de ver o escuchar a alienados enojados o extravagantes; otros prueban, después de varios años, una especie de revolución interna de causas desconocidas, y su ilusión cambia de objeto o adquiere una nueva forma” PINEL, P., op. cit.. (Tratado médico-psicológico sobre a alienação mental ou a mania), 2007, pág. 167.

“Melancolía, donde el delirio se limita a un objeto o una serie particular de objetos, las facultades mentales permanecen intactas fuera de este” núcleo “delirante y la conducta permanece consistente y comprensible, si es en su totalidad, ideas delirantes. El Estado afectivo y el tema del delirio pueden ser de naturaleza triste o de naturaleza alegre y exaltada.” BERCHERIE, P. op. cit. (Os fundamentos da clínica), 1989, pág. 18.

⁷³ “PINEL usó los términos de amentia y morosis para referirse a los trastornos cognitivos, que explica como una falla en la asociación de ideas que se manifiesta en un trastorno de la actividad, comportamiento extravagante, emociones superficiales, pérdida de memoria, dificultades en la percepción de objetos, oscurecimiento del juicio, actividad sin propósito, existencia automática y olvidos de palabras o signos para expresar las ideas. Menciona además la “demencia senil” como una forma de trastorno cognitivo adquirido en las personas de edad” SLACHEVSKY, A., y OYARZO, F. «Las demencias: Historia, concepto, clasificación y aproximación clínica.» En Tratado de Neuropsicología Clínica. Buenos Aires: Librería Akadia, 2008, pág. 238. “La demencia o abolición del pensamiento, y PINEL precisa que alude como tal al pensamiento en el sentido de Condillac, es decir, el juicio. La demencia es entonces la incoherencia en la manifestación de las facultades mentales, el desorden y la movilidad, la existencia “automática”; la destrucción de la función de síntesis, se habría dicho un poco más adelante” BERCHERIE, P. op. cit. (Os fundamentos da clínica: Historia e estrutura do saber psiquiátrico), 1989, pág. 18. PINEL, P., op. cit.. (Tratado médico-psicológico sobre a alienação mental ou a mania), 2007, pág. 140.

⁷⁴ “El idiotismo u obliteración de las facultades intelectuales y afectivas, es decir, la supresión más o menos completa de la actividad mental, quedando el sujeto reducido a una existencia vegetativa, con restos esporádicos de actividad psíquica (ensoñaciones dulces, sonidos semiarticulados, crisis de excitación). Puede ser congénita a adquirida, y entonces a menudo transitoria” BERCHERIE, P. op. cit. (Os fundamentos da clínica: Historia e estrutura do saber psiquiátrico), 1989, pág. 19. PINEL, P., op. cit. (Tratado médico-psicológico sobre a alienação mental ou a mania), 2007, pág. 140. PESSOTI, I. op. cit. (A Locura e as Épocas), 1997, pág. 105.

⁷⁵ Según PHILIPPE PINEL, la manía sin delirio es definida como una enfermedad: “continua, o marcada por accesos periódicos. Nenhuma alteração sensível nas funções do entendimento, da percepção, do julgamento, da imaginação, da memória, etc.: mas perversão nas funções afetivas, impulsão cega para atos de violência, ou mesmo de uma fúria sanguínea, sem que se possa assinalar idéia alguma dominante, e nenhuma ilusão da imaginação que seja a causa destas funestas tendências” PINEL, P., op. cit. (Tratado médico-psicológico sobre a alienação mental ou a mania), 2007, pág. 174.

⁷⁶ *Folie raisonnante*.

Como efecto casi inmediato de la publicación de la obra de Philippe PINEL, el “Código de los delitos de las Penas” francés que había sido recién publicado en 1795, sufrió una reforma en 1810, en la cual el artículo 64 pasa a afirmar que “no hay crimen ni delito cuando el reo se encontraba en estado de demencia en el momento de la acción, o cuando estaba bajo impulso de una fuerza a la cual no pudo resistir”, como expone DONNA^{77 78}. En efecto, este mecanismo fue nombrado por FOUCAULT como “principio de la puerta giratoria” en la medida en que “si entra la locura, sale el delito”⁷⁹.

En este primer momento, el Código no exigió cualquier forma de peritaje para constatar el estado de sanidad mental, toda vez que se consideraba que los efectos de la demencia serían demasiado evidentes, estando el juez o el tribunal cualificados para percibirlos. De hecho, en esta oportunidad la demencia aún estaba vinculada a la idea de delirio generalizado, presentando características estereotipadas y de obvia detección⁸⁰. Sin embargo, el impacto en el orden jurídico va a generar en poco tiempo la necesidad de un nuevo tipo de conocimiento especializado: la psiquiatría forense.

Finalmente, es importante el análisis de OTONI DE BARROS sobre la reformulación del concepto de locura que realiza Philippe PINEL, logra integrar los mencionados fundamentos religioso y orgánico de la locura, puesto que para él “en los alienados se encuentran insertados, de forma compuesta y esencial, la lesión y la tendencia para el mal”⁸¹. En este sentido, para la autora, PINEL aglutinó dos visiones antes contrapuestas sobre la enfermedad mental: la noción de *déficit permanente* de Galeno y la idea de *mal moral* presente en los inquisidores de la edad media. El producto de esta fusión fue la idea de que estas personas poseerían un *déficit moral inherente*, difundiendo la idea de que alienación mental, violencia y agresividad estarían juntas de forma indisociable⁸².

⁷⁷ “Il n’y a crime ni delite, lors que le prevenue était en érat de demence au temps d’action” DIÁZ PALOS, F. Teoría General de la Imputabilidad. Barcelona: Bosch, 1969, pág. 169.

⁷⁸ DONNA, E.A. «Capacidad de culpabilidad o imputabilidad.» Revista Jurídica de la Universidad de Palermo 3N1 (1998), pág. 45.

⁷⁹ OTONI DE BARROS, F. op. cit. (Genealogia do Conceito de Periculosidade), 2011, pág. 45; FOUCAULT, M. op. cit. (*Historia da Loucura na Idade Clássica. São Paulo: Perspectiva*), 1978, pág. 356.

⁸⁰ MORAES DE ALMEIDA, F. op. cit. (Fronteiras da Sanidade: Da Periculosidade ao Risco na articulação dos discursos psiquiátrico forense e jurídico no Instituto Psiquiátrico Forense Maurício Cardoso), 2009, pág. 82.

⁸¹ OTONI DE BARROS, F. op. cit. (Genealogia do Conceito de Periculosidade), 2011, pág. 44.

⁸² *Ibidem*.

Por consecuencia, los individuos afectados por la enfermedad mental pasan a ser vistos únicamente como enfermos y ya no como criminales, o sea, personas no responsables por sus actos, son simplemente incapaces. OTONI DE BARROS señala que, frente a la alienación mental, aunque se constituyan como crímenes (hecho típico, ilícito y culpable) no responden por sus actos como pasa con todos los demás, como si su delito fuera más “a-normal” que los demás comportamientos anormales que producen todos los días las personas “no alienadas”⁸³.

2.2. *Jean-Étienne ESQUIROL*

ROBERT CASTEL afirma que la primera incursión de los alienistas que se realizó fuera de las paredes del asilo estuvo vinculada a ciertos delitos que significaron un misterio para los jueces de la época. En estos casos no se hacían evidentes los signos de enfermedad mental, sin embargo, los delitos no presentaban una explicación racional. Así, estos delitos representaron un desafío para la justicia, un escándalo para la sociedad, y reclamó la presencia en juicio de los alienistas, provocando “su imposición como pieza indispensable al funcionamiento del aparato jurídico”⁸⁴.

Estos delitos, muy difundidos a la época, tenían como características el hecho de ser extremadamente violentos, de no poseer motivo aparente, de manera que su peculiaridad e imprevisibilidad ocasionó muchísima sorpresa y conmoción social. Además, estos delitos eran cometidos por personas que no encajaban en el estereotipo clásico del enfermo mental. Otro elemento sorprendente es que estos crímenes, que FOUCAULT llamó “el crimen sin razón”, ocurrían a menudo en el ambiente doméstico o entre vecinos, llamando la atención la existencia de una relación de cercanía entre autor y víctima. En definitiva, estas personas, aparentemente normales que, cometían delitos brutales sin aparente motivo, necesitaban de un diagnóstico que los jueces no se encontraban aptos a dar⁸⁵.

Sobre este contexto, SERGIO CARRARA destaca que estos delitos generaron tanto extrañamiento en virtud de significar una afronta a los valores sociales más básicos o naturales y, por lo tanto, fueron considerados antinaturales, irracionales y patológicos “los crímenes que claman por las consideraciones médicas parecen poseer otra estructura, pues dicen respeto,

⁸³ OTONI DE BARROS, F. «Assassinato d'alma: impasses sobre a responsabilidade na leitura de "O crime louco"» *Responsabilidades* 3, n° 1 (2013), pág. 26.

⁸⁴ CASTEL, R. *A ordem psiquiátrica: a idade de ouro do alienismo*. Rio de Janeiro: Graal, 1978, pág. 169; CARRARA S., op. cit. (*Crime e Loucura*) 1998, pág. 70.

⁸⁵ FOUCAULT, M. op. cit. (*Evolución de la noción de individuo peligroso*), 1999, pág. 42.

primordialmente, a la subversión escandalosa de valores tan básicos que se pretende estén enraizados en la propia “naturaleza humana” – amor filial, amor materno o piedad frente al dolor y al sufrimiento humano. De esta manera, no es sorprendente que tales subversiones, tan radicales y escandalosas, coloquen en cuestión la propia “humanidad” de los parricidas, infanticidas, asesinos crueles, siendo más bien interpretadas en el contexto de las salvajerías de la naturaleza, más cercanas, por lo tanto, al abordaje de las ciencias biológicas o naturales”⁸⁶.

Jean-Étienne ESQUIROL, alumno de Philippe PINEL, con quien aprendió la técnica de nosología metódica, publicó a partir de 1816 su propia clasificación de enfermedades mentales, manteniéndose razonablemente en coherencia con su maestro en sus primeras versiones, de 1816 y 1818. En ellas, Jean-Étienne ESQUIROL mantuvo la concepción de alienación mental como desvío de la racionalidad. Fue solamente en su obra de 1838, *Des Maladies Mentales* que alteró más profundamente su propuesta nosográfica para incluir la monomanía homicida, introduciendo el elemento afectivo que no estuvo presente en la obra de Philippe PINEL. Su definición fue la siguiente “(...) una especie de monomanía homicida en la cual no se puede observar ningún desorden intelectual o moral (afectiva): el asesino es llevado por un poder irresistible, por un arrebatamiento que él no puede vencer, por un impulso ciego, por una determinación impensada, sin interés, sin motivo, sin error, a un acto atroz y contrario a las leyes de la naturaleza”⁸⁷.

A la vez que rescata los conceptos de PINEL, al describir la monomanía como la manía con delirio parcial, ESQUIROL la desarrolla y expande, asignando a esta nueva versión tres subdivisiones: la monomanía intelectual, la afectiva (o racionante) y la instintiva. En este sentido, para SERGIO CARRARA, en cada tipo se veía afectada un área de la “psiquis”: el entendimiento, el sentimiento y la voluntad, respectivamente⁸⁸. Es de destacar que la monomanía intelectual estaba más cercana a la clasificación inicial de manía sin delirio y de ella deriva la monomanía homicida como una especie de monomanía instintiva, en la cual la lesión recae sobre la voluntad, en la cual la persona “es llevada a actos que la razón o el

⁸⁶ CARRARA S., op. cit. (Crime e Loucura, o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século) 1998, pág. 72.

⁸⁷ ESQUIROL, J.E. «Da lipemania ou melancolia» Revista Latinoamericana de Psicología Fundamental 2, n° Año IV (2003), pág. 166.

⁸⁸ CARRARA S., op. cit. (Crime e Loucura, o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século) 1998, pág.73.

sentimiento no determinan, que la conciencia reprueba, que la voluntad no tiene fuerza para reprimir; las acciones son involuntarias, instintivas, irresistibles”, según expone ESQUIROL⁸⁹.

En este sentido, OTONI DE BARROS analiza que la psiquiatría de Jean-Étienne ESQUIROL propuso una respuesta a las inquietudes provocadas por el delito sin razón tomando por base el trabajo de Philippe PINEL, sin embargo, sobrepasó aquella mediante la creación de la nueva categoría de la monomanía homicida. De esta forma, concluye OTONI DE BARROS que este tipo de alienación se identifica como “un déficit moral intrínseco, visible apenas en el delito mismo, facultad intelectual intacta, locura racionante, aunque sin freno moral. Resta aplicar el tratamiento pineliano. Estos casos salen de la esfera de la justicia y van para la psiquiatría”⁹⁰.

La locura pasa a ser este ente imperceptible, una vez que se rompe el estereotipo del enfermo mental delirante, y esta ausencia de la obviedad de su identificación suscita la necesidad de los alienistas en juicio. MORAES DE ALMEIDA expone que este hecho concedió a los psiquiatras “los medios para codificar una serie de comportamientos, antes considerados transgresores y criminales, dentro de los juegos de la normalidad, convirtiéndolos en objeto legítimo de la intervención médica”⁹¹. Más allá, esta nueva propuesta intensificó el proceso de objetificación del hombre, reduciéndolo a pura expresión de la naturaleza, en el mismo nivel de las cosas, como alertó FOUCAULT⁹².

A esta altura, la asociación entre el derecho y la psiquiatría fue inevitable y, como recuerda FOUCAULT, esta unión, en el momento en que la psiquiatría fue fundada como especialidad médica fue particularmente conveniente. La creación de un delito patológico como expresa el término monomanía homicida, que en la mirada de FOUCAULT no fue más que “una entidad absolutamente ficticia”⁹³, reunió las nociones de delincuente y enfermo, y afirmó la utilidad del saber/poder médico como instrumento de higiene del cuerpo social. El contexto social del siglo XIX, ya descrito a breves rasgos anteriormente, así lo exigió: “la psiquiatría del

⁸⁹ ESQUIROL, E. op. cit. (Da lipemania ou melancolia), 2003, pág. 164.

⁹⁰ OTONI DE BARROS, F. «Genealogia do Conceito de Periculosidade» Responsabilidades 1, nº 1 (2011), pág. 46.

⁹¹ MORAES DE ALMEIDA, F. op. cit. (Fronteiras da Sanidade), 2009, pág. 77.

⁹² FOUCAULT, M., op. cit. (Historia da Loucura na Idade Clássica), 1978, pág. 55.

⁹³ FOUCAULT, M., op. cit. (Evolución de la noción de individuo peligroso), 1999, pág. 43.

siglo XIX, por lo menos tanto como una medicina del alma individual, fue una medicina del cuerpo colectivo”, según el mismo autor⁹⁴.

Por otra parte, la idea de la existencia de una enfermedad invisible y homicida también provocó cambios en el aparato judicial, que gradualmente se hace dependiente del conocimiento psiquiátrico. Esto porque, la resignificación de la noción de castigo que produjo el iluminismo pasa a exigir que la punición se fundamente en las causas del hecho, más allá de la proporcionalidad a la gravedad del delito defendida por la escuela clásica. Así, lo que antes era muy simple y obvio, puesto que la condenación de alguien se lograba con encontrar el autor y que este no hubiera tenido excusa, ejerciendo la responsabilidad jurídica pura y dura, pasa a depender de la comprensión de los motivos del delito. En efecto, la cuestión fundamental pasa a ser el “¿por qué castigar?”, implantando la compleja ponderación de la culpabilidad, expandiendo la tradicional evaluación meramente causal.

Asimismo, la introducción de la idea de finalidad preventiva de la pena, a partir de la obra de Beccaria, agregó otro elemento complejizante: si la pena tiene además de la retribución, un objetivo de rehabilitar del individuo, también se debe identificar el “¿para qué?” del castigo⁹⁵, en la mirada de FOUCAULT. Resta, entonces, el tratamiento.

Por consiguiente, el hecho de que el motivo del delito pase a ser piedra fundamental para que se produzca la condenación conlleva a una gran dificultad cuando el juez tiene que evaluar un delito sin razón. Los psiquiatras deben buscar el motivo del delito y evaluar la racionalidad de su autor. Si esto es así, el mismo autor comprende que la nueva concepción de la pena como medio de cambio individual haya exigido que el sujeto tenga suficiente racionalidad para ser afectado por el proceso rehabilitador⁹⁶.

En pocas palabras, concluye FOUCAULT evidenciando una especie de síntesis suscitada por crímenes sin explicación, una vez que promovieron la convergencia entre los mecanismos de control jurídico y psiquiátrico: “el crimen monstruoso, al mismo tiempo contra natura y sin razón, es la forma bajo la cual coinciden la demostración médica de que la locura

⁹⁴ *Ibidem.*

⁹⁵ *Ibidem*, pág. 47.

⁹⁶ *Ibidem.*

es, en último término, siempre peligrosa, y la impotencia judicial para determinar el castigo de un crimen sin haber determinado los motivos del mismo”⁹⁷.

2.3. *Benedict MOREL*

Aunque la idea de la monomanía homicida fue increíblemente seductora para la justicia penal, la obra de ESQUIROL de forma general no representó un cambio sustancial con relación a la propuesta de PINEL, caracterizándose más como una expansión que como una innovación de su trabajo. Aunque se ponderó la diversidad de las manifestaciones de la locura en sus clasificaciones, ambos partieron de la premisa de la unidad de la enfermedad mental, utilizaron el mismo método: la clasificación nosológica a partir de la observación sintomática de los pacientes. El resultado fue la existencia de una única forma de terapia, el mencionado tratamiento moral. Por esto, el hecho de que la población asilar siguió en franco ascenso en la segunda mitad del siglo XIX, produjo la fuerte sensación de que la propuesta psiquiátrica había fracasado y afectó el legado teórico de ambos autores, en la evaluación de FOUCAULT, CAPONI y DE SERPA⁹⁸.

En el campo jurídico la situación no fue distinta: OTONI DE BARROS expone que, en menos de cincuenta años desde el Código Penal francés “ya se veían altísimos niveles de reincidencia (...). En Inglaterra, dos casos amenazaban al primer ministro y al rey, respectivamente. Urge la necesidad del Estado de proteger a la sociedad de este peligro, que escapa a los mecanismos de control habituales”⁹⁹. En este contexto, la sistematización creciente de la policía como institución también llevó a la persecución más ordenada y al crecimiento de los niveles de violencia conocida.

A su vez, el recién creado sistema penitenciario de bases liberales, que fue el sueño de los pensadores del siglo anterior, también fracasó. La prisión resultó no ser la fuente de rehabilitación social que se esperaba, sino un mecanismo de efectos diametralmente contrarios, robusteciendo las formas tradicionales de delincuencia y generando nuevas formas de criminalidad. Es decir, el hecho de que el esfuerzo desprendido por el Estado en el combate a

⁹⁷ *Ibidem*, pág. 48.

⁹⁸ FOUCAULT, M., op. cit. (Evolución de la noción de individuo peligroso), 1999, pág. 43; DE SERPA JR., O.D. «O degenerado» 17, n° 2, 2010, pág. 449.; CAPONI, S. «Para una genealogía de la normalidad: la teoría de la degeneración de MOREL» *Scientia & Studia* 7, n° 3, 2009, pág. 18.

⁹⁹ OTONI DE BARROS, F. op. cit. (Genealogia do Conceito de Periculosidade), 2011, pág. 46.

la violencia resultara un camino opuesto de estímulo a más violencia generó “una gran demanda social y política de represión y reacción frente al crimen”, de acuerdo con FOUCAULT¹⁰⁰.

Fue en este escenario de gran exposición de la debilidad, tanto del poder punitivo cuanto del poder psiquiátrico, que MOREL publicó en 1857 el *Tratado de Degeneración de la Especie Humana*, persuadido por el hecho de que, “(...) tanto en Europa como en Estados Unidos la estadística moral y de la criminalidad produjo un verdadero enredo catastrófico (aumento del número de suicidios, delitos contra la propiedad y contra las personas, precocidad monstruosa de jóvenes criminales, mestizaje) cuantificando en números alarmantes, hecho que parece confirmar que su investigación está en buen camino”, como contextualiza DE SERPA¹⁰¹.

MOREL propone una nueva mirada hacia la locura, a partir de una clasificación constituida en las causas de la enfermedad mental (etiológica) con el objetivo de “demostrar el origen y la formación de las variedades enfermizas en la especie humana” utilizando como medio la separación “del estudio de la patogenia de las enfermedades mentales del estudio de las causas que producen las degeneraciones fijas y permanentes, cuya presencia en medio de la parte sana de la población, representa un peligro incesante”, anuncia el autor en el prólogo de su libro donde justifica la obra y define los conceptos fundamentales¹⁰².

La degeneración es definida como un “desvío mórbido del tipo normal de la humanidad”¹⁰³, concepto que fue inspirado en las teorías naturalistas de Cabanis y Boudin. Estas tesis, que empezaron a ser publicadas aún en el siglo XVIII, relataban una degeneración de la especie humana que relacionaba lo que consideraba diversidad racial a los cambios fenotípicos del hombre en el globo entendiendo que estas variables estaban íntimamente vinculadas a los diversos tipos de clima. Así, CAPONI pondera que Boudin relacionó las diversas patologías desarrolladas en las regiones tropicales colonizadas por los europeos como una consecuencia de la exposición al clima, generando la geografía médica¹⁰⁴.

¹⁰⁰ FOUCAULT, M., op. cit. (Evolución de la noción de individuo peligroso), 1999, pág. 52.

¹⁰¹ DE SERPA JR., O.D. op. cit. (O degenerado), 2010, pág. 449.

¹⁰² MOREL, B.A. «Tratado das degenerescências da espécie humana» Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental 11, n° 3, 2008, pág. 499.

¹⁰³ MOREL, B.A. op. cit. (Tratado das degenerescências da espécie humana), 2008, pág. 500.

¹⁰⁴ CAPONI S., op. cit. (Para una genealogía de la normalidad: la teoría de la degeneración de MOREL), 2009, pág. 429.

Por el contrario, MOREL defendió que la degeneración tendría no una sino una multiplicidad de causas y que, de acuerdo a la causa predominante en una patología se podría entonces elegir el mejor método terapéutico. Es importante observar que en la obra de MOREL las características fenotípicas humanas no fueron tratadas como síntomas de alguna patología, sino como variaciones normales, no necesariamente relacionadas a degeneraciones. En este contexto, MOREL redimensiona la comprensión de la alienación, en cuanto estado más avanzado de degeneración, un punto casi irreversible en donde ya se encuentra una sucesión de causas y de generaciones afectadas por la enfermedad. A esta altura, DE SERPA evidencia que las personas que se encontraban en el asilo estarían “condenadas” por la suma de muchas circunstancias en un estado tan avanzado que, a pesar de los muchos esfuerzos de la medicina, no les restarían muchas esperanzas¹⁰⁵.

Parte sustancial de la obra de MOREL, el concepto de “tipo normal de humanidad”, fue una mezcla de elementos orgánicos, morales y metafísicos, puesto que el autor creía que este era “el sujeto primitivo, creado por Dios, para perpetuar la especie humana de manera siempre idéntica”, de forma que el desvío de esta perfección divina significa la degeneración física y moral de la especie humana¹⁰⁶. Este hombre perfecto es definido así por BERCHERIE “lo que constituye la esencia del tipo primitivo y de la naturaleza humana, es la dominación de lo moral sobre el físico, o sea, la libre aceptación por el sujeto de la “ley moral”, de la “convicción del deber”, al cual él se somete “sin quejas”, realizando su “destinación social” en cuanto “fuerza libre e inteligente”. El cuerpo es solamente “el instrumento de la inteligencia”¹⁰⁷.

La degeneración estaría, dentro de su comprensión etiológica, sometida a un sistema estructurado de seis causas, entre las cuales la transmisión hereditaria seguramente fue la más relevante, guardando preponderancia sobre las demás, ya que es definida como la más general y universal. La definición dada por MOREL es la siguiente “las condiciones de degeneración, en las cuales se encuentran los herederos de ciertas disposiciones orgánicas viciosas, no sólo se revelan por características exteriores fáciles de descubrir, como la baja estatura, la conformación defectuosa de la cabeza, el predominio de un temperamento malsano, las deformidades, las anomalías orgánicas y la imposibilidad de reproducirse, sino aún más

¹⁰⁵ DE SERPA JR., O.D. op. cit. (O degenerado), 2010, pág. 451.

¹⁰⁶ CAPONI S., op. cit. (Para una genealogía de la normalidad: la teoría de la degeneración de MOREL), 2009, pág. 431; DE SERPA JR., O.D. op. cit. (O degenerado), 2010, pág. 450; MOREL, B.A. op. cit. (Tratado das degenerescências da espécie humana), 2008, pág. 498.

¹⁰⁷ BERCHERIE, P. op. cit. (Os fundamentos da clínica: História e estrutura do saber psiquiátrico), 1989, pág. 31.

profundamente en las más extrañas aberraciones en el ejercicio de las facultades intelectuales y de los sentimientos morales”¹⁰⁸. Así, SERGIO CARRARA evidencia que es posible evaluar que la creación de la figura del “loco hereditario” transformó la degeneración (y la enfermedad mental) en un concepto antropopatológico fundado sobre la idea monista del hombre (indisolubilidad de los ámbitos físico y moral) que afirmó la existencia de la transmisión de las características físicas y morales, tales como el carácter o las aptitudes personales¹⁰⁹.

Según el mismo autor, se puede analizar que, aunque en el alienismo ya estuvo presente la idea de predisposición hereditaria, la degeneración, mediante la fundamentación biológica, genera la idea misma de un tipo antropológico desviante¹¹⁰. En este sentido, la concepción de la existencia de un vínculo entre la actividad cerebral y la transmisión hereditaria fue una de las características más fascinantes de la teoría de MOREL, puesto que evocó el elemento orgánico que hacía falta a la definición de locura del alienismo, fundamentando sus categorías nosológicas en una base positiva. Por otro lado, su teoría amplía la actuación del psiquiatra a todo y cualquier tipo de delito, más allá de los delitos extremos e incomprensibles estudiados por ESQUIROL en la monomanía. Además, FOUCAULT expone que se logró un inequívoco incremento del público de la psiquiatría, ya que la idea de degeneración expande la escala de su actuación de la esfera individual a generaciones enteras de afectados¹¹¹.

En un siglo en que el positivismo clamaba por certezas científicas, la afirmación de la causa orgánica de la enfermedad mental representó un rescate del saber psiquiátrico, afirmándole como parte del conocimiento médico moderno y otorgándole legitimidad científica y social para seguir expandiendo su intervención a pesar del fracaso del modelo asilar.

Las demás causas apuntadas por MOREL fueron la intoxicación, que está entre las causas ambientales de las degeneraciones, entre las cuales incluye, con extremada relevancia, el consumo problemático del alcohol; el medio social, causa en la cual MOREL, como fue común en el siglo XIX, asoció pobreza y peligrosidad vinculando la “la influencia desmoralizadora que ejerce la miseria, la falta de instrucción, el abuso de alcohol, el exceso de enfermedades, la falta de alimento, tendremos una idea de las circunstancias complejas que

¹⁰⁸ MOREL, B.A. op. cit. (Tratado das degenerescências da espécie humana), 2008, pág. 62.

¹⁰⁹ CARRARA S., op. cit. (Crime e Loucura,) 1998, pág. 83.

¹¹⁰ CARRARA S., op. cit. (Crime e Loucura,) 1998, pág. 215.

¹¹¹ CAPONI S., op. cit. (Para una genealogía de la normalidad), 2009, pág. 433; FOUCAULT, M. op. cit. (Evolución de la noción de individuo peligroso), 1999, pág. 40.

tienden a modificar de una manera desfavorable los temperamentos de la clase pobre”¹¹²; la afección mórbida anterior o los temperamentos insanos, como causas ligadas a los que habitan los asilos en gran mayoría, los enfermos mentales que encajan en el estereotipo de alienados en forma general; la inmoralidad; y las enfermedades congénitas o adquiridas en la infancia.

El autor niega la existencia de cura para los alienados, puesto que se opone a la noción de evolución de la especie humana, afirmando que la degeneración consiste ontológicamente en lo opuesto de la visión evolucionista¹¹³. Para MOREL, en la “degeneración no se nota la propensión del individuo de retornar a su tipo normal, por el hecho de que la degeneración es un estado mórbidamente constituido y de que el ser degenerado, si fuera abandonado a su suerte, caerá en una degradación progresiva”¹¹⁴. De esta forma, sus estrategias terapéuticas poseen un enfoque nítidamente profiláctico.

En efecto, la detección de los pequeños indicios y el tratamiento preventivo van a definir el nuevo momento de actuación del psiquiatra: antes de los brotes y de las crisis como forma de profilaxis, al contrario de la forma como actuaban los alienistas. Sin embargo, CAPONI pondera que este enfoque novedoso implicó una progresiva “psiquiatrización de las anomalías y los desvíos de comportamiento”, ampliando las categorías destinadas a la asistencia asilar y pasando a actuar mediante “una psiquiatrización preventiva (llamada higiene moral) de las más variadas conductas cotidianas”¹¹⁵.

Asimismo, el autor admitió otras dos posibilidades de tratamiento: el destinado a contener los estados agudos y el tratamiento moral. El primero se destinaba a la asistencia a las enfermedades físicas causadas por motivos sociales o morales, al tiempo en que el tratamiento moral, aunque conservó el nombre alienista, tuvo en MOREL una concepción muy diversa, ya que correspondió a una mezcla de tratamiento moral y fundamentación metafísica.

En efecto, se justificó esta última modalidad terapéutica como el cumplimiento de una ley divina e inmutable cuyo contenido eran fundamentalmente reglas de comportamiento que se dirigían a la moralización de la población en general y no solamente de los pacientes. En definitiva, la propuesta terapéutica de MOREL extiende casi que de forma absoluta la

¹¹² MOREL, B.A. op. cit. (Tratado das degenerescências da espécie humana), 2008, pág. 51.

¹¹³ CARRARA S., op. cit. (Crime e Loucura, o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século) 1998, pág. 82.

¹¹⁴ MOREL, B.A. op. cit. (Tratado das degenerescências da espécie humana), 2008, pág. 501.

¹¹⁵ CAPONI S., op. cit. (Para una genealogía de la normalidad), 2009, pág. 441.

intervención psiquiátrica a través de la higiene moral, inicialmente concebida como una forma de profilaxis personal, en la práctica estuvo mucho más dirigida a la defensa social que al bienestar del paciente. Por consiguiente, CAPONI considera que, a partir de la teoría de la degeneración, se evidencia que “las imágenes de irracionalidad, peligro, delirio y alucinación, asociadas en las mentes de los alienistas a las figuras del loco y de la locura, comenzaron a vincularse con nuevos sujetos que, poco a poco, irán integrándose al saber psiquiátrico y a una pesada red de intervenciones correctivas”¹¹⁶.

A su turno SERGIO CARRARA destaca que la teoría de la degeneración impacta el Derecho penal de innumerables formas: el delito, en cuanto desviación moral causada por una degeneración de fondo biológico, distorsiona la concepción de toda persona que lo comete para entenderla como un enfermo; la patologización del delito pasa a reclamar una intervención médica y no jurídico penal; como consecuencia, la figura del delincuente se diluye en la figura del loco, afectando la responsabilidad penal y la posibilidad de punición conforme a los parámetros liberales¹¹⁷.

Resáltese que, según el análisis de OTONI DE BARROS, más allá de la actuación *a posteriori* de la psiquiatría, la propuesta de MOREL añade la propuesta de una actuación profiláctica defensiva, prometiendo actuar antes de que el delito ocurra para proteger a los sanos de todos los potencialmente peligrosos. Aunque no sean culpables e, incluso, aunque ni siquiera haya existido delito¹¹⁸. En definitiva, el Derecho y la psiquiatría se asocian (una vez más) para proponer una solución al problema de la criminalidad creciente, esta vez por medio de la higiene física y moral.

2.4. Escuela Positivista Italiana

La publicación del libro *L'Uomo Delinquente* en 1876 por Lombroso, es considerada el marco inicial de la Escuela Positivista del Derecho penal¹¹⁹. Como médico legista, Lombroso se apoyó en técnicas de antropometría y craneoscopia, ya utilizadas desde el fin del siglo XVIII por la frenología de Gall¹²⁰, en base a las cuales examinó los cuerpos de los criminales y elaboró

¹¹⁶ *Ibidem*, pág. 426.

¹¹⁷ CARRARA S., op. cit. (Crime e Loucura) 1998, págs. 96-97.

¹¹⁸ OTONI DE BARROS, F. op. cit. (Genealogia do Conceito de Periculosidade), 2011, pág. 46.

¹¹⁹ También conocida como Escuela Criminológica del Derecho penal o Escuela Antropológica.

¹²⁰ Frenología: conjunto de doctrinas desarrolladas por F.J. Gall a fines del siglo XVIII en Viena, inicialmente conocida como craneología o craneoscopia, para las cuales las facultades psíquicas están localizadas en zonas

estadísticas. De esta forma, CARRARA considera que, en la obra de LOMBROSO, “algunos criminales podrían ser considerados una variación singular del género humano, como una clase antropológicamente distinta”¹²¹, a este hombre peculiar nombró *criminal nato*, u *homo criminalis*.

Pese a esto, no es posible comprender la amplia aceptación de las teorías positivistas sin regresar en el tiempo para comprender los principios científicos que la hicieron factible. En primer lugar, se observa que la nueva concepción del hombre que propuso LOMBROSO parte de dos bases teóricas muy marcadas: el monismo mecanicista y el evolucionismo. Ambas tuvieron una matriz en las ciencias naturales y, posteriormente, fueron reinterpretadas para que sea posible su aplicación en la inteligencia del comportamiento humano.

Por lo tanto, el mecanicismo monista, una especie de purismo materialista, se afirmó como una expresión fiel del positivismo en la búsqueda de la afirmación de la biología como ciencia. En este contexto, FREZZATTI JR. expone que, la propuesta esencial de la escuela fue la comprensión del mundo, en todos sus aspectos, a partir de la concepción radical de que “los procesos físico-químicos explican todo lo que ocurre en el universo”¹²². Haeckel, uno de los mayores nombres del mecanicismo físico químico, así lo sostenía en oposición al dualismo mecanicista que, a su vez, creía lícito incorporar elementos metafísicos o morales en la comprensión de los fenómenos vitales. En resumen, la influencia del mecanicismo monista trajo a la escuela positivista el biodeterminismo como única forma científica de comprender el comportamiento humano, según postula FREZZATTI JR.¹²³.

El evolucionismo, por otra parte, fue fruto del traslado de la teoría darwiniana para comprender, bajo la misma perspectiva, que existiría una evolución física, mental y moral del ser humano. En realidad, como destaca MORAES DE ALMEIDA, mucho antes de que DARWIN publicara su teoría en 1859, LAMARCK ya había sostenido a finales del siglo XVIII la tesis de “la variación discontinuada de las especies, basada en modificaciones adaptativas de los organismos al ambiente que originarían transformaciones físicas en los organismos,

precisas del cerebro y en correspondencia con relieves del cráneo. Se entendía que el examen de estos relieves permitiría reconocer el carácter y las aptitudes de la persona y que cuanto mayor el cráneo mayor sería la capacidad mental del sujeto.

¹²¹ CARRARA S., op. cit. (Crime e Loucura) 1998, pág. 101.

¹²² FREZZATTI JR., W. A. «Haeckel e Nietzsche: aspectos da crítica ao mecanicismo no século XIX» *Scienti & Studia* 1, nº 4 (2003), pág. 444.

¹²³ *Ibidem*.

transmitidas a sus descendientes”¹²⁴. Esta adaptación tendría una intencionalidad que consistía en lograr la sobrevivencia, y es el comienzo del llamado evolucionismo.

Posteriormente, DARWIN publicó *El origen de las especies*, en el cual incorporó a la teoría de las modificaciones adaptativas la idea de la *selección natural*. Autores como GOULD, SERGIO CARRARA, MORAES DE ALMEIDA y DEL CONT dan a conocer que, para DARWIN, al revés de la interpretación que fue dada a su obra, no había ninguna idea de evolución, progreso, mejoramiento o perfeccionamiento de las especies en la idea de selección natural. La valoración “positiva” de los cambios adaptativos como sinónimo de progreso fue evitada por él, consciente de los usos políticos que podrían venir – y de hecho vinieron – a partir de dicha afirmación^{125 126}.

En efecto, GOULD resume las ideas centrales de la mencionada obra “la estructura de este argumento consiste en dos hechos innegables que llevan a una conclusión inevitable: a) los organismos varían, y estas variaciones son heredadas (por lo menos en parte) por sus descendientes; b) los organismos producen más descendientes que aquellos que pueden sobrevivir; Conclusión: en media, la descendencia que varía con más intensidad en el sentido favorecido por el medio ambiente sobrevivirá y se propagará, resultando en el aumento de la población que presenta estas variaciones favorables por la selección natural”¹²⁷.

Aunque en *El origen de las especies* se evita ampliar su aplicación a los seres humanos, esta fue la principal implicación de esta obra: la selección natural a los seres humanos. Dos principales autores manipularon de esta forma la obra de Darwin y generaron sus propias teorías en el mismo siglo XIX: HERBERT SPENCER y FRANCIS GALTON.

El primero introdujo el llamado Darwinismo Social¹²⁸, en el cual formula dos leyes fundamentales: la lucha por la existencia y la sobrevivencia de los más aptos. A partir de ellas

¹²⁴ MORAES DE ALMEIDA, F. op. cit. (Fronteiras da Sanidade), 2009, pág. 99.

¹²⁵ “En un famoso epigrama, Darwin se hace una recomendación a sí mismo de no decir nunca 'superior' o 'inferior' al describir la estructura de los organismos, porque si una ameba está tan bien adaptada a su entorno como nosotros al nuestro, ¿quién puede decir que somos las criaturas superiores? Así, Darwin evitó llamar evolución a la descripción de descendientes con modificación, tanto porque su significado técnico va en contra de las creencias que defendía, como porque no se siente cómodo con la noción de progreso, inherente a su sentido vernáculo.” GOULD, S.J. *A falsa medida do homem*. 3a. São Paulo: Martins Fontes, 2014, pág. 27.

¹²⁶ GOULD, S.J. op. cit. (*A falsa medida do homem*), 2014, pág.25; CARRARA S., op. cit. (*Crime e Loucura*) 1998, pág. 97; MORAES DE ALMEIDA, F. op. cit. (Fronteiras da Sanidade), 2009, pág. 96; DEL CONT, V. «Francis Galton: Eugenia e Hereditariedade» *Scienti & Studia* 6, nº 2 (2008), pág. 202.

¹²⁷ GOULD, S.J. op. cit. (*A falsa medida do homem*), 2014, pág. 1.

¹²⁸“El trabajo de Herbert Spencer (1820-1903) no se basó originalmente en los descubrimientos de Darwin,

justifica, entre otras cosas, el liberalismo económico como forma de oposición explícita al socialismo naciente, que con sus programas de beneficios a los más débiles sería algo funesto y anti natural para nuestra especie, además de considerar la meritocracia como variedad de selección natural de los más aptos seres humanos en la sociedad. Desde estas premisas SPENCER defendió, por ejemplo, que el Estado no debería prestar auxilios a los menos aptos ya que favorecería por este medio las “unidades inferiores” en detrimento de las “superiores” y capacitaría los inferiores a multiplicarse, hecho contrario a la evolución y a la justicia, según describen además ZAFFARONI y MORAES ALMEIDA¹²⁹.

De dicha forma, SPENCER racionalizó que al igual que ocurre en la naturaleza, nada más lógico que, para el propio bien de los pobres e inadaptados, se debe “dejarles que se debatan en su pobreza, para que solo sobrevivan los mejor dotados y mejorar la raza mediante este sustituto de la selección natural”, conforme pondera ZAFFARONI¹³⁰. En las palabras de SPENCER “obsérvese, además, que los animales carnívoros no hacen tan sólo desaparecer en los rebaños de herbívoros a los individuos torpes o débiles por la edad, sino también a los enfermos, a los mal conformados y a los menos ágiles o robustos. Gracias a este proceso depurativo y a la lucha general que entre los mismos herbívoros que se entabla en la época de celo, se evita la degeneración de la raza por la multiplicación de sus individuos inferiores y se asegura el mantenimiento de una constitución adaptada completamente a las condiciones circundantes y la más propicia, por lo tanto, para procurar el bienestar. El desenvolvimiento de los seres superiores consiste en el progreso hacia una forma de vida en la que la felicidad no esté limitada por la inevitable existencia de estos deplorables accidentes. La raza humana debe realizar este *desideratum*; la civilización es la última etapa de su cumplimiento; y en el hombre ideal deben darse todas las condiciones de este cumplimiento característico. Entretanto, el bienestar de la humanidad actual y su progreso hacia la perfección final están asegurados por

aunque la tesis de la "selección natural" contribuyó mucho a su popularización. Su primera obra, titulada Principios de Psicología, publicada en 1855, buscó apoyar, con base en la evidencia frenológica, la creciente complejidad y diferenciación de las razas humanas y la inevitable marcha hacia el progreso que representan sus diferenciaciones.” MORAES DE ALMEIDA, F. op. cit. (Fronteiras da Sanidade), 2009, pág. 107.

¹²⁹ SPENCER, H. El individuo contra el Estado. Valencia: Maxtor Ediciones, pág. 135; MORAES DE ALMEIDA, F. op. cit. (Fronteiras da Sanidade), 2009, pág. 92; ZAFFARONI, E. R. La cuestión criminal. Planeta, 2012, pág. 84.

¹³⁰ ZAFFARONI, E. R. op. cit. (Las "Clases Peligrosas"), 2005, pág. 163.

esa misma disciplina, bienhechora, aunque severa, que extiende su imperio por toda la creación animada”¹³¹.

El segundo autor, FRANCIS GALTON, originó una nueva ciencia en base a la transmisión hereditaria, la cual nombró eugenesia, definida por él mismo como “la ciencia que trata de todas las influencias que mejoran las cualidades innatas, o materia prima, de una raza; también aquellas que la pueden desarrollar hasta alcanzar la máxima superioridad”¹³². En este sentido, RUIZ-SUÁREZ evidencian la propuesta de GALTON del método de la selección matrimonial, basado en el aprendizaje de los criadores de animales con el fin de mejorar nuestra especie¹³³. Esta idea fue reconocida como “eugenesia positiva”, puesto que proponía estimular la reproducción a través de buenas combinaciones hereditarias para lograr el perfeccionamiento de la especie. Así justificó su teoría en el libro *La Herencia del Genio* del 1869: “Me propongo demostrar en este libro que las habilidades naturales del hombre se transmiten hereditariamente, con exactamente las mismas limitaciones que la forma y las características físicas de todo el mundo orgánico. En consecuencia, así como es fácil, a pesar de ciertas limitaciones, el obtener por selección cuidadosa razas estables de perros o caballos dotados con facultades especiales para la carrera o para hacer cualquier otra cosa, así debería ser de factible el producir una raza de hombres altamente dotada por medio de bodas sensatas a lo largo de varias generaciones consecutivas. Demostraré que existen agentes sociales corrientes, cuyas influencias casi no se sospechan, y que en estos mismos momentos *trabajan a favor de la degeneración de la naturaleza humana*, mientras que hay otros que trabajan en favor de su perfeccionamiento”¹³⁴.

Posteriormente, se generará en el siglo XX otra versión de su tesis llamada “eugenesia negativa”, muy exitosa en las primeras décadas del nuevo siglo como política de Estado en Estados Unidos y Europa (sobre todo en la Alemania nazi y la Italia fascista), predicando la tesis de una intervención para producir una selección artificial, que impediría la reproducción de los más débiles, inicialmente con el objetivo de eliminarlos de la humanidad en algunas generaciones.

¹³¹ SPENCER, H. op. cit. (El individuo contra el Estado), 2010, págs. 138-139.

¹³² GALTON, F. *Hereditary Genius, an inquiry into laws and consequences*. London: Macmillan, 1978, pág. 158.

¹³³ RUIZ, R., y SUÁREZ, L. «Eugenesia, herencia, selección y biometría según Galton.» *ILUIL* 25 (2002), pág. 97.

¹³⁴ GALTON, F., op. cit. (*Hereditary Genius*), 1978, pág. 31.

Por ende, RUIZ-SUÁREZ entienden que fue mediante este edificio teórico en el cual se naturaliza y se racionaliza la oposición a la igualdad humana, con el fin de sustentar las tesis deterministas y justificar científicamente el racismo, el neocolonialismo, y las diferencias de clase hasta radicalizarse al punto de legitimar los campos de exterminio nazi¹³⁵. Solamente de esta forma sería aceptable la idea de Lombroso de que el ser humano sería tan biológicamente determinado como el resto de la naturaleza, y que existirían variaciones antropológicas en convivencia en la sociedad, hasta comprender que los débiles mentales, los que poseen anomalías físicas y los criminales natos serían tipos naturales que poseen una inferioridad biológica conforme expresa SERGIO CARRARA¹³⁶.

Adentrándonos más en la construcción lombrosiana, la variación antropológica del criminal nato no fue considerada como necesariamente patológica, si no se trataba de definir la existencia de alguien que portaba una inferioridad natural. Para explicar dicha naturalidad los ejemplos más recurrentes fueron los que referían a negros y mujeres como seres humanos en típica condición de inferioridad originaria o constitutiva. En este sentido, SERGIO CARRARA explica que “en cuanto miembro de un grupo natural, el criminal no tenía obviamente el poder de elegir ser honesto, pues el delito sería apenas un efecto inmediato de su inferioridad biológica, de su inepticia natural en vivir en una sociedad que ya alcanzaba un grado de evolución en relación al cual él estaría desfasado. Así, de la misma manera que una mujer no podría naturalmente pensar o actuar como hombre, o un negro como un blanco, tampoco el criminal podría naturalmente pensar o actuar como un hombre honesto”¹³⁷.

Por consiguiente, GOULD expone que el criminal nato, ser atávico perteneciente a formas anteriores de existencia del hombre, también conocido como un antepasado del *homo sapiens*, estaría biológicamente determinado al crimen. El delito, más que su destino, era la expresión de su naturaleza regresiva y de su animalidad¹³⁸.

Es importante destacar que la idea de Lombroso discrepa de la anterior concepción de degeneración, toda vez que para este autor no se trata de una patología, sino del reconocimiento de la existencia de una condición natural del hombre. Sin embargo, el concepto de criminal nato tuvo muchos otros puntos en común con la figura del degenerado, como la presencia de

¹³⁵ RUIZ, R., y SUÁREZ, L., op. cit., (Eugenesia, herencia, selección y biometría según Galton), 2002, pág. 102.

¹³⁶ CARRARA S., op. cit. (Crime e Loucura) 1998, pág. 107.

¹³⁷ CARRARA S., op. cit. (Crime e Loucura) 1998, pág. 107.

¹³⁸ GOULD, S.J. op. cit. (A falsa medida do homem), 2014, pág. 123.

estigmas definidos como “anatómicos, fisiológicos y fisionómicos”, entre las características físicas, psíquicas, morales y comportamentales que enunció Lombroso como indicadoras de su naturaleza peculiar, para SERGIO CARRARA^{139 140}. El énfasis en los estigmas físicos es trascendental, ya que permitirían identificar fácilmente a estas personas, como describe GOULD “los criminales son tipos atávicos, desde el punto de vista de la evolución, que subsisten entre nosotros. En nuestra herencia viven gérmenes letárgicos, provenientes de un pasado ancestral. En algunos individuos desafortunados, este pasado vuelve a la vida. Estas personas son llevadas, por su constitución innata, a comportarse como un mono o un salvaje anormales, mas este comportamiento es considerado criminal por nuestra sociedad civilizada. Felizmente, podemos identificar a los criminales natos porque su carácter simiesco se traduce por determinados caracteres anatómicos”¹⁴¹.

La obra de LOMBROSO recibió, entre las más recurrentes críticas, acusaciones por su reduccionismo biológico, ausencia de ponderación de factores sociológicos como causas de la criminalidad y el “exceso” de evolucionismo, hecho que llevó a que su teoría no fuera muy bien acogida en Francia, por ejemplo. Por este motivo las ediciones siguientes de su libro desarrollaron un mayor énfasis en los factores externos de la criminalidad, aunque sin desechar la tesis de la criminalidad innata.

Fue Enrico FERRI, un sociólogo, quien logró desarrollar de forma más representativa el argumento sociológico, puesto que en su clasificación de los criminales hay una variedad de perfiles de delincuentes entre los cuales el criminal nato es una especie entre otras. En cualquier caso, FERRI discrepó en parte con Lombroso, en su caminar con la potenciación creativa de la

¹³⁹ Características del criminal nato según Lombroso: “En términos anatómicos, la ausencia de pelo, la exagerada longitud de los brazos, la “torpeza” de los rasgos, las orejas dotadas de tubérculo de Darwin, las mandíbulas sobre desarrolladas, la frente “fugaz”, la protuberancia de la cigoma, la excavación exagerada de la bóveda palatina y las fosas oculares y otras peculiaridades del cráneo dibujaban el perfil anatómico del simio en el cuerpo del criminal. En términos fisiológicos, la analgesia (insensibilidad al dolor), la desvulnerabilidad (capacidad de recuperarse rápidamente de las lesiones), el mancinismo o el ambidextrismo se consideraban características tanto de los salvajes como de los criminales natos. Psicológicamente, el gusto por los tatuajes, la jerga y la onomatopeya, la imprevisibilidad, la prodigalidad, la vanidad, el descaro, la impulsividad, la insensibilidad moral, la venganza, el amor a la orgía, la pereza, la precocidad y el placer en el crimen, las ausencias de remordimientos completaban la figura del atávico. También había características fisionómicas: la mirada fría y fija en los asesinos; errantes, oblicuos e inquietos en ladrones. Además, los criminales natos serían en general muy sensibles a los metales, la electricidad, los meteoritos y los cambios atmosféricos (especialmente las tormentas), siendo en su mayoría "pederastas" o poco acostumbrados a las mujeres.” CARRASCO GÓMEZ, J.J. «Circunstancias psíquicas que modifican la imputabilidad.» *IV Congreso Andaluz de Ciencias Penales. Derecho Penal y Psiquiatría Criminal y Forense*, 1998, pág. 105.

¹⁴⁰ CARRARA S., op. cit. (Crime e Loucura), 1998, pág. 108.

¹⁴¹ GOULD, S.J. op. cit. (A falsa medida do homem), 2014, pág. 123.

nueva Antropología criminal como Ciencia “aliada”. En tal sentido, FERRI se manifestó de la siguiente manera: “en primer lugar, se necesita hacer desaparecer la idea incompleta de Lombroso y de algún otro jurista, de que esta escuela, no es sino un parcial connubio, una simpática alianza entre el derecho penal y la antropología criminal. No es verdad, es algo más, tiene un mayor valor científico y práctico; es la aplicación del método experimental al estudio de los delitos y de las penas, y como tal introduce en el tecnicismo jurídico abstracto, el refuerzo de nuevas observaciones hechas, no solo por la antropología criminal, sino por la psicología y por la sociología; representa, verdaderamente, una nueva fase en la evolución de la ciencia criminal”¹⁴².

A continuación, Raffalle GARÓFALO contribuyó como jurista a la transcripción de las ideas de la antropología criminal en una propuesta jurídica concreta, reclamando una reforma que adaptara el Derecho penal a los nuevos términos científicos. El elemento central de su obra fue el entendimiento del criminal nato como alguien en que están ausentes los instintos altruistas normales de la humanidad. Para él, la noción jurídica de crimen debería ser sustituida por la de delito natural: si lo que existe de más constitutivo en la especie humana es este instinto natural, el delito naturalmente sería el acto que afecta este sentido moral esencial¹⁴³.

Para GARÓFALO los instintos altruistas fundamentales, la benevolencia, la piedad y la probidad, estarían presentes en las razas civilizadas consideradas superiores. En particular, define el delito natural como “(...) el elemento de inmoralidad necesario para que un acto nocivo sea considerado como criminal por la opinión pública es la lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos *altruistas* fundamentales, esto es la piedad y la probidad. Es preciso, además de esto, que la violación hiera, *no solamente la parte superior y más delicada* de estos sentimientos, sino la *proporción media en la cual ellos son poseídos por una comunidad*, y que es *indispensable* para la adaptación del individuo a la sociedad. Esto es lo que nosotros llamaremos crimen o *delito natural*”¹⁴⁴.

¹⁴² FERRI, E. Los nuevos horizontes del Derecho y del Procedimiento penal. 2ª ed. Versión castellana de Pérez Oliva. Madrid, 1887, pág. 9.

¹⁴³ MORAES DE ALMEIDA, F. op. cit. (Fronteiras da Sanidade), 2009, pág. 111.

¹⁴⁴ GARÓFALO, R. Criminología. 3a. Lisboa: Livraria Clássica, 1893, págs. 38-39. Existe una reedición de la 1ª edición, publicada por E. Bdef: GARÓFALO, R. La Criminología. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión. Traducción de Pedro Dorado Montero, E. Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2005. En la tesis utilizaré la 3ª edición citada.

Sin embargo, el autor sigue la línea teórica de Lombroso defendiendo que el criminal nato se reconoce por las características atávicas que lo distinguirían de los demás seres humanos por su anormalidad. En realidad, lo que hace GARÓFALO es agregar al concepto de criminal nato esta característica moral fundamental (la ausencia de instintos altruistas) como una anomalía exclusivamente moral, y no una patología, como lo consideró MOREL.

En este punto, se destaca la distancia entre la noción del criminal nato y la de degeneración, toda vez que en el primero no habría patología de cualquier naturaleza, mucho menos mental, sino una anomalía moral que afectaría inevitablemente a todos los criminales. En consecuencia, GARÓFALO resalta la relevancia de distinguir los anormales de los enfermos, o sea, los criminales natos de los “locos criminales”. Para él, los segundos podrían ser “curados” mediante la intervención médica, en tanto que los primeros, por su atavismo, serían constitutivamente inadaptados a la vida en sociedad y, por lo tanto, irrecuperables¹⁴⁵.

En lo que toca a la cuestión de la exposición de los delincuentes a los factores sociales, GARÓFALO argumenta en contraste a la opinión de FERRI que “el delincuente *ocasional* no existe, si por esta palabra se quiere explicar que un hombre bien organizado puede cometer un crimen solamente por la fuerza de las circunstancias exteriores. En efecto, si, entre cien personas que se encuentran en circunstancias idénticas, solamente una se deja influenciar por el crimen, se debe admitir que esta persona reaccionó de una manera diferente a la influencia de las circunstancias (...). Esto es lo que podemos decir, por ejemplo, a los autores que entienden en la miseria de ciertas clases el origen de los crímenes cometidos por algunos individuos. Mas estas clases, en las cuales el sufrimiento es igualmente repartido, no son, sin embargo, compuestas por individuos criminales, porque estos siempre representan una pequeña minoría. Ellas son, como dijo M. Lacassagne, el medio de cultura en el cual el microbio puede desarrollarse, el microbio, esto es el criminal, que no es, pues, el producto necesario; sino que, en un medio diferente, habría probablemente permanecido en un estado de *criminalidad latente*”¹⁴⁶.

No obstante, al afirmar que la actuación de los estímulos externos afectaría al criminal nato, GARÓFALO se mantiene firme en sostener que tanto los criminales ocasionales como

¹⁴⁵ *Ibidem*; MORAES DE ALMEIDA, F. op. cit. (Fronteiras da Sanidade), 2009, pág. 112.; CARRARA S., op. cit. (Crime e Loucura) 1998, pág. 104.

¹⁴⁶ GARÓFALO, R. op. cit. (Criminologia), 1893, pág. 107.

los instintivos son constitutivamente anormales, no importa si su herencia atávica está latente o no. Por esto concluye que sería imperativa la necesidad de defensa social mediante la eliminación de estas personas de la convivencia social, sea a través de su muerte o su expulsión permanente, puesto que la simple existencia de ellas representaría peligro.

De esta manera, la solución propuesta por el autor representa una resignificación de la teoría de la selección natural, a través de la concepción de una selección social, mediante la cual “la sociedad producirá artificialmente la selección análoga a la que se produce espontáneamente en el orden biológico, por la muerte de los individuos no asimilables a las condiciones del medio ambiente”¹⁴⁷. Por consiguiente, la peligrosidad permanente de las personas que poseen los estigmas diseñados autoriza la defensa social con la toma de las medidas más radicales posibles para eliminar este peligro, aunque se encuentre en estado latente.

III. VALORACIÓN PERSONAL

Como se pudo averiguar a lo largo de este capítulo, la concepción de locura varió inmensamente en la historia, y solamente recientemente, fruto de la unión de los saberes psiquiátrico y jurídico penal en el siglo XIX, se produjo la noción de peligrosidad penal de las personas que sufren con enfermedades mentales. Así, en este capítulo partimos de la identificación de los antecedentes de este período álgido, para comprender la conformación del terreno propicio a la construcción de la naturalización de la peligrosidad penal, edificio teórico que parece mantenerse inerte a los cambios producidos por la ciencia médica y el derecho hasta la actualidad.

Así, se evidencia que en la antigüedad se encontraban vigentes claramente los tres modelos de comprensión de la locura: primero, en obras como la de Homero, en donde los cuadros de locura ocurren por intervención directa de los dioses, se ve reflejado el modelo mítico religioso; después, en los autores de la tragedia griega los conflictos sociales y las pasiones delinean el fundamento psicológico que retoma Philippe PINEL entre los siglos XVIII

¹⁴⁷ GARÓFALO, R. op. cit. (Criminología), 1893, pág. 257.

y XIX; por fin, en la labor de Hipócrates nace el fundamento orgánico de comprensión de la locura que va a renacer con fuerza en el positivismo del siglo XIX revestido de cientificismo.

De forma general es posible afirmar que, a pesar de la diversidad de fundamentos propuestos para comprender el fenómeno de la locura en los tres casos, en Grecia esta no fue entendida como un estado permanente, sino como algo episódico, sin vestigios del entendimiento como un cuadro que ofrecía peligro a la sociedad. De igual forma, la locura no fue considerada como un problema social y, algunas veces, incluso fue entendida como un privilegio, ya que los delirantes tenían la capacidad de comunicarse con los dioses. Así, en este periodo la locura no fue vista como una cuestión moral o de conducta de las personas afectadas y, como consecuencia, no hay registro de segregación de los enfermos mentales, hecho que se puede justificar por el hecho de que la sociedad no se sentía en peligro, no existía la necesidad de exclusión.

Sin embargo, identificamos en la obra de Galeno una importante excepción, que insertó la noción de “déficit orgánico permanente” concepto que atribuye esta condición de estabilidad o rigidez de la condición del enfermo mental. Aunque en esta época no se manejó la relación de este estado con la peligrosidad de estas personas, esta noción de afección inalterable y sostenida en el tiempo va a ser fundamental para la construcción posterior de la respuesta médica y jurídica de los trastornos mentales.

De igual forma, encontramos una dicotomía semejante en las concepciones Agustiniana y Tomista de la locura en la edad media. Así como las obras de Hipócrates y Galeno conservaron una base biológica u orgánica común, los trabajos de San Agustín y Santo Tomás de Aquino se desarrollaron sobre una sólida matriz religiosa en la cual la locura estaba ligada a la idea del mal. Sin embargo, de forma muy semejante a lo que ocurrió con los autores anteriores, en el análisis de Agustín la actuación del mal sobre la persona tenía carácter pasajero, existiendo la posibilidad de vuelta a la gracia a través de la realización de sacrificios; en cuanto en el entendimiento de Tomás de Aquino el mal es parte de las cosas o de las personas, agregando la posibilidad de asociación permanente y, por lo tanto, no posible de recuperación.

En común, la asociación de la locura con el mal y con las posesiones demoniacas establece una base consistente para la construcción continua del estigma y del miedo en relación

a las personas con trastorno mental. A este escenario se añade el hecho de que al mismo tiempo en que la persona bajo la posesión del mal no sería culpable de sus acciones cuando se encontrara en dicho estado, la posesiones de daban como fruto del pecado. Como consecuencia, observamos que así se inaugura la relación de culpa del sujeto por su estado, algo muy distinto de la concepción griega y muy útil para el poder inquisitorial.

Asimismo, ponderamos que en cuanto el miedo generado justificó el alejamiento y la exclusión, la culpa atribuida a estas personas hace que el proceso se desarrolle sin que exista rastro de cargo de conciencia en los que entregaron a la inquisición a sus seres cercanos y familiares. Resulta pertinente destacar que ahí se establecieron los fundamentos para que estas personas sean vistas como peligrosas y para que la intervención sobre ellos, tal y cual pasaba en la inquisición, proceda en la actualidad con el aval del orden jurídico para que se produzca el aislamiento perpetuo y la medicalización compulsoria sin más preguntas en la mayor parte del mundo occidental.

Posteriormente, entre los siglos XVI y XVII identificamos que la transición de la edad media a la edad moderna se generó en los campos político y económico sobre el renacimiento comercial, la formación de los Estados nación, el proceso de urbanización, la expansión comercial europea, la explotación de las colonias y el mercantilismo. En este contexto, se destaca la relevancia del racionalismo como promotor de concepción distinta de locura en la que ya no tendría lugar lo sobrenatural, mas sería una antagonista de la razón, la simple ausencia de esta.

Llama la atención el proceso a través del cual el acumulo de riqueza que produjo este proceso tuvo su correspondiente incremento de la pobreza e indigencia en las ciudades, hecho que llevó a la utilización de los abandonados leprosarios para la creación gradual de grandes instituciones que recibieron no solamente los enfermos mentales como todos los marginados sociales de esta época: el hospital. Esta institución inicialmente tuvo una actuación mucho más dirigida a actividades asistenciales y punitivas, convirtiéndose en este momento en un instrumento de saneamiento de las ciudades de todos los que no encajaban en la estructura productiva emergente. La creación de instituciones análogas en toda Europa dio lugar al periodo de la “gran internación”, reconocidamente fundamental para el establecimiento de otro elemento: la naturalización de la segregación de los “anormales”.

Concordamos con FOUCAULT en el análisis de que la edad media inventó la segregación de los leprosos, así como el clasicismo creó el internamiento. En efecto, si analizamos el escenario generado por el racionalismo y el capitalismo naciente, se observa la producción de un profundo cambio en la percepción social del individuo con enfermedad mental, a partir de la conexión entre locura y pobreza, lo que va a ubicarla entre los problemas de las urbes. Esta resignificación de la pobreza implica un cambio en el sentido de la locura, que pasa a ser un estigma que sigue a los que viven la internación de por vida.

En este sentido, se evidencia que estos hechos permitieron que, en el siglo XVIII, con el impulso de las incipientes ideas liberales y los cánones de la reforma protestante de salvación a través del trabajo, se produjera una intensificación del proceso de internación y segregación social de los “ociosos”, sea a través de los hospitales o de las prisiones. Así, es fundamental subrayar que en el transcurso de este siglo se produjo una nueva exclusión de los enfermos mentales, mediante la generación de instituciones asilares exclusivas. Este hecho propició que, al final del siglo, el creciente estudio de estas enfermedades de forma independiente y culminó con el reconocimiento de la psiquiatría como rama autónoma de la medicina.

Ponderamos que, diferente de lo que implicó para los enfermos mentales la psiquiatría (afirmación del poder psiquiátrico sobre el sujeto y exclusión social), las ideas liberales y la necesidad creciente de mano de obra barata repercutieron en el derecho penal produciendo corrientes teóricas y filosóficas que impulsaron un retroceso en el poder punitivo. Así, entre las teorías retributivas y la escuela clásica se puede identificar en común el presupuesto de la racionalidad humana, de la cual deriva el delito como un acto libre y racional, lo que justifica la imposición de la pena. Si bien es clara la coincidencia entre las miradas sobre el fundamento de la punición, existió franca divergencia sobre la finalidad de las penas. Es decir, ambas corrientes discreparon sobre el “para qué” de la punición, ya que las teorías absolutas abogaron por la naturaleza retributiva de la sanción penal, y la escuela clásica desarrolló un discurso nítidamente utilitarista y preventivo. Sin embargo, en lo que amerita mayor destaque para este trabajo, ambas corrientes contemplan consecuencias que se acercan y que representan un importante avance en la historia del Derecho, ya que afirman la necesidad de límites claros al ejercicio del poder punitivo del Estado.

Asimismo, corresponde señalar que, en el siglo XIX, la construcción de la autonomía del saber psiquiátrico pasó en gran medida por su interacción con el campo jurídico. Con el

estudio de la obra y de la labor de PINEL, se puede observar que la categoría de alienación mental como un desvío de la racionalidad y el asilo se estableció como un espacio curativo en sí mismo, normalizando el aislamiento del paciente psiquiátrico como estrategia terapéutica para la recuperación de la razón. De otra parte, también se reconoce que el tratamiento moral presupuso el establecimiento de un poder absoluto del alienista: primero, para decidir que (o quien) es normal o patológico a través de su observación, y segundo, la relación médico paciente era una relación de dominación del alienado y el ejercicio de un imperio moral sobre el mismo.

Como parte de la labor nosográfica basada en la observación sintomática, es forzoso evidenciar que la introducción de la categoría de “locura racionante” identificada por la ausencia de delirios y la presencia de violencia y hasta una “furia sanguinaria”, tuvo la función de fusionar la base orgánica de la concepción de locura y la tendencia para el mal, originada en la orientación religiosa del medievo. Así, se destaca el desarrollo de la base científica de la identificación entre locura y peligro y de las respuestas que se instalarían: el asilo, la negación de la condición de sujeto de los pacientes y las muchas formas de sujeción de estos que se desarrollarán progresivamente, conforme avanzan la ciencia y las tecnologías.

En lo que corresponde al ámbito jurídico, en el transcurso del siglo XVIII encontramos que el influjo de la Escuela Clásica motivó que en el periodo inmediatamente posterior a la revolución francesa se publique el “Código de los Delitos y de las Penas” (1795) en el cual las personas con enfermedad mental que cometiesen delitos eran responsabilizadas de forma gradual de acuerdo a la gravedad de crimen (y no de la enfermedad), no excluyendo la responsabilidad penal de estas personas. Reconocemos que esta fue una propuesta de vanguardia que estuvo vigente por solamente 15 años, pero que resurgirá como propuesta política de los colectivos de personas con trastorno mental en Italia en el siglo XXI.

No obstante, lo que se destaca sobre el tema es el hecho de que la fórmula jurídica vigente en el siglo XIX fue la de total irresponsabilidad de la persona que comete el delito en estado de “demencia”, fórmula insertada en el texto del anterior Código en 1810 por el impacto del prestigio de las ideas de PINEL (1800). Merece destacarse que este fenómeno, ocurrido en los inicios del siglo XIX, en que se observa una rápida absorción por el Derecho de la influencia de la psiquiatría, es el preámbulo de las constantes interacciones que ambos campos seguirán tejiendo a posteriori.

En efecto, se evidencia que la obra de ESQUIROL, conocido como el discípulo predilecto de PINEL, potencializó la convergencia entre Psiquiatría y Derecho ampliando el trabajo de su maestro con una nueva categoría diagnóstica: la monomanía homicida. Esta se caracterizó por la presencia de un déficit moral inherente que constituiría una enfermedad invisible e intrínsecamente criminal. En este sentido, es forzoso reconocer que este acercamiento entre Psiquiatría y Derecho produjo no solamente el nacimiento de la Psiquiatría Forense a través de la generación de una dependencia del sistema jurídico hacia el saber psiquiátrico, como la engendró de la equivalencia entre enfermo mental y criminal.

A continuación, observamos en la obra de MOREL la utilización de un nuevo método, la nosología etiológica, a través del cual identificó al enfermo mental como el degenerado. A partir de la constatación de que la idea de degeneración necesariamente impone la existencia de un parámetro de comparación, el autor pasa a utilizar la idea de hombre “normal”, un elemento crucial hasta los días actuales. Observamos entonces que la utilización frontal de la categoría de normalidad estuvo basada en el origen divino del hombre y fue matizada con variables de naturaleza biopsicosocial con fuerte enfoque moral. Esto implicó que la nueva categoría diagnóstica – la de degenerado - presentara tres posibles respuestas: el manejo de crisis; la estrategia de intervención precoz en el sujeto para la prevención, eje en el cual se destaca la posibilidad de actuación del médico antes mismo de cualquier manifestación de la enfermedad; finalmente, llama la atención la propuesta de la terapia moral como estrategia de profilaxis social de la degeneración.

Precisamente, subrayamos que la concepción de degeneración como involución o regresión de la normalidad humana no fue ocasional, sino una influencia directa de las ideas del darwinismo social, que culminó con propuestas de higiene social basada en la psiquiatrización de los desvíos de comportamiento considerados inmorales. De otra parte, observamos que la mezcla de elementos orgánicos, morales, sociales y metafísicos (ya que Dios aparece en la ecuación de MOREL) potencializó el anclaje determinista que condenó a los degenerados y alienados, en su análisis, a este estado mórbido progresivo. En este escenario, la indicación de actuación profiláctica defensiva del psiquiatra sobre estos sujetos potencialmente peligrosos fue muy útil posteriormente para la escuela de la defensa social y la estructuración de la categoría jurídica de la peligrosidad predelictual en el siglo XX, además de la aplicación de una variedad de terapias correctivas y moralizantes por parte de la psiquiatría.

En lo que toca a la Escuela Positivista Italiana, encontramos que esta se origina en el siglo XIX en un escenario de gran desarrollo científico, urbanístico, industrial y tecnológico de un lado, y del otro, un fuerte incremento de la pobreza, de la población asilar, de la criminalidad y de los niveles de reincidencia, llevando a la creciente organización e institucionalización de la policía y a la percepción de que el reciente proyecto carcelario reformador había fracasado. Así, se necesitaban nuevas soluciones a estos problemas y Lombroso, recogiendo el influjo combinado del Darwinismo Social de Spencer y la propuesta eugenésica de Galton, realizó un trabajo frenológico a partir del cual concluyó que antropológicamente existía un ser humano distinto, biológicamente determinado al mal. La idea del criminoso nato reúne en su atavismo y en su naturaliza biológica inferior manifestada en rasgos físicos identificables algo muy cercano al sujeto degenerado de MOREL, pero se constata que, para Lombroso, no se trataba de categorías idénticas, una vez que el atavismo no era una patología, sino de una condición innata e inescapable.

Cómo se puede apreciar, para Lombroso el crimen sería un fenómeno natural en consecuencia del hecho de que la anatomía imprimiría el destino delictuoso en el hombre a partir de la trasmisión hereditaria de estas características a las cuales no podría disuadir. Nótese además que tanto MOREL como Lombroso explicaron la existencia de una variación antropológica de la especie humana a través de la transmisión hereditaria de estas características de forma que, independientemente del rótulo recibido (criminal nato, degenerado o monomaniaco), cada uno de ellos a su tiempo fue considerado como no responsable por los delitos cometidos. Resulta claro que este hecho, sobre todo en un contexto de creciente criminalidad y reincidencia, cuestiona el Derecho penal sobre la responsabilidad de estas personas y su consecuente punición.

Aún en el contexto de la *Scuola* merece destaque la labor de GARÓFALO, toda vez que realizó una traducción de las ideas de la antropología criminal en una propuesta jurídica concreta, al separar dos categorías: los “criminales natos” de los “locos criminales”. Estos últimos sufrirían de una patología que podría ser tratada y curada bajo intervención médica, y, de otra parte, los individuos inadaptados constitutivamente, llamados de anormales, no serían recuperables. La propuesta de intervención del autor sería mediante la muerte o expulsión, en nombre de la necesaria defensa de la sociedad de este peligro inminente. Así, constatamos que

a la selección natural se añade la selección social, a través de una analogía con las ciencias naturales, técnica extremadamente frecuente en la época.

Se observa que la idealización del criminal nato – así como ocurrió con los degenerados o los monomaniacos – fue el reflejo de una intensa búsqueda en el siglo XIX por explicar la diversidad humana desde una desigualdad biológica, y justificar la discriminación y la dominación de los “otros”. Sea a través de una explicación patológica o antropológica, la ciencia intentó afirmar la diferencia biológica entre los seres humanos para contrarrestar con un supuesto fundamento científico la pretensión clásica de la igualdad formal. Esta especie de “antropofagia simbólica” pasó a justificar tanto la política de intervención sobre otras culturas, hecho muy conveniente en tiempos de neocolonialismo, como a legitimar la negación de derechos a los “otros” que habitaban en las mismas sociedades “civilizadas”. En contra de estos enemigos, sean internos o externos, todo estaría permitido.

Una vez más nos sumamos al análisis de FOUCAULT cuando observa que la propuesta positivista requiriera una especie de despenalización del crimen y la implementación de otro sistema que estaba fuera del derecho y, por lo tanto, de la protección de los derechos. Así, la propuesta va a ser de una ruptura con la noción jurídica de responsabilidad para promover, como cuestión central la amenaza que el sujeto constituye para la sociedad y no su libertad de actuar.

Seguirá esta labor en el siglo XX la Escuela de Defensa Social que, finalmente logrará en 1932 que el primer Código Penal reconozca formalmente dicha estructura excepcional, como se analizará en el próximo capítulo. No obstante, se puede ponderar que, para que estas ideas fueran factibles fue necesario ajustar el orden jurídico, reformando el Derecho penal profundamente, estableciendo un nuevo derecho de base “científica” que actúe conforme la concepción positivista de persona humana. Así, si hay personas que son biodeterminadas al crimen, es obvia la constatación de la inexistencia del libre albedrío y no existirá la responsabilidad penal. La sanción penal no podría seguir con el sentido clásico de castigo, puesto que no hay por qué ni para qué castigar, ya que no se puede recuperar el irrecuperable.

En este contexto, corresponde señalar que el objetivo pasa a ser entonces la defensa social y, para este fin, la sanción no puede ser proporcional al daño causado, sino que debe atender a la medida de la necesidad para que se concrete la defensa. Asimismo, el nuevo

parámetro es la persona del criminal y ya no el hecho delictuoso, de forma que el derecho debería tener por fin el autor del delito y no el crimen, y la finalidad primordial de la pena debe ser la protección de la sociedad, de forma que la sanción no puede ser fijada por el juez o por la ley, sino debe tener tiempo indeterminado.

Consecuentemente, la propuesta de adaptación del aparato judicial debería demandar la evaluación individual de la “temibilidad” del sujeto a través de las modernas técnicas de evaluación de los estigmas físicos y psicológicos, además del perfil psiquiátrico, se analizaría el sujeto y, si se presentan señales de criminalidad nata, habría la indicación de eliminación o segregación permanente, como previó GARÓFALO. En efecto, basados en el pretexto de la protección social sería posible, según los cánones de la *Scuola* la interdicción legal de un individuo, o hasta su muerte, antes de que cualquier delito sea cometido.

En concreto, es posible concluir que lo que de hecho ocurrió fue la negación amplia de los principales postulados del Derecho penal clásico, sobre todo la igualdad de todos ante la ley y proporcionalidad de la pena al delito cometido, como parte de la filosofía liberal que se encontraba en crisis y evidenciaba el individualismo y el libre albedrío. El debate de fondo sobre los límites de la libertad individual y la igualdad en un contexto de crecientes movimientos por derechos sociales, un continuo proceso de independencia de las primeras colonias y fin de la esclavitud aliada a la “adquisición” de las colonias nuevas, generó un impase político que necesitaba ser legitimado por el argumento de la “desigualdad científicamente demostrable”. De esta forma, “a través de las discusiones sobre el crimen se trataba de atacar no solamente el orden político y jurídico liberal sino también consolidar una nueva concepción de hombre”.

Como se puede percibir, destacamos que el éxito de los postulados de la escuela positivista se debe a la utilidad política que encontró en el siglo XIX, mediante las vinculaciones conceptuales entre criminalidad y pobreza, enfermedad mental y peligrosidad, y diversidad y delito. Específicamente en relación a los enfermos mentales, fueron justificadas intervenciones como la lobotomía, el uso de cadenas, las sangrías, la terapia de inducción al vómito, el ahogamiento, la esterilización masculina y la amputación del clítoris, por mencionar algunos ejemplos. En el siglo XX los programas de higiene social se profundizaron en Europa y América como políticas públicas, como la eliminación de 300.000 enfermos mentales por el

programa eugenésico nazi o la esterilización compulsoria de enfermos mentales en Estados Unidos oficialmente hasta la década de los 60.

Por ende, destacamos que la supuesta concepción objetiva y científica del delito y de la delincuencia generó una nueva doctrina que sobrevive hasta los días actuales a través del binomio peligrosidad - medida de seguridad, en franca contradicción con el actual Estado Social y Democrático de Derecho. En este sentido, en el próximo capítulo se seguirá analizando el trayecto histórico de la psiquiatría y de las diversas corrientes del derecho penal en el siglo XX a fin de comprender las lógicas diversas desarrolladas por estos ámbitos en lo que toca a la peligrosidad de las personas con trastorno mental y los posibles “tratamientos”.

CAPITULO SEGUNDO: PELIGROSIDAD, PSIQUIATRÍA Y DERECHO PENAL

EN EL SIGLO XX

El presente capítulo se dirige a la comprensión del desarrollo de la psiquiatría y del derecho penal en el siglo XX. Acorde a los desafíos de construir un capítulo híbrido en cuanto a los ámbitos del conocimiento que se propone manejar, se optó en desarrollar los contenidos de forma separada, comenzando con la psiquiatría y, enseguida, dando paso al pensamiento jurídico penal sobre la peligrosidad y la evolución legislativa española pertinente. Se busca, en la valoración final, analizar no solamente los hitos que construyeron sus trayectorias, como comparar las lógicas que la atraviesan para posibilitar un acercamiento más amplio al objeto de estudio.

De esta forma, como se pudo observar anteriormente, en el siglo XIX se produjo el encuentro entre dos áreas del conocimiento emergentes en búsqueda de afirmación como ciencia, como la Psiquiatría y el Derecho penal. Esta convergencia produjo lo que se comprendió a la época como verdadero conocimiento científico, fundando la comprensión positivista del delito y del sujeto criminal, además de una nueva rama de la ciencia médica, la psiquiatría forense. Sin embargo, en el siglo XX esta evolución convergente va a transformarse paulatinamente en - como mucho - líneas paralelas, dado que las rutas que recorren psiquiatría y Derecho penal, en lo que toca al tratamiento de las personas con trastorno mental en el curso del siglo pasado van distanciándose cada vez más.

Así, particularmente en lo que toca al desarrollo del pensamiento psiquiátrico en el siglo XX, JEAN GARRABÉ DE LARA comprende que este se divide muy claramente en dos grandes partes que corresponden a las dos mitades del siglo XX¹⁴⁸. En la primera mitad, se contempla el crepúsculo de la psiquiatría clínica característica del siglo XIX y el nacimiento de la psiquiatría psicopatológica o psicodinámica, al tiempo que en la segunda se desarrollan las neurociencias, el uso creciente de psicofármacos, y el surgimiento de las teorías críticas a la psiquiatría. Trataremos de forma sintética los principales aportes y características de estas fases, a fin de realizar un acercamiento al desarrollo de la psiquiatría moderna en lo que toca a la comprensión de las enfermedades mentales y posibilidades terapéuticas en los temas que son centrales para la comprensión de nuestro objeto de estudio: la peligrosidad penal.

¹⁴⁸ GARRABÉ DE LARA, J. La psiquiatría en el siglo XX. En: *Átopos*, Madrid, 2002, pág. 33.

I. LA PSIQUIATRÍA EN EL SIGLO XX

Según Emil Kraepelin, el siglo XIX fue el siglo de la psiquiatría clínica. En efecto, GARRABÉ DE LARA menciona que fueron descritas innumerables enfermedades mentales en base al método anatómico-clínico, el mismo que había dominado la patología general. Según este método, se describía la sintomatología y la evolución de cada enfermedad que se lograba discernir, en la búsqueda de que se lograra obtener un diagnóstico etiológico y distintivo¹⁴⁹.

En cambio, ya en el inicio del siglo XX se destacan teorías muy diversas que marcaron un importante contrapunto, como fueron el conductismo y el psicoanálisis, con énfasis en la relevancia de la obra de Sigmund Freud. GARRABÉ DE LARA relata que El estudio de la psicopatología puso el énfasis no sólo en describir síntomas y enfermedades, sino “cuáles son los mecanismos psicológicos que provocan experiencias vitales anómalas”, bajo la influencia teórica de la fenomenología y del psicoanálisis. Este avance ocurrió significativamente antes de la primera guerra mundial y fue interrumpido durante este conflicto en la mayor parte de los países europeos. Sin embargo, según el mismo autor, las consecuencias de la guerra beneficiaron la ampliación del campo de estudio, sobre todo en lo que toca a las neurosis de guerra y a las lesiones craneo-encefálicas¹⁵⁰.

El apogeo de la psiquiatría psicopatológica ocurrió en el periodo entre guerras, cuando el interés de la psiquiatría se dirigió al análisis de síndromes en los que cada síntoma tiene sentido en conjunto, a través de la Gestalt, por ejemplo. Obsérvese que en este periodo la psiquiatría tiene un desarrollo muy diferente en los países democráticos y en los que estaban bajo regímenes totalitarios, y que al comenzar la segunda guerra mundial hubo una fuerte migración de psiquiatras europeos, la mayor parte exiliados en los diversos países de América, como describe FERREIRÓS MARCOS¹⁵¹.

En efecto, el mismo autor destaca que un dato relevante fue la fundación del Comité Nacional para la Higiene Mental en 1909 por Clifford Beers, ex paciente psiquiátrico, con el fin de “conseguir una política de educación del público y el desarrollo de formas de intervención menos invalidantes” y recibió amplio apoyo en Estados Unidos¹⁵². De igual forma,

¹⁴⁹ GARRABÉ DE LARA, J. op. cit. (La psiquiatría en el siglo XX), 2002, pág. 33.

¹⁵⁰ GARRABÉ DE LARA, J. op. cit. (La psiquiatría en el siglo XX), 2002, pág. 35.

¹⁵¹ FERREIRÓS MARCOS, C.E. Salud Mental y derechos humanos: la cuestión del tratamiento involuntario. Madrid: CERMI, 2007, pág. 68.

¹⁵² FERREIRÓS MARCOS, C.E. op. cit. (Salud Mental y derechos humanos), 2007, pág. 63.

CATEL-CASTEL-LOVELL comprenden que el movimiento alcanzó gran avance con la primera guerra, en la búsqueda de tratamientos tanto para los trastornos mentales que desarrollaban los soldados en el curso de su actividad, a fin de lograr su readaptación en su vuelta a casa¹⁵³. Como consecuencia, rápidamente se formaron ligas de higiene mental en los varios países de Europa y Canadá, en España se fundó primero la Asociación Española de Neuropsiquiatría en 1926 en Barcelona, y solamente en 1927 se reconoció la Liga Española de Higiene Mental a través de una Orden Real. Finalmente, el primer Congreso Mundial de la liga ya ocurrió en 1929 en Washington, con asistentes de 53 diferentes países.

Es importante destacar que una importante consecuencia de este movimiento fue la inserción de los profesionales de trabajo social en el campo psiquiátrico, profesionales que hasta la actualidad son pieza fundamental para el acompañamiento de los pacientes mediante la asistencia domiciliaria. No obstante, no solo de progreso vivió la psiquiatría en el siglo XX. La aplicación directa de la teoría eugenésica elaborada por Galton en el siglo XIX, a la cual se unió la genética moderna en 1900, tuvo como consecuencia la fundación de diversas organizaciones con fines eugenésicos, sobre todo entre los años de 1910 y 1940 en varios países de Europa.

Es así que, en Estados Unidos el movimiento eugenésico¹⁵⁴ cobró un gran impacto, con una diversidad de leyes dirigidas a la esterilización de los llamados inadaptados sociales (29 estados), o sea, se autorizaba la esterilización de cuatro clases de individuos: dementes, idiotas, epilépticos y criminales habituales, según expone REGGIANI. A partir de la primera ley de esterilización en el estado de Indiana en 1907, se identificaron variaciones en la aplicación de

¹⁵³ CASTEL, F, CASTEL, R., y LOVELL, A. La sociedad psiquiátrica avanzada. El modelo americano. Barcelona: Anagrama, 1980, pág. 43.

¹⁵⁴ Sobre una concepción y la generación del movimiento eugenésico internacional: “La eugenesia intentó modificar las prácticas reproductivas limitando la procreación —a través de la esterilización, la contracepción y el aborto— o ayudando a concebir y vivir una vida más sana —a través de la puericultura y las políticas sanitarias—. En su forma más extrema llevó a la destrucción de la vida —exterminio de razas inferiores, eutanasia o “muerte piadosa” de discapacitados—. La eugenesia siempre tuvo una lógica evaluativa: algunas vidas humanas eran más valiosas que otras —para el Estado, la nación, la raza, las generaciones futuras— y los eugenistas se esforzaron en implementar esas prácticas de manera diferenciada. La idea de la eugenesia se difundió rápidamente desde la década de 1880 hasta alcanzar su pico de popularidad en las décadas de 1920 y 1930. Si bien sus prácticas y arraigo variaron según la geografía y la época, sus diferentes manifestaciones nacionales y regionales compartieron un lenguaje y objetivos comunes. La emergencia del nacionalismo, los cambios tecnológicos y las nuevas formas de concebir la población en términos de ciudadanía, fuerza de trabajo y conjunto de aptitudes se combinaron para producir un contexto favorable a las ideas del estadístico inglés y “padre fundador” de la eugenesia, Francis Galton (1822-1911).” REGGIANI, A.H. “Historia mínima de la eugenesia en América Latina”. Ciudad de México, El Colegio de México, 2019, pág. 37.

estas normativas, sin embargo, todas las leyes coincidían en que las personas alojadas en instituciones psiquiátricas deberían ser esterilizadas¹⁵⁵.

A su turno, en Europa se destacan: la primera norma editada en Suiza en 1928¹⁵⁶, que disponía la clasificación y reubicación de hijos de familias problemáticas; y las leyes alemanas, las más conocidas, la de 1933, que tuvo como fin prevenir la reproducción de las personas que padecen de enfermedades entendidas como hereditarias, y, la más radical, también en Alemania en el 1939, que inauguró la política pública conocida como “Operación Eutanasia”. En efecto, GUERRA-GARCÍA-ÁVILA-MORALES-ACUÑA-BARRANTES refieren que la primera ley editada por el III Reich trataba sobre la esterilización para evitar su transmisión a las próximas generaciones, las enfermedades consideradas como tales eran “el retraso mental congénito, la esquizofrenia, la locura circular, la epilepsia grave, el corea de Huntington, la ceguera grave, la sordera grave, la grave deformidad corporal y el alcoholismo”^{157 158}.

En lo que toca a la Operación Eutanasia, esta fue firmada por Hitler con el fin de que se autorice, por los médicos nombrados, que se ponga fin a la vida de los pacientes considerados incurables, mediante lo que el decreto llamó “muerte piadosa”. FERREIRÓS MARCOS indica que pronto, la interpretación de incurables pasó a incluir en la práctica médica, los enfermos mentales ya considerados como “seres carentes de valor vital”, toda vez que incluso psiquiatras como ALFRED HOCHÉ “estimaba que la solución era compasiva, acorde con la ética médica

¹⁵⁵ REGGIANI, A.H., op. cit. (Historia mínima de la eugenesia en América Latina), 2019, pág. 141.

¹⁵⁶ Suiza se destaca por ser la patria de Franz Joseph Gall (1758-1828), padre de la frenología, que estableció las bases de la inmodificabilidad de las características morales e intelectuales como rasgos innatos del ser humano, fundamentos estos del trabajo de los posteriores trabajos de Lombroso y Galton. REGGIANI, A.H., op. cit. (Historia mínima de la eugenesia en América Latina), 2019, pág. 49.

¹⁵⁷ MUÑOZ CONDE, F. «La esterilización de los asociales en el Nacionalismo.» Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Vol. 4. Granada: Criminet - Universidad de Granada, 2002, pág. 03; GUERRA-GARCÍA, Y. M., ÁVILA-MORALES, J.C. y ACUÑA-BARRANTES, H. “La búsqueda de la raza perfecta. Ideas sobre procreación, vejez y eugenesia”. Revista Eleuthera, 2015, pág. 70.

¹⁵⁸ Además, se puede observar dos otros hitos en la cruzada eugenésica alemana: “En 1934 se establecieron los tribunales de salud genética y las cortes de apelación de salud genética, conformados por dos médicos (uno debía ser experto en patología genética) y un abogado; se estima que las personas esterilizadas oscilaron entre 350000 a 400000 (Proctor, 1992). A raíz de la ocupación de la zona desmilitarizada de Renania (como consecuencia de la derrota en la I Guerra Mundial, el tratado de Versalles ordenó la retirada del ejército alemán de la franja izquierda del río Rin y su ocupación por las fuerzas aliadas) por parte de las tropas del Tercer Reich en marzo de 1937, el programa de esterilización encontró otra aplicación con lo que se conoció como los “Bastardos de la Renania”; lo cual implicó la esterilización secreta de niños engendrados por soldados franceses y belgas durante la ocupación de la zona (Huber, 1967)”. GUERRA-GARCÍA, Y. M., ÁVILA-MORALES, J.C. y ACUÑA-BARRANTES, H. op. cit. (La búsqueda de la raza perfecta. Ideas sobre procreación, vejez y eugenesia), 2015, pág. 70.

y daba respuesta al alto coste económico que la sociedad tenía que afrontar para el mantenimiento de estas personas”¹⁵⁹.

Según DANIEL NAVARRO, en su libro *Psiquiatría y Nazismo: Historia de un Encuentro*, este programa de eutanasia fue concebido, conducido y ejecutado por médicos y en instituciones médicas¹⁶⁰. En el mismo sentido FERREIRÓS MARCOS apunta que entre enero de 1940 y agosto de 1941 fueron exterminadas 70.273 personas, con una sección administrativa especial direccionada a los niños¹⁶¹. Cuando se suspendió el programa, los pacientes fueron llevados a los campos de concentración para ser sometidos a las cámaras de gas, o a campos de investigación médica, con el auspicio de las universidades alemanas, como expresa NAVARRO¹⁶² ¹⁶³. El autor verifica que las investigaciones se dirigían fundamentalmente a encontrar justificación científica para la higiene racial promovida por el nazismo, atendiendo a la siguiente lógica: “Tal demostración resulta esencial para el nazismo para convalidar sus teorías acerca de la existencia de una raza superior y otras inferiores; (...) Teorías apoyadas en este caso por prestigiosos científicos y que padecieron millones de seres humanos, que por el simple hecho de ser considerados distintos, peligrosos, enfermos, malvados, gitanos, homosexuales o judíos fueron primero despojados de su condición de ciudadanos, luego excluidos y segregados, y finalmente aniquilados”¹⁶⁴.

¹⁵⁹ FERREIRÓS MARCOS, C.E. op. cit. (*Salud Mental y derechos humanos*), 2007, pág. 66.

¹⁶⁰ NAVARRO, D. *Psiquiatría y Nazismo: Historia de un encuentro*. Buenos Aires: Madres de la Plaza de Mayo, 2009, pág. 123.

¹⁶¹ FERREIRÓS MARCOS, C.E. op. cit. (*Salud Mental y derechos humanos*), 2007, pág. 67.

¹⁶² NAVARRO, D. op. cit. (*Psiquiatría y Nazismo: Historia de un encuentro*), 2009, págs. 120-121.

¹⁶³ “El ingreso en el programa de eutanasia se iniciaba con el diagnóstico de una enfermedad psiquiátrica que incluía al paciente en la categoría de vida indigna de ser vivida, desviamiento estándar, anormalidad. El ingreso al campo de concentración estaba en la misma categoría, produciéndose un desplazamiento, desde la enfermedad mental a un cúmulo de clasificaciones, en las que predominaba la categoría de judío, adjudicándoles características atávicas. Al llegar al campo, los prisioneros eran recibidos y clasificados por el personal médico, de acuerdo con su capacidad para el trabajo; los niños y ancianos eran destinados inmediatamente a las cámaras de gas, por improductivos; los adultos sanos eran remitidos al campo de concentración propiamente dicho. La muerte de los pacientes en los institutos psiquiátricos infantiles, de adultos y de prisioneros del campo se producía a través de la sobre medicación, el hambre, las infecciones, las investigaciones científicas a las que eran sometidos o a las cámaras de gas. En los campos, predominaba el factor de aniquilación directa, pero también a través de la experimentación sobre los cuerpos de los prisioneros. En ambas instituciones, los médicos eran los encargados de dirigir las investigaciones, prescribir tales tratamientos o indicar la muerte. Luego de la muerte, los cuerpos de los pacientes psiquiátricos y de los prisioneros del campo eran estudiados por destacados científicos preocupados por descubrir las alteraciones anatómicas específicas de la víctima, de acuerdo con la categoría que determinase su inclusión en el programa de eutanasia o ingreso al campo. Tales estudios revestían un interés fundamental para la medicina alemana, a los efectos de convalidar sus teorías biologicistas y eugenésicas; tanto es así que los cerebros de las víctimas de los niños de Viena se conservaron 60 años como material de estudio y el Dr. Groos, uno de los actores de esta Historia, alcanzó premios y distinciones por sus trabajos con este material” NAVARRO, D. op. cit. (*Psiquiatría y Nazismo: Historia de un encuentro*), 2009, págs. 165-166.

¹⁶⁴ NAVARRO, D. op. cit. (*Psiquiatría y Nazismo: Historia de un encuentro*), 2009, pág. 54.

Por otra parte, aún antes de la mitad del siglo XX, existió otro importante punto de inflexión en la historia del pensamiento psiquiátrico, el cual representó el surgimiento de las diversas terapias biológicas. En este particular, se destacan el descubrimiento de terapias como: la *piroterapia*¹⁶⁵ en 1917, tratamiento por el cual Julius Von Wagnerjauregg fue galardonado con el Premio Nobel de Medicina en 1927, que implicaba la aplicación de la malarioterapia a la parálisis general progresiva; la *terapia electroconvulsiva*¹⁶⁶ (TEC), inicialmente con el fin de reducir los síntomas de la esquizofrenia, fue descubierta en 1937 por Lucio Bini y Ugo Cerletti en Italia y largamente utilizada; y la *psicocirugía*, propuesta en 1935 por el neurólogo portugués Egas Moniz, también receptor del Premio Nobel en 1949, conocida como lobotomía o leucotomía del lóbulo frontal¹⁶⁷.

Sobre este último método, afirma FERREIRÓS MARCOS que “la técnica fue aceptada inmediatamente por numerosos neurólogos y psiquiatras europeos y americanos, siendo los americanos Freeman y Watts los que, con algunas modificaciones, contribuyeron de manera decisiva a la utilización de la lobectomía en su país donde, a lo largo de los años 40, se convirtió en práctica extendida en el tratamiento de sicóticos y criminales”¹⁶⁸.

Ya en 1950, el primer congreso mundial de psiquiatría celebrado en Paris tuvo por mérito reanudar los lazos entre los científicos en los diversos países y traer de vuelta a los exiliados a Europa. Pero el hito más representativo de la segunda parte del siglo XX fue

¹⁶⁵ “Basándose en la supuesta mejoría que los procesos infecciosos provocarían en determinadas enfermedades mentales, inoculó diversas sustancias en enfermos psiquiátricos graves, entre las que se hallaba la introducción de sangre de pacientes afectados de paludismo en paralíticos generales. Así, en 1887, planteó la inoculación de diversos agentes que provocaban picos febriles en pacientes psicóticos, observando que algunos de ellos se curaban después del proceso febril. Tras probar con la inoculación de la erisipela, fiebre recurrente, tuberculina, y paludismo, se decantó por este último por ser más seguro y eficaz. Dicho método, consistía en la inoculación de parásitos de la malaria en el sujeto, para provocar fiebres recurrentes” CONSEGLIERI, A. «La Introducción de nuevas medidas terapéuticas: entre la laborterapia y el electroshok en el manicomio de Santa Isabel.» FRENIA, 2008, pág. 145.

¹⁶⁶ “La terapia electroconvulsiva (TEC) consiste en la utilización de la activación repetitiva, inducida eléctricamente, de las neuronas del sistema nervioso central (esto es, convulsiones generalizadas) para tratar enfermedades psiquiátricas como la depresión, la manía o síntomas psiquiátricos como los de la psicosis o de la catatonía”. HALES, YUDOFKY, y GABBARD. Tratado de Psiquiatría. Barcelona/Madrid: Elsevier - Masson, 2009, pág. 1032.

¹⁶⁷ “La lobotomía pré-frontal, como fue denominada, se efectuaba originalmente inyectando alcohol en la sustancia blanca de los lóbulos frontales. Moniz planteó que las células nerviosas se organizaban normalmente en sistemas conectados en patrones cambiantes de acuerdo con estímulos de origen interno o externo. Para Moniz, los pacientes con trastornos mentales seguían un patrón de conexiones fijas que conducía a delirios y procesos de pensamientos obsesivos. La única manera de interrumpir tales conexiones fijas era por medio de la sección de las fibras que van del lóbulo frontal a otras regiones cerebrales”. JIMENEZ PONCE, F. et al. «Introducción a la Neurocirugía Psiquiátrica.» Salud Mental, 2006, pág. 10.

¹⁶⁸ FERREIRÓS MARCOS, C.E. op. cit. (*Salud Mental y derechos humanos*), 2007, pág. 60.

anunciado en 1952 por Jean Delay, Pierre Deniker y J.M. Hael: la utilización de la clorpromazina. Sobre este hechos, RAMOS ALVES y ARAÚJO SILVA entienden que se trata de una fenotiazina de acción central electiva, un neuroléptico antipsicótico que actúa sobre la dopamina y la serotonina disminuyendo los síntomas tanto en las psicosis y como en la depresión y el Parkinson¹⁶⁹.

Para GARRABÉ DE LARA, a partir de este momento estaba inaugurada la psicofarmacología moderna, hecho que favoreció al inicio del llamado proceso de desinstitucionalización, o sea, a “la disminución del número de enfermos que por sufrir de psicosis crónicas se quedarían años en los hospitales psiquiátricos”¹⁷⁰. Esta orientación, también conocida como psiquiatría bioquímica o biológica, se constituye en una clara manifestación de la comprensión orgánica de la locura, nacida miles de años antes en el trabajo de Hipócrates.

Otro punto relevante en este proceso fue el inicio de la clasificación de los trastornos mentales, como intento de uniformizar la terminología técnica internacionalmente. En 1952 fue publicado el primer Manual de Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM I) por la Asociación Americana de Psiquiatría en la búsqueda por un consenso en la clasificación de las enfermedades mentales¹⁷¹. En lo que toca a la Organización Mundial de Salud (OMS), esta se unió a la publicación de las “Listas Internacionales de Enfermedades y Causas de Defunción”¹⁷², que futuramente se convertiría en el actual Manual de Clasificación Internacional de las Enfermedades (CIE). SOLÉ ARRONDO identifica que en este momento, la clasificación solamente contaba con una sección nombrada “Enfermedades del Sistema Nervioso y de los Órganos de los Sentidos”, aprobada desde 1938, germen de lo que vendría a ser la clasificación de los trastornos mentales y del comportamiento, actual capítulo V¹⁷³.

¹⁶⁹ RAMOS ALVES, C., y M. ARAÚJO SILVA. «A esquizofrenia e seu tratamento farmacológico» Estudos de Psicologia 18, nº janeiro-abril (2001), pág. 18.

¹⁷⁰ GARRABÉ DE LARA, J. op. cit. (La psiquiatría en el siglo XX), 2002, pág. 39.

¹⁷¹ APA. *Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais: DSM-V*. Porto Alegre: ArtMed, 2014.

¹⁷² La publicación de estas listas remonta al siglo XVIII con diferentes trabajos de nosología estadística de Sir George H. Knibbs, François Bossier de Lacroix y William Cullen. Posteriormente, el inglés William Farr, ya en el siglo XIX, vendría a ser un referente para la estadística médica, cuyo informe de clasificación uniforme de las causas de defunción, realizado conjuntamente con d’Espine en 1853, se convirtió en el 1893 en la primera clasificación aprobada internacionalmente por el Instituto Internacional de Estadística. OMS, Clasificación estadística internacional de enfermedades y problemas relacionados con la salud. 10a. revisión. Washington, D.C., 1995, págs. 144-146.

¹⁷³ SOLÉ ARRONDO, M.E. La clasificación internacional de los trastornos mentales y del comportamiento. Revista Cubana de Psicología, V. 19, N. 3, 2002, págs. 242-247

Finalmente, GARRABÉ DE LARA destaca que en el V Congreso Mundial de Psiquiatría de 1977, en Honolulu¹⁷⁴, se adoptó la resolución que solicitó a las sociedades nacionales de psiquiatría una revisión taxonómica de la terminología utilizada, de acuerdo a la clasificación de la OMS¹⁷⁵. En la actualidad, el DSM se encuentra en su quinta edición (DSM V, última actualización en octubre de 2018)¹⁷⁶, mientras que el CIE está en la décimo primera (CIE 11).

1. Psiquiatría Crítica, Antipsiquiatría y Desinstitucionalización

Paralelamente a este proceso de creciente biologización de la psiquiatría y farmacologización del tratamiento, en la segunda mitad del siglo XX surgieron innumerables teorías críticas al saber/poder psiquiátrico en diversas partes del mundo. De hecho, al mismo tiempo en que la psiquiatría lograba afirmarse cada vez más como conocimiento científico, se generaron estas teorías cuestionadoras que, a pesar de su heterogeneidad, fueron por mucho tiempo conocidas en conjunto como “antipsiquiatría”¹⁷⁷.

En este primer momento nacen diversas apreciaciones desde adentro del pensamiento psiquiátrico, conformando un verdadero “ejercicio de autocritica por parte de la comunidad psiquiátrica”, como aprecian PASTOR MARTÍN-OVEJERO BERNAL¹⁷⁸. Según los autores, en este ejercicio se discutió, más allá de los métodos “modernos” utilizados para la práctica

¹⁷⁴ En este Congreso también ocurrieron importantes decisiones ético políticas: Se adoptó una declaración ética (Declaración de Hawai); una propuesta para crear un comité de investigación sobre las denuncias de abusos psiquiátricos. AMNISTÍA INTERNACIONAL, La psiquiatría desde el punto de vista de los derechos humanos, Amnistía Internacional, ACT 75/03/95/s, 1995, págs. 11 y 19 – 20, Disponible en: <https://www.amnesty.org/download/Documents/172000/act750031995es.pdf>

¹⁷⁵ GARRABÉ DE LARA, J. La psiquiatría de la persona. Revista Salud Mental, 2009, pág. 361; GARRABÉ DE LARA, J. El autismo: Historia y clasificaciones. Salud mental, 35(3), 2012, pág. 258. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-33252012000300010&lng=es&tlng=es. 257-261.

¹⁷⁶ La actualización de esta clasificación ya incorpora las actualizaciones de la CIE-10-MC vigentes desde 1 de octubre de 2018. APA, Actualización del DSM-5 Suplemento del Manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales, quinta edición, APA, 2018, Disponible en: https://psychiatryonline.org/pb-assets/dsm/update/DSM5Update_octubre2018_es.pdf

¹⁷⁷ Según la doctora BURSTOW, existe una tradición de cuarenta años de uso del término “antipsiquiatría” sistemáticamente con el significado de “abolición de la psiquiatría”, afirmando incluso, que esta forma de escritura de la palabra, sin el guion, nunca fue utilizada de forma distinta. “(..) aparece una curiosa diferencia en la ortografía del término “antipsiquiatría”. Si bien la palabra acuñada por Cooper fue dividida con guiones, y mientras que la gran mayoría de otros que comenzaron a usarla o hacer referencia a ella la siguieron, generaciones de activistas han escrito repetidamente la palabra de manera diferente, en algunos casos, incluso con la intención consciente de romper con Cooper”. BURSTOW, B. «Mad in Brasil.» 16 de 06 de 2017. Disponible en: <http://madinbrasil.org/2017/06/antipsiquiatria-diz-o-que/> (último acceso: 20 de 09 de 2017).

¹⁷⁸ PASTOR MARTÍN, J., y OVEJERO BERNAL, A. «Historia de la locura en la época clásica y movimiento antipsiquiátrico.» Revista de Historia de la Psicología 30, nº num. 2-3 (2009), pág. 298.

psiquiátrica, el empleo político del psiquiatra como profesional útil al mecanismo de control social de los que no se ajustan al parámetro comportamental de normalidad, entendido este como una nueva versión de la (sobreviviente) moralidad pineliana¹⁷⁹. De esta forma, FERREIRÓS MARCOS considera que los mayores nombres de las teorías críticas fueron inicialmente destacados psiquiatras que se dieron cuenta de que el ambiente institucional no solamente no era capaz de curar a los pacientes, sino que era, en sí mismo, una importante causa de enfermedad mental¹⁸⁰. En el mismo sentido, LÓPEZ ÁLVAREZ evalúa este movimiento como de características multiformes, “surgido en distintos países del entonces denominado “Occidente desarrollado” tras el final de la Segunda Guerra Mundial, partiendo de un conjunto de críticas a la asistencia tradicional basada en hospitales psiquiátricos”¹⁸¹. El autor destaca que dichas críticas fueron realizadas desde la propia psiquiatría, mas también a partir de la sociología, la filosofía y la historia, construyéndose, por lo tanto, en un cuerpo heterogéneo pero coherente de planteamientos¹⁸². En efecto, LÓPEZ ÁLVAREZ sintetiza de la siguiente forma el eje común de las diferentes corrientes y manifestaciones del movimiento: “a) Sitúan su origen y el de la psiquiatría tradicional, de la que fueron soporte organizativo, en un implícito o explícito “mandato” de control social. b) Analizan su función compleja de protección, pero también de represión y aislamiento. c) Y ponen de relieve sus efectos iatrogénicos, directamente sobre quienes se ven obligados a “utilizarlos” e indirectamente sobre el estigma social”¹⁸³.

En este sentido, a partir de la mitad del siglo XX, en el contexto los países occidentales de la segunda posguerra, comienzan a surgir en los diversos países movimientos y corrientes teóricas unidos por las críticas al modelo manicomial, pero un poco más distantes en relación con las propuestas de solución de este problema. En esta oportunidad, sin ánimo de agotar el tema, destacamos algunos autores europeos por la actualidad de su obra y las experiencias prácticas a las cuales estuvieron anclados.

¹⁷⁹ *Ibidem*; PAES BARRETO, F. «Da psiquiatria à saúde mental» Debates, Psiquiatria hoje 4, nº jul-ago (2009), pág. 20.

¹⁸⁰ FERREIRÓS MARCOS, C.E. op. cit. (Salud Mental y derechos humano), 2007, págs. 72-73.

¹⁸¹ LÓPEZ ÁLVAREZ, M. Mirando atrás para seguir avanzando. Una reflexión crítica sobre el pasado y el presente de la atención en salud mental (II) *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. 40, núm. 137, 2020, págs. 34-35.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ *Ibidem*.

Desde Inglaterra, DAVID COOPER¹⁸⁴, psiquiatra sudafricano que dirigió entre 1962 y 1966 una unidad experimental para el tratamiento de pacientes esquizofrénicos en Londres, llamada “pabellón 21”. A través de esta experiencia conoció a LAING¹⁸⁵, uno de los mayores nombres de la antipsiquiatría inglesa. COOPER publicó en 1967 la obra que nombró al flamante movimiento crítico: “Psiquiatría y Antipsiquiatría”, en la cual identificó la existencia de una relación entre psiquiatría y violencia, reconoció la relevancia de la comunicación familiar alterada en la génesis de la esquizofrenia y presentó sus experiencias en el pabellón 21¹⁸⁶.

La antipsiquiatría inglesa no solamente fue un movimiento teórico sino que tuvo fuerte expresión práctica, debido a que, como lo hace notar LAING “más que teorías lo que necesitamos son experiencias, porque la experiencia es la fuente de la teoría”¹⁸⁷. Como experiencias inglesas, resaltamos la que describe COOPER en la obra mencionada, en la cual evaluó los resultados del experimento, detallando que los 42 pacientes observados pudieron ser dados de alta antes de un año (con un promedio de 3 meses). Merece destacarse el hecho de que en esta experiencia no se utilizaron choques insulínicos, electrochoque o dosis altas de medicamentos, y se agregó una terapia conjunta de familia y medio, llevando a que un año después sólo el 17% fuera reinternado, tasa mucho menor que la usual en los tratamientos tradicionales¹⁸⁸. Asimismo, desde comienzos de 1956 el acompañamiento que realizado con soldados que padecían de ansiedad y estrés, fungió un espacio que funcionó inicialmente como una unidad para su tratamiento, y se convirtió en el Hospital Handerson. Este fue un local de importante referencia, toda vez que se probaron técnicas de comunidad terapéutica a partir de

¹⁸⁴ Sus principales ensayos fueron: Razón y violencia: una década de la filosofía de Sartre, Tavistock (1964) coautor con R.D. Laing, Psiquiatría y Anti-Psiquiatría (1967), La dialéctica de la liberación (1968), La muerte de la familia (1971), Gramática de vivir (1974), La lengua de la locura (1978).

¹⁸⁵ Publicaciones de Ronald Laing (1927-1989): The Divided Self: An Existential Study in Sanity and Madness. (1960); The Self and Others. (1961); Laing, R.D. & Esterson, A. (1964) Sanity, Madness and the Family; Laing, R.D. & Cooper, D.G. (1964) Reason and Violence: A Decade of Sartre's Philosophy; Laing, R.D., Phillipson, H. & Lee, A.R. (1966) Interpersonal Perception: A Theory and a Method of Research. London: Tavistock; The Politics of Experience and the Bird of Paradise (1967), Knots. (1970); The Politics of the Family and Other Essays (1971); Do You Love Me? An Entertainment in Conversation and Verse. (1976); Sonnets. (1976); The Facts of Life. (1976); Conversations with Adam and Natasha (1977); The Voice of Experience: Experience, Science and Psychiatry. (1982); Wisdom, Madness and Folly: The Making of a Psychiatrist 1927-1957 (1985).

¹⁸⁶ COOPER, D. Psiquiatría y Anti-psiquiatría. Buenos Aires: Locus Hypocampus, 1975, págs. 27, 48-59, 94-117, 126-140.

¹⁸⁷ LAING, R.D. El yo dividido: un estudio sobre la salud y la enfermedad. Madrid: Fondo Cultura Económico, 1973, pág. 22.

¹⁸⁸ COOPER, D. Psiquiatría y Anti-psiquiatría. Buenos Aires: Locus Hypocampus, 1975, págs. 131-139.

los años 1960. A su vez, en 1959 el *Mental Health Act* significó un punto de inflexión en la atención psiquiátrica, al dislocar el tratamiento del hospital para la comunidad¹⁸⁹.

A su turno, en Francia el primer movimiento rumbo al cambio en la atención a la salud mental se realizó en 1945 a partir de las Jornadas Psiquiátricas Nacionales, que planteó por primera vez la adopción del modelo de “psiquiatría de sector”. Fundamentalmente, el modelo trataba de la territorialización de la atención, dividido de acuerdo con el contingente poblacional de cada localidad. Consecuentemente, la intervención tendría lugar en donde está la persona afectada, inmersa en su contexto sociocultural, no siendo aconsejable la hospitalización sin que se agoten todas las opciones terapéuticas alternativas previamente. A partir de marzo de 1960, este modelo fue adoptado como política pública, generando una asistencia a la salud mental descentralizada y cercana a la comunidad, según expone GONZÁLEZ DE CHÁVEZ¹⁹⁰.

En cuanto al contexto francés, no se puede obviar la obra de FOUCAULT, sobre todo la publicación de “Historia de la Locura en la Época Clásica”, por el impacto internacional que tiene hasta los días actuales. Esta obra, fruto de su tesis doctoral, fue publicada por primera vez en 1961, con el nombre de “Locura y Sinrazón” (*Folie et Deraison*) y creció en relevancia después de la publicación de la versión en inglés, en 1965, editada por LAING, con prólogo de DAVID COOPER.

Su eje central de análisis se basa en la constatación de que la enfermedad mental no es un hecho natural o antropológico, sino una construcción reciente en la historia. De tal forma, a través del detallado examen histórico que realiza es posible concluir que, si la experiencia de la enfermedad es una especie de “invento” flamante, se lo puede cuestionar y, lo más importante, se lo puede cambiar. Entendida la locura y el loco como el “otro” que produjo la construcción de la modernidad, de acuerdo con FOUCAULT hubo una gradual transición de la transgresión de la moralidad a la perturbación mental. Este fenómeno es nombrado patologización de la anormalidad, y, según este autor, la psiquiatría actuaba no para liberar al loco, sino dominarlo y segregarlo legítimamente, en base al discurso cientificista aceptado por

¹⁸⁹ El *Mental Health Act* establece, entre otra medidas, la implementación de residencias terapéuticas en el territorio, las *mental nursing homes* y *residential hones*. *Mental Health Act*, 7 & 8 ELIZ. 2 CH. 72, 1959, págs. 8-14.

¹⁹⁰ GONZÁLEZ DE CHÁVEZ, M. (coord.). *La transformación de la asistencia psiquiátrica*. Madrid: AEN-Ed Mayoría, 1980, págs. 553-554.

el humanismo de la ilustración¹⁹¹. Desde esta lógica, esencialmente la obra de MICHEL FOUCAULT, en su crítica al saber-poder psiquiátrico, tiene un perfil abolicionista de la psiquiatría y no reformador, sobre todo si se analiza una publicación posterior, “El Poder Psiquiátrico” – *Le pouvoir psychiatrique*, del 1974¹⁹².

De manera análoga, el italiano FRANCO BASAGLIA, inspirado por las obras de SZASZ, GOFFMAN, FOUCAULT, RUSSELL BARTON y SARTRE, fue, para muchos, el personaje que tuvo mejores resultados prácticos del movimiento antipsiquiátrico. BASAGLIA fue psiquiatra y neurólogo, académico y gestor, y contribuyó con una extensa obra¹⁹³. PAES BARRETO relata que, como director del Hospital Psiquiátrico de Gorizia en Trieste, pudo experimentar su propia fórmula de desinstitutionalización con otros distinguidos psiquiatras (como GIOVANNI JERVIS Y FRANCO ROTELLI), realizando los cambios conceptuales y pragmáticos que publicó en “La Institución Negada” en 1968 y generó el movimiento que fue conocido como “Psiquiatría Democrática”¹⁹⁴.

BASAGLIA consideraba que la ciencia es manipulada de acuerdo con la ideología dominante, así, estuvo bajo la influencia de la revolución científica en el siglo XIX, de los fascismos en el comienzo siglo XX, y después del poder farmacológico afirmando que, una vez que ya se encontraba la sociedad en tiempos de democracia, el poder debería difuminarse para mantenerse en el control¹⁹⁵. La psiquiatría democrática italiana, en la mirada de PASTOR MARTÍN-OVEJERO BERNAL no se preocupó exclusivamente de poner fin al encierro, sino de la inclusión del ex paciente en la ciudad, la transformación de los roles, la destitución de la jerarquía institucional, produciendo cambios en las relaciones de poder, y generando nuevas prácticas terapéuticas¹⁹⁶. En este sentido, BASAGLIA asevera firmemente que “el psiquiatra

¹⁹¹ FOUCAULT, M., *Historia da Loucura na Idade Clássica*, São Paulo: Editora Perspectiva, 1978, págs. 505-555.

¹⁹² FOUCAULT, M. *El Poder Psiquiátrico*. Madrid: Akal, 2005, pág. 379.

¹⁹³ *La Institución Negada*, Informe de un Hospital Psiquiatrico, 1968; ¿Que es la psiquiatría?, 1973; *A psiquiatria alternativa: contra o pessimismo da razão, o otimismo da prática: conferências no Brasil*, 1979; *Morire di classe, La condizione manicomiale fotografata*, 1969; *La mayoría marginada. La ideología del control social*, 1971; *Crimini di pace*, con FOUCAULT, GOFFMAN, LAING, CHOMSKY, 1971; *Scritti I*, 1953-1968. *Dalla psichiatria fenomenologica all'esperienza di Gorizia*, 1981; *Scritti II*, 1968-1980. *Dall'apertura del manicomio alla nuova legge sull'assistenza psichiatrica*, 1982; *Psiquiatría y antipsiquiatría*, 1973; *Mujer, locura y sociedad*. Colección de conferencias pronunciadas en la Universidad de Puebla y en Ciudad de México, 1983; *La condena de ser loco y pobre. Alternativas al manicomio*, 2008.

¹⁹⁴ PAES BARRETO, F. op. cit. (*Da psiquiatria à saúde mental*), 2009, pág. 21.

¹⁹⁵ BASAGLIA, F. y BASAGLIA INGARO, F. *La mayoría marginada. La ideología del control social*, Barcelona: Editorial LAIA, 1977, págs.153-157.

¹⁹⁶ PASTOR MARTÍN, J., y OVEJERO BERNAL, A. op. cit. (*Historia de la locura en la época clásica*), 2009, pág. 298.

parece, de hecho, descubrir solamente hoy, que el primer paso para la recuperación del enfermo es su regreso a la libertad de la cual una vez él mismo lo había privado”¹⁹⁷.

Consecuentemente, en 1973 la OMS reconoció el servicio hospitalario de Trieste como un referente mundial para la reformulación de la asistencia a la salud mental, como informa MACHADO¹⁹⁸. Sin embargo, el principal logro del movimiento italiano fue la edición de la Ley 180 del 13 de mayo de 1978, conocida como Ley Basaglia, por haber sido el promotor de la reforma psiquiátrica italiana, primera y única en el mundo en imponer la abolición de los hospitales psiquiátricos e incluir a los enfermos mentales en los servicios sanitarios ordinarios. FERREIRÓS MARCOS analiza que los principales efectos de la ley fueron “1) la peligrosidad ya no podrá ser utilizada como criterio para la hospitalización forzosa, el internamiento será restringido a las urgencias terapéuticas; 2) la admisión involuntaria sólo podrá realizarse en las unidades psiquiátricas de los hospitales generales, no en hospitales psiquiátricos; 3) se imposibilitó inicialmente la hospitalización prolongada, estableciéndose un máximo inicial de 7 días; 4) finalmente, el hospital psiquiátrico fue oficialmente abolido”¹⁹⁹.

Como resultado, el camino iniciado por FRANCO BASAGLIA transformó el modelo de tratamiento de la enfermedad mental en los hospitales psiquiátricos en el tratamiento dentro de la comunidad y siguió evolucionado a través de diversas reformas legislativas, así como, de la labor jurisprudencial de la Corte Constitucional, culminando con el reconocimiento de que las personas que cometen delitos deben tener acceso a la misma atención a la salud mental que aquellas que no lo hicieron, lo que llevó a que, en el 2014 la ley n. 81 estableciera el cierre de los *Ospedale Psichiatrici Giudiziale* (hospitales judiciales psiquiátricos)²⁰⁰. La clave para esta evolución del trato a las personas con trastorno mental fue el reconocimiento de su igualdad como seres humanos, lo que presupone que su derecho a la salud no es inferior ni diverso al de todos los demás ciudadanos, implicando que deben tener acceso al mismo tratamiento, o sea, a un tratamiento dentro de la comunidad.

A la par con el desarrollo en el ámbito internacional y comparado, el movimiento por la psiquiatría democrática entre las décadas de los años 60 y 70 impulsó también en España el

¹⁹⁷ BASAGLIA, Franca O. (Org.). *Basaglia Scritti I (1953-1968) - dalla psichiatria fenomenologica all'esperienza di Gorizia*. Torino: Einaudi, 1981, pág. 249. AMARANTE, P. «Uma aventura no Manicómio: a trajetória de Franco Basaglia» *Manguinhos I*, n.º jul-oct (1994), pág. 68.

¹⁹⁸ MACHADO, K., op. cit. (Como anda a Reforma Psiquiátrica?), 2005, pág. 12.

¹⁹⁹ FERREIRÓS MARCOS, C.E. op. cit. (*Salud Mental y derechos humanos*), 2007, pág. 87.

²⁰⁰ Se destacan las sentencias n. 253 de 2003 y n. 9163 de 2005 de la Corte Constitucional Italiana.

surgimiento de un movimiento por la reforma de la asistencia psiquiátrica, toda vez que la psiquiatría tradicional, con el respaldo del franquismo, seguía utilizando los mismos métodos invasivos, como electrochoque, electronarcosis, carbonacorsis, leucotomía, entre otras. Corresponde destacar con MAÑAS PEÑALVER-LOREDO NARCIANDI-LAFUENTE NIÑO que en ese entonces, todavía estaba en vigor la Ley 15/1944, que trataba de la organización general de sanidad, y conservaba “una visión ‘conductista’ de los síntomas clínicos como respuestas condicionadas de inadaptación del individuo a la norma y las expectativas sociales, dentro de un discurso organicista en el que el manicomio aparecía como la única salida para estos enfermos ‘irrecuperables’”²⁰¹.

Los referidos autores aún describen que en este momento predemocrático, la “Coordinadora Democrática” fue un organismo que cobijó a los psiquiatras de izquierda que eran parte de la resistencia antifranquista. No obstante, fue solamente en el periodo de transición democrática, que cobró fuerza el movimiento llamado de reformismo antipsiquiátrico, hasta que en 1977 logró posicionarse en la Asociación Española de Neuropsiquiatría (AEN)²⁰². En ese contexto, se difundieron las ideas de la antipsiquiatría en el nivel provincial, a partir de incontables contactos internacionales de la AEN, con nombres como BASAGLIA, FOUCAULT, DAVID COOPER, CASTEL, entre muchos otros. Esta impronta culminó en 1986 con la Ley General de Sanidad que marcó el inicio de la reforma psiquiátrica española, que será estudiada oportunamente en esta investigación.

2. Algunas Precisiones

Es necesario observar que el recién fundado movimiento anti-psiquiátrico fue esencialmente un movimiento profesional, o sea, de los psiquiatras para los psiquiatras. En este primer momento, según evalúa BURSTOW, se trató de una proposición de reelaboración de la psiquiatría y no una oposición o abolición de la misma, como el nombre haría creer, y como ocurrirá posteriormente²⁰³. En efecto, el mismo DAVID COOPER posteriormente, en una

²⁰¹ MAÑAS PEÑALVER, C., LOREDO NARCIANDI, J.C. y LAFUENTE NIÑO, E. «La Historia de la Reforma Psiquiátrica Española de la Democracia a través de una Entrevista a Enrique González Duro sobre su Labor en el Sanatorio de Los Prados (1981-1983)» *Revista de Historia de la Psicología* 37, 2016, pág. 14.

²⁰² MAÑAS PEÑALVER, C., LOREDO NARCIANDI, J.C. y LAFUENTE NIÑO, E. op. cit., (La Historia de la Reforma Psiquiátrica Española), 2016, pág. 17.

²⁰³ BURSTOW, B. «Mad in Brasil» 16 de 06 de 2017. Disponible en: <http://madinbrasil.org/2017/06/antipsiquiatria-diz-o-que/> (último acceso: 20 de 09 de 2017).

actitud muy simbólica, renunció al uso del término antipsiquiatría, que él mismo creara, para titularlo “no psiquiatría” y, más delante, “psiquiatría no médica”.

De esta forma, una vez expuestos algunos de los más representativos autores e ideas, vale la pena realizar una precisión terminológica. De acuerdo con la Dra. BURSTOW, uno de los nombres más reconocidos de la antipsiquiatría en la actualidad, docente de la Universidad de Toronto, es necesario distinguir dos momentos del movimiento antipsiquiátrico para comprender mejor su diversidad:

La primera etapa, anteriormente descrita, fue formulada esencialmente por psiquiatras como forma de autocritica y tuvo como fin una reformulación de los planteamientos de la psiquiatría. Para la autora, en esta fase hubo una propuesta de una “nueva versión de la psiquiatría”, lo que no encaja en la definición sustancial de la palabra antipsiquiatría. De este modo, considera que la formulación original de DAVID COOPER estuvo equivocada dado que esta sería más precisamente una especie de “psiquiatría crítica” o “teoría crítica de la psiquiatría”²⁰⁴.

APREDA relata que la *Red Internacional Alternativa a la Psiquiatría* fundada en Bruselas en 1975, que aglutinó nombres como ROBERT CASTEL, DAVID COOPER y FRANCO BASAGLIA, tuvo entre sus principios fundamentales una clara expresión de la concepción inexacta de lo que significó la antipsiquiatría en este momento “(...) las luchas concernientes a la salud mental deben insertarse en el conjunto de luchas de los trabajadores por la defensa de su salud y en forma coordinada con todas las luchas de las fuerzas sociales y políticas por la transformación de la sociedad. No se trata para nosotros de obtener tolerancia para la locura, sino de hacer comprender que la locura es la expresión de las contradicciones sociales contra las que debemos luchar como tales. Sin transformación de la sociedad no hay posibilidad de una psiquiatría mejor, sino solo de una psiquiatría opresora”²⁰⁵.

En efecto, VALLEJO RUILOBA resume las principales ideas de las teorías críticas, manifestando que, para sus autores la enfermedad mental tiene una génesis predominantemente social, y que la psiquiatría tradicional contribuyó con su teoría y la actuación de los profesionales a la perpetuación de un estado de represión ante el paciente psíquico.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ APREDA, G.A. *Hacia una Integración del estatuto epistemológico de la psiquiatría*. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2004, pág. 168.

Adicionalmente, se enfoca la solución de este escenario en el compromiso y la praxis política que resultará en una profunda reelaboración de la psiquiatría tradicional ²⁰⁶.

Como consecuencia, se reconoce que el movimiento por las reformas psiquiátricas avanzó en la mayor parte de los países occidentales a partir de la experiencia italiana, la primera a convertirse en legislación, en 1978, en su propuesta de desinstitucionalización. En común, los diversos procesos incluyeron la drástica reducción del modelo hospitalocéntrico, el direccionamiento de la atención en salud mental para las unidades primarias de salud y la creación de alternativas a la tradicional atención manicomial, con distintas formas.

El segundo momento que destaca BURSTOW, más reciente y radical, está constituido fundamentalmente por los sobrevivientes psiquiátricos, a los cuales se sumaron grupos de trabajadores de la salud mental y de familiares de pacientes. Este grupo, de perfil netamente activista, tiene como propuesta abolir la psiquiatría, mereciendo el verdadero título de antipsiquiatría. Según la autora, los principios de este movimiento son: “a. Ellos invariablemente combinan una posición médica (una posición sobre lo que la ciencia muestra y no muestra, sobre lo que está errado con las reivindicaciones médicas que están siendo presentadas), con una posición epistemológica (una posición sobre cómo conocemos y sobre la propia naturaleza del conocimiento) y una posición ética (lo que, a la luz de lo que es revelado como conocimiento, la sociedad es llamada a hacer); b. Ellos se identifican como parte de un movimiento social libertario; c. La experiencia y el punto de vista de los sobrevivientes – y no de los profesionales – son considerados como lo fundamental; d. La psiquiatría es teorizada como un falso y opresor campo de la medicina; E. El compromiso general es librar el mundo de esta opresión – esto es, librar el mundo de la psiquiatría – así como las feministas están empeñadas en librar el mundo del sexismo”²⁰⁷.

La antipsiquiatría no es simplemente un rótulo dado a los miembros de este movimiento para distinguirlos de otros. Es al mismo tiempo una forma de auto-identidad y un llamado para que todos abracen activamente ese modo de ser.

²⁰⁶ VALLEJO RUILOBA, J. Introducción a la Psicopatología y a la Psiquiatría. 7. Barcelona: Elsevier Masson, 2011, págs. 61-67.

²⁰⁷ BURSTOW, B. Antipsychiatry Revisited: toward greater clarity. Toronto: Mad in America, 2014, disponible en <https://www.madinamerica.com/2014/10/antipsychiatry-revisited-toward-greater-clarity/>

Finalmente, se pueden condensar los principales aportes de las teorías críticas y de la anti- psiquiatría a la realidad actual de la psiquiatría de la siguiente forma:

– En lo que toca al *ámbito teórico*, las interrogantes centrales fueron el concepto de normalidad y la patologización del comportamiento no aceptado socialmente. De esta forma, el psiquiatra no tiene la función de reorientar al paciente a la normalidad, ya que este ejercicio no sería más que una nueva versión del tratamiento moral pineliano. Como consecuencia, PAES BARRETO identifica que uno de los principales aportes teóricos fue el traslado del campo de conocimiento, desde el “campo de la psiquiatría” al de la “salud mental”, con el reconocimiento forzoso de su naturaleza multifactorial. A partir de este momento, surgen las nociones de trastorno mental o sufrimiento mental, como forma de superar la idea clásica de enfermedad mental²⁰⁸.

– Sobre el *ámbito profesional*, la discusión sobre el rol del psiquiatra, que no podría ya concentrar el cuidado con la salud mental, acarrió el gradual abandono de la tradicional hegemonía para compartir su área con varios profesionales, de forma interdisciplinaria.

– Desde el *ámbito institucional*, la contundente crítica al manicomio, denunciado como institución total, legitimadora de la exclusión, produjo el cambio del modelo hospitalocéntrico al modelo centrado en la comunidad, lo que significó en algunos países la abolición del hospital psiquiátrico y la creación de redes de atención a la salud mental en la ciudad²⁰⁹. Esto implica resignificar la concepción de la persona que sufre un trastorno mental, de paciente – objeto o, como máximo, sujeto pasivo de una intervención - a la posición de ciudadano – sujeto de derechos.

En definitiva, se puede evaluar acompañado a DIÉGUEZ-CAMPOS-HUERTAS, que la contribución de la antipsiquiatría a la salud mental en la actualidad considerándola como una expresión de “una profunda crisis científica, ideológica y político-social”, que contribuyó a traer a la luz de forma irreversible la situación en que se vivía en los manicomios, concientizando a la población. Fue, por consiguiente, factor determinante para los movimientos

²⁰⁸ PAES BARRETO, F. op. cit. (Da psiquiatria à saúde mental), 2009, pág. 23.

²⁰⁹ *Ibidem*.

de las reformas psiquiátricas que se desarrollarán a partir de los años 70 y cambiarán el modelo de atención a la salud mental²¹⁰.

II. PELIGROSIDAD Y DERECHO PENAL EN EL SIGLO XX

Como ya se demostró anteriormente, el nacimiento del concepto de peligrosidad penal advino en el siglo XIX a partir de la contribución de la escuela positivista del Derecho penal, que emprendió una nueva concepción de sanción penal, con la finalidad de eludir la reincidencia, más allá del propósito clásico de la retribución. De dicha manera, se produjo un giro en el eje de análisis del Derecho penal, dado que este migra del reproche del hecho delictuoso hacia la reprobabilidad del sujeto que cometió el delito.

En efecto, de acuerdo con GARÓFALO la pena sería insuficiente para la “defensa contra los enemigos naturales de la sociedad”, justificando que, “los Códigos, los procedimientos y el mismo poder judicial, parece que se han puesto de acuerdo para proteger al criminal contra la sociedad”, cuando lo que debería hacer sería exactamente lo contrario²¹¹. A su juicio, la defensa social justificaría cualquier reacción por parte del Estado, puesto que “mediante una matanza en el campo de batalla la nación se defiende contra sus enemigos exteriores; mediante una ejecución capital, de sus enemigos interiores”²¹².

En consecuencia, la declarada necesidad de defensa social impulsó a que la concepción biológico determinista del hombre, construida a partir del positivismo criminológico, condujera a la conclusión de que era imperativo engendrar una respuesta penal diversa de la pena. Esta nueva sanción, de carácter netamente preventivo, sería utilizada para el tratamiento de los delincuentes habituales, reincidentes y los locos, ya que el delito pasó a ser visto como una enfermedad social y, como resultado, necesitaba de tratamiento ²¹³.

²¹⁰ DIÉGUEZ, A., CAMPOS, R. y HUERTAS, R. «Breve Historia de la Psiquiatría.» En *Historia de la Psicofarmacología*, tomo I, de ÁLAMO GONZÁLEZ, C. LÓPEZ-MUÑOZ F, 3-35. Madrid: Médica Panamericana, 2005, pág. 13.

²¹¹ GARÓFALO, R. op. cit. (Criminología), 1893, págs. 7 y 11.

²¹² GARÓFALO, R. op. cit. (Criminología), 1893, págs. 14-15.

²¹³ MONTEIRO SANTANA, op. cit. (Enfermedad mental, crimen y dignidad humana), 2015, pág. 34.

Según REALE FERRARI, la ideología del tratamiento llevó a la adopción de una concepción preventiva de forma que los principios que guiaron la nueva sanción fueron “la defensa social, el determinismo, la peligrosidad y el utilitarismo”²¹⁴. De esta manera, la nueva sanción no podría basarse en la culpabilidad, puesto que la idea determinista de enfermedad excluye la noción de libre albedrío, lo que culminó con su fundamentación en la peligrosidad. Para ZAFFARONI, este fue el contexto a partir del cual el delincuente comenzó a ser identificado como “*extraño*”, puesto que se le pasa a distinguir como “biológicamente inferior, no debido al género como en el caso de las brujas, sino por patológico o porque se consideraba que pertenecía a una raza no suficientemente evolucionada o por ser un degenerado”²¹⁵. De esta forma, desde este momento, comenzaron a desarrollarse sucesivas corrientes doctrinarias en el derecho penal que, con mayor o menor acogida en la política criminal llegaron a impactar el Derecho penal del siglo XX en lo que toca al tratamiento de la peligrosidad.

En este contexto, el objetivo de este apartado es identificar los rasgos centrales de estas corrientes teóricas que tuvieron mayor repercusión en las distintas formulaciones de la peligrosidad en el ámbito penal, en los puntos estrictamente conectados al objeto de estudio de esta tesis. Este acercamiento, aunque breve, pretende ser suficiente para constatar la trayectoria del pensamiento jurídico penal en el siglo XX sobre la peligrosidad y dar cuenta de su impacto en la legislación pertinente. Enseguida, se pasará a la reconocer y relacionar los hitos legislativos sobre la peligrosidad hasta los días actuales, con el propósito de que, partiendo del trayecto antes expuesto, se pueda proveer un razonamiento más amplio de la formulación actual de la peligrosidad post delictual de los inimputables por anomalía o alteración psíquica en el capítulo siguiente.

1. La Defensa Social

Desde el positivismo criminológico se establecieron las bases para que, entre el fin del siglo XIX e inicio del siglo XX, venga a advenir la llamada *Escuela de Defensa Social*. Desde luego, cabe advertir que no se trata de una escuela homogénea, mas de un grupo amplio de autores y tendencias que transitan desde posiciones más extremas como las de VON LISZT,

²¹⁴ REALE FERRARI, E. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: RT, 2001, pág. 20.

²¹⁵ ZAFFARONI, E. R. «La Legitimación del control de los "extraños"» En *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*, editado por Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, 1116-1147. Buenos Aires: Euros, 2006, pág. 1128.

hasta autores con posturas más conciliadoras como ALIMENA, identificado también como miembro de la *Terza Scuola italiana* (o positivismo crítico), y los autores correccionistas, como STELZER, DORADO MONTERO y JIMÉNEZ DE ASÚA.

Así, FIANDACA-MUSCO entienden que estas distintas posiciones teóricas van convergir, de una parte, en una tendencia integradora entre el derecho penal y las ciencias sociales²¹⁶, y de otra, amparados por una lógica peligrosista común, van a plantear categorías jurídicas y consecuencias penales y no penales distintas para el fin último de contener la amenaza social identificada, lo que BARATTA nombró como una ideología de la defensa social con una función legitimadora del sistema penal, común a una diversidad de escuelas²¹⁷.

En particular, merece destaque la fundación, aún en finales del siglo XIX de la Unión Internacional de Derecho (1889) por destacados penalistas entre sus principales nombres, algunos de los mayores exponentes del mundo académico en el comienzo del siglo como ADOLFO PRINS, VON LISZT y VAM HAMEL. DA SILVA HERREIRA indica que, en su estatuto, la institución firmó posición contraria al Derecho penal clásico en los siguientes términos: “La criminalidad como fenómeno social; La validez de los estudios antropológicos y criminológicos; La búsqueda de otros medios, además del castigo, para combatir el crimen; La atribución de la duración de la pena a factores distintos de la gravedad del delito”²¹⁸.

De hecho, se trató de un movimiento que se desarrolló académicamente, poseyendo ilustres representantes en varios países, como consecuencia de la evolución del pensamiento científico positivista del siglo XIX. Así constata FEDERICO CASTEJÓN, criminalista español que escribe el prólogo de la edición en castellano del libro de ADOLFO PRINS, “La Defensa Social”, impreso en Madrid en 1912, que “la idea de peligro social se encuentra, no sólo, en los partidarios de esta teoría, sino también en otros muchos autores: en Spencer, al exponer sus ideas sobre la reparación y al hablar de las fianzas que los ciudadanos pueden dar por los delincuentes, tomando a su cargo el deber de proteger a la sociedad; en Garófalo, cuando habla de la temibilidad o inidoneidad del criminal para la vida social; en Dorado, al tratar de la cantidad de peligro que hay en una persona para un medio social determinado, como criterio de punibilidad; y en todos los defensores de la nueva doctrina, especialmente en Von Liszt y

²¹⁶ FIANDACA, G. y MUSCO, E. *Derecho Penal Parte General*. Bogotá: Temis, 2006, pág. 16.

²¹⁷ BARATTA, A. op. cit. (*Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*), 2004, págs. 35-40.

²¹⁸ DA SILVA HERREIRA, A. «Nova Defesa Social. » *Revista Akropolis* 3, nº n. 12 (1995), pág. 22 (traducción propia).

los autores alemanes, que lo denominan *Gemein Gefährlichkeit*. Prins, en Bélgica; Von Liszt, en Alemania; Tan Hamel, en Holanda; Garcon, en Francia; Alimena, en Italia; Xabakoff, en Rusia; Thyrén, en Suecia; Stooss y Seuffert, en Austria, y Saldaña, entre nosotros, trabajan por difundir estas ideas, base verdadera de un Derecho penal eficaz”²¹⁹.

FIANDACA-MUSCO plantean que, aunque ADOLFO PRINS es considerado el padre de esta escuela, dada la relevancia de la publicación en 1910 de su libro “La Defensa Social y la Transformación del Derecho penal”, fue VON LISZT el nombre más influyente, para muchos por la rigurosidad metodológica empleada²²⁰. El penalista austriaco, fue catedrático de la Universidad de Berlín y concibió igualmente la pena con el fin preventivo, buscando la protección de los bienes jurídicos, conforme predica la teoría de la defensa social. Así, el autor manifiesta su preocupación de producir un derecho penal integral reuniendo el conocimiento criminológico de la época con el derecho positivo, para “elaborar una política criminal basada en el conocimiento empírico de las causas del delito y de las tipologías de los delincuentes”, como refieren FIANDACA-MUSCO²²¹.

En efecto, su discurso trae a la dogmática penal la propuesta de penas resocializantes aplicadas a la categoría de personas a las cuales llamó “incurables”, como es la exclusión social por tiempo indeterminado. En palabras VON LISZT: “La sociedad debe protegerse de los irrecuperables, y como no podemos decapitar ni ahorcar, y como no nos es dado deportar, no nos queda otra cosa que la privación de libertad de por vida”²²².

Asimismo, el referido autor elaboró una clasificación de los delincuentes según la cual fue asociada una función específica de la sanción penal a ser aplicada a cada tipo, de forma que el sistema de sanciones penales que diseñó funcionaría de acuerdo con la peligrosidad de los sujetos²²³. De esta forma, según posición de MUÑOZ CONDE, la obra de VON LISZT estableció que: a) a los delincuentes peligrosos pero aptos a ser reformados, se comprendía que la sanción penal tendría la función de corregirlos a través de una medida de seguridad; b) para los delincuentes ocasionales no necesitados de corrección, la función de la sanción sería la

²¹⁹ CASTEJÓN, F., y MARTÍNEZ DE ARIZALA. «Prólogo.» En *La Defensa Social y las Transformaciones del Derecho Penal*, editado por A. Prins, Madrid: Hijos de Reus Editores, 1912, págs. 10-11.

²²⁰ FIANDACA, G. y MUSCO, E. op. cit. (Derecho Penal Parte General), 2006, pág. 16.

²²¹ *Ibidem*.

²²² VON LISZT, F. La Idea de Fin en el Derecho Penal. Ciudad de México: UNAM, 1984, pág. 120.

²²³ VON LISZT, F. op. cit. (La Idea de Fin en el Derecho Penal), 1984, pág. 115.

intimidación; y, c) a los delincuentes incorregibles estaría destinada la función de inocuización, por medio de la aplicación de una pena y aliada a una medida de seguridad²²⁴.

Para MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN existe una incoherencia en la obra de VON LISZT puesto que sostiene una concepción garantista del Derecho penal y entiende que el principio de legalidad sería la “carta magna del delincuente”, considerando un obstáculo cuando se trate de políticas criminales destinadas a combatir los altos niveles de reincidencia²²⁵. Establece también la noción de “enemigo social”, postulando que “el eslabón más importante y peligroso de esta cadena de patologías sociales, que denominamos con el nombre genérico de proletariado. Mendigos y vagabundos, prostitutas de ambos sexos, alcohólicos, bandidos y gente del inframundo en un sentido amplio, degeneraron anímica y corporalmente. Todos ellos constituyen el ejército de los principales enemigos del orden social, entre los que los criminales habituales constituyen el Estado Mayor”²²⁶.

Asimismo, los que serían considerados como peligrosos para el orden social, los llamados enemigos sociales, tendrían como destino la inocuización, que debería ser emprendida por el Derecho penal. En una carta a Dochow, otro penalista, Von Liszt explicita que entiende por inocuización el trabajo forzado con disciplina militar, hasta que los delincuentes puedan ser “arruinados”. Destaca además la imprescindibilidad del uso de la pena de azote y que este proceso debe ocurrir “bajo sus expensas y no las nuestras. Alimentarlos, darles aire y movimiento conforme principios racionales es abusivo con el dinero de los contribuyentes”²²⁷.

Asimismo, los que serían considerados como peligrosos para el orden social, los llamados enemigos sociales, tendrían como destino la inocuización, que debería ser emprendida por el Derecho penal. MUÑOZ CONDE describe que, en una carta a Dochow, otro penalista, Von Liszt explicita que entiende por inocuización el trabajo forzado con disciplina militar, hasta que los delincuentes puedan ser “arruinados”. Destaca además la imprescindibilidad del uso de la pena de azote y que este proceso debe ocurrir “bajo sus

²²⁴ MUÑOZ CONDE, F. Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. 4ª. Edición. Valencia: Tirant lo Blanc, 2003, págs. 39-40.

²²⁵ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. Derecho Penal. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanc, 2019, pág. 84.

²²⁶ VON LISZT, op. cit., (La Idea de Fin en el Derecho Penal), 1984, pág. 23.

²²⁷ MUÑOZ CONDE, F., op. cit., (Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo), 2003, pág. 328.

expensas y no las nuestras. Alimentarlos, darles aire y movimiento conforme principios racionales es abusivo con el dinero de los contribuyentes”²²⁸.

IRIBARREN AZPARREN considera el sistema dualista forjado por VON LISZT, en el cual se acumulaban pena y medida de seguridad o simplemente se sustituía la primera por la segunda, aunque estuvo presente en algunos proyectos de ley en Alemania en 1922, 1925, 1927 y 1930, solamente pudo convertirse en ley vigente con la Ley sobre el delincuente habitual del 1933, ya bajo el gobierno del nacional socialismo^{229 230}. Así, la posición de MUÑOZ CONDE es en el sentido de que VON LISZT fue como un importante precursor del Derecho penal desarrollado por el nacional socialismo, que no hizo más que engendrar una “radicalización llevada a las últimas consecuencias de concepciones de diversas procedencias ideológicas que ya estaban bastante elaboradas e inclusive venían siendo practicadas en otros países antes de la Alemania nazista”²³¹.

Por otra parte, en la obra de BERNARDINO ALIMENA, destacado jurista italiano, se encuentran rasgos más conciliadores, dada la influencia de la postura ecléctica de la *Terza Scuola*. Con el objetivo de integrar los ámbitos jurídico, sociológico y psicológico, se propone a entender el delito como un fenómeno complejo que tiene su origen las causas sociales, al tiempo en que estima que una sociedad organizada debe aspirar su conservación mediante una

²²⁸ MUÑOZ CONDE, F. «As origens ideológicas do direito penal do inimigo» RIBCCRIM 83, nº marzo-abril (1983), págs. 100-101. (traducción propia)

²²⁹ IRIBARREN AZPARREN, A. Derecho Penal en las Dictaduras en el Siglo XX. Gipuzcoa: Universidad del País Vasco, 2016, pág. 31.

²³⁰ Este proyecto de ley estuvo a cargo de uno de los más destacados discípulos de Liszt, Radbruch. Sobre su planteamiento justificaba: “El Proyecto propone una contundente intervención contra la delincuencia habitual, aún mayor contra la profesional, que, como consecuencia de la guerra, ha adoptado las formas más amenazantes. Quien, por su repetida reincidencia, se convierte en un delincuente habitual peligroso para la seguridad pública, puede ser castigado en el Proyecto con severas penas de prisión que pueden llegar, en caso de delitos menos graves, a cinco años y, en el caso de delitos graves, hasta los quince años. Aquí se prevé, por tanto, un marco penal especial contra una determinada clase de personas, sin consideración al tipo de delito; y la medición de la pena del hecho retrocede completamente ante el autor. Pero el Proyecto, no se da por satisfecho con esta agravación, aunque limitada, de la pena, y posibilita que los delincuentes que no son corregidos por la pena de prisión agravada sean retenidos para seguridad de la sociedad, una vez cumplida la pena, imponiendo un internamiento de seguridad por un tiempo no determinado en un principio. Este proyecto no ha acogido, en cambio, la “sentencia indeterminada”. Cuando se impone una pena, la duración de la misma debe determinarse ya en la sentencia. Pero la idea fundamental de la sentencia indeterminada, hacer depender la mayor o menor duración de la pena de prisión del efecto que tenga su ejecución en el condenado, encuentra, sin embargo, suficiente consideración en el Proyecto. El internamiento por tiempo indeterminado que el Proyecto rechaza para las penas encuentra en cambio, amplia acogida en las medidas de seguridad” MUÑOZ CONDE, F, op. cit., (Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo), 2003, pág. 44-45.

²³¹ MUÑOZ CONDE, F, op. cit., (As origens ideológicas do direito penal do inimigo), 1983, pág. 97. (traducción propia)

lucha contra la delincuencia, según exponen MIR PUIG y RUIZ FUENTES²³². A su vez, evalúan FIANDACA-MUSCO que, en la búsqueda por un punto medio entre las propuestas de la escuela positivista y clásica, como forma de contrarrestar el antagonismo generado en el fin del siglo XIX, ALIMENA rechazó la noción de libre albedrío y aceptó la división entre imputables e inimputables, esta vez basada en la idea de una normalidad psíquica²³³. Para los inimputables estarían legitimadas, como forma de defensa social, las medidas de seguridad.

Al mismo tiempo, dentro del contexto de la ideología de defensa social, ya para finales del siglo XIX en Alemania se estableció la Escuela Correccionalista, con STELZER, para la cual el fin del Derecho penal era mejorar al delincuente a través de la corrección jurídica. Para esto la pena debería ser indeterminada y variable, de acuerdo con la resocialización y la personalidad del sujeto, respectivamente. El delincuente es considerado un enfermo que necesita de corrección, cuidado y protección para y hasta que sea curado, como expresa IRIBARREN AZPARREN²³⁴.

En España, DORADO MONTERO, docente de la Universidad de Salamanca, fue el más aguerrido autor de esta escuela, defendiendo un Derecho Protector de los Criminales, que tenía por finalidad proteger a estas personas de la sociedad y de ellos mismos. El tratamiento debe ser basado en la peligrosidad criminal, aunque se admite que lo que lleva el delincuente no es su voluntad, sino otros factores sobre los cuales el Estado no pudo intervenir. Los postulados del autor fueron recatados posteriormente en gran medida por JIMÉNEZ DE ASÚA en el siglo XX, según relata ROLDÁN CAÑIZARES²³⁵.

En la mirada de DE MORAES RIBEIRO, la ideología del tratamiento, característica del correccionalismo, establece una contradicción entre el derecho del condenado al tratamiento que, al mismo tiempo, pasa a ser una obligación, toda vez que la intervención médica es compulsoria y realizada en beneficio del mismo condenado²³⁶. Para DORADO MONTERO

²³² MIR PUIG, S. Introducción a las Bases del Derecho Penal. Madrid: Dykinson, 2002, págs. 165-166; RUIZ FUNES, M. La defensa Social contra el Delito y el Peligro, *Revista Trimestral de Cultura Moderna*, Núm. 11, 1948 Disponible en: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/revistaun/article/viewFile/14198/14979>

²³³ FIANDACA, G. y MUSCO, E. op. cit. (Derecho Penal Parte General), 2006, pág. 16.

²³⁴ IRIBARREN AZPARREN, A. op. cit. (Derecho Penal en las Dictaduras en el Siglo XX), 2016, pág. 13.

²³⁵ ROLDÁN CAÑIZARES, E. Luis Jiménez de Asúa Derecho penal, República, Exilio. Madrid: Dykinson, 2019, pág.35.

²³⁶ DE MORAES RIBEIRO, B. «Defesa Social, Ideologia do Tratamento e o "Direito penal do Inimigo"» *Revista de Ciências Jurídicas* 6, n° jan.- jun. (2008), pág. 63.

esto significaba “la proscripción de todo castigo, y su sustitución por un conveniente tratamiento terapéutico y profiláctico”²³⁷.

En su obra “Bases para un Nuevo Derecho penal”, de 1902, consideraba al delincuente como alguien débil que necesita de ayuda “para que se conviertan en fuerzas utilizables, cooperadoras al bienestar social”, para que se logre el beneficio del propio delincuente y de la sociedad²³⁸. A su vez, consideró el delito como uno de los síntomas de la peligrosidad, esta sí, fundamento del tratamiento penal a ser impuesto por el magistrado, también llamado por DORADO MONTERO médico social, ya que consideraba que “la administración de justicia penal debe ser una función de saneamiento social, una función de higienización y profilaxis social, comprendiendo en la higiene la terapéutica”²³⁹.

Por consiguiente, JIMENEZ DE ÁSUA publica en 1922 su libro titulado “El Estado Peligroso” en el cual defiende con énfasis la relevancia de proteger a la sociedad de los sujetos que se encuentran en dicho estado aplicándoles el tratamiento y ya no una pena “lo que interesa a los penalistas es la noción del estado peligroso que el delincuente representa para la sociedad. Desde el momento que este estado se comprueba, existe necesidad de defender la comunidad social, ya sea el acto libre o determinado, ya proceda de un responsable o de un incapaz. Más tarde, cuando se trate de determinar la clase de medida con que vaya a actuar la defensa, es cuando se deberá tener en cuenta la peculiar condición del sujeto peligroso, a fin de individualizar el tratamiento”²⁴⁰. En efecto, JIMÉNEZ DE ASÚA definió la existencia de dos tipos de peligrosidad, una anterior y otra posterior al crimen, afirmando que las dos deberían ser juzgadas, aunque en base a diferentes Códigos que contendrían modelos diversos de Derecho penal²⁴¹.

Concretamente, para REOLON el positivismo criminológico fue la base sobre la cual se irguió el edificio de la ideología de la defensa social, que tuvo repercusión en el medio académico y en la sociedad de forma general²⁴². A su vez, esta ideología fue el cimiento del

²³⁷ DORADO MONTERO, P. Bases para un Nuevo Derecho Penal. Buenos Aires: Depalma, 1973, pág. 8.

²³⁸ DORADO MONTERO, P. op. cit. (Bases para un Nuevo Derecho Penal), 1973, págs. 63-64.

²³⁹ DORADO MONTERO, P. op. cit. (Bases para un Nuevo Derecho Penal), 1973, págs. 65-66.

²⁴⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, L. El Estado Peligroso del Delincuente y sus Consecuencias ante el Derecho Penal. Madrid: Reus, 1920, págs. 38-39.

²⁴¹ *Ibidem*.

²⁴² REOLON, L.C. A violência do discurso de defesa social e a política criminal do inimigo. Porto Alegre: PUCRS, 2007, pág. 28.

propio movimiento de la defensa social, impulsado por importantes nombres de la dogmática penal en varios países y logrando impactar en la política criminal de su tiempo. De esta forma, la autora resalta que “los conceptos de peligrosidad, estado peligroso sin delito, temor, necesidad de defender a la sociedad, recuperar al delincuente y prevenir el hecho delictivo, inspiran sucesivas reformas penales, llevando al sistema a crear un amplio programa de reacción contra el delito”²⁴³.

El escudo de conocimiento “científico” y, por lo tanto, neutral y objetivo, que recubría los postulados de la escuela sirvió de plataforma ideológica para el establecimiento de un Estado intervencionista que actuó con el “pretexto de proporcionar seguridad y orden” y produjo en la práctica una intervención criminológica que fue intensamente atentatoria a la libertad individual y al principio de isonomía, en el enfoque de DE MORAES RIBEIRO²⁴⁴.

Finalmente, REALE FERRARI describe que fue el austriaco KARL STOOSS, uno de los miembros más notables de la Escuela de la Defensa Social, quien logró por primera vez sistematizar sus principios e incorporar la nueva sanción en el Proyecto de Código Penal Suizo de 1893, que entró en vigor en 1937. Esta sanción, llamada medida de seguridad, se destinaba a los reincidentes, los alcohólicos habituales, los peligrosos y los delincuentes juveniles²⁴⁵. De tal forma, la medida de seguridad fue sistematizada como una medida “curativa impuesta a los delincuentes peligrosos” aplicada siempre que la pena no fuera eficaz, actuando como un sustituto para proteger a la sociedad y dar un tratamiento al individuo²⁴⁶.

2. El Derecho penal de Autor

Definir la naturaleza del Derecho penal de autor (*Tarerstrafrecht*) no es algo sencillo y no hay un criterio unitario en la doctrina. Para ZAFFARONI, sería una característica del sistema punitivo propio de los regímenes totalitarios que revela la corrupción de este sistema toda vez que de forma general se caracteriza por el hecho de que “el acto tendría el valor de un síntoma de personalidad: lo prohibido y lo objetable o peligroso sería la personalidad y no el

²⁴³ REOLON, L.C., op. cit., (A violência do discurso de defesa social e a política criminal do inimigo), 2007, pág. 4 (traducción propia).

²⁴⁴ DE MORAES RIBEIRO, op. cit. (Defesa Social, Ideologia do Tratamento e o "Direito penal do Inimigo"), 2008, pág. 63.

²⁴⁵ REALE FERRARI, E. op. cit. (Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito), 2001, pág. 28.

²⁴⁶ REALE FERRARI, E. op. cit. (Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito), 2001, pág. 29.

acto”²⁴⁷. Concretamente, la condena no sería debido al homicidio, sino por tratarse de ser el autor un homicida.

De igual modo, ROXIN expone el contenido del derecho penal de autor, en contraste al derecho penal del hecho, entendiendo que en este último caso la punibilidad de sujeta a la realización de la acción típica y la sanción se delinea como una respuesta al hecho practicado, aisladamente. Así, el derecho penal de autor establece la pena fundamentada, más allá de la acción individual, en la personalidad del mismo²⁴⁸.

A su vez, FREDERICO MARQUES identifica el Derecho penal de autor como una “concepción subjetivista del derecho penal (...), con el objetivo de transformar la pena y el propio delito, hasta ahora basado en datos objetivos, para erigir la persona del imputado como concepto básico del sistema jurídico-penal”²⁴⁹. En efecto, ROCHA ALMEIDA DE MORAES evalúa que este cambio del Derecho penal del hecho al de autor fue sembrado desde la escuela positivista, no por casualidad conocida como escuela antropológica, ya que su análisis recaía sobre la persona del delincuente y se desarrolló en la escuela de la defensa social en la cual VON LISZT ya afirmaba claramente que lo que “se debe castigar no es el acto, sino al autor”²⁵⁰.

En este sentido, ROXIN reconoce el fuerte influjo de la obra de VON LISZT y sus seguidores en lo que considera una fuerte tendencia preventivo especial que presiona el derecho penal hasta los días actuales, ratificando la presencia clara de rasgos de derecho penal de autor en su obra. En efecto, recuerda el autor la analogía planteada por LISZT en 1892 de que, así como el medico no debería esperar que se manifieste la enfermedad para actuar, sino actuar preventivamente, el derecho penal no debería esperar el hecho y dirigirse a identificar la *actitud criminal interna* del sujeto²⁵¹. Al efecto, la sentencia correspondiente debería ser de una pena indeterminada, propuesta que no fue concretada, sin embargo, alerta ROXIN que “la época posterior no nos ha traído la sentencia penal indeterminada, sino las medidas de seguridad (cfr. § 4, num. 11); y entre ellas se preveía la custodia de seguridad (actual § 66), que supone una

²⁴⁷ ZAFFARONI, E.R., BATISTA, N., ALAGIO, A. y SLOKAR, A. *Direito Penal Brasileiro*. 2a. Rio de Janeiro: Revan, 2003, pág. 138 (traducción propia).

²⁴⁸ ROXIN, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 1997, pág. 177.

²⁴⁹ FREDERICO MARQUES, J. *Tratado de Direito Penal, V. III*. Campinas: Milenium, 1997, pág. 64.

²⁵⁰ ROCHA ALMEIDA DE MORAES, A. op. cit. (A terceira velocidade do Direito Penal: o "Direito Penal do Inimigo"), 2006, pág. 65.

²⁵¹ ROXIN, C., op. cit., (*Derecho Penal, Parte General*), 1997, págs. 177-178.

privación de libertad orientada hacia el autor y de duración indeterminada, y de modo general, las medidas de seguridad son hasta la fecha las sanciones con mayor referencia al autor de nuestro Derecho penal”²⁵².

Concretamente, según identifica DE ASSIS TOLEDO, el delincuente pasa a estar en el centro del Derecho penal, puesto que el delito en sí es entendido como un síntoma de su carácter y personalidad²⁵³. En Alemania, así como se observará en el próximo acápite en la legislación española, la Ley de delincuentes habituales de 1933 introduce el tipo criminológico de autor del delincuente habitual, entre los cuales se encontraban los rufianes, vagabundos, mendigos, borrachos y vagos, sancionando no a hechos específicos sino “formas de existencia”; la consecuencia penal elegida fue, naturalmente, la medida de seguridad, según ROXIN²⁵⁴. Este tipo determinado de personalidad fue, en la evaluación de ZAFFARONI-BATISTA-ALAGIO,-SLOKA, entonces evaluado según su peligrosidad, estando íntimamente ligada al Derecho penal de autor, a tal punto que se puede afirmar que “todo derecho penal a la peligrosidad es un derecho penal al autor, mientras que el derecho penal a la culpa puede ser al autor o "actuar" (que es lo contrario)”²⁵⁵.

Se puede identificar que el siguiente momento en la evolución de este tipo de Derecho penal pasó a manifestarse en dos momentos:

– En primer lugar, la idea de un Derecho penal de autor, cargada de la preventividad penal propia de la ideología de defensa social, llevó a mitigar y, algunas veces, extirpar el criterio de lesividad al bien jurídico penal. Este es un punto muy relevante porque, una vez que el desvalor ya no recae sobre el resultado lesivo sino sobre una conducta abstractamente considerada como reprochable, la multiplicación de tipos penales de mera conducta y de peligro abstracto es un camino que lleva a la inseguridad jurídica, ya que “el delito se interpreta ahora como una simple violación del deber de observar una determinada regla, enfocándose mucho más en la devaluación de la acción que viola la norma que en la

²⁵² ROXIN, C., op. cit., (*Derecho Penal, Parte General*), 1997, pág. 178.

²⁵³ DE ASSIS TOLEDO, F. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5a. São Paulo: Saraiva, 2000, págs. 235-236.

²⁵⁴ ROXIN, C., op. cit., (*Derecho Penal, Parte General*), 1997, pág. 180.

²⁵⁵ ZAFFARONI, E.R., BATISTA, N., ALAGIO, A. y SLOKAR, A. op. cit. (*Direito Penal Brasileiro*), 2003, pág. 113.

devaluación del resultado de la conducta”, con base en RODRÍGUEZ DE ASSIS MACHADO²⁵⁶.

– En un segundo momento, según el mismo autor, surgieron los “tipos penales de autor”, en los cuales se incrimina la personalidad y el estilo de vida considerado “malo” significaba que el sujeto se encontraba en un estado peligroso, independiente de la existencia de un delito. En este caso el Estado actúa predelictualmente, aplicando la defensa social en su máxima expresión, ya que evalúa la peligrosidad sin hecho, lo que llevó a la existencia de un sin número de tipos penales que seleccionaban individuos a través de estereotipos, como los vagabundos, prostitutas, homosexuales, drogadictos, adictos al juego, ebrios, entre otros²⁵⁷.

– Posteriormente, el autor refiere a que fueron implementadas penas que, aunque aplicadas después del hecho delictuoso, tenían como forma de agravantes características personales del autor, como reincidentes, habituales, profesionales, entre otros²⁵⁸. Además, como apunta el mismo autor, en muchos casos a estas penas fueron sumadas medidas de seguridad posdelictuales que eran aplicadas después de terminada la pena privativa de libertad²⁵⁹.

Si el Derecho penal de autor fue sembrado por la criminología positivista y creció bajo el impulso de la escuela de defensa social, fue la influencia del nacional socialismo la que lo hizo florecer y dar frutos. Para ello, fue relevante la participación de otro importante penalista, MEZGER, que colaboró con el régimen nazista en la reforma del Código Penal, añadiendo la custodia de seguridad que previó la manutención de la prisión por tiempo indeterminado después de cumplida la pena, como evidencia MUÑOZ CONDE²⁶⁰. En efecto, ROXIN evidencia que el autor sostuvo una teoría sobre la “culpabilidad por la conducción de la vida” que buscaba integrar y compatibilizar el tipo criminológico de autor con la culpabilidad penal. De esta forma, a la culpabilidad por el hecho típico se añadiría “la total culpabilidad por la conducción de su vida”, remitiendo al análisis de la personalidad del autor²⁶¹. ROXIN aún

²⁵⁶ RODRÍGUEZ DE ASSIS MACHADO, M. «Edmundo Mezger e o Direito Penal do nosso tempo» Revista Direito GV 1, nº 1 (2005), pág. 155, (traducción propia).

²⁵⁷ Ibidem.

²⁵⁸ Ibidem.

²⁵⁹ RODRÍGUEZ DE ASSIS MACHADO, M. op. cit. (Edmundo Mezger e o Direito Penal do nosso tempo), 2005, pág. 157.

²⁶⁰ MUÑOZ CONDE, F., op. cit., (Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo), 2003, pág. 83-84.

²⁶¹ ROXIN, C., op. cit., (*Derecho Penal, Parte General*), 1997, págs. 179-180.

apunta que posteriormente, Bockelmann y Engisch se apropiarán de formular “la culpabilidad por la decisión sobre la vida” invocando la responsabilidad de individuo sobre sus rasgos de personalidad y las decisiones equivocadas tomadas sobre su vida²⁶².

En definitiva, las medidas de seguridad se constituyeron en instrumentos útiles para el régimen, toda vez que “este instrumento fue fundamental para sacar adelante uno de los frentes de represión del nacionalsocialismo que se llevó a cabo a través de los tribunales civiles, permitiendo el ingreso y muerte en campos de concentración de más de 17.000 personas”, como verifica RODRÍGUEZ DE ASSIS MACHADO²⁶³. Asimismo, MUÑOZ CONDE expone que MEZGER también asistió en la redacción del proyecto de ley para el tratamiento de los “extraños a la comunidad”, en la cual se destinaba a los considerados “extraños”, la reclusión por tiempo indeterminado en campos de concentración, esterilización, castración o la muerte sin ningún control judicial²⁶⁴. Por consiguiente, aunque la ley no llegó a entrar en vigor, fue construida una base ideológica en que la idea de la causa biológica de las conductas antisociales pudo fundamentar y legitimar las medidas de higiene racial explícitas que fueron adoptadas en el fin del régimen²⁶⁵. Los informes que redactó el autor y que sirvieron de base para este proyecto de ley, sostienen lo siguiente “en el futuro habrá dos “derechos criminales”: - una ley penal para las generalidades (en la que, en esencia, los principios que han regido hasta ahora), y, - Una ley penal (completamente diferente) para grupos especiales de determinadas personas, como, por ejemplo, delincuentes por tendencia. (...) la “ley especial” debe aplicarse sin límites. Y a partir de ese momento, todas las diferencias legales”²⁶⁶.

De otro lado, MUÑOZ CONDE expone que MEZGER sostuvo esta propuesta de separación en los conceptos de raza y pueblo, justificando con el argumento de que “especial importancia tiene la concepción constitucional y biológica hereditaria, porque ambas dan la posibilidad de ver los aspectos y los rasgos individuales de la personalidad no ya en sí misma considerada, sino en el contexto más amplio de los condicionamientos de la constitución y la

²⁶² ROXIN, C., op. cit., (*Derecho Penal, Parte General*), 1997, págs. 180-181.

²⁶³ RODRÍGUEZ DE ASSIS MACHADO, M. op. cit. (*Edmundo Mezger e o Direito Penal do nosso tempo*), 2005, pág. 154.

²⁶⁴ MUÑOZ CONDE, F., op. cit., (*Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*), 2003, págs. 146-155.

²⁶⁵ RODRÍGUEZ DE ASSIS MACHADO, M. op. cit. (*Edmundo Mezger e o Direito Penal do nosso tempo*), 2005, pág. 158.

²⁶⁶ MUÑOZ CONDE, F., op. cit., (*Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*), 2003, pág. 236.

sangre. Es aquí donde encuentra apoyo la idea de eliminar los sectores de la población dañinos para el pueblo y la raza”²⁶⁷.

Sobre este hecho particular, recuerda MUÑOZ CONDE la actuación política de este autor “ya a mediados del período nazi, organizó y dirigió un congreso para eliminar la influencia judía del pensamiento jurídico alemán, y en su discurso de clausura, además de calificar a los juristas judíos como "parásitos culturales", alegando que se habían presentado en la legalidad alemana. ciencia aprovechando sus logros para su propio beneficio, propuso, entre otras cosas, que sean excluidos de la comunidad académica y que sus trabajos no sean citados en la bibliografía”²⁶⁸.

Finalmente, las diversas concepciones generadas en la academia, desde la propuesta de un Derecho penal que se destina a la inocuización de VON LISZT, o al exterminio como sostuvo MEZGER, tuvieron impacto político y social a partir de la clara instrumentalización del Derecho penal por el nacional socialismo. En efecto, RODRÍGUEZ DE ASSIS MACHADO señala que su evolución ocurrió de forma que “antes de llegar a la Ley Penal del autor, vuelto contra los enemigos del régimen, ya se había eliminado la referencia material de la lesión al bien jurídico”²⁶⁹. A continuación, en el fin del siglo XX la propuesta de dos derechos penales resurgirá con el Derecho penal del Enemigo, propuesto por JAKOBS, tema sobre el cual referiremos más adelante.

De otra parte, aunque brevemente corresponde señalar, en este mismo periodo, la relevancia de la publicación por WELZEL en 1940 de su Manual de Derecho penal, obra que representó un gran hito para la evolución del pensamiento penal del siglo XX. Al efecto de esta investigación, destacamos que el autor plantea dogmáticamente la coexistencia de las penas y las medidas de seguridad, afirmando que su distinción se basa en que el Derecho penal basado en la culpabilidad tiene fundamento ético-social, mientras que el Derecho penal de la peligrosidad busca la prevención. Para él, el Derecho penal no resultaría suficiente para los llamados “criminales de Estado”, ponderando que la pena bajo una mirada retributiva y limitada

²⁶⁷ MUÑOZ CONDE, F., op. cit., (Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo), 2003, pág. 84.

²⁶⁸ MUÑOZ CONDE, F, op. cit. (As origens ideológicas do direito penal do inimigo), 1983, pág. 102. (traducción propia)

²⁶⁹ RODRÍGUEZ DE ASSIS MACHADO, M. op. cit. (Edmundo Mezger e o Direito Penal do nosso tempo), 2005, pág. 158.

por la culpabilidad no involucra el necesario análisis para la protección de los bienes legales del “peligro que reside en la personalidad del autor”²⁷⁰.

3. Nueva Escuela de Defensa Social

Poco después del fin de la segunda guerra mundial, el tecnicismo jurídico que caracterizó el Derecho penal de aquella época fue desafiado por una propuesta dogmática que pretendió ser muy diversa: la nueva defensa social. En efecto, este movimiento se caracterizó por mezclar la fundamentación en el positivismo criminológico con un contenido marcadamente humanista, con el fin de modernizar el derecho penal, sobre todo en lo que toca a la concepción y ejecución de la pena, como plantean FIANDACA-MUSCO²⁷¹.

El idealizador de esta nueva versión de la ideología de defensa social fue el italiano FILIPPO GRAMATICA, quien fundó el Centro de Estudios de Defensa Social en 1947 y la Sociedad Internacional de Derecho penal, de quien fue presidente, en 1949. Evidencian FIANDACA-MUSCO y DA SILVA HERREIRA que, en su obra *Principio di Defesa Sociale*, de 1961, GRAMATICA elaboró un programa de política criminal completo en el cual afirmó que el derecho de defensa social sustituiría al Derecho penal, proponiendo la sustitución del concepto de responsabilidad penal por el de antisociabilidad subjetiva, bajo la negación perentoria de la existencia del libre albedrío ²⁷².

Como consecuencia, ya no sería necesario castigar el delito con una pena que sea proporcional, sino se debería aplicar a cada persona la “medida” que sea más apropiada para la intervención sobre la “estructura biopsíquica de la personalidad” a fin de lograr el resultado terapéutico y pedagógico esperado, de acuerdo con FIANDACA-MUSCO²⁷³. Para GRAMATICA, sería necesario suprimir el Derecho penal y sustituir las penas, por lo tanto, por las medidas de defensa social que sean necesarias para curar a los antisociales, que consistirían

²⁷⁰ WELZEL, H. *Direito Penal*. Campinas: Romana, 2004, pág. 24 (traducción propia).

²⁷¹ FIANDACA, G. y MUSCO, E. op. cit. (*Derecho Penal Parte General*), 2006, págs. 21-22

²⁷² DA SILVA HERREIRA, A. op. cit. (*Nova Defesa Social*), 1995, pág. 22; FIANDACA, G. y MUSCO, E. op. cit. (*Derecho Penal Parte General*), 2006, págs. 21-22.

²⁷³ FIANDACA, G. y MUSCO, E. op. cit. (*Derecho Penal Parte General*), 2006, págs. 21-22.

fundamentalmente en el trabajo, la educación y el cuidado necesarios. En síntesis, para el autor, el derecho de defensa social, al revés del Derecho penal, tendría únicamente fines terapéuticos.

En posición divergente, MARC ANCEL, más relevante representante de la expresión francesa de esta escuela, propuso un programa reformista del Derecho penal, adoptando una postura más moderada que obtuvo más apoyo académico. Se atribuye a MARC ANCEL el adjetivo “nueva” al nombre de la escuela, con el intuito de distinguir sus propuestas tanto de las anteriores escuelas clásica y positivista, de la escuela de defensa social de inicios del siglo XX y de las formulaciones más esencialistas de su contemporáneo GRAMATICA, como pondera MORILLAS CUEVA²⁷⁴.

Con el objetivo declarado de “racionalizar y volver más humano el derecho penal”²⁷⁵, el autor admitió la existencia del libre albedrío y propuso un sistema flexible, llamado sistema vicariante de control social, en el que se mantenía la existencia del Derecho penal y se amplía el fin terapéutico, bajo el argumento de protección del individuo. El objetivo, según describen FIANDACA-MUSCO, sería la maximización de la posibilidad de individualización de la sanción, para adecuarlo al fin resocializador²⁷⁶. Asimismo, para MORILLAS CUEVA la propuesta de ANCEL, entonces, posee un enfoque preventivo especial, mucho más que general, a través de una intervención sobre el individuo con mecanismos no penales, de naturaleza educativa o curativa, para promover la protección social²⁷⁷.

En efecto, MORILLAS CUEVA agrega que, lejos del modelo retributivo que consideraba la pena una forma de infligir castigo y de la inocuización que condenaba al sujeto por su naturaleza peligrosa, se trata de una nueva idea de delincuente basada en su personalidad y en un profundo conocimiento de esta por el juez, por lo que engendra un cambio en el procedimiento penal tradicional y en la política criminal a fin de promover una intervención esencialmente personalizada que resulte en efectiva resocialización. Este nuevo sistema

²⁷⁴ MORILLAS CUEVA, L. op. cit. (Metodología y Ciencia Penal), 1990, pág. 202.

²⁷⁵ MORILLAS CUEVA llama la atención para el hecho de que “esta humanización del Derecho y del proceso penal no será únicamente el efecto de un movimiento humanitario o sentimental, sino que, por el contrario, se apoyará, tan sólidamente como sea posible, en el conocimiento científico del acto criminal y de la personalidad del delincuente”. MORILLAS CUEVA, L. op. cit. (Metodología y Ciencia Penal), 1990, págs. 202-203.

²⁷⁶ FIANDACA, G. y MUSCO, E. op. cit. (Derecho Penal Parte General), 2006, págs. 21-23.

²⁷⁷ MORILLAS CUEVA, L. op. cit. (Metodología y Ciencia Penal), 1990, pág. 203.

tendería a una unificación entre las penas y las medidas de seguridad, en la cual se alcanzaría la protección de la sociedad a través de la protección del individuo²⁷⁸.

TERADILLOS BASOCO destaca que, en la mirada de ANCEL, sería posible la compatibilidad entre el principio de legalidad y la existencia de medidas de seguridad predelictuales, a través de un concepto limitado de estado peligroso, de límites legales a la aplicación de dichas medidas y de un sistema de garantías iguales a las de las penas²⁷⁹.

Desde la posición de DA SILVA HERREIRA, los principales postulados comunes de la Nueva Defensa Social fueron: “Reaccionar contra el exceso de juridismo (desjuridización), limitando el tecnicismo y la dogmática y valorando las ciencias humanas en el estudio del fenómeno criminal y desarrollando una política criminal que, situada entre el Derecho Penal y la Criminología, busque mejorar las instituciones criminales; Consideración de la personalidad del infractor y revisión del sistema de sanciones, eliminando el sentido retributivo de la pena; Reinserción social del delincuente mediante el tratamiento y la protección derivados de la reforma penitenciaria; Distinción entre derecho penal, criminología y política penal”²⁸⁰.

En concreto, esta versión de un Derecho penal proteccionista y ambiguo, tuvo gran aceptación internacionalmente entre los años 50 y 70, no por coincidencia, momento en que gran parte del mundo occidental, se encontraba dominada por dictaduras. Con una propuesta muy progresista para su tiempo, la nueva defensa social trató también de defender al individuo, de proponer la desjuridización de muchas conductas, bajo un enfoque minimalista. Sin embargo, su influencia concreta sobre la política criminal resultó en una lectura mucho más tendiente al paternalismo y al intervencionismo que propiamente liberal. El contexto político de la posguerra al interior de los países de Iberoamérica, envueltos en reconstrucciones, dictaduras y conflictos internos, escenario al cual se sumó la injerencia de una política internacional mediada por la inseguridad y la guerra fría, fueron el terreno apropiado para esta distorsión.

Finalmente, el desarrollo del Derecho penal en la primera mitad del siglo XX profundizó las bases teóricas inauguradas por el positivismo en el siglo anterior, culminando con las primeras codificaciones en la cuales se incluyó el binomio peligrosidad-medida de seguridad.

²⁷⁸ MORILLAS CUEVA, L. op. cit. (Metodología y Ciencia Penal), 1990, págs. 203-205.

²⁷⁹ TERRADILLOS BASOCO, op. cit., (Peligrosidad social y Estado de Derecho), 1981, pág. 197.

²⁸⁰ DA SILVA HERREIRA, A. op. cit. (Nova Defesa Social), 1995, pág. 23 (traducción propia).

Este modelo fue rápidamente replicado por Iberoamérica, y se constituyó en el germen para la naturalización de la diversidad de tratamientos penales que se desarrolló y ganó aliento entre el fin del siglo XX y comienzo del siglo XXI. En este último periodo, este proceso condujo a la legitimación de otras dos versiones más radicales del Derecho penal de excepción: el Derecho penal del enemigo y el Derecho penal securitarista.

4. El Neoexpansionismo Penal: Derecho Penal del Enemigo y Custodia de Seguridad

El Derecho penal del enemigo, la tercera velocidad del Derecho penal y el llamado Derecho penal de la seguridad son, sustancialmente, versiones muy cercanas del expansionismo penal característico de las sociedades postindustriales. En la mirada de SILVA SÁNCHEZ, los grandes modelos penales pueden ser clasificados históricamente en lo que llamó “tres velocidades”: la primera correspondiente al modelo clásico, basado en los ideales liberales que defendía los principios iluministas en lo que toca a la pena privativa de libertad; la segunda refiere a la flexibilización de las garantías materiales y procesales, y la adopción de penas no privativas de libertad o alternativas; y la tercera velocidad, que revela una tendencia al fortalecimiento de la pena privativa de libertad, con la relativización de las garantías, a la cual llamó Derecho Penal del Enemigo²⁸¹.

De dicha forma, como lo hace notar MUÑOZ CONDE, se trata de la versión contemporánea del Derecho penal de autor, desarrollada en su origen cuidadosamente a partir de las labores de grandes penalistas como VON LISZT, BINDING y MEZGER, considerados como sus antecedentes inmediatos²⁸². Sin embargo, la paternidad de dicha teoría se atribuye a JAKOBS, catedrático de la Universidad de Bonn, que la presentó por primera vez en octubre de 1999 en un congreso de Derecho penal en Berlín.

Desde la posición de ZAFFARONI, en la lógica de JAKOBS aquél que es calificado como enemigo no debe gozar del status de persona, como consecuencia de su peligrosidad. Según el autor, JAKOBS distingue entre la categoría de individuo, como un elemento natural,

²⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M. La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 2001, págs. 163-164.

²⁸² MUÑOZ CONDE, F. op. cgit. (As origens ideológicas do direito penal do inimigo), 1983, pág. 97. (traducción propia)

de la de persona, en cuanto construcción social que asocia a los individuos de un grupo derechos y deberes²⁸³. En el mismo sentido, CANCIO MELIÁ-GÓMEZ-JARA y VIEIRA DA COSTA expresan que, consecuentemente, la persona sería aquella que actúa de acuerdo con los deberes que se le atribuyeron y, los individuos que no lo hacen, apartándose del derecho a través del delito, perderían la condición de persona²⁸⁴. Consecuentemente, la tendencia es un Derecho penal extendido al máximo para estas consideradas como “*no personas*” en donde todo es permitido en nombre de la seguridad, de la prevención.

En efecto, JAKOBS argumenta la plausibilidad de su análisis, no sin razón, basado en el hecho de que tanto en las medidas de seguridad cuanto en la custodia de seguridad vigentes ya existen en el sistema jurídico una afectación a “la disposición de tratar al delincuente como persona”²⁸⁵. Así, según el autor, en estos ejemplos lo que se propone es una actitud de combatir a los individuos, y, en estos casos, “se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona”, y, en este sentido, el *ius puniendi* no se dirige a otra cosa que a la eliminación del peligro²⁸⁶.

Es así que, como expresa JAKOBS, se configurarían dos polos en un mismo Derecho penal, de forma que “el Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, en tanto que el Derecho penal del enemigo combate peligros”²⁸⁷. En esta “guerra”, como nombra el mismo autor, el que se desvía de la norma “por principio” no puede ser tratado como ciudadano, toda vez que no ofrece garantía de un futuro comportamiento. Es por esto que considera que los ciudadanos, en nombre de su seguridad, tienen la potestad legítima de excluir a este enemigo²⁸⁸.

Concretamente, MUÑOZ CONDE describe las características del Derecho penal del enemigo como: “mayor severidad de las penas más allá de la idea de proporcionalidad,

²⁸³ ZAFFARONI, E. R., op. cit. (La Legitimación del control de los "extraños"), 2006, pág. 1130.

²⁸⁴ CANCIO MELIÁ, M., y GÓMEZ-JARA, C. Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión. Madrid: Edisofer, 2006, pág. 32-33; VIEIRA DA COSTA, P.L. «La expulsión de los extranjeros "sin papeles"» RJUAM 21 (2010), págs. 157-158.

²⁸⁵ JAKOBS, G. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo, en JAKOBS, G y CANCIO MELIÁ, Direito Penal do Inimigo- Noções e Críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pág. 38.

²⁸⁶ JAKOBS, G., op. cit., (Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo), 2005, pág. 40.

²⁸⁷ JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M. Direito Penal do Inimigo- Noções e Críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pág. 32.

²⁸⁸ JAKOBS, G., op. cit., (Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo), 2005, pág. 56.

incluidas las “penas draconianas”; Abolición o reducción al mínimo de las garantías procesales del imputado, como el derecho al debido proceso, a no pronunciarse en su contra, a la defensa técnica; Penalización de conductas que no impliquen un peligro real para bienes jurídicos específicos, adelantando la intervención del derecho penal, incluso antes de que la conducta alcance el estado de ejecución de un delito”²⁸⁹.

La formulación de JAKOBS se mostró muy útil para justificar las muchas medidas extremas que se multiplicaron por el mundo en el combate al enemigo que cada sistema penal consideró relevante. De esta forma, existen innumerables ejemplos en la actualidad de un Derecho penal de excepción que viola los principios del Estado de Derecho y los derechos humanos establecidos a lo largo del siglo XX, sobre todo después del 11 de septiembre y de la expansión del terror, como son los casos de Estados Unidos, con el *Patriot Act*, Francia, Reino Unido, Italia y España.

En este sentido, sobre esta tendencia en España reflexiona SILVA SÁNCHEZ que la aplicación de la tercera velocidad a través del derecho penal del enemigo, debería poder legitimarse a través de la aplicación del principio de proporcionalidad, y evitando cualquier “contaminación con el Derecho penal de la normalidad”. Así, la razonabilidad de esta corriente llevaría a la conclusión que, en casos extremos como la criminalidad de Estado, terrorismo, o crimen organizado, aunque el Derecho penal del enemigo sea un mal, este sería mal menor²⁹⁰.

Desde el análisis de CANCIO MELIÁ, el linaje del resurgimiento del derecho penal del enemigo en la actualidad está en la evolución del derecho penal simbólico de un lado y, del otro, del crecimiento del punitivismo. El autor llama la atención para el incremento de la producción legislativa en materia penal en las últimas décadas, con la intensificación de las penas y la ampliación de catálogo de delitos, de forma a expresar la imagen laboriosa de los agentes políticos sin mayor preocupación con las consecuencias producidas, o peor, si van a haber consecuencias. Desde este fenómeno, surgen tanto tipos penales de carácter meramente simbólicos, que jamás serán utilizados, como el efectivo endurecimiento del sistema penal, sea

²⁸⁹ MUÑOZ CONDE, F. op. cit. (As origens ideológicas do direito penal do inimigo), 1983, pág. 95. (traducción propia)

²⁹⁰ SILVA SÁNCHEZ, J.M. La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 2001, págs. 165-166.

por el “incremento cualitativo o cuantitativo en el alcance de la criminalización como único criterio político-criminal”²⁹¹.

Así, en la mirada de CANCIO MELIÁ el Derecho penal simbólico ya identifica no solamente el hecho sino a un tipo específico de autor, que no es un igual, sino el otro. Por lo tanto, en este contexto ocurriría que “la existencia de la norma penal (...) persigue la construcción de una determinada imagen de la identidad social mediante la definición de los autores como (otros) o integrados en esa identidad, mediante la exclusión del (otro)”²⁹². Así, comprende que el derecho penal del enemigo tiene un contenido simbólico fundamental, que es la vinculación del autor del hecho a la categoría de los enemigos, produciendo la demonización de estos grupos de personas, lo que hace de él una expresión más del derecho penal de autor²⁹³.

A partir de lo anterior, es posible mencionar la generación de un Derecho penal de contenido mucho más bélico que jurídico, como lo plantea MUÑOZ CONDE, a través de la adecuación de las legislaciones penales para el combate a las nuevas demandas sociales²⁹⁴. En efecto, esa nueva ola de expansión ganó aliento después de la constatación del fracaso del modelo resocializador que se estableció como hegemónico durante las décadas de los 60 y 70 del siglo XX, y se posiciona entre las muchas exigencias mediáticas del siglo XXI, las cuales no responden necesariamente a un incremento en las tasas de criminalidad, sino a una nueva ideología que impacta el Derecho penal: la custodia de la seguridad.

El securitarismo tiene referencias en la tradición ideológica del tratamiento que tuvo sus representantes desde los correccionistas españoles del siglo XIX. En esta época, como ya se mencionó anteriormente, se estableció un modelo de Derecho penal intervencionista que tuvo una vida corta en gran medida debido a la poca eficacia de las técnicas de tratamiento implementadas en su momento, hecho al cual se sumó una sucesión de profundos cambios sociales que afectaron el Derecho penal. Nada más cercano al panorama en el cual la custodia de seguridad va a afianzarse entre las últimas décadas del siglo XX y el comienzo del siglo XXI.

²⁹¹ CANCIO MELIÁ, ¿Derecho penal del enemigo? en JAKOBS, G y CANCIO MELIÁ, op. cit., (Direito Penal do Inimigo- Noções e Críticas), 2005, pág. 70.

²⁹² *Ibidem*, pág. 78.

²⁹³ *Ibidem*, págs. 93-94.

²⁹⁴ MUÑOZ CONDE, F. op. cit. (As origens ideológicas do direito penal do inimigo), (1983), pág. 96-97. (traducción propia)

De hecho, además del ya mencionado fracaso del modelo rehabilitador, DÍEZ RIPOLLÉS, identifica la existencia de algunos cambios en la política criminal como reflejo de las transformaciones en el sistema de creencias y formas de vida de la sociedad contemporánea, como las “ideas motoras del nuevo modelo de intervención penal”²⁹⁵. Así, para el autor, las ideas sobre las cuales reflexiona son: “La persistencia del protagonismo de la delincuencia clásica, a pesar de la diversidad de nuevas formas de delincuencia; La prevalencia del sentimiento colectivo en la sociedad, motivado no por el aumento de las tasas de criminalidad, sino por la sistemática publicitación del crimen como factor de atracción utilizado por los medios; El creciente protagonismo de los intereses de la víctima, ya no oculto bajo la primacía del interés público; El crecimiento del populismo y de la politización del Derecho penal; La revalorización del componente aflictivo de la pena, como consecuencia de la combinación entre la ascendencia del rol de la víctima y el populismo, que lleva a la sensación de que existe un enfrentamiento entre la sociedad y el delincuente; El redescubrimiento de la prisión, superando la tendencia a las penas sustitutivas o alternativas a la pena privativa de libertad, propias de la segunda velocidad del Derecho penal; La progresiva pérdida de la tradicional desconfianza del Derecho penal al poder punitivo del Estado, propio del nacimiento del Derecho penal clásico, fundado exactamente en su oposición y limitación; La implicación de la sociedad en la lucha contra la delincuencia, que antes significaba el reconocimiento de la necesidad de prevención primaria, y pasa a equivaler a una constante colaboración entre policía y comunidad para la prevención del delito; Las transformaciones del pensamiento criminológico, que fueron cambiando paulatinamente desde las teorías del etiquetamiento y de la criminología crítica de los años 70, a las teorías del control social de los 90 y las teorías más recientes como la teoría de la prevención situacional, la teoría de la elección racional y la criminología feminista”²⁹⁶.

Como consecuencia, DÍEZ RIPOLLÉS entiende que se configura inicialmente en esta sociedad postindustrial una sociedad de riesgo que reclamó un profundo cambio en la intervención del Estado para controlar los nuevos y viejos riesgos a través de la política criminal. De esta forma, esta política criminal se desarrolla a partir de la ampliación de la tutela penal, mediante la primacía de la actuación del Estado a través del Derecho penal, al alcance de nuevas conductas antes no tipificadas (delitos contra el consumo, informáticos, genéticos,

²⁹⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. «El Nuevo Modelo Penal de la Seguridad Ciudadana.» Revista Electrónica de ciencia Penal y Criminología, 2004, pág. 6.

²⁹⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., op. cit. (El Nuevo Modelo Penal de la Seguridad Ciudadana), 2004, págs. 6-21.

etc.), a sujetos antes no perseguidos, como pasó con la criminalidad organizada y con las personas jurídicas, y el ajuste del derecho procesal penal para mayor efectividad frente a la nueva criminalidad²⁹⁷.

En este primer momento, se observa una expansión *horizontal* de la tutela penal, con un incremento de la tipificación, el surgimiento de nuevos bienes jurídicos colectivos, la abundancia de tipos de mera conducta y de peligro abstracto, anticipando el momento de la intervención penal a conductas que antes fueron simples ilícitos administrativos, y el inicio de la relativización de las garantías procesales y penales en nombre de la seguridad. Sin embargo, posteriormente se desarrolló la expansión *vertical* del Derecho penal, de naturaleza netamente securitista y que reclama por una actuación no solamente más amplia, sino más profunda y más intensa del Derecho penal. Esta nueva fase, que DÍEZ RIPOLLÉS considera no se trata de una expansión extensiva sino intensiva de la tutela penal, parte del reconocimiento de que la estructura penal tradicional no es suficiente para manejar la delincuencia reiterada y de que la intimidación y la resocialización tampoco funcionan en este particular²⁹⁸. En consecuencia, se acude al incremento la punición a la criminalidad clásica, y a la inocuización, tratando con medidas de excepción la delincuencia violenta.

En el mismo sentido de los análisis anteriores, GONZÁLEZ TAPIA afirma que, en lo que atañe a la peligrosidad, considera que existe un movimiento de convergencia entre el derecho penal de la culpabilidad y el que tiene por base la peligrosidad, con una intensificación cuantitativa y cualitativa de la utilización del *ius puniendi*. La autora identifica una manifestación contemporánea del Derecho penal de autor, que viene progresivamente borrando las barreras y distinciones entre los dos modelos antes referidos, a través de una reconstrucción del derecho penal de la peligrosidad que funcionaría como complemento del derecho penal clásico²⁹⁹. De esta forma, existiría una consecuente tendencia unificadora de las penas y medidas de seguridad, hecho que ha extendido de forma relevante la intervención del poder punitivo del Estado sobre las personas imputables. Estas reformas fueron guiadas, en la crítica planteada por GONZÁLEZ TAPIA, por decisiones con poca o muy débil base técnica, y, al

²⁹⁷ *Ibidem*.

²⁹⁸ *Ibidem*.

²⁹⁹ GONZÁLEZ TAPIA, M. I. "*Derecho Penal de la peligrosidad y neuropredicción: Hacia un 'Derecho Penal individualizado*". En: Estudios jurídicos penales y Criminológicos. Homenaje al profesor Morillas Cueva. Dirs. Suarez-Barquin-Benitez-Jimenez-Sainz-Cantero. Madrid, 2018, págs. 328-329.

mismo tiempo, reactivas a situaciones de conmoción y alarma social³⁰⁰. Sin embargo, hasta el momento este modelo tuvo éxito en las reformas penales españolas y en una relevante parte de Europa, como se analizará enseguida.

5. Evolución de la peligrosidad penal en la legislación de española.

5.1. Siglos XVIII y XIX: antecedentes de la peligrosidad penal

En España, la Pragmática del Rey Carlos III de 1771 ya contemplaba la necesidad de extender la pena para los delincuentes considerados peligrosos, a fin de lograr la defensa social, un claro precedente de la peligrosidad y su consecuente medida de seguridad posdelictual, que serían conocidas con estos nombres más de un siglo después. En la misma época, por medio de la Real Ordenanza de noviembre de 1777, del mismo monarca, se vislumbra un antecedente de las medidas de seguridad pre delictuales, dado que impuso el recogimiento provisional de los vagos que pidieran limosna y otros considerados como impedidos, que deberían ser internados forzosamente en hospitales.

En esta época, el loco fue concebido como “irresponsable”, al que la única reacción sería “encerrarle para que no haga otro daño”, por lo que la institucionalización de los enfermos sería una medida de protección social adecuada, como plantean LARDIZABAL-URIBE³⁰¹. Posteriormente, MATEO AYALA recuerda que el Código Penal de 1822 previó como causa de inimputabilidad la presencia de trastorno mental, equiparando la aplicación de la eximente en el artículo 26 a quien “comete la acción hallándose dormido o en estado de demencia o delirio, o privado del uso de razón de cualquier otra manera independiente de su voluntad”³⁰². De esta forma, se adopta la teoría psiquiátrico-fisiológica o biológica pura, al equiparar el sonámbulo al loco para fines penales.

Con base en MATEO AYALA, se puede verificar que en el Código Penal de 1848 tampoco se definió qué se entendería por inimputabilidad, sino que, enunció quienes podían ser considerados inimputables. Sin embargo, en esta nueva versión, se abandona la previsión del sonámbulo, y de la técnica descriptiva en la redacción del artículo 8, pasando a utilizar

³⁰⁰ GONZÁLEZ TAPIA, M. I., op. cit. (*Derecho Penal de la peligrosidad y neuropredicción: Hacia un 'Derecho Penal individualizado'*), 2018, pág. 347-348.

³⁰¹ LARDIZABAL y URIBE, M. Discurso sobre las penas. Granada: Comares, 1997, pág.60.

³⁰² MATEO AYALA, E. J., op. cit. (Los antecedentes de la eximente de anomalía o alteración psíquica), 2005, pág. 87.

únicamente la expresión “loco o demente” para quien estarían destinados dos tipos de sanción: la reclusión en hospital psiquiátrico, si el delito fuera grave; o la opción de entregar la custodia bajo fianza a la familia³⁰³. Llama la atención la penalización de la vagancia y mendicidad, presentes en los artículos 251 a 259, para los cuales estaban previstas penas de “arresto mayor y de sujeción a la vigilancia de la Autoridad por el tiempo de un año”.

A su vez, el Código Penal de 1870 tuvo la responsabilidad de compatibilizar la ley penal con la Constitución de 1869, aunque no existieron cambios significativos en lo que toca a los temas de la peligrosidad penal, la inimputabilidad de los enfermos mentales y su consecuencia jurídica³⁰⁴. Sobresalen la inclusión de la expresión “locos o imbeciles”, toda vez que estos últimos habían sido excluidos del Código de 1850 y la previsión de no aplicación de las medidas previstas (internación psiquiátrica o custodia familiar) cuando se tratara de una falta y no un delito.

Constata el mismo autor que siguieron existiendo los delitos de mendicidad y vagancia, aunque, del mismo modo que en el Código anterior, no existe mención “ni a la peligrosidad, ni a las circunstancias personales del sujeto a la hora de valorar la clase de medida a aplicar, haciéndose solo referencia a la gravedad del hecho”³⁰⁵. Por otro lado, el artículo 483 refiere a una pena pecuniaria para la persona que tuviera la guarda civil del demente e incurriera en *culpa in vigilando*, a fin de salvaguardar la seguridad de los ciudadanos y del propio alienado mental, sobre todo si se tratara de un peligroso criminal³⁰⁶.

Llama la atención el hecho de que la peligrosidad social aparece tanto en el Código de 1870 (artículo 23) como en el de 1928 (artículo 67) como circunstancia agravante, dado que se destaca la vagancia como agravante, describiendo de formas distintas lo que significaba este hecho en cada circunstancia. En efecto, ROMEO CASABONA manifiesta que mientras que en 1870 la expresión “ser vago el culpable” significaba no tener bienes o rentas, ni ejercer profesión, arte u oficio, en 1928 se destacan las ampliadas “condiciones del infractor” que se consideran como circunstancias agravantes entre las cuales se encuentran: “Artículo 67: 1^a. La

³⁰³ MATEO AYALA, E. J., op. cit. (Los antecedentes de la eximente de anomalía o alteración psíquica), 2005, pág. 95.

³⁰⁴ “Artículo 8°. No delinquen y por consiguiente están exentos de responsabilidad criminal: 1°. El imbecil y el loco a no ser que haya obrado en un intervalo de razón”.

³⁰⁵ MATEO AYALA, E. J., op. cit., (Los antecedentes de la eximente de anomalía o alteración psíquica), 2005, pág. 123.

³⁰⁶ *Ibíden*.

vida depravada anterior del delincuente, en la familia o en la sociedad; ser conocido como provocador o pendenciero o llevar habitualmente armas sin licencia. 5ª. La ociosidad y la vagancia, que existen cuando el infractor no ejerce habitualmente profesión, arte u oficio, no tiene empleo, destino, industria, ocupación lícita o algún otro medio legítimo y conocido de trabajo o subsistencia”³⁰⁷.

5.2. Dictadura de Miguel Primo Rivera: Código Penal de 1928

Posteriormente, el Código Penal de 1928 modificó el Código del 1870, y fue considerado mucho más riguroso que el anterior, con el influjo de la dictadura de Miguel Primo Rivera (1923 a 1930) y convenientemente sometido a la ascendencia del pensamiento de la escuela de defensa social. En su texto, se estableció por primera vez la dualidad de sanciones penales, con la previsión de penas para los que cometiesen delitos y medidas de seguridad para los sujetos peligrosos, según los artículos de 90 a 107, para los “irresponsables”³⁰⁸, y en el artículo 55 trataba de las causas de inimputabilidad con la previsión del “estado de perturbación o debilidad mental”. En efecto, aunque existieron precedentes de la aplicación de estas medidas tanto pos como pre delictuales, esta fue la primera vez que fueron mencionadas con esta denominación, conforme testimonia MATEO AYALA³⁰⁹.

De tal forma, el Código prevé por primera vez una formulación de inimputabilidad claramente mixta, combinando el criterio biológico (estado de perturbación o debilidad mental, de origen patológico) con el psicológico (privación necesaria y completa de la conciencia, de la aptitud de comprender la injusticia de sus actos, o de la voluntad para obrar de acuerdo con ella).

Concretamente, existió la previsión de una variedad de medidas de seguridad, con énfasis en las privativas o restrictivas de la libertad, al tiempo en que el artículo 97 dispuso la posibilidad de nueva internación según manifieste el sujeto “actos que evidencien el peligro

³⁰⁷ ROMEO CASABONA, C.M. Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo. Barcelona: Bosch, 1986, pág. 100.

³⁰⁸ Artículo 55. Es irresponsable el que, en el momento de ejecutar la acción u omisión punible, se hallare en Estado de perturbación o debilidad mental, de origen patológico, que prive necesariamente y por completo a su conciencia de la aptitud de comprender la injusticia de sus actos, o a su voluntad para obrar de acuerdo con ella, siempre que no se hubiere colocado en ese Estado voluntariamente.

³⁰⁹ MATEO AYALA, E. J., op. cit., (Los antecedentes de la eximente de anomalía o alteración psíquica), 2005, pág. 148; ROMEO CASABONA, C.M. op. cit. (Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo) 1986, pág. 103.

social”, sin definir qué se entendería por tal peligro. Las medidas previstas fueron: “a) *Privativas de libertad*: 1º El internamiento en manicomio judicial (artículos 90-3ª y 95-8); 2º La retención en establecimiento especial de los delincuentes habituales o incorregibles (arts. 90-7.ª, 103 y 157); 3º El internamiento en asilos o en establecimientos especiales o de trabajo de los alcohólicos, toxicómanos y de los vagos simultáneamente con la pena o después de cumplirla (90-8.ª, 104-5 y 133); b) *Restrictivas de libertad*: 1º La expulsión de extranjeros (arts. 90-4.ª, 99 y 130); 2º La prohibición de que el reo, al extinguir la condena, vuelva a residir en el lugar en que cometió el delito o en que residía la víctima o su familia (arts. 90-12.ª y 106) y 3º El sometimiento del delincuente a vigilancia de la autoridad (arts. 90-13.ª y 107); c) *Privativas de derechos*: 1º la privación o incapacitación para ejercicio de alguno o algunos de los derechos civiles (arts. 90-5.ª y 100); y 2º La suspensión de cargo, empleo, profesión, arte u oficio (arts. 90-6.ª, 101 y 132); d) *Patrimoniales*: 1º la caución de conducta (arts. 90-1.ª, 91-1.º y 129); 2º La publicación de la sentencia a costa del reo (arts. 90-2.ª y 91-2.º y 94); 3º El comiso de los instrumentos o efectos del delito o falta (arts. 90-9.º, 91-3.º y 134); y 4º El cierre temporal o definitivo de los establecimientos que sirvieran de medio para la ejecución de los delitos (arts. 90-11.ª y 102)”.

La influencia de los trabajos de DORADO MONTERO y JIMÉNEZ DE ASÚA en España, habiendo este último introducido el concepto de “estado peligroso”, como un estado subjetivo exteriorizado por la conducta del sujeto, que puede o no ser un delito. En el caso de la peligrosidad pre delictual, la conducta antisocial manifiesta el estado peligroso que justifica la intervención penal, en cuanto la peligrosidad posdelictual se fundamenta en el crimen previo.

5.3. La Segunda República Española: Código Penal de 1932 y Ley de Vagos y Maleantes de 1933

Enseguida, con el fin de la dictadura de Primo de Rivera, se instaló el periodo conocido como la segunda república española (1931-1939), que culminó con la Guerra Civil (1936-1939). En este contexto fue inmediatamente revocado el Código Penal de 1928, volviendo a estar en vigor el antiguo Código de 1870. Posteriormente, en 1932 fue implementado un nuevo Código Penal redactado con la colaboración de relevantes penalistas como JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTÓN ONECA. Concretamente, en la exposición de motivos se afirma la necesidad

de reformar el Código Penal de 1870 para ajustarlo a la nueva constitución republicana, flexibilizando muchas formulaciones para dar un mayor ámbito de actuación a los tribunales.

Concretamente, sobre la inimputabilidad de los enfermos mentales, la exposición de motivos justifica que “la fórmula de irresponsabilidad contenida en el número 1º. del artículo 8º. era incompatible con las concepciones de la psiquiatría moderna; la que ahora se adopta ha sido propuesta por el Doctor Sanchis Banús, y abarca, no sólo la enajenación, sino los trastornos mentales transitorios”. Así, el Código prevé en el artículo 8 la irresponsabilidad criminal para “el enajenado y el que se halle en situación de trastorno mental transitorio” disponiendo al final que toda vez que el hecho sea un delito deberá ocurrir el internamiento en hospital psiquiátrico.

Como resultado, se constata la exclusión de la alusión a los intervalos de lucidez, la inclusión de la figura del trastorno mental transitorio, y la sustitución de los términos “loco o imbécil”, propios de la terminología psiquiátrica del siglo XIX por el “enajenado”, término más de acuerdo con la psiquiatría del siglo XX. No obstante, la mayor parte de la doctrina, como afirma MATEO AYALA entiende que, al revés, el concepto de enajenación es extraño a la psiquiatría del siglo XX, una alusión a la pérdida del contacto con el “yo”, tornándose el hombre ajeno a sí mismo³¹⁰, lo que llevaría a una evaluación psicológica del estado en que se encuentra el sujeto, distanciándose de la intención de referirse al criterio psiquiátrico o biológico puro como se observa en la exposición de motivos³¹¹.

Sobre la medida de seguridad prevista, se destaca el internamiento como única posibilidad, sin referencia a cualquier criterio que revele límite temporal a esta sanción, al revés de lo que preveían los Códigos anteriores, puesto que existía un criterio de proporcionalidad entre el hecho (falta, delito o delito grave) y la respuesta penal. Asimismo, MATEO AYALA evidencia que se adoptó la criticable asunción de la peligrosidad presumida del “enajenado”, puesto que al que cometa un delito debe ser aplicada la medida de seguridad de internamiento, sin cualquier mención a la efectiva constatación de la peligrosidad³¹². De esta forma, analiza CÓRDOBA RODA que, aunque la palabra peligrosidad no aparece en la redacción del Código, “si la prescripción del internamiento consignada por el segundo párrafo del número 1 del

³¹⁰ MATEO AYALA, E.J., op. cit., (Los antecedentes de la eximente de anomalía o alteración psíquica), 2005, pág. 189.

³¹¹ *Ibidem*.

³¹² MATEO AYALA, E.J., op. cit., (Los antecedentes de la eximente de anomalía o alteración psíquica), 2005, pág. 193.

artículo 8º. debe responder a alguna finalidad, esta no puede ser otra que la prevención de la peligrosidad del enajenado”³¹³.

Poco tiempo después, en agosto de 1933, el crecimiento de la inestabilidad social y de la criminalidad llevaron a la Ley de Vagos y Maleantes, en la cual se dispusieron la existencia de peligrosidad y medidas de seguridad pre y pos delictuales. El objetivo de esta ley sería la corrección de los niveles de peligrosidad para la prevención del crimen, la inocuización del desviado y la defensa social, según apunta MARTÍN MARTÍN³¹⁴. De dicha forma, esta ley previó la existencia de una peligrosidad criminal al lado de la peligrosidad social, que estaría dirigida a un grupo concreto de personas en su artículo 2º³¹⁵.

Estos sujetos en estado peligrosos estarían destinados a tratamiento en “establecimiento de trabajo”, en su mayoría, para la medida de seguridad correspondiente, en cuanto a los adictos serían enviados a las “casas de templanza”. Posteriormente, la ley fue reformada para admitir una diversidad de posibilidades que incluyó la posibilidad de analogía (1935), a través de un reglamento que potencializó y amplió el alcance original de la ley. La enumeración de otros estados peligrosos incluyó seis nuevas categorías en su artículo primero: “a. Los que, careciendo de medios ilícitos de vida, o aun poseyéndolos, demuestren, con signos notorios una apariencia económica desproporcionadamente superior a sus ingresos conocidos y no puedan demostrar la procedencia y legitimidad de tales recursos. b. Los ebrios y toxicómanos habituales que por su conducta antisocial y antifamiliar y disociadora, practicada persistentemente, causen daño, no sólo a ellos mismos, sino a otros al inducirles al vicio o a la holgazanería con su conducta escandalosa o contribuyan a lanzarles en dichos defectos cuando anteriormente no les fuesen imputables. c. Los que, de modo dañoso y reiterado, con el pretexto del ejercicio de una industria, en establecimientos públicos o en lugares de educación y de instrucción, suministren vinos, bebidas alcohólicas o espirituosas a menores de catorce años, en cantidad suficiente a producirles trastornos o a crear en ellos el vicio de la bebida por

³¹³ CORDOBA RODA, J. op. cit. (Comentarios al Código Penal Tomo I), 1972, pág. 224.

³¹⁴ MARTÍN MARTÍN, S. Criminalidad Política y Peligrosidad Social en España Contemporánea (1870-1970) - Tomo I. Milano: Giuffrè Editore, 2008, pág. 927.

³¹⁵ Artículo 2º. Categorías del Estado peligroso: Podrán ser declarados en Estado peligroso y sometidos de la presente Ley: Primero. Los vagos habituales. Segundo. Los rufianes y proxenetas. Tercero. Los que no justifiquen, cuando legítimamente fueren requeridos para ello por las autoridades y sus agentes, la posesión o procedencia del dinero o efectos que se hallaren en su poder o que hubieren entregado a otros para su inversión o custodia. Cuarto. Los mendigos profesionales y los que vivan de la mendicidad ajena o exploten a menores de edad, a enfermos mentales o a lisiados. Quinto. Los que exploten juegos prohibidos o cooperen con los explotadores a sabiendas de esta actividad ilícita, en cualquier forma. Sexto. Los ebrios y toxicómanos habituales

periodicidad con que se les proporcionen. d. Los que trafiquen con objetos o sustancias de ilícito comercio, adquiriendo unas u otras de modo anormal. e. Los que faciliten habitualmente la entrada en el país o la salida de él a quienes no se hallen autorizados para ello, protegiendo la emigración o inmigración clandestina, o la introducción o exportación de cosas prohibidas con fines ilícitos o atentatorios a la seguridad del Estado. f. Y, en general, todas aquellas personas que, por su forma de vida habitual, dedicada a actividades inmorales, demuestren un estilo de peligrosidad por analogía con lo dispuesto en esta Ley.”

Para TERRADILLOS BASOCO, dicha Ley representó un intento de lucha preventiva contra el delito, a través de medidas de seguridad impuestas en razón a la peligrosidad tanto pre como postdelictual del delito. Esta última se manifiesta como rectora con carácter general como muestra de la novedosa idea de un estado peligroso sin delito, una de las cuestiones más criticables con posterioridad en relación a las medidas de seguridad predelictuales³¹⁶. En efecto, para el autor, las muchas disposiciones legales que van a reproducirse en esta mismos época en diversos países en las cuales ejerce el protagonismo las medidas de seguridad predelictuales, son identificadas como un resurgimiento de las propuestas de los autores de la Escuela de Defensa Social de inicio del siglo XX en su proposito de luchar preventivamente contra el delito³¹⁷.

En la dictadura Franquista (1939-1975) ocurrieron muchas modificaciones a la Ley de Vagos y Maleantes, de las cuales las principales fueron la inclusión de los especuladores (1948) y de los homosexuales (1954) como tipos de estado peligroso, además de añadir a cualesquiera personas que pongan en peligro la “paz social y la tranquilidad pública”, esta ultima una previsión muy útil para que se detengan opositores al régimen.

5.4.Periodo franquista: Código Penal de 1944 y Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970

Con el fin de la guerra civil en España, el régimen franquista (1939-1975) mantuvo en vigor el Código de 1932, hasta que en 1944 advino el nuevo Código con las reformas

³¹⁶ TERRADILLO BASOCO, J. Peligrosidad social y Estado de Derecho, Akal editor, Madrid, 1981, págs. 53-59.

³¹⁷ TERRADILLOS BASOCO, op. cit., (Peligrosidad social y Estado de Derecho), 1981, pág. 197.

pertinentes a los cambios que trajo el nuevo orden dictatorial. Sin embargo, ni el texto original del Código de 1944, considerado por muchos como mera reforma de su antecesor, ni su Texto Refundido, publicado en 1973 supusieron cambios en lo que toca a la formulación de la inimputabilidad de las personas con trastorno mental, persistiendo la expresión “el enajenado y el que se halla en situación de trastorno mental transitorio”. En lo que toca a su consecuencia penal, el internamiento en hospital psiquiátrico cuando se cometa delito, persiste cuando el hecho sea sancionado como delito, en uno de los establecimientos destinados a los enfermos de tal clase; aunque se acogía una previsión de alternativa en atención a los informes de los facultativos que asistan al enajenado y del resultado de las demás actuaciones que ordene el Tribunal correspondiente, con la posibilidad de sustitución de la medida.

A pesar de todas las críticas, esta fórmula legal permaneció vigente hasta el Código Penal de 1995, estando a cargo de la legislación especial del periodo el cambio en relación con la peligrosidad. Concretamente, en 1970 fue derogada la Ley de Vagos y Maleantes (1933) por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (Ley 16/1970). En su preámbulo explicita el acogimiento del sistema dualista de sanciones penales, declara su fundamentación en la doctrina de la Defensa social y argumenta que su objetivo es establecer “(...) un sistema de normas nuevas encaminadas a la aplicación de medidas de seguridad a los sujetos socialmente peligrosos e inspiradas en las orientaciones de la rama científica que desde hace años se conoce con el nombre de “Defensa social”. La pena y la medida de seguridad vienen así a coexistir en las legislaciones modernas con ámbito diferente y fines diversos, aunque en último término coincidentes en la salvaguarda de la sociedad, a la que de este modo se dota de un dualismo de medios defensivos con esferas de acción distintas.”

Sobre esta base, a pesar de no haber definido lo que entendía por peligrosidad social, la nueva ley estableció nuevas categorías de estados de peligrosidad, como, por ejemplo, exhibir pornografía o pertenecer a bandas o pandillas, al tiempo en que incluyó a los enfermos mentales que sean considerados un riesgo para la comunidad. En efecto, la ley conservó la previsión de la peligrosidad pre delictual, como el hecho de pertenecer a bandas, además de la pos delictual e innovó al prever su aplicación a los reincidentes, considerados presumiblemente como

criminales habituales y enuncia una extensa lista de quienes serían considerados en el estado peligroso³¹⁸.

Destáquese la subsistencia de los homosexuales como sujetos en estado peligroso, siendo susceptibles de medidas de seguridad como la prohibición de residir en ciertos lugares, de acercarse a determinados lugares públicos o directamente de internación para reeducación, en todos los casos alejándoles del convivio social. De forma general, fueron presentadas más modalidades de medidas de seguridad privativas de libertad, como el arresto de fin de semana, el internamiento en establecimientos de trabajo, de custodia y tratamiento, de reeducación, o de curación en casas de templanza para el “aislamiento curativo”, prohibición de residir en lugar o territorio o expulsión del territorio nacional para extranjeros. Además, nótese la previsión de altas penas económicas en favor del Estado, penas restrictivas de derechos y la curiosa reprensión judicial, de carácter netamente moral.

Llama la atención la definición de los “síntomas peligrosos” en el apartado 10, como el trato asiduo con delincuentes y maleantes, la frecuencia de los lugares donde los delincuentes se reúnen o en las casas de juegos prohibidos, además de la reiterada comisión de contravenciones penales. En particular, la previsión de peligrosidad pre delictual en esta época resultó muy criticada en la doctrina en virtud de la arbitrariedad de los pronósticos realizados, fundamentado en criterios netamente morales que en la práctica significó la existencia de

³¹⁸ “Serán declarados en estado peligroso, y se les aplicarán las correspondientes medidas de seguridad y rehabilitación, quienes: A) Resulten probadamente incluidos en alguno de los supuestos de este artículo, y B) Se aprecie en ellos una peligrosidad social. Son supuestos del estado peligroso los siguientes: Primero. Los vagos habituales. Segundo. Los rufianes y proxenetes. Tercero. Los que realicen actos de homosexualidad. Cuarto. Los que habitualmente ejerzan la prostitución. Quinto. Los que promuevan o fomenten el tráfico, comercio o exhibición de cualquier material pornográfico o hagan su apología. Sexto. Los mendigos habituales y los que vivieren de la mendicidad ajena o explotaren con tal fin a menores, enfermos, lisiados o ancianos. Séptimo. Los ebrios habituales y los toxicómanos. Octavo. Los que promuevan o realicen el ilícito tráfico o fomenten el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o fármacos que produzcan análogos efectos; y los dueños o encargados de locales o establecimientos en los que, con su conocimiento, se permita o favorezca dicho tráfico o consumo, así como los que ilegítimamente posean las sustancias indicadas. Noveno. Los que, con notorio menosprecio de las normas de convivencia social y buenas costumbres o del respeto debido a personas o lugares, se comportaren de modo insolente, brutal o cínico, con perjuicio para la comunidad o daño de los animales, las plantas o las cosas. Décimo. Los que integrándose en bandas o pandillas manifestaren, por el objeto y actividades de aquéllas, evidente predisposición delictiva. Undécimo. Los que sin justificación lleven consigo armas u objetos que, por su naturaleza y características, denoten indudablemente su presumible utilización como instrumento de agresión. Duodécimo. Los que de modo habitual o lucrativo faciliten la entrada en el país o la salida de él a quienes no se hallen autorizados para ello. Decimotercero. Los autores de inexcusables contravenciones de circulación por conducción peligrosa. Decimocuarto. Los menores de veintiún años abandonados por la familia o rebeldes a ella, que se hallaren moralmente pervertidos. Decimoquinto. Los que, por su trato asiduo con delincuentes o maleantes y por la asistencia a las reuniones que celebren, o por la reiterada comisión de faltas penales, atendidos el número y la entidad de éstas; revelen inclinación delictiva.”

previsiones legales abiertas, a ser aplicadas por criterios subjetivos, generando inseguridad jurídica, como pondera ESBEC RODRÍGUEZ³¹⁹.

El énfasis en la legislación especial en este periodo es justificado por el hecho de que el Código Penal en vigor, de 1944, sorprendentemente no reprodujo la previsión de la peligrosidad social o del Estado peligroso, aún en las circunstancias agravantes, como lo hacía el anterior Código del 1928.

5.5. La vuelta a la democracia: Código Penal de 1995

El Código Penal de la democracia, que entró en vigor en el 1995, cambió sustancialmente la fórmula legal de la enajenación que persistía desde 1932, para acoger la expresión “cualquier anomalía o alteración psíquica” que imposibilite la comprensión de la ilicitud del hecho o su autodeterminación de acuerdo con esta comprensión. Asimismo, se mantienen en el artículo 20.1. la figura del trastorno mental transitorio y se añade en el 20.2. la intoxicación plena siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión³²⁰, como eximentes de la responsabilidad criminal.

La nueva redacción de la eximente representó un gran avance, ampliando con la nueva terminología el espectro de las afectaciones que pudieron ser causantes de la inimputabilidad, dado que el término enajenación fue comúnmente interpretado equivocadamente por los tribunales como una afectación completa de la conciencia, o como sinónimo de enfermedad mental. De hecho, la jurisprudencia tuvo que determinar cuáles trastornos mentales estarían abarcados por la eximente, normalmente aceptando las psicosis y las oligofrenias graves, más

³¹⁹ ESBEC RODRÍGUEZ, Valoración de la peligrosidad criminal en psicología forense. Aproximación conceptual e histórica, 2003, pág. 49.

³²⁰ Artículo 20. Están exentos de responsabilidad criminal: 1.º El que, al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión. 2.º El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

tratando con desconfianza o exclusión las neurosis y los trastornos de personalidad, por carecer del efecto enajenador en el sujeto.

Sin embargo, MARTÍN MARTÍN evidencia que, mientras que algunos autores consideran que en la nueva formulación se encontraría toda psicopatología que cause la anomalía o alteración³²¹, para una gran parte de la doctrina la expresión carece aún de precisión científica. Indudablemente, se trata de una formulación más abierta que la anterior, aunque algunos autores como MARTÍNEZ GARAY, MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN y MATEO AYALA, entienden que la expresión tiene contenido restrictivo y hasta discriminatorio, por excluir las alteraciones que afectan otras áreas como la memoria, el pensamiento, etc.³²²

A pesar de las críticas, no se puede obviar la relevancia del pasaje del modelo biológico puro para el mixto, combinando una causa biológica “cualquier anomalía o alteración psíquica”, a un efecto psicológico “no pueda comprender la ilicitud del hecho o actual conforme a esa comprensión”, motivo que exigió un cambio jurisprudencial. Adicionalmente, están presentes el requisito temporal, que exige la afectación en el momento del crimen, y la relación de causalidad entre la afectación psicológica y la anomalía o alteración psíquica.

Por otro lado, en lo que toca a las sanciones penales previstas, el Código adoptó el sistema conocido como “tendencialmente monista” o “dualista mitigado” puesto que previó la existencia de penas y medidas de seguridad, pero su aplicación sería alternativa, destinando las penas únicamente a los sujetos imputables y las medidas de seguridad exclusivamente a los considerados inimputables. MARAVER GÓMEZ constata que la excepción sería el caso de los que tienen la imputabilidad disminuida (semiimputables), para los cuales valdría el modelo de sustitución o vicarial, en el cual se cumpliría primero la medida y después la pena, vedada la

³²¹ MAZA MARTÍN, J.M. «La anomalía y alteración psíquica en la interpretación jurisprudencial.» En Estudios Jurídicos: Ministerio Fiscal III-1999. El fiscal y la jurisdicción civil. Penología. Psiquiatría Forense. V.III. Madrid: Centro de Estudios de la Administración de Justicia, 1999, pág. 547.

³²² MARTÍNEZ GARAY, L. La imputabilidad penal. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos. Valencia: Tirant lo Blanc, 2005, pág. 96; MUÑOZ CONDE, F, y GARCÍA ARÁN, M. Derecho Penal. Parte General. 6a. Valencia: Tirant lo Blanc, 2019, pág. 352.; MATEO AYALA, E. J., La imputabilidad del enfermo psíquico: un estudio de la exigencia de anomalía o alteración psíquica en el Código Penal Español. Madrid: Edersa, 2003, pág. 87.

acumulación, toda vez que el tiempo de la medida sería Estado del total de la pena prevista (artículo 99³²³)³²⁴.

El fundamento para la aplicación de estas medidas es explícitamente declarado en el artículo 6.1., al tiempo en que define la peligrosidad como la probabilidad de la comisión de un nuevo delito. En el mismo artículo se dispone un límite temporal al cumplimiento de las medidas de seguridad, revelando la proporcionalidad que debe guardar el cumplimiento de estas con el hecho delictivo, ya que no podrá superar la pena prevista abstractamente al tipo penal que corresponda al hecho. Vale mencionar que esta formulación ameritó muchas críticas por su ambigüedad al vincular la peligrosidad al mismo tiempo a un pronóstico de reincidencia – probable delito en el futuro – y al hecho pasado – delito ya cometido.

Por lo tanto, estuvo prevista en la redacción original del Código exclusivamente la peligrosidad posdelictual de los inimputables por anomalía o alteración psíquica. Sin embargo, en el ámbito de la ejecución penal la peligrosidad también está presente, aunque con diferente concepción, como pronóstico de reinserción social. Esta peligrosidad penitenciaria es una especie de peligrosidad postdelictual que se aplica a los imputables para evaluar la concesión o no de beneficios en la ejecución de la pena. La redacción original del Código es “Artículo 80.1. Los jueces o tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años, mediante resolución motivada. En dicha resolución se atenderá fundamentalmente a la *peligrosidad criminal* del sujeto”. En este particular se observa que la exigencia es más amplia que la peligrosidad criminal, puesto que no se evalúa solamente la ausencia del pronóstico de nuevo delito, sino la presencia de nuevos procedimientos – hecho que no se caracteriza como reincidencia, según el mismo Código.

En lo que toca a los sujetos imputables, no hubo previsión de aplicación de medidas de seguridad. No obstante, ANDRÉS DOMÍNGUEZ y ARMAZA ARMAZA llaman la atención para la forma como está dispuesta la agravante de reincidencia que, aunque pacíficamente se entiende que está fundamentada en la mayor culpabilidad manifestada en la comisión de un

³²³ Artículo 99. En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el Juez o Tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vez alzada la medida de seguridad, el Juez o Tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquella, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 105.

³²⁴ MARAVER GÓMEZ, M. «Consideraciones político-criminales sobre el tratamiento penal de los delincuentes inimputables peligrosos.» RJUAM 31, 2015, pág. 290.

nuevo delito, en la práctica fue utilizada para contrarrestar al delincuente imputable peligroso, actuando en los momentos de determinación y ejecución de la pena³²⁵.

De forma resumida, la reincidencia se configura una vez que exista una sentencia en firme por un delito que pertenezca al mismo título del Código Penal y a la misma naturaleza, siendo ambos requisitos formales y materiales, cumulativos y no alternos. De esta forma se puede observar que no se exige que la sentencia sea ejecutada, sino que sea definitiva, del mismo modo que no podrá ser tomada en cuenta la sentencia en firme para efectos de reincidencia si ya ocurrió la cancelación de los antecedentes criminales. A su vez, para que se concrete la agravante por multireincidencia, se exigen los mismos requisitos, añadiendo solamente la práctica por, al menos tres veces.

De otra parte, la reincidencia también está prevista en el Código como criterio para la concesión de los siguientes beneficios: suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (arts. 80-87); sustitución de las penas privativas de libertad (arts. 88 y 89); concesión de libertad condicional (arts. 90-93). ARMAZA ARMAZA analiza las ideas centrales del tratamiento del Código de 1995 en su versión original al sujeto imputable peligroso “(...) no articuló una respuesta penal que esté específicamente direccionada al tratamiento del delincuente imputable peligroso, por lo que, en estos supuestos, la práctica judicial se vio en la necesidad de recurrir a la agravación de la pena (...) y/o a la exasperación de la ejecución de la misma, a que la peligrosidad criminal o la mera habitualidad criminal de un sujeto en algunas ocasiones pueda imposibilitar el acceso a los beneficios penales de suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad, así como a la libertad condicional”³²⁶.

No obstante, poco tiempo después de entrar en vigor el Código, una sucesión de reformas al Código Penal a partir del comienzo del siglo XXI fue incrementando la tutela penal de la seguridad, sobre todo en lo que toca a la preocupación con delitos específicos como el terrorismo y los delitos sexuales, sino que también incluyó la previsión abstracta de nuevas medidas de seguridad para los considerados como peligrosos, como es el caso de la implementación de medidas terapéuticas para menores. Así, en el año 2000 la Ley Orgánica

³²⁵ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C. «Habituales y Reincidentes.» Revista de Derecho Penal, nº Lex Nova (2007), pág.78; ARMAZA ARMAZA, E. J. El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso/ Tesis de Doctorado. Bizkaia: Universidad del País Vasco, 2011, pág. 203.

³²⁶ ARMAZA ARMAZA, E. J. op. cit. (El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso/ Tesis de Doctorado), 2011, pág. 206.

52000 reguló la responsabilidad penal de los menores previendo en el artículo 5.2 el uso de medidas terapéuticas de internamiento o ambulatorias dispuestas en el artículo 7.1, para los jóvenes que “padezcan de anomalías o alteraciones psíquicas, estado de dependencia a bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad”.

Ambas modalidades de medidas terapéuticas tienen naturaleza jurídica de medidas de seguridad y pueden aplicarse de forma individual o combinadas con las otras medidas pertinentes a los menores, no excediendo, según el artículo 8º el límite de las medidas privativas de libertad previstas en la ley (artículo 7.1 a), b), c), d) y g))³²⁷, y ambas no podrán exceder la duración de la pena privativa de libertad para el delito cometido si fuera mayor de edad. Según el artículo 8º., se excluyen las letras e), f) y h), que refieren al tratamiento ambulatorio, asistencia a un centro de día y libertad vigilada, respectivamente, toda vez que estos tendrán su límite en el artículo 9, que prevé las reglas generales para la aplicación de las medidas.

Posteriormente, la reforma que trajo la Ley 15 del 2003 estableció la pena accesoria del artículo 57, según la cual sería posible prohibir la residencia en determinados lugares o la comunicación con ciertas personas de acuerdo con la gravedad del hecho o con la *peligrosidad del agente*³²⁸. En estos casos, el juez, al momento de imponer la pena, puede establecer un

³²⁷ Artículo 7.1 a) Internamiento en régimen cerrado. Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro y desarrollarán en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio. b) Internamiento en régimen semiabierto. Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro, pero realizarán fuera del mismo actividades formativas, educativas, laborales y de ocio. c) Internamiento en régimen abierto. Las personas sometidas a esta medida llevarán a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo. d) Internamiento terapéutico. En los centros de esta naturaleza se realizará una atención educativa especializada o tratamiento específico dirigido a personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabitación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias. g) Permanencia de fin de semana. Las personas sometidas a esta medida permanecerán en su domicilio o en un centro hasta un máximo de treinta y seis horas entre la tarde o noche del viernes y la noche del domingo, a excepción del tiempo que deban dedicar a las tareas socio-educativas asignadas por el Juez.

³²⁸ Artículo 57. 1. Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, *atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente*, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave. No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea.

periodo de 5 a 10 años para esta pena accesoria. En este sentido MARAVER GÓMEZ evalúa que la gran ambigüedad que fue apuntada por la doctrina fue la doble fundamentación de esta pena, dado que “se define como pena, pero se fundamenta – o puede fundamentarse - en la peligrosidad, y se concreta en medidas que aparecen recogidas tanto entre las penas privativas de derechos, como entre las medidas de seguridad privativas de libertad”³²⁹.

Por otro lado, la Ley 11 del mismo año incluyó la habitualidad como justificación para el incremento de varias penas³³⁰, lo que tuvo muchas críticas, además de insertar el antiguo delito de proxenetismo³³¹, tipo penal que aparecía tanto en la ley de Vagos y Maleantes de 1933 cuanto, en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970, considerado por TERRADILLOS BASOCO como “tipo de autor”³³².

Llama la atención el hecho de que, en estos casos, lo que se observa es el retorno de la tendencia de que el legislador pueda prever abstractamente la peligrosidad de algunos grupos, utilizando una presunción legal para vincular a los reincidentes o a los considerados habituales, de forma general, medidas restrictivas. Así, queda alejada la evaluación individualizada de la peligrosidad, hecho que contradice los principios de proporcionalidad e individualización de la sanción penal.

Enseguida, la reforma introducida por la Ley Orgánica 05/2010 trajo al Derecho penal español de regreso al establecimiento de la medida de seguridad para los imputables que sean considerados peligrosos, complementariamente a la pena. El argumento central no es novedoso, sino que recuerda a la escuela positivista del siglo XIX, toda vez que, como afirma MARAVER GÓMEZ “la pena, al centrarse en la culpabilidad por el hecho cometido, no siempre es

³²⁹ MARAVER GÓMEZ, M. op. cit. (Consideraciones político-criminales sobre el tratamiento penal de los delincuentes imputables peligrosos), 2015, pág. 300.

³³⁰ La exposición de motivos así justifica: “se recogen medidas dirigidas a mejorar la aplicación de la respuesta penal a la habitualidad de la conducta cuando los hechos infractores del Código Penal cometidos con anterioridad no hubieran sido aún juzgados y condenados. Así, los artículos 147, respecto a las lesiones, 234, respecto al hurto y 244, respecto a la sustracción de vehículos, establecen una pena de delito para la reiteración en la comisión de faltas, siempre que la frecuencia sea la de cuatro conductas constitutivas de falta en el plazo de un año, y en el caso de los hurtos o sustracción de vehículos de motor el montante acumulado supere el mínimo exigido para el delito.

³³¹ Artículo 188. 1. El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses. *En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma*

³³² TERRADILLOS BASOCO, op. cit., (Peligrosidad social y Estado de Derecho), 1981, pág. 198.

adecuada para tratar la peligrosidad del delincuente”³³³. En efecto, la exposición de motivos de la Ley argumenta que, ante la persistencia de la peligrosidad del sujeto posterior al cumplimiento de la pena, se debe imponer una medida de seguridad adicional a fin de proteger la sociedad restringiendo el riesgo de reincidencia.

La ideología de la defensa social se encuentra presente, debido a que en nombre de la seguridad se establece un Derecho penal que está mucho más dirigido a la inocuización del sujeto que en su reinserción social, como se observa en el apartado IV del Preámbulo de la ley:

“Es notorio, sin embargo, que en determinados supuestos de especial gravedad ese efecto rehabilitador de la pena se ve dificultado, en la medida en que ésta no resulta suficiente o adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia. La opción inocuizadora, que se traduciría en la prolongación ilimitada y/o indiscriminada de la privación de libertad, choca obviamente con principios elementales del Derecho penal que la Constitución ampara. Se hace necesario, por tanto, para tales casos de especial gravedad expresamente previstos, contemplar otras soluciones que, sin cejar en el esfuerzo rehabilitador que debe seguir inspirando el tratamiento penitenciario, permitan conciliar las referidas exigencias constitucionales con otros valores no menos dignos de tutela, como son la seguridad y la libertad del resto de los ciudadanos, potenciales víctimas del delincuente no rehabilitado que el sistema penitenciario devuelve a la sociedad. Agotada, pues, la dimensión retributiva de la pena, la peligrosidad subsistente del sujeto halla su respuesta idónea en una medida de seguridad.”.

El rescate del sistema dualista de sanciones para los imputables, eliminado con el advenimiento del Código Penal de la democracia en 1995, reinaugura el Derecho penal peligrosista o preventivista en España. Este Derecho penal, que había sido característico de las dictaduras y regímenes totalitarios en el siglo XX, particularmente en España presente tanto en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social del 1970, cuanto en la Ley de Vagos y Maleantes de 1933. En esta oportunidad, el sistema dualista se sostuvo en los postulados de la escuela de defensa social, y en la actualidad reaparece como el Derecho penal de la seguridad, como una nueva tendencia en muchos países en el siglo XXI, especialmente después del 11 de septiembre.

El sistema adoptado fue el dualista rígido, en el cual es posible la acumulación de penas y medidas de seguridad, bajo el argumento de la necesidad de complementar el esfuerzo por la resocialización del sujeto, según expone el preámbulo de la ley. Para ello, fue insertada en el artículo 106 una nueva medida de seguridad destinada a los imputables: la libertad vigilada. Se trata de un tipo de medida de seguridad que comprende 11 subtipos que pueden ser aplicados separada o acumulativamente y que varían, desde la prohibición de acudir a determinados

³³³ MARAVER GÓMEZ, M. op. cit. (Consideraciones político-criminales sobre el tratamiento penal de los delincuentes imputables peligrosos), 2015, pág. 285.

lugares, repitiendo la pena accesoria del artículo 54, hasta la posibilidad novedosa de imponer la participación en programas educativos³³⁴.

Esta medida sería aplicada para los casos de los delitos contra la libertad sexual y los delitos de terrorismo (arts. 192.1 y 579.3), llevando a que la peligrosidad pase a fundamentarse ya no en la individualidad del sujeto, sino en la previsión en abstracto de la naturaleza del delito cometido. La libertad vigilada sería aplicada mediante la evaluación de peligrosidad del sujeto por el juez de vigilancia penitenciaria, cuando se aproxime el fin de la pena, en base a la valoración de la existencia de comisión de varios delitos (evaluación que recae sobre el hecho) y de la peligrosidad del autor, si se trata de un único hecho (evaluación prospectiva sobre la persona del autor).

Acerca de la duración de la libertad vigilada, está prevista un máximo de cinco años, aunque se dispone que en caso de los delitos contra la libertad sexual y de terrorismo se puede extender hasta diez años el cumplimiento de la medida de seguridad. Por otro lado, el artículo 106.2, último párrafo, admite el cumplimiento sucesivo de estas medidas de seguridad, lo que puede acarrear que ambos plazos se extiendan en mucho si fueren cometidos varios delitos.

Sucintamente, se puede valorar que esta nueva modalidad de medida de seguridad postpenitenciaria dirigida a los imputables, que se fundamenta en la evaluación de una peligrosidad también pospenitenciaria, extrapola los límites de la concepción tradicional de peligrosidad criminal, netamente posdelictual, no solamente por dirigirse a un sujeto distinto, sino por basarse en una previsión abstracta de sujeto peligroso prevista en ley, despreciando la

³³⁴ Artículo 106. 1 1. La libertad vigilada consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas: a) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente. b) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca. c) La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo. d) La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal. e) La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. f) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. g) La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos. h) La prohibición de residir en determinados lugares. i) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza. j) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares. k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.

individualidad del sujeto y la necesidad de evaluar caso a caso, lo que lleva a una violación del principio de individualización de la sanción penal.

Llaman la atención otros puntos de la reforma, que en total cambió 150 artículos del Código Penal, sobre todo en lo que toca a la ampliación de la criminalización de las conductas ligadas al delito de terrorismo, puesto que la legislación española sobre el tema es reconocidamente la más extensa y la más rigurosa de Europa. Como ejemplos, la utilización de terminología imprecisa como la de “grupo terrorista” y el nuevo delito de propaganda, de contenido demasiado amplio (difundir, provocar, alentar o favorecer delitos terroristas generando o incrementando el riesgo de su efectiva comisión), fueron entendidos por amplia parte de la doctrina como fácilmente confundida en la práctica con una reprochable criminalización de la adhesión ideológica. Esta reforma sería innecesaria y peligrosa para el Estado de Derecho, como aprecia CANCIO MELIÁ³³⁵.

Finalmente, según los objetivos de este trabajo, se deben destacar otros dos cambios introducidos por la reforma del 2010:

- Los parámetros para el periodo de seguridad fueron modificados en el artículo 36.2 que establecía la aplicación automática por el juez para los condenados a más de cinco años la mitad de la pena para que progresen al tercer grado. En este caso, la aplicación pasa a ser facultativa, salvo para los delitos de terrorismo, los cometidos en organizaciones criminales, pederastia, prostitución y corrupción de menores;

- La necesaria expulsión de los condenados a penas privativas de libertad inferiores a seis años sin residencia legal en España que cumplan las tres cuartas partes de la pena impuesta o lleguen al tercer grado, cuando anteriormente era facultado al juez elegir entre la expulsión o

³³⁵ CANCIO MELIÁ expone los motivos de los cambios en la criminalización al terrorismo: “en primer lugar, la afirmación de que la actual regulación española podría aprehender grandes organizaciones terroristas *clásicas*, pero no los grupos autónomos propios del nuevo terrorismo internacional *en red*. En segundo lugar, se dice que las nuevas conductas introducidas vendrían a cubrir una laguna legal en la actual redacción de los delitos de terrorismo”, y deja claro que, desde su reflexión, “ninguno de ellos resulta convincente”, puesto que considera que la reforma, “sin mejorar ninguno de los múltiples defectos preexistentes, desordena (una regulación ya sin mucho criterio) y confunde (normas que ya tenían muchas zonas oscuras). La legislación antiterrorista más extensa y severa de Europa sufre así un nuevo deterioro, creando nuevos problemas a los órganos judiciales llamados a aplicar normas aprobadas con tanta ligereza. Una vez más la legislación espectáculo -el mensaje político de que ‘algo’ se hace con el Derecho penal- ha sustituido un trabajo legislativo serio”. CANCIO MELIÁ. «Armas jurídicas contra un nuevo enemigo.» El País, 22 de octubre de 2010, pág. 3.

el cumplimiento de la pena. Para muchos juristas esta norma prevé un trato discriminatorio a los extranjeros, imponiendo la pena privativa de libertad sumada a la expulsión.

En lo que toca a la reforma del 2015, la Ley Orgánica 1 de 2005 amplió el abanico de delitos para la libertad vigilada, pasando a ser aplicable a los artículos 140.bis, referente al delito de homicidio y sus formas; 156. ter, sobre los delitos de lesiones; 173.2, acerca de los delitos de tortura y contra la integridad moral; 192.1. aplicable a los delitos sexuales; 579.bis. 2, que dice respeto a los delitos de terrorismo³³⁶. Además, específicamente sobre la peligrosidad de los imputables, se alteró la redacción del artículo 80.1. que antes mencionaba como requisito para la suspensión de la ejecución de las medidas privativas de libertad no superiores a dos años la “peligrosidad criminal del sujeto”, pasando a indicar que el tribunal debe evaluar para el mismo fin “las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño

³³⁶ TÍTULO PRIMERO. Del homicidio y sus formas. Artículo 140.bis. A los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Título se les podrá imponer además una *medida de libertad vigilada*. TÍTULO III. De las lesiones. Artículo 156, ter. A los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Título, cuando la víctima fuere alguna de las personas a que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se les podrá imponer además una *medida de libertad vigilada*. TÍTULO VII. De las torturas y otros delitos contra la integridad moral. Artículo 173. 2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza. En los supuestos a que se refiere este apartado, podrá además imponerse una *medida de libertad vigilada*. TÍTULO VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. CAPÍTULO VI. Disposiciones comunes a los capítulos anteriores. Artículo 192. 1. A los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título *se les impondrá además la medida de libertad vigilada*, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, *el tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor*. SECCIÓN 2 De los delitos de terrorismo. Artículo 579 bis. 2. Al condenado a pena grave privativa de libertad por uno o más delitos comprendidos en este Capítulo *se le impondrá además la medida de libertad vigilada* de cinco a diez años, y de uno a cinco años si la pena privativa de libertad fuera menos grave. No obstante lo anterior, cuando se trate de un solo delito que no sea grave, y su autor hubiere delinquirido por primera vez, *el tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada, en atención a su menor peligrosidad*.

causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas”.

Es evidente la complejización de los criterios de evaluación, hecho que lleva a que, a pesar de borrada la presencia textual de peligrosidad, no solamente la evaluación de la posibilidad de la comisión de nuevos delitos sigue como pieza fundamental, como se han insertado muchos otros factores que convierten la concesión de la suspensión en algo mucho más lejano a la persona. De esta forma, el pronóstico favorable de reinserción social, combinando el análisis de variables positivas y negativas en relación con el hecho, al sujeto y a su comportamiento, hacen de la peligrosidad penitenciaria más rigurosa que la peligrosidad criminal.

III. VALORACIÓN PERSONAL

Inicialmente, el análisis realizado en este capítulo da cuenta de que, así como la historia del siglo XX estuvo marcadamente dividida por el impacto de las dos guerras mundiales, la comprensión de la locura y la respuesta a ella también tuvieron un desarrollo muy distinto en las dos mitades del siglo pasado. Así, en la primera mitad del siglo XX se superó el enfoque nosológico-etiológico característico del siglo XIX, a causa de la preeminencia del psicoanálisis y la fenomenología, sobre todo antes de la primera guerra mundial, hecho que implicó un importante contrapunto teórico.

Se observó como este proceso tuvo su momento hegemónico en el periodo entre guerras, sobre todo en lo que toca al estudio de las neurosis de guerra y de las lesiones cráneo-encefálicas; y como, no obstante, a esto, el desarrollo de la psiquiatría psicopatológica ocurrió de forma muy distinta en los países democráticos y en los que tenían regímenes totalitarios. En efecto, la migración de nombres relevantes de la psiquiatría europea propició un proceso de formación de redes internacionales y de internacionalización del conocimiento. Bajo este influjo, en la década de los años 20 se conformaron ligas de higiene mental en diversos países, llevando al fortalecimiento del anterior proceso que culminó en 1929 con el primer congreso mundial de la liga con la presencia de 53 países.

Como consecuencia, evidenciamos que, a partir de este momento el movimiento eugenésico estableció un programa de intervención que, en su mayor parte se dirigió a la esterilización de las personas con discapacidad psicosocial, real o percibida, en Europa, Estados Unidos, Canadá y América Latina. Sin embargo, observamos que el creciente fortalecimiento de la lógica eugenésica de “evaluar y seleccionar” no tardó en culminar en un tercer paso: el “eliminar”; eso fue exactamente lo ocurrido a partir de la operación eutanasia alemana, en la cual, con la colaboración de médicos y psiquiatras, los pacientes psiquiátricos, entre adultos y niños, fueron llevados a las cámaras de gas.

Es importante ponderar que esta lógica evaluativa que se estableció con tanta fuerza en el comienzo del siglo XX fue la consecuencia de las teorías positivistas ampliamente aceptadas como científicas, como el racismo científico y el determinismo biológico, por mencionar algunas. En efecto, se percibe que la tendencia a un razonamiento basado en la jerarquización de las vidas humanas que se establece implica en qué algunas son más valiosas que otras, o, en las palabras del psiquiatra alemán HOCHÉ, existirían “seres carentes de valor vital”. Concretamente, como se ha podido ver, este entendimiento tuvo una fuerte implicación en el ámbito del derecho penal y, todavía más, en el tratamiento de las personas diversas psicosocialmente, dentro y fuera del ámbito jurídico hasta los días actuales.

Pero prosiguiendo con el análisis, merece destaque, en el periodo de la segunda postguerra, la creciente divulgación de las terapias biológicas descubiertas durante la segunda guerra mundial como el TEC (BINI Y CERLETTI, 1937) y la lobotomía (EGAS MONIZ, 1935), además de los inicios de la psicofarmacología (DELAY, DENIKER Y HAEL, 1952, clorpromazina). Además, resaltamos como hitos de este periodo la intensificación del proceso de internacionalización del conocimiento en el ámbito de la “higiene mental”, como la amplia convocatoria del primer congreso mundial de psiquiatría en París (1950), la fundación de la OMS (1948), y el comienzo de los modernos Sistemas de Clasificación de Diagnóstico (DSM-I, APA, 1952 y CIE, 1948, OMS). De esta forma, todos estos hechos manifiestan el apogeo global de la comprensión orgánica de la locura y de la visión patologizante, características del modelo biomédico hegemónico hasta los días actuales, aunque ya ampliamente criticados por las organizaciones internacionales de derechos humanos y la misma OMS.

Con todo, es de fundamental importancia evidenciar que, al lado de este modelo biomédico estricto, en muchos países, y de forma simultánea, a partir de la década de los 50 del

siglo XX, preponderantemente psiquiatras y profesionales de la salud se movilizaron contra esta radicalización de la visión biologicista patologizante de la salud mental. Este movimiento, nombrado en este primer momento de antipsiquiátrico, manifestó un contundente reproche al modelo manicomial de salud mental, generando una postura crítica tanto a las antiguas formas de control de tinte asilar, cuanto a las novedosas formas de control farmacológicas que FOUCAULT sintetizó como formas de biopoder.

A nuestro juicio, cobra especial relevancia como punto de inflexión la publicación del trabajo de Barton sobre la neurosis institucional de 1959. Aunque la obra no fue exactamente antecesora de las demás publicaciones contemporáneas de extrema relevancia de Szasz (1957), Cooper (1962) y Laing (1960) este trabajo merece distinción por romper de forma tajante con el discurso de la validez terapéutica del aislamiento en el hospital psiquiátrico al constatar que el preciado “tratamiento” psiquiátrico mediante internación es, en realidad, una intervención iatrogénica.

El ejercicio de autocritica de parte de algunos profesionales de la psiquiatría realizado por el movimiento antipsiquiátrico no fue un flujo homogéneo, sin embargo, nuestro análisis sostiene la presencia de significativos puntos de convergencia: el reconocimiento de la utilidad política del empleo del poder psiquiátrico como definidor de un padrón de normalidad y moralidad e instrumento conveniente para el control de los “anormales”; el entendimiento de la génesis predominantemente social de las enfermedades mentales; el compromiso político con el cambio de paradigma; y la praxis de distintos modelos alternativos al hospital psiquiátrico.

En efecto, resaltamos las obras de SZASZ y FOUCAULT como versiones más radicales de la psiquiatría crítica, más cercanas a la verdadera antipsiquiatría por su postura tendiente al abolicionismo, toda vez que, desde la psiquiatría y la genealogía, respectivamente, llegaron al punto de negar la existencia misma de la enfermedad mental. De otra parte, desde el trabajo desarrollado por COOPER y LAING ratificamos el reconocimiento del fuerte influjo de los factores sociales, así como un perfil de actuación más pragmático y propositivo, muy cercano al activismo, al desarrollar experiencias exitosas dentro y fuera de los muros de instituciones psiquiátricas y probar modelos de vanguardia para la época, como las comunidades terapéuticas y, posteriormente, las residencias en la comunidad.

A continuación, es fundamental señalar en la década de los 60 los frutos de la experiencia italiana, conocida como psiquiatría democrática, que partió de los mismos presupuestos para alcanzar, mediante una praxis inclusiva y fuerte movilización política, una reflexión y un reclamo sobre igualdad, humanización, ciudadanía e inclusión social. En definitiva, el modelo desarrollado logró reconocimiento internacional como referente mundial (OMS, 1973) e incidencia política suficiente para producir un progresivo cambio legal y jurisprudencial desde la Ley Basaglia en 1978 hasta la ley de cierre de los manicomios judiciales en 2014. Todavía cabe señalar, como punto crucial para esta investigación que, como resultado de la vigencia de Ley de 78, la peligrosidad perdió validez como criterio para la hospitalización forzosa.

Identificamos, además, otro punto relevante desarrollado en esta época como fue el surgimiento de los primeros cambios en dirección a la territorialización de los servicios y atención comunitaria, predecesores de la política pública de salud mental comunitaria. Concretamente, el modelo de psiquiatría de sector, planteado en Francia 1945, estableció la atención en el territorio y la utilización de la hospitalización como la última opción de intervención, después de agotadas otras alternativas terapéuticas, fue adoptado en 1960 como política pública descentralizada de atención y, en el mismo sentido, el Mental Health Act inglés de 1959. Obsérvese que la OMS solamente discutió directamente el tema en 1978, cuando incluyó en la perspectiva de la atención primaria y territorializada de salud, la atención interdisciplinaria en el área de salud mental.

En síntesis, podemos afirmar que, como resultado concreto de la evolución en la psiquiatría en el siglo XX, ocurrió un cambio profundo en la concepción de los trastornos mentales, que acarreó una transformación esencial en su propuesta terapéutica. En efecto, la psiquiatría comienza el siglo XX sometida al positivismo, con propuestas eugenistas, utilizada como instrumento para el holocausto por el Nazismo y como coadyuvante en la tortura de presos políticos en la Unión Soviética, y concluye el siglo con una resignificación de su rol, seguida de la reorientación de su praxis, nutrida por los avances científicos y la propuesta de respeto a la dignidad de los pacientes.

Apuntamos como frutos de este proceso las diversas reformas psiquiátricas que se siguieron, cada una de acuerdo con las particularidades locales, como lo son el tipo de cobertura a la salud, de financiación, el modelo de Estado (minimalista o garantista), la cultura y la

tradición teórica a la cual se acercan. De esa forma, algunos países eligieron transformar el modelo de asistencia, pero mantuvieron el hospital psiquiátrico como apoyo, aunque reformulado; en cuanto otros optaron por el cierre completo de estas instituciones. En común, las diversas reformas psiquiátricas establecieron unísonamente que el hospital psiquiátrico no es un medio eficaz para el tratamiento de los trastornos mentales, que no tienen capacidad resocializadora y, mucho menos, curativa, y que la atención a la salud mental debe desarrollarse preventiva y reactivamente, por medio del modelo comunitario de asistencia.

En definitiva, se revela que, desde los modelos religioso, psicológico y orgánico (todos con sus diferentes versiones), hasta la concepción compleja que se maneja en la actualidad, la psiquiatría manejó distintas formas de respuesta a la locura, transitando desde la no intervención, el aislamiento, las intervenciones quirúrgicas invasivas, el uso de psicofármacos hasta el tratamiento en la comunidad.

De otra parte, en lo que toca al desarrollo del Derecho Penal en el siglo XX, observamos que este comenzó por elevarse sobre los cimientos fijados por el positivismo del siglo anterior. En efecto, tanto la fundación de la Unión Internacional de Derecho como el Proyecto de Código Penal Suizo en el cual se incluye por primera vez el modelo dualista y las medidas de seguridad para los peligrosos, planteamientos característicos de la escuela de defensa social, salieron a la luz en la última década del siglo XIX. Así, tanto la internacionalización del conocimiento criminológico y jurídico penal como el molde de la fórmula jurídico penal que va a ser positivada en el curso del siglo XX fueron establecidos antes mismo del inicio de este siglo.

La idea de peligro social y de la necesidad de una defensa del mismo, anclada al imperativo acercamiento a este fenómeno desde la reunión del derecho penal con las ciencias sociales y la psicología, fueron ejes comunes a las diversas manifestaciones de esta escuela. Así, destacamos la centralidad de la peligrosidad del sujeto, algunas veces llegando a relacionarlos pertenecientes a la clase proletaria como enemigos sociales, y la coincidencia en la propuesta de intervención distinta a la pena, que une tanto a la escuela alemana como a los correccionistas españoles y a los positivistas críticos italianos. La medida de seguridad se destinó, entonces, a los delincuentes peligrosos corregibles para VON LISZT, y para los inimputables o anormales psíquicos para Alimena, defensores del sistema dualista; a su turno, para los correccionistas, se debería sustituir el sistema de penas por el de medidas de seguridad,

con la conversión del sistema penal en un sistema de sanidad social en el cual el médico sería el juez.

Es así que, identificamos el proceso a través del cual la lógica de la *temibilitá* se seguirá desarrollando como peligrosidad social para engendrar distintos niveles de peligro a los cuales correspondieron distintas respuestas penales que variaron desde propuestas resocializadoras cercanas a la prevención especial positiva de la pena, hasta la inocuización de los incorregibles relacionada a la prevención especial negativa. Desde la propuesta correccionista, es fundamental subrayar que, tanto en DORADO MONTERO como en JIMÉNEZ DE ASÚA se identifican dos peligrosidades, una anterior y una posterior al delito, resaltando la necesidad de que ambas sean tomadas en cuenta en el momento del juzgamiento.

Consecuentemente, podemos identificar en el Código Penal español de 1928 la primacía del pensamiento de los autores de la escuela de defensa social, por la presencia, por primera vez, de la dualidad de sanciones penales, con la previsión de medidas de seguridad para los sujetos peligrosos. Además, también se inaugura la utilización de la fórmula mixta para la inimputabilidad, con la combinación de los criterios biológico y psicológico, estableciendo la irresponsabilidad penal de los que se encontraran en Estado de perturbación o debilidad mental, así como se incluye la previsión del “Estado peligroso” preconizado por DORADO MONTERO y JIMÉNEZ DE ASÚA. Concretamente, observamos como la responsabilidad penal fundamentada en el libre albedrío y en la intencionalidad del sujeto, empezó a ser mitigada por la idea de Estado peligroso, generando un Derecho penal dirigido a la prevención del crimen y protección de la sociedad: el Derecho penal de la defensa social.

En lo que toca al derecho penal de autor, hemos constatado que su concepto, aunque no sea unívoco, está planteado en oposición al llamado derecho penal de hecho, una vez que esta terminología busca identificar el núcleo sobre el cual se fundamenta la punibilidad y la pena. Así, en cada una de estas categorías se puede observar como fundamento y límite del *ius puniendi* el hecho típico de un lado, y del otro, bajo fuerte influjo preventivo, tiene como referencia la personalidad del autor.

De hecho, sobre esta base, la aspiración de la posibilidad de identificar la *actitud criminal interna*, anticipándose al delito, pasó a ser plasmada en un sin número de legislaciones en Europa y Latinoamérica, en las cuales se criminalizó a muchas formas de vida, tal como

ocurrió en la Ley de Delincuentes Habituales alemana y en la Ley de Vagos y Maleantes española, ambas de 1933, además de la posterior Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970, que, a pesar de la distancia, textualmente declaró su adhesión a la Escuela de Defensa Social.

En el caso español, verificamos que la primera Ley llegó a prever la posibilidad de peligrosidad social, mediante la previsión de un “Estado peligroso”, al cual estaba vinculada una medida de seguridad predelictual. En cambio, la ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social adhiere al modelo dualista de sanciones penales, prevé la peligrosidad social y predelictual y expandió en mucho las categorías de sujetos entendidos como en “Estado de peligrosidad” y las modalidades de medidas de seguridad.

Destacamos la inclusión de los enfermos mentales que fueran considerados riesgo para la comunidad como tipo de Estado peligroso, al tiempo en que el Código Penal vigente a la época, de 1944, siguió reproduciendo la fórmula instaurada desde el Código de 1932 hasta que vino a luz el nuevo Código de 1995, que pasó a concebir a la peligrosidad criminal en el caso de inimputabilidad por enajenación mental con medida de seguridad de internación en hospital psiquiátrico.

En este sentido, es fundamental subrayar que el Derecho penal de autor se constituyó como un importante hito en la historia del desarrollo de la peligrosidad en el ámbito penal, una vez que, como reconoce ROXIN, el derecho penal de autor tiene trazos vigentes hasta los días actuales y, uno de ellos, es la medida de seguridad. En efecto, como venimos manifestando a lo largo de este trabajo, el hecho de que exista (todavía) una sanción penal orientada a la personalidad del autor, implica en un “amplio retroceso”³³⁷.

Avanzando con nuestro razonamiento, verificamos que la Nueva Escuela de Defensa Social tuvo relevantes distinciones en las presentadas por Gramatica, con su propuesta de negación de libre albedrío y superación del derecho penal por el derecho de defensa social de fuerte inspiración higienista, y de Ancel, con una visión reformadora en la cual sostuvo la existencia del libre albedrío y planteó al sistema vicariante como forma de incorporar el fin terapéutico a las penas. No obstante la ambigüedad de este planteamiento, fue esta última

³³⁷ ROXIN, C., op. cit., (Derecho Penal, Parte General), 1997, pág. 189.

versión la que tuvo acogida legal internacional, contribuyendo al desarrollo del modelo rehabilitador que tuvo su apogeo entre las décadas de los 60 y 70.

En esta línea de tiempo, observamos la vuelta a la democracia, como gran hito de refundación del Estado que impulsó una nueva codificación penal en 1995. En este contexto, identificamos como puntos relevantes en lo que toca al tema de esta investigación: el cambio en la redacción de la eximente a “cualquier anomalía o alteración psíquica”, no exenta a críticas por no tratarse de terminología técnica; el cambio del modelo biológico al modelo biopsicológico en la fórmula legal de la eximente; la elección del modelo dualista mitigado en relación a la sanción asociada a la eximente, de forma que a los imputables había exclusivamente la posibilidad de pena, a los inimputables por anomalía o alteración psíquica se impondría únicamente las medidas de seguridad, y a los que tendrían la culpabilidad disminuida (semiimputables) se previó el sistema de sustitución o vicariante; la exclusiva previsión de la modalidad de peligrosidad criminal postdelictual; y el límite temporal abstracto aplicado a las medidas de seguridad, de acuerdo al principio de proporcionalidad.

Ante este escenario, es forzoso reconocer el avance en el tratamiento legal de la peligrosidad y de la medida de seguridad, mediante la introducción de algunas garantías y límites, a partir de la construcción del llamado “principio de peligrosidad”, de la proporcionalidad en el límite de cumplimiento de las medidas de seguridad, y de la drástica reducción de las categorías de personas presumidamente peligrosas. Sin embargo, para las personas con trastorno mental, el barniz de garantías y derechos generado por el Estado social y democrático de derecho fue, todavía, demasiado sutil. Precisamente, concordamos con ROXIN al precisar que no hay punto de comparación entre la concepción y las garantías brindadas a la pena y a la medida de seguridad, una vez que se conservan invertidos los signos de prioridad: en lo que toca al binomio peligrosidad-medida de seguridad “la personalidad del autor está en primer plano y el hecho sólo sirve para dar lugar a la sanción y para impedir excesos desproporcionados en su aplicación”³³⁸.

Es así que, sobre esta matriz que, al fin y al cabo, visto de forma amplia representó en su momento una contracción del derecho penal, fue realizada de forma heterogénea en una secuencia de cuatro reformas un gran cambio en la matriz político criminal española. Así,

³³⁸ ROXIN, C., op. cit., (Derecho Penal, Parte General), 1997, pág. 189.

observamos como ejes centrales los siguientes: la reforma de 2000 agregó nuevas posibilidades de medidas de seguridad para los menores de edad que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas; la reforma de 2003 previó una pena accesoria basada en la peligrosidad del agente; la reforma de 2010 estableció el modelo dualista rígido, con la posibilidad de acumulación de pena y medida de seguridad de libertad vigilada, prevista para los imputables peligrosos, en base a una peligrosidad post penitenciaria; y, la reforma de 2015 cambia los parámetros para la suspensión de las medidas privativas de libertad no superiores a dos años, complejizando los criterios de concesión.

Concretamente, se puede observar con MARAVER GÓMEZ la existencia de dos momentos en la evolución de las reformas penales españolas, se caracteriza por una primera fase en la cual se evidencia el sistema monista, con el incremento paulatino de las penas impuestas a los criminosos reincidentes o habituales, con una campaña de mano dura. Posteriormente, el autor identifica una segunda fase de perfil dualista en la cual la pena de prisión fue integrada con las medidas de seguridad, que, hasta el momento, son no privativas de libertad³³⁹.

En este contexto, fueron surgiendo en la doctrina penal algunas propuestas con el fin de atender a la demanda social por seguridad, entre ellas se destacan el Derecho penal del enemigo, el Derecho penal de tercera velocidad y el más reciente rescate del Derecho penal de peligrosidad. Sobre el Derecho penal del enemigo, destacamos como idea central la lógica de que la peligrosidad de los delincuentes autoriza la creación de un Derecho penal de lucha en contra de este enemigo, y resumidamente se incrementa la pena privativa de libertad, se reducen los beneficios penitenciarios, se vuelve a acumular pena y medidas de seguridad y se criminalizan los actos preparatorios, en el afán de prevenir la lesión al bien jurídico.

A su turno, el Derecho penal de tercera velocidad, tiene muchos puntos en común con el Derecho penal del enemigo, aunque vale la pena resaltar que Silva Sánchez indica, como fundamento para su teoría, la lesividad sobresaliente de algunas conductas típicas, como pasa con la violencia sexual, la delincuencia reiterada, el terrorismo, entre otros. Si bien no deja de lado la peligrosidad, para este autor esta no es el fundamento de la intervención. Por otro lado, Silva Sánchez presenta en su obra una preocupación que parece inexistente en JAKOBS con

³³⁹ MARAVER GÓMEZ, M. op. cit. (Consideraciones político-criminales sobre el tratamiento penal de los delincuentes imputables peligrosos), 2015, pág. 305.

los excesos de su formulación del Derecho penal, insistiendo en su carácter excepcional y en la necesidad de la imposición de límites.

A su vez, el derecho de peligrosidad aparece como una nueva versión del derecho de medidas de seguridad existente antes de la constitución del 95. No obstante, más allá de ocuparse de su adecuación o no a modelos morales, se preocupa de que las características personales del sujeto sean generadoras de inseguridad social, centrándose en los grupos de delincuencia considerada grave. En este nuevo Derecho penal, el principio de proporcionalidad se expresa a través de la distribución de los riesgos entre el individuo y la sociedad, así como la pena tiene como fin su inocuización y ya no la resocialización.

Observamos que estas tres corrientes, no claramente distintas para muchos autores, sin duda son manifestaciones que sostienen un programa penal expansionista muy frecuentemente utilizado como bandera política.

A esta altura, podemos ponderar que, desde las escuelas exploradas en este trabajo, a pesar de manifestarse en diferentes épocas y de haber tenido una variedad de propuestas, es posible identificar un hilo conductor común de fondo peligrosista que va a conducir diversas reacciones con un mismo objetivo, la defensa de la sociedad de la amenaza representada por el sujeto que comete el delito. Así, desde la escuela de la defensa social, el derecho penal de autor, la nueva defensa social, el derecho penal del enemigo y la custodia de seguridad, diferentes propuestas fueron consolidando la noción de peligrosidad de las personas con trastorno mental en el derecho penal a punto de naturalizarla hasta los días actuales.

Desde el inicio del siglo XX hasta la actualidad el Derecho penal, en lo que toca a su relación con la peligrosidad, desarrolló una gran diversidad de teorías que, si bien variaron en su justificación, oscilando desde una intervención basada en el paternalismo extremo como fue el caso del Correccionismo y la propuesta de aplicación de la ideología del tratamiento, hasta el exterminio justificado por el Derecho penal de Autor en el Estado nazi, tuvieron en común el efecto inocuizador sobre los sujetos. En efecto, la intervención para el control de los “peligrosos” de cada época se sostuvo tanto desde la perspectiva proteccionista del sujeto cuanto a nombre de defender a la sociedad de sus enemigos. No obstante esta diversificación, el efecto para los “peligrosos de turno” fue el mismo: control y exclusión del convivio social,

sea para su tratamiento, para protegerlos de la sociedad o de ellos mismos o simplemente para su inocuización.

En cada época el derecho penal eligió sus enemigos. Desde los criminosos habituales, ebrios, vagos y rufianes hasta los homosexuales, la legislación penal fue prodiga en reflejar este camino de identificación de clases de sujetos peligrosos diseñada por los grandes autores de cada época. De igual forma, las leyes y codificaciones fueron reproduciendo variados diseños para la peligrosidad, pre y/o pos delictual, social y/o criminal, así como para las medidas de seguridad. Entre avances y retrocesos, acorde a los movimientos políticos y ético jurídicos de cada época, el derecho penal fue cambiando, adaptándose y expandiéndose para abrigar en cada país a nuevas categorías de sujetos que deben ser perseguidos en cada territorio: los terroristas en España, los delincuentes sexuales en Alemania o los actores de la protesta social en Latinoamérica.

Sin embargo, una incómoda constante ha estado presente transversalmente en la trayectoria analizada, la suposición de la peligrosidad de las personas con trastorno mental. Concretamente, observamos que el Derecho penal, que en el siglo XIX tiene un encuentro histórico con la psiquiatría, no siguió evolucionado con ella. En cuanto la psiquiatría pasó por una evolución dinámica en la cual se fue complejizando a la medida en que incorporó los avances de la ciencia médica, derechos y de tecnología, el Derecho penal se conservó en la misma concepción de enfermedad mental relacionada a la peligrosidad del siglo XIX, asociando como respuesta necesaria la internación psiquiátrica como “tratamiento” tal como ocurría hace dos siglos.

En efecto, manifestamos que el Derecho penal conserva dos medidas: una para los iguales, que tienen acceso a los derechos y garantías del sistema jurídico nacional e internacional; y otra para los diferentes, los que tienen trastornos mentales, vistos como peligrosos, como amenazas y consecuentemente tratados por el Derecho de la misma forma determinista de siglos atrás. Para unos vale el garantismo; para los “otros” la misma peligrosidad positivista; para unos están previstas penas; para los “otros” las medidas de seguridad indeterminadas.

Sobre esta base, en el próximo capítulo evaluaremos más profundamente el concepto y la naturaleza jurídica de la peligrosidad penal post delictual de los inimputables por anomalía

o alteración psíquica, así como de su consecuencia jurídica, la medida de seguridad, para ponderar sobre su impacto sobre los principios penales y los principios del Estado de derecho.

**SEGUNDA PARTE: LA PELIGROSIDAD POST DELICTUAL DE LOS
INIMPUTABLES POR ANOMALÍA O ALTERACIÓN PSÍQUICA**

**CAPÍTULO TERCERO: PELIGROSIDAD CRIMINAL POST DELICTUAL Y
DERECHO PENAL**

Como se pudo apreciar en la primera parte de este trabajo, la peligrosidad, aunque sea un concepto naturalizado en los días actuales, sobre todo cuando se trata de su asociación a las personas que padecen trastornos mentales, es una construcción histórica bastante reciente y no un hecho natural o un dato incuestionable de la realidad. A pesar de esto, como sostiene el psicólogo ANTONIO ANDRÉS-PUEYO, la peligrosidad “es una de las aportaciones más exitosas de la historia de la criminología, ya que forma parte de la mayoría de las legislaciones penales de los países modernos”³⁴⁰. Además, como se observó también anteriormente, después de una corta fase de retracción con el impulso de las nuevas constituciones y de la redemocratización ocurridas tanto en España como en América Latina entre los años 80 y 90 del siglo XX, la peligrosidad recobró aliento y sigue en franca expansión con la ampliación cada vez mayor de la categoría de los “peligrosos”, como pasa con la custodia de seguridad de los imputables.

Contradictoriamente, la propagación de la peligrosidad criminal no fue acompañada de un crecimiento en el desarrollo dogmático de su definición y fundamentación. Existe una verdadera paradoja entre la complejidad que implica el instituto de la peligrosidad criminal, con un concepto polisémico e interdisciplinario, como define ANDRÉS PUYEO³⁴¹, y la escasez de la producción científica sobre el tema, que normalmente se agota en el estudio de las medidas de seguridad y en su comparación con las penas, si investigamos las tradicionales publicaciones en el ámbito jurídico, según valora ROMEO CASABONA³⁴². La peligrosidad es, por lo tanto, colateralmente tratada en las investigaciones jurídicas, como fundamento de las medidas de seguridad, lo que normalmente, no implica en más que un párrafo o dos en las obras.

De otra parte, el concepto de peligrosidad es extremadamente poderoso, con capacidad para desplegar la fuerza estatal y el poder punitivo en contra de las “amenazas identificadas” y de justificar el uso de medidas excepcionales para tanto. En este contexto se autorizan, aún en sistemas penales garantistas y, en el marco del Estado de derecho, medidas de seguridad privativas de libertad como es la internación psiquiátrica por tiempo indeterminado y, en

³⁴⁰ ANDRÉS-PUEYO, A. «La peligrosidad criminal: análisis crítico de un concepto polisémico.» En *Neurociencias y Derecho Penal*, de D. Crespo y M. Maroto, 483-503. Madrid: Edisofer, 2013, pág. 483.

³⁴¹ *Ibidem*.

³⁴² ROMEO CASABONA, C.M. op. cit. (Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo) 1986, pág. 13.

algunos países como Brasil y Ecuador, incluso por tiempo ilimitado. No por otro motivo es la ya famosa afirmación de que “el concepto de peligrosidad es un concepto peligroso”³⁴³.

Sin embargo, en sentido opuesto a la cautela que debería inspirar esta temática, la peligrosidad de las personas con trastorno mental es tratada por la gran mayoría de los autores como un concepto *a priori* (o *ex ante*), o sea, un concepto aceptado como verdadero y sobre el cual no se cuestiona - con rarísimas excepciones -. Un verdadero dogma o creencia que sirve como premisa a partir de la cual deriva la gravísima consecuencia jurídica que es la medida de seguridad de internación psiquiátrica por tiempo indeterminado. En efecto, el simple hecho de que el legislador vincule la noción de peligrosidad criminal a las personas con trastorno mental (artículos 6, 20 y 95 Código Penal Español), como la única categoría de personas para las cuales la peligrosidad es requisito para la aplicación de una sanción penal³⁴⁴, expresa todavía un sesgo discriminatorio que debería ser extraño al Estado Social y Democrático de Derecho, una vez que es propio del Derecho penal de autor. Así, la ausencia de evidencia empírica que sostenga el paradigma de la peligrosidad *a priori* de las personas con trastorno mental es un tema fundamental de esta tesis que será tratado posteriormente.

Por ahora, en el presente capítulo se analizará lo que llamamos “peligrosidad *a posteriori*” o sea, se realizará un estudio *de lege lata* sobre la peligrosidad criminal de las inimputables por anomalía o alteración psíquica. En este sentido, el objetivo en un primer momento es proporcionar, con claridad y exactitud, los principales caracteres genéricos y diferenciales de la peligrosidad, identificando su marco dogmático jurídico, fundamentos, posibles definiciones y tipologías, además de sus objetivos. Vale la pena alertar que, en esta oportunidad, se recorrerán las bases doctrinarias y legales del instituto jurídico en la actualidad según los principales autores, por lo que las posiciones expresadas en este momento no necesariamente

³⁴³ Ver en este sentido a: ZIFFER, P. *Medidas de Seguridad. Pronósticos de Peligrosidad en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, pág. 138.

³⁴⁴ El artículo 20 del Código Penal español prevé la aplicación de medidas de seguridad a los supuestos de los tres primeros números del artículo que son: “Están exentos de responsabilidad criminal: 1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. 2.º El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. 3.º El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

coincidirán con nuestra posición personal sobre el tema. Posteriormente, en el segundo capítulo se cuestionará su compatibilidad con las garantías jurídico-penales y los principios del Estado Social y Democrático de Derecho.

I. PELIGROSIDAD POST DELICTUAL DE LOS ENFERMOS MENTALES: LA BÚSQUEDA POR UNA DEFINICIÓN

1. Algunas distinciones iniciales.

Originalmente, la definición de peligrosidad se desarrolló en el Derecho penal a partir del concepto de *temibilitá* inaugurado por GARÓFALO en el siglo XIX y a partir de este momento se incorporó exitosamente al sistema penal, pasando a existir bajo diversas formas. En este contexto, se fueron desarrollando diversas tipologías de peligrosidad, conforme se expuso anteriormente en la Parte I, y, en esta oportunidad se seguirá la lección de ROMEO CASABONA, autor de una de las más relevantes monografías sobre el tema, que considera que la adecuada clasificación de los tipos de peligrosidad debe partir del análisis de sus elementos³⁴⁵. Asimismo, es posible inferir que, si se tiene por referencia el delito, considerado su presupuesto más significativo, la peligrosidad puede ser pre o post delictual, conforme se necesite o no del cometimiento previo de un crimen para que se configure. Si, en cambio, se toma en cuenta el tipo de hecho futuro sobre el cual recae el pronóstico, el otro elemento que el autor considera central, la peligrosidad puede ser criminal o social. Criminal si se pretende evitar un futuro delito; y social si lo que se quiere impedir es simplemente un comportamiento antisocial. En este sentido, el referido autor advierte para las combinaciones que pueden tener estas modalidades entre sí, hecho que agrega complejidad al análisis. Sin embargo, los precedentes indican la tendencia de que coincidan la peligrosidad predelictiva y la social (basada y dirigida a pronosticar no un delito sino cualquier hecho), de la misma forma que la post delictual y la criminal, que tiene el delito como antecedente y como pronóstico, como ocurre actualmente en el Código Penal español (CPE)³⁴⁶.

³⁴⁵ ROMEO CASABONA, C.M. op. cit. (Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo) 1986, pág. 44.

³⁴⁶ ROMEO CASABONA, C.M. op. cit. (Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo) 1986, pág. 45.

Por influencia de la escuela de la defensa social, en la mayor parte del siglo XX tuvo lugar la figura de la peligrosidad social, como forma de prevenir conductas antisociales de personas que fueron consideradas inadaptadas socialmente. En efecto, MORENILLA RODRÍGUEZ define la peligrosidad social como: “estado personal de inadaptación social de individuos responsables que se manifiesta por unos comportamientos típicos "asociales" y "antisociales" (contrarios a la pacífica convivencia o a la moral social) no delictivos, o por unos hábitos delictivos (delincuencia habitual o profesional) que fundamentan la declaración de que el individuo constituye un peligro para la sociedad”³⁴⁷.

En este particular, la inimputabilidad del sujeto no fue considerada una parte importante del proceso, pudiendo dirigir el juicio de peligrosidad a personas imputables o no, como condición para la aplicación de medidas de seguridad como una forma de profilaxis social. Por su carácter preventivo exacerbado, en muchos casos tampoco era requisito la existencia de un delito previo, motivo por el cual esta modalidad de peligrosidad fue utilizada convenientemente por los gobiernos autoritarios como forma de persecución político-ideológica y de control social sobre los no deseados socialmente, los antisociales. Baste como muestra lo ocurrido en la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970 en las cuales se nombraba a la vagancia habitual como delito, hecho que incuestionablemente implica que “se trata de un supuesto de peligrosidad pre-delictual y, además, meramente social. No su pone delito futuro, sino de inadaptación (...)”³⁴⁸, como estimó TERRADILLOS BASOCO oportunamente.

En efecto, la combinación de peligrosidad pre delictual y social, o sea, una peligrosidad en que el delito no fue tomado en cuenta ni como antecedente ni como contenido del pronóstico de reincidencia, es considerada por TERRADILLOS BASOCO como extraña al Derecho penal y ofensiva al principio de legalidad y a la seguridad jurídica³⁴⁹. Al mismo tiempo, ROMEO CASABONA entiende que el Estado no está autorizado a utilizar el poder punitivo si se trata de combinaciones como la peligrosidad social postdelictual o criminal predelictual, una vez que en la primera el delito existe como precedente, pero no hay pronóstico de reincidencia

³⁴⁷ MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M., “La aplicación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social: dificultades prácticas y aproximación a una solución”. En *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 30, Fasc/Mes 1, 1977, pág. 70.

³⁴⁸ TERRADILLOS BASOCO, J.M. *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*. Madrid: Akal Universitaria, 1981, pág. 79.

³⁴⁹ TERRADILLOS BASOCO, op. cit., (Peligrosidad social y Estado de Derecho), 1981, págs. 197-198.

criminal, y la segunda se dirige a prevenir un delito futuro, pronosticando un riesgo de conducta criminal y sujetando el individuo a un proceso penal sin que haya existido un delito previo³⁵⁰. En este sentido, el hecho de prescindir del hecho típico y antijurídico implica en utilización de herramienta propia del Derecho penal de autor, hecho que ocurre, en el entendimiento de TERRADILLOS BASOCO tanto en la peligrosidad predelictual como en la social, en consecuencia, de la afectación de los principios de legalidad, seguridad jurídica y de igualdad³⁵¹.

Por consiguiente, la única forma legítima de peligrosidad en un Estado de derecho sería aquella en que coinciden el delito como requisito y como contenido del pronóstico, o, dicho brevemente, la peligrosidad criminal post delictual. En concreto, fue solamente a partir del fin de los años 80 del siglo XX, con la vuelta a la democracia, que se diseñó la peligrosidad criminal, y de naturaleza postdelictual, con aplicación restringida a los sujetos considerados inimputables por anomalía o alteración psíquica. Con todo, la consecuencia jurídica permanece como la medida de seguridad por tiempo indeterminado, aunque ya existan algunos límites legales, que intentan dosificar la prevención con la proporcionalidad de la pena prevista al delito cometido (artículo 6.2, CPE).

En consecuencia, LEAL MEDINA identifica que la figura del “hecho previsto como delito” o injusto penal pasa a cumplir una doble función: primero como indicio de la peligrosidad, y después como contenido del propio pronóstico, una vez que tiene por objeto la prevención de crímenes futuros³⁵². Asimismo, la introducción del elemento normativo en el concepto de peligrosidad, cual sea, el delito previo, implica una garantía para el ciudadano que no está sujeto a un proceso penal sin que se haya cometido un crimen, aunque este, como prevé el artículo 95 del Código Penal, no implica necesariamente la existencia de la peligrosidad, sino funciona como condición para el procedimiento de averiguación de la misma, o sea, implica probabilidad y no causalidad³⁵³.

No obstante, paralelamente a la construcción de la nueva previsión legal de peligrosidad de las personas con anomalía o alteración psíquica, otras modalidades de peligrosidad criminal

³⁵⁰ ROMEO CASABONA, C.M. op. cit. (Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo) 1986, pág. 50.

³⁵¹ TERRADILLOS BASOCO, op. cit., (Peligrosidad social y Estado de Derecho), 1981, pág. 198.

³⁵² LEAL MEDINA, J. *La problemática existente para la aplicación de las medidas de seguridad/* Tesis de doctorado. Madrid: Univerisdad Complutense de Madrid, 1999, pág. 242

³⁵³ LEAL MEDINA, J. op. cit. (*La problemática existente para la aplicación de las medidas de seguridad/* Tesis de doctorado), 1999, págs. 18-19.

fueron ganándose espacio en el Derecho penal a partir de la mitad del siglo XX también en otras áreas, tanto en el ámbito penitenciario, después de la sentencia condenatoria, como antes de la sentencia, durante el proceso penal, como forma de ponderación para la imposición de la prisión preventiva³⁵⁴. La llamada peligrosidad penitenciaria es un mecanismo de evaluación de la adaptación del sujeto a la vida en prisión y, por lo tanto, también postdelictual, de ahí que es utilizada sobre el sujeto imputable en toda su vida como convicto, sea para la clasificación penitenciaria o para la concesión de beneficios, progresión de régimen o para la imposición de medidas restrictivas³⁵⁵.

Del mismo modo, el juicio sobre peligrosidad procesal es especie de peligrosidad criminal utilizada tanto para imputables como para inimputables para evaluar el riesgo que el sujeto representa para la investigación o el proceso criminal. En ese caso se pondera con el fin de imponer o no la prisión preventiva, lo que la hace muy cuestionada, toda vez que representa un juicio de peligrosidad que no puede ser considerado post delictual siempre que se ejerce sobre persona que no posee sentencia condenatoria en su contra.

Otro movimiento que se puede observar es la retomada en el fortalecimiento de la peligrosidad dirigida a los imputables peligrosos ya en comienzos del siglo XXI, que, en base a pronósticos de reincidencia autoriza la existencia de medidas de seguridad postpenitenciarias. Este modelo fue inaugurado en el 2002 con la posibilidad de imposición de custodia de seguridad en Alemania, en la cual el juez podría imponer una medida de seguridad posterior a la sentencia condenatoria. En España, se observa el caso de la imposición de pena accesoria en función de la peligrosidad del delincuente, aprobada ya en el 2003, con la posibilidad de medidas preventivas por 5 a 10 años después. De igual forma, la vuelta del sistema dualista con la reforma del 2010 prevé la acumulación de pena y medida de seguridad para sujetos imputables considerados peligrosos, en los delitos contra la libertad sexual y terrorismo, con la introducción de la medida de seguridad de libertad vigilada³⁵⁶.

Merece referencia el hecho de que este modelo de peligrosidad difiere de los anteriores, principalmente por fundamentarse en la tipología del hecho delictuoso previo, admitiendo la

³⁵⁴ ZIFFER, P. op. cit. (Medidas de Seguridad. Pronósticos de Peligrosidad en el Derecho Penal), 2008, págs. 140-141.

³⁵⁵ MARTÍNEZ GARAY, «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad.» *InDret* 2, 2014, págs. 4-6.

³⁵⁶ MARAVER GÓMEZ, M. op. cit. (Consideraciones político-criminales sobre el tratamiento penal de los delincuentes imputables peligrosos), 2015, pág. 299.

peligrosidad criminal de los sujetos imputables a ser verificada posteriormente a la ejecución de la pena privativa de libertad. Así, sea el caso de los delitos sexuales como ocurre en Alemania o el terrorismo en España, no se trata de simple peligrosidad postdelictual sino postpenitenciaria, de modo que su aceptación es bastante cuestionada por la doctrina especializada, una vez que concibe la continuidad de la actuación del poder punitivo mismo después de agotada su potestad con el fin de la pena. En realidad, si considerado el argumento anterior, esta sería una especie de peligrosidad criminal, ya que pretende evitar delito futuro, pero en rigor ya no más podría tratarse de peligrosidad post delictual. La extinción de la punibilidad con el fin de la ejecución de la pena hace con que se estime tratar de modalidad de peligrosidad predelictual, una vez que pretende actuar ya sin un delito como base o indicio de la peligrosidad del autor.

Por otra parte, ROMEO CASABONA destaca entre los modelos históricos de la peligrosidad criminal la peligrosidad comprobada y la presunta, y esta última todavía puede obedecer a una subdivisión, conforme sea una presunción absoluta (*iuri et de iure*) o relativa (*iuris tantum*). Estos diferentes modelos corresponden a una opción del legislador e implican distintas consecuencias para el proceso penal³⁵⁷. Así, en el modelo adoptado por el anterior Código Penal español o, en la actual previsión del Código Penal brasileño (artículo 97), por ejemplo, una vez constatada la enfermedad mental se presume la peligrosidad de la persona y se aplica la medida de seguridad, sin necesidad de un peritaje para determinar la peligrosidad o no. Esta fórmula presume la peligrosidad de las personas que padecen con una enfermedad mental, y puede ser tanto absoluta y no admitir prueba en contrario, como ser relativa y aceptar la producción de prueba de la parte. En sentido opuesto, la peligrosidad comprobada es aquella en que se necesita siempre de la producción de prueba para determinar su existencia (o no) en cada caso. Es por esto que normalmente se requiere la existencia de un peritaje que realice la predicción de reincidencia, y no solamente que se identifique un diagnóstico de alteración psíquica.

Todavía cabe señalar que ROMEO CASABONA aún distingue que la peligrosidad puede ser genérica o específica, conforme se dirija ampliamente a cualquier delito o si el legislador predetermina algún o algunos tipos penales específicos para los cuales considerará

³⁵⁷ ROMEO CASABONA, C.M. op. cit. (Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo) 1986, pág. 53.

que existe la peligrosidad, como ocurre con los delitos de terrorismo y los ya mencionados delitos sexuales en el Código Penal español³⁵⁸.

En definitiva, se puede reconocer la existencia de una diversidad de conceptos de peligrosidad, algunos de los cuales quedaron en la historia y otros tantos que siguen vigentes, sea para sujetos imputables o inimputables, cada uno con su complejidad y sus críticas. Sin embargo, es necesario destacar que el objeto de estudio de este trabajo es la peligrosidad post delictual de los inimputables por anomalía o alteración psíquica, prevista en los artículos 6, 95.1 y 97.b) del Código Penal español. De esta forma, hechas estas precisiones conceptuales, enseguida se examinará el concepto, los requisitos y las consecuencias de naturaleza sustantiva y adjetiva de la peligrosidad criminal en el caso que nos atañe.

2. La peligrosidad en el sistema jurídico-penal

Exactamente por ser una construcción histórica, la peligrosidad posee diversidad de versiones y de conceptos, conforme el periodo histórico y la rama del conocimiento a la cual refiere. En efecto, como visto, la noción de peligrosidad criminal de los enfermos mentales ni existía antes del siglo XIX y en estos años de presencia no se puede constatar un gran avance dogmático acerca del tema, sobre todo si comparamos a la evolución que sufrió, en las ciencias penales, la culpabilidad. A pesar de esta precariedad, pasaremos a analizar los conceptos de peligrosidad según el Código Penal vigente y la doctrina.

En primer lugar, se debe reconocer que examinar la definición de peligrosidad es un gran desafío en la medida en que se trata de un término polisémico y que es objeto de estudio de diversas áreas del conocimiento como la criminología, la sociología y la psiquiatría, además del derecho³⁵⁹. Dentro del mismo Código Penal español la palabra peligrosidad aparece 11 veces, de las cuales en solamente 3 ocasiones³⁶⁰ que, sumadas a la definición en el artículo

³⁵⁸ ROMEO CASABONA, C.M. op. cit. (Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo) 1986, pág. 52.

³⁵⁹ ANDRÉS-PUEYO, A. op. cit. (La peligrosidad criminal: análisis crítico de un concepto polisémico), 2013, págs. 488-489.

³⁶⁰ Artículo 6. 1. Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito. 2. 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; Artículo 95. 1. Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el capítulo siguiente de este Código, siempre que concurren estas circunstancias: 1.^a

95.1.2a., totalizan 4 menciones que, después de las sucesivas reformas al Código, siguen como referencia a la peligrosidad postdelictual criminal de los enfermos mentales³⁶¹.

En segunda instancia, partiendo de la etimología de la palabra peligro, del latín *periculum*, remite al “riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal; lugar paso, obstáculo o situación en que aumenta la inminencia del daño” según la Real Academia Española³⁶² de tal forma que implica la probabilidad de un daño. En este sentido, la persona peligrosa sería aquella de la cual es probable esperar dicho mal, o, de acuerdo con la RAE, simplemente sobre “la cualidad de peligroso”³⁶³. Concretamente, esta primera percepción de la peligrosidad está ligada a su obvia relación con la idea de peligro. Sin embargo, esta aparente simplicidad esconde la necesaria reflexión sobre la presencia y la inminencia del probable daño. Al efecto, la interpretación sistemática de los artículos que tratan sobre el tema en el Código Penal español (artículo 6.1. y 2.; artículos 95.1, 1ª y 2ª y 97.b)), permite reiterar que la peligrosidad cumple una triple función en lo que toca a los inimputables por anomalía o alteración psíquica:

En primer lugar, puesto que con la nueva formulación de la peligrosidad el Código Penal expresa un esfuerzo novedoso de aplicar a las medidas de seguridad garantías que anteriormente eran estrictamente dedicadas a las penas, una parte de la doctrina entiende que el artículo 6 manifiesta la afirmación de un *principio de peligrosidad*³⁶⁴. Bajo esta concepción, esta nueva versión de la peligrosidad funciona, como los demás principios penales, como *límite para la medida a ser aplicada*, en virtud de establecer de forma inconfundible la peligrosidad criminal y postdelictual como únicas formas admisibles en el sistema jurídico-penal. Además, este límite se expresa en la aplicación de las medidas, como una aplicación concreta del principio de proporcionalidad, toda vez que estas no pueden exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor (artículo 6.2). De igual forma, no puede constituirse en sanción más gravosa ni de mayor duración que la pena aplicable al hecho. Previsión que se corrobora con

Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito. 2.ª Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos. Artículo 97. Durante la ejecución de la sentencia, el Juez o Tribunal sentenciador adoptará, por el procedimiento establecido en el artículo siguiente, alguna de las siguientes decisiones: b) Decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto.

³⁶¹ Las demás 8 veces fueron introducidas por las reformas y refieren a la peligrosidad de los imputables, criterio utilizado en el sistema penitenciario y para la aplicación de las polémicas libertad vigilada y prisión permanente revisable, que no son parte del objeto de estudio de este trabajo.

³⁶² RAE. «Diccionario de la lengua española.» *Real Academia Española*. 20 de 06 de 2019. Disponible en: <http://www.rae.es/>.

³⁶³ *Ibidem*.

³⁶⁴ MORILLAS CUEVA, L. Sistema de Derecho Penal. Parte General. Madrid: Dykinson, 2018, pág. 133.

lo dispuesto en el artículo 97.b) el cual establece que se debe “decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto”³⁶⁵.

En segundo lugar, también se instituye a la peligrosidad como *fundamento de la medida de seguridad* expresamente definido en el artículo 6.1.: “Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto”. En consecuencia, aunque el concepto de peligrosidad implica un pronóstico que en sí mismo es un juicio de probabilidad hacia el futuro, la peligrosidad debe estar presente tanto en el momento del delito, como posteriormente, y debe permanecer presente también en el momento de la aplicación de la medida para que esta se legitime y justifique.

Esta es una reflexión que adquiere especial importancia, una vez que los síntomas de algunos trastornos mentales como la esquizofrenia o el trastorno bipolar, a pesar de ser enfermedades crónicas, poseen síntomas que se manifiestan con periodicidad³⁶⁶. Eso no significa que aparezcan y desaparezcan en un santiamén, sino que, considerada la duración del proceso penal, se puede afirmar que: preliminarmente, el hecho de alguien poseer un diagnóstico de una enfermedad mental no implica que esté bajo su efecto en el momento del delito; después, implica que, aun habiendo actuado en la ocasión del delito en una crisis, el brote no necesariamente está presente para el tiempo de la sentencia y de la posible imposición de la medida. En este particular, como ya se ha expuesto, el artículo 6.2. es bastante explícito al definir que “las medidas de seguridad no pueden (...) exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor”, al tiempo en que el artículo 101.1. confirma que la imposición de medida de seguridad al inimputable debe ocurrir solamente si se confirma la necesidad de la misma con el único fin de prestar un tratamiento en establecimiento adecuado. En este sentido, LEAL MEDINA recalca que “el peligro ha de ser presente, actual, aunque proyectado hacia el futuro”³⁶⁷.

En el mismo sentido, evalúa ZIFFER que en el ámbito de las medidas de seguridad, en donde es categórica la intervención sobre la autonomía del individuo, a la peligrosidad estimada a priori por el legislador debe añadirse la peligrosidad constatada como situación concreta (y

³⁶⁵ MORILLAS CUEVA, L. op. cit., (Sistema de Derecho Penal. Parte General), 2018, págs. 133-134.

³⁶⁶ Los trastornos del espectro de la Esquizofrenia y Otros Trastornos Psicóticos, pueden manifestar síntomas que duran desde un día, como el Trastorno Psicótico Breve, hasta algunos meses. Ver más en: APA. op. cit. (Manual Diagnóstico e Estadístico de Transtornos Mentais: DSM-V), 2014, págs. 89 y siguientes.

³⁶⁷ LEAL MEDINA, J. op. cit. (*La problemática existente para la aplicación de las medidas de seguridad/ Tesis de doctorado*), 1999, pág. 281.

no presunción) imprescindible para la medida, de forma que la injerencia personal no puede ser decidida en base a estadísticas o a prejuicios³⁶⁸. En efecto, para la autora, este es uno de los puntos que presenta mayor dificultad teórica y práctica en el tema, una vez que “tampoco respecto de los inimputables podría ser suficiente la mera constatación de la enfermedad y referencias estadísticas, en tanto no haya existido una manifestación externa de que sus deficiencias efectivamente habrán de reflejarse en hechos antijurídicos”³⁶⁹.

Este hecho proviene, del carácter netamente preventivo de la peligrosidad criminal y su consecuencia jurídica, la medida de seguridad. En tal sentido, MIR PUIG observa que al contrario de lo que pasa con la cuestión de la función de la pena, sobre la cual existe una compleja discusión en la doctrina, en lo que toca a las medidas de seguridad “no se discute que la función que a éstas corresponde es la prevención de delitos frente a un sujeto peligroso: *prevención especial*”³⁷⁰.

A su turno, FRISCH reafirma la tradicional dicotomía pena-medida de seguridad, la cual se sostiene en otro binomio: culpabilidad-peligrosidad. Asimismo, reitera que a la comisión de un injusto penal por un sujeto culpable corresponderá una pena, como reflejo del reproche sobre el hecho pasado, en cuanto al injusto penal realizado por el sujeto inimputable incumbirá una medida de seguridad. Estas, como argumenta el autor, no miran al pasado sino tienen por objetivo evitar delitos futuros³⁷¹.

De esta forma, en cuanto la pena se fundamenta en la prevención general y en la especial, según el mencionado autor alemán, en el caso de las medidas de seguridad estas tienen como único fin la prevención especial³⁷². En el mismo sentido, RODRÍGUEZ VÁSQUEZ señala que “la peligrosidad es un instrumento orientado a proteger la sociedad a través de los fines preventivos especiales”³⁷³.

³⁶⁸ ZIFFER, P. op. cit. (Medidas de Seguridad. Pronósticos de Peligrosidad en el Derecho Penal), 2008, págs. 145;176-177.

³⁶⁹ ZIFFER, P. op. cit. (Medidas de Seguridad. Pronósticos de Peligrosidad en el Derecho Penal), 2008, pág. 185.

³⁷⁰ MIR PUIG, S. Derecho Penal, Parte General. Barcelona: Reppertor, 2016, pág. 98.

³⁷¹ FRISCH, W. «Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal.» *InDret*, 2007, pág. 29.

³⁷² FRISCH, W. op. cit. (Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal), 2007, pág. 24.

³⁷³ RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, J. Peligrosidad e Internación en Derecho Penal. Reflexiones desde el modelo social de la discapacidad. Lima: INDEHPUCP-PUCPE, 2015, pág.78.

Por consiguiente, es posible concluir con FRISCH que el núcleo central de la prevención especial consiste en “el presupuesto de que son de esperar delitos de aquel a quien se le restringe la libertad”³⁷⁴. En otras palabras, se puede afirmar que la *peligrosidad* es el núcleo central de la *prevención especial*, y que esta última es el único fundamento de la aplicación de *las medidas de seguridad*, tejiendo una ligación intrínseca y esencial entre estos tres conceptos.

Específicamente, ya se pudo ver en la primera parte de este trabajo que la prevención especial, cual sea, la prevención que se dirige no a la colectividad sino a una persona específica, el autor del delito, posee sus raíces en la modernidad en el siglo XIX a partir de las propuestas de la escuela positivista italiana, del correccionalismo en España y, principalmente, del trabajo de VON LISZT en Alemania. El fin común en todas estas expresiones fue evitar que el autor vuelva a cometer el delito, aunque en las versiones antes enunciadas no hubo unanimidad en cómo lograr este fin. El mismo VON LISZT admitía estrategias distintas según el tipo de delincuente, considerando el uso de una pena justa para los sujetos ocasionales como forma de intimidación, la resocialización para el delincuente no ocasional pero corregible, y la inocuización para los considerados habituales incorregibles³⁷⁵. Así, hasta la fecha la doctrina distingue la prevención especial o individual en positiva o negativa, según la finalidad sea la recuperación o la segregación pura y simples del autor.

En consecuencia, en el actual sistema penal español conviven los tres tipos de función específica prevista originalmente por VON LISZT para los inimputables se establecen medidas terapéuticas de tratamiento, para los menores de edad medidas de carácter educativo, y, para los imputables, las llamadas medidas asegurativas o de inocuización³⁷⁶. En todos los casos se pretende prevenir nuevos delitos, sea simplemente a través de la defensa social, cuando la afectación de derechos del sujeto responde a la protección social; sea a través de medidas de resocialización que buscan, además, realizar una intervención que tenga un resultado positivo para el propio individuo.

En dicho contexto, es posible reafirmar que la imposición de la sanción penal solamente se justifica si permanece presente la peligrosidad en el momento de la sentencia, una vez que la finalidad de la medida es la propia necesidad de prevenir dicha peligrosidad a través del

³⁷⁴ FRISCH, W. op. cit. (Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal), 2007, pág. 25.

³⁷⁵ VON LISZT, F. op. cit. (La Idea de Fin en el Derecho Penal), 1984, pág. 115.

³⁷⁶ VON LISZT, F. op. cit. (La Idea de Fin en el Derecho Penal), 1984, pág. 120.

tratamiento (artículo 6.2.). De tal forma, la peligrosidad es el fundamento y el límite de la medida de seguridad, pero, como advierte HEGGLIN, no es su fin. La finalidad de las medidas, según el CPE, es exactamente opuesta: el cese de la peligrosidad del autor³⁷⁷.

Así, aunque necesaria la comprensión de la lógica preventivo especial a la cual pertenece la peligrosidad, esta no es suficiente una vez que, como veremos con detalle más adelante, el Estado de derecho y la dignidad humana no toleran la simplicidad de la lógica utilitaria y exigen que las sanciones penales dispongan de principios éticos y jurídicos que las legitimen. Esto implica un análisis que involucre, más allá de la eficacia del instrumento (juicio de utilidad), que la sanción, tanto pena como medida de seguridad, sea el medio necesario y adecuado a la finalidad de la intervención. Y, de acuerdo con el Código Penal español, artículo 101.1.³⁷⁸ la finalidad de la intervención de la medida de seguridad de internamiento es el tratamiento médico (no la defensa social).

3. Definición(es) de peligrosidad

Después de conocer la naturaleza jurídica y las funciones de la peligrosidad en el sistema penal, pasamos a acercarnos a las definiciones posibles sobre el tema. Primero, es necesario advertir que la peligrosidad jurídico penal es un concepto polisémico e impreciso, hecho que dificulta no solamente su estudio teórico como su aplicación práctica en los pronósticos, como valoraremos posteriormente³⁷⁹. En el mismo sentido, MARTÍNEZ GARAY expone que “se critica también al concepto de peligrosidad el ser muy impreciso y vago, ya que ni especifica suficientemente los factores cuya presencia convierte a un individuo en peligroso, ni concreta la clase de acto delictivo y/o violento que se espera que cometa el sujeto, sino que se refiere en general a la comisión de «delitos» en el futuro. Ambas cosas condicionarían muy negativamente la capacidad predictiva del constructo «peligrosidad», pues de un lado la clave

³⁷⁷ HEGGLIN, M. F. *Los enfermos mentales en el Derecho penal. Contradicciones y falencias del sistema de medidas de seguridad*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, págs. 95-96.

³⁷⁸ Artículo 101. 1. Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1.º del artículo 20, *se le podrá aplicar, si fuere necesaria*, la medida de internamiento *para tratamiento médico* o educación especial, o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo.

³⁷⁹ ANDRÉS-PUEYO, A. op. cit. (La peligrosidad criminal: análisis crítico de un concepto polisémico), 2013, pág. 483; MARTÍNEZ GARAY, op. cit. (La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad), 2014, págs. 7-8.

para una evaluación objetiva, fiable y válida de algo sería una definición lo más clara y precisa posible de ese algo, y por otro lado la predicción de un suceso con un mínimo grado de fiabilidad requeriría asimismo definirlo de la manera más exacta posible”³⁸⁰.

Hechas estas consideraciones, a las cuales volveremos oportunamente, partimos por ahora del trayecto histórico de construcción del concepto de la peligrosidad, realizado en la primera parte de la tesis, sobre el cual BERGALLI postula que existen tres enfoques conceptuales de la peligrosidad, según el énfasis sea empleado en las características del sujeto, en la relación entre el individuo y el grupo, o en la relación entre el comportamiento del sujeto y la norma. Así, primero la peligrosidad fue entendida como cualidad de la persona establecida sobre una base biológica, conduciendo a una noción de peligrosidad orgánico-natural y determinista, que fue característica de la escuela positivista (siglo XIX). Posteriormente, la peligrosidad fue declarada una inadaptación social del individuo, definición propia de la propuesta de la escuela de defensa social de la primera mitad del siglo XX, lo que generó una profusión de normativas en muchos países en los cuales se incriminó la inadecuación a normas sociales. Finalmente, la peligrosidad fue vinculada a la ocurrencia previa de una conducta típica, como una especie de “síntoma” de aquella³⁸¹.

Esta última, la peligrosidad postdelictual, emergió como un “valor sintomático homogéneo”, según afirma HEGGLIN, dado que representó un gran avance si comparado a los anteriores formatos. La concepción antes hegemónica, de corte determinista tanto en su versión biológica cuanto en la social, no fue destituida de contenido ideológico, sobre todo si se nota que no existió investigación empírica ni una construcción dogmática sólida para su justificación³⁸².

Por otro lado, LEAL MEDINA recuerda que la peligrosidad, además de ser un concepto polisémico, posee una definición confusa y equívoca. En efecto, el autor identifica tres distintos ejes conceptuales posibles, una vez que considera que la peligrosidad puede ser comprendida como inadaptación social, como condición interna del individuo o como fruto de circunstancias externas. Según el autor, la concepción de la peligrosidad como inadaptación social puede ser resultado de una enfermedad mental o infectocontagiosa, significando una unión entre los

³⁸⁰ MARTÍNEZ GARAY, op. cit. (La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad), 2014, pág. 8.

³⁸¹ BERGALLI, R. *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*. Barcelona, Sertesa, 1977, pág. 47 y siguientes.

³⁸² HEGGLIN. op. cit. (Los enfermos mentales en el Derecho penal), 2006, pág. 91.

argumentos científico-naturales y los deterministas al sostener que la inferioridad biológica del sujeto, manifestada en su enfermedad, lo hace no adaptado y, por lo tanto, peligroso para el convivio social. El según eje, al comprender la peligrosidad como una condición interna del sujeto, enfatiza la influencia de los factores endógenos como su personalidad, comprendiendo la peligrosidad como una cualidad de la psiquis del individuo peligroso. De otra parte, el tercer planteamiento manifiesta que la preponderancia de factores exógenos, (como condiciones físico-ambientales o de la vida familiar) sobre los rasgos individuales, proponiendo un concepto no de individuo peligroso sino de sujeto en situación de peligro por las diversas condiciones externas a las cuales está expuesto³⁸³.

Para sus defensores, siguiendo la propuesta de LEAL MEDINA, la peligrosidad sería de corte sociológico y no subjetivo, una vez que “la peligrosidad es producto de factores externos que gravitan sobre la persona, siendo las condiciones del mundo exterior las que influyen en la psique y, por ende, en la peligrosidad del individuo”³⁸⁴.

En el mismo sentido, BALBUENA PÉREZ identifica una multiplicidad de conceptos de peligrosidad, una vez que “(...) la peligrosidad abarca tanto el aspecto innato del sujeto como el ambiente en el que vive o desarrolla su vida social, por lo que, en principio, podemos distinguir entre peligrosidad *como inadaptación social*, como ocurre con las personas que poseen trastornos mentales o enfermedades infectocontagiosas o como *condición interna del sujeto* en los términos en los que se refirió GARÓFALO a la *temibilitá* como perversidad que persiste en el delincuente y la magnitud del mal que puede temerse de él”³⁸⁵.

En particular, ambas definiciones se acercan a un intento de conciliar las diversas corrientes teóricas sobre el tema con una construcción de tipo “ecléctica” que terminó por ser poco precisa y contribuir escasamente al análisis del tema.

Es así que ROMEO CASABONA en célebre monografía sobre el tema, llama la atención para el hecho de que existen por lo menos dos nociones de peligrosidad, una que llama de general (fruto del censo común), derivada de la idea misma de riesgo o de inminencia de un

³⁸³ LEAL MEDINA, J. op. cit. (La problemática existente para la aplicación de las medidas de seguridad/ Tesis de doctorado), 1999, pág. 275.

³⁸⁴ LEAL MEDINA, J. op. cit. (La problemática existente para la aplicación de las medidas de seguridad/ Tesis de doctorado), 1999, pág. 280.

³⁸⁵ BALBUENA PÉREZ, D.E., La libertad vigilada en la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal de 1995/ Tesis de Doctorado. Castellón: Universitat Jaume I, 2014, pág. 112.

daño, y otra de carácter jurídico, que divide en peligrosidad social y criminal. Para el autor, ambas identifican una cualidad de una persona, divergiendo en lo que toca a la inminencia de una acción socialmente dañosa en el primer caso, y en el segundo, de una infracción criminal³⁸⁶.

Por otro lado, en la mirada de HEGGLIN la peligrosidad puede ser entendida, por lo menos, desde dos perspectivas: la jurídica y la clínica. Según la autora argentina, las nociones clínicas vienen desde la psicología y la psiquiatría y entienden la peligrosidad en base a factores psicológicos del sujeto, según los cuales la enfermedad es un signo o síntoma de esta peligrosidad. Advierte aún que existen variados estudios empíricos que contradicen la relación planteada, todavía esta es la posición dominante en la visión clínica y es ella que suele aparecer en los peritajes forenses con más frecuencia. Asimismo, la autora destaca la relevancia de la construcción de la noción jurídica de peligrosidad, que se enmarca en un contexto más amplio de política criminal, o sea, una opción política del legislador que, para ella, no necesariamente obedece a criterios científicos³⁸⁷. En efecto, HEGGLIN considera que “un concepto normativo de peligrosidad obtiene validez y sentido sólo en función de la voluntad del derecho positivo y, consecuentemente, no puede ser transportado fuera de las fronteras de la ley por tornarse incomprensible, en otras palabras, un concepto normativo de peligrosidad sería aquél que el legislador penal construye a su conveniencia”³⁸⁸.

A pesar de las críticas, que profundizaremos más adelante, la construcción de un concepto normativo de peligrosidad significó en su momento un avance en el tratamiento del tema. Desde este punto, en base a la actual normativa, autores como HEGGLIN, MORILLAS CUEVA y MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN³⁸⁹, entre muchos otros, destacan la naturaleza de la peligrosidad criminal de los inimputables por anomalía o alteración psíquica como fundamento de las medidas de seguridad en el sistema penal español, según se entiende a partir de la lectura de los artículos 6, 95 y 101. De esta forma, la peligrosidad actúa como presupuesto indispensable a la aplicación y ejecución de tales medidas, funcionando como justificación de estas y no como su objetivo.

³⁸⁶ ROMEO CASABONA, C.M. op. cit. (Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo) 1986, págs. 13-14.

³⁸⁷ HEGGLIN. op. cit. (Los enfermos mentales en el Derecho penal), 2006, págs. 93-94.

³⁸⁸ HEGGLIN. op. cit., (Los enfermos mentales en el Derecho penal), 2006, pág. 98.

³⁸⁹ HEGGLIN. op. cit. (Los enfermos mentales en el Derecho penal), 2006, pág. 96; MORILLAS CUEVA, L. op. cit., (Sistema de Derecho Penal. Parte General), 2018, pág. 133; MUÑOZ CONDE, F, y GARCÍA ARÁN, M. op.cit. (Derecho Penal. Parte General), 2019, pág. 568.

Asimismo, HEGGLIN aún distingue tres principales características del concepto jurídico de peligrosidad: como cualidad o característica que se atribuye a la persona, una vez que el artículo 6.1, refiere a la peligrosidad *del sujeto*, y no de una situación o del mismo delito cometido anteriormente; en cuanto probabilidad de la producción de un hecho futuro, revelando el contenido pronóstico de la peligrosidad; y, por fin, como exigencia de que el hecho esperado en el futuro sea un delito, y no un hecho inconveniente o simplemente rechazado por la sociedad como ocurría anteriormente en el caso de la peligrosidad social³⁹⁰.

En definitiva, aunque la peligrosidad es un concepto complejo y que despierta gran interés social, existe muy poca producción sobre el tema³⁹¹, por lo que la mayor parte de los autores se limita a analizarlo como parte de los requisitos para la medida de seguridad, sin intentar, por ejemplo, definir cuáles serían los presupuestos particulares para la misma. De nuestra parte, una vez cotejadas todas las definiciones precedentes, entendemos que la peligrosidad criminal tiene como requerimientos esenciales, la existencia de un injusto penal como supuesto de hecho, la inimputabilidad ocasionada por la enfermedad mental, y el pronóstico de reincidencia. Estas son *conditio sine qua non* para la configuración de la peligrosidad postdelictual criminal, objeto de nuestro estudio, y la consecuente autorización de la aplicación de la sanción penal correspondiente, la medida de seguridad. Pasaremos a analizar cada uno de estos supuestos.

II. PRESUPUESTOS LEGALES

1. El injusto penal

La peligrosidad postdelictual implica un juicio de valor proyectado hacia el pasado, dirigido al hecho previsto como delito como su primer supuesto, en franca oposición a la concepción antes vigente de peligrosidad predelictiva. En este primer momento, no se trata de realizar un pronóstico, sino de volver la mirada para el hecho y comprobar su materialidad y autoría, como requisitos mínimos para cualquier reacción estatal. Dicho de otra manera, el

³⁹⁰ HEGGLIN. op. cit., (Los enfermos mentales en el Derecho penal), 2006, pág. 93.

³⁹¹ ROMEO CASABONA, C.M. op. cit. (Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo) 1986, págs. 13-14.

injusto penal es uno de los presupuestos de la peligrosidad postdelictual, como elemento distintivo entre la peligrosidad postdelictual y la peligrosidad predelictiva, admitida anteriormente por el sistema penal. La inserción del “hecho previsto como delito” en el artículo 6. 1. del Código Penal revela la introducción de un elemento normativo que posee distintas funciones y repercute en el proceso penal.

En efecto, el legislador identifica la comisión de un hecho previsto como delito como una exteriorización de la peligrosidad del sujeto (artículo 6.1), lo que posiciona el injusto no culpable como requisito necesario, pero no suficiente para la configuración de la peligrosidad. Esto es así porque la interpretación sistemática de los artículos 20.1, 95 y 101. 1, todos del Código Penal español, añade otras circunstancias que deben concurrir para el efecto. En este particular, LEAL MEDINA pondera que esta exigencia significó “(...) un avance y un progreso para las garantías del ciudadano, ya que refuerza con una mayor certeza y seguridad el pronóstico de peligrosidad, aunque no por ello, deja de constituir una mera probabilidad y, por otra parte, al sujeto se le asegura que no se verá sometido a un proceso penal sin que a priori haya realizado un hecho que la norma califique como delictivo”³⁹².

En consecuencia, el injusto funciona como indicio de la peligrosidad, cuyo efecto es el inicio de un proceso penal en el cual se parte, como en cualquier otro, por la necesidad de demostrar la materialidad y la autoría del hecho. De ahí resulta, la prohibición de identificar enfermedad mental y peligrosidad en el proceso penal conforme expresó ESPINOSA IBORRA, una vez que no basta ni la “simple etiqueta diagnóstica” ni la presunta comisión de un delito: el Juez debe utilizar de los medios que tenga posibilidad para establecer la peligrosidad, a través un proceso en el cual exista la posibilidad de controversia sobre la existencia comprobada de todos los requisitos legales³⁹³. Así, el proceso penal tiene el deber de asegurar efectivamente la aplicación de las garantías penales a todo ciudadano (enfermo mental o no).

En este contexto, la exigencia del hecho previsto como delito implica, obviamente que se trata de un injusto penal, como hecho típico y antijurídico, que fue cometido por un sujeto exento de responsabilidad. Ahora bien, es necesario afirmar que esta no configuración *a priori* de los elementos del delito en el caso en estudio no exime todas las implicaciones de naturaleza

³⁹² LEAL MEDINA, J. op. cit. (La problemática existente para la aplicación de las medidas de seguridad/ Tesis de doctorado), pág. 284.

³⁹³ ESPINOSA IBORRA, J. «El enfermo mental en el Nuevo Código Penal.» *Revista de la Asociación de a Especialización en Neuropsiquiatría XVII*, nº 64 (1997), pág. 611.

práctico procesales que suponen derecho al debido proceso. Por esto, si la definición legal de peligrosidad es post delictual, esto implica que el delito (en este caso el injusto penal no culpable) debe estar comprobado. A partir de esto, la peligrosidad postdelictual no solamente requiere la prueba cabal de la materialidad y autoría del hecho, como la verificación de la no existencia de causas de exclusión de la tipicidad o antijuridicidad del hecho, casos en los cuales estaría excluida la misma existencia del injusto y, consecuentemente, desautorizada la aplicación de la sanción³⁹⁴.

En tal sentido, MARTÍNEZ GARAY observa que esta es una de las cuestiones menos tratadas y más complejas planteadas por la imputabilidad penal. Según la autora, es necesario reflexionar desde los casos concretos abarcando los conceptos de injusto y de antijuridicidad, desde una perspectiva material, ponderando además las consecuencias prácticas de las distintas soluciones posibles³⁹⁵. Así, reflexiona la autora que “si se admite que en algunos casos la presencia de un trastorno mental en el autor del delito no constituye un simple problema de imputabilidad, sino que afecta a otros niveles del delito, las consecuencias sistemáticas tradicionales (posibilidad de imponer medidas de seguridad, de castigar a los partícipes, de exigir responsabilidad civil y de reaccionar en legítima defensa) pueden desaparecer, de manera que, por ejemplo, si a causa de la anomalía mental que padece la persona no es consciente de que está apoderándose de objetos “ajenos”, no habría delito de hurto por ausencia de un elemento subjetivo del tipo, y estaríamos en presencia de una conducta atípica”³⁹⁶.

Concretamente, la evaluación meticulosa de los elementos del injusto, significa que el proceso penal que culmina en la aplicación de las medidas de seguridad demandará la misma rigurosidad que implica el artículo 3.1 del Código Penal, el cual prevé igual aplicación para penas y medidas de seguridad del principio *nulla poena sine iudicio*: “no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales”. En efecto, HEGGLIN plantea que “la aplicación de las medidas de seguridad requiere también el pronunciamiento sobre la comisión

³⁹⁴ HEGGLIN. op. cit. (Los enfermos mentales en el Derecho penal), 2006, págs. 102-103.

³⁹⁵ MARTÍNEZ GARAY, L. «Imputabilidad y elementos del delito.» *Estudios de Derecho Judicial*, 2007, pág. 98.

³⁹⁶ MARTÍNEZ GARAY, L. op. cit. (Imputabilidad y elementos del delito), 2007, pág. 97.

de un delito en el que se exteriorice la peligrosidad, lo que se configura *ex lege* como una de las principales garantías”³⁹⁷ .

Por consiguiente, es imperativa la garantía de que no existirá proceso en contra de alguien por una supuesta peligrosidad o condición personal sin la demostración cabal de la existencia del injusto a través de un juicio en el cual se respete las leyes procesales, como lo exige el Código. Un juicio “de acuerdo a las leyes procesales” significa el derecho a paridad de armas, y al contradictorio; en lo que toca al hecho, su antijuridicidad; sobre el sujeto, es imprescindible la prueba de la causa de inimputabilidad y, por fin, el pronóstico de reincidencia. En consecuencia, el proceso y la sentencia deben valorar toda esta complejidad y no simplemente dedicarse a la verificación de la inimputabilidad³⁹⁸. En otras palabras, plantea TORÍO LÓPEZ³⁹⁹ y CARBONELL MATEU-GOMEZ COLOMER lo concretan que “el hecho que motiva una medida de seguridad debe estar probado en un proceso penal que siga las mismas reglas de prueba que las que se siguen respeto de cualquier otro hecho, y, en este punto rige, sin restricciones, el principio *in dubio pro reo*”⁴⁰⁰.

Asimismo, conviene subrayar con QUINTERO OLIVARES que “centrar el proceso en discutir la imputabilidad del acusado impide debatir cuestiones previas tales como el carácter doloso o culposo del hecho cometido o situaciones de legítima defensa o exculpación con el riesgo de declarar inimputable una persona que realizó una conducta atípica, justificada o disculpada por el Derecho penal lo que no sólo obsta a la imposición de una medida de seguridad sino que además le evita a la persona recibir el etiquetamiento de inimputable por padecer una enfermedad mental con la carga separadora y estigmatizadora que ello entraña”⁴⁰¹.

Por otro lado, aunque las normas ya examinadas solamente refieren de forma bastante amplia al “hecho previsto como delito”, la doctrina también cuestiona si todos los tipos penales logran como respuesta la aplicación de una medida de seguridad de internamiento.

³⁹⁷ HEGGLIN, op. cit. (Los enfermos mentales en el Derecho penal), 2006, pág. 108.

³⁹⁸ HEGGLIN, op. cit. (Los enfermos mentales en el Derecho penal), 2006, págs. 108-109.

³⁹⁹ TORÍO LÓPEZ, A. «Las formulas legislativas sobre la enfermedad mental: discusión del concepto de "enejenación".» En *Estudios Jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Victoria Vol.2*, págs. 967-980. Barcelona: Bosch, 1983.

⁴⁰⁰ CARBONELL MATEU, J.C., y GOMEZ COLOMER, J.L. *Enfermedad mental y delito. Aspectos psiquiátricos, penales y procesales*. Madrid, 1987, págs. 221-222.

⁴⁰¹ QUINTERO OLIVARES, G. *Locos y Culpables*. Pamplona: Aranzadi, 1999, pág. 132.

Inicialmente, se constata que, como una primera limitación, el artículo 95.2 aclara que las medidas de seguridad privativas de libertad solo pueden ser aplicadas si el tipo penal también prevé pena privativa de libertad (artículo 96.2). Como resultado, los delitos que poseen previsión de penas no privativas de libertad acarrearán de igual forma las medidas de seguridad no privativas de libertad dispuestas en el del artículo 96.3, en un claro ejercicio de aplicación del principio de proporcionalidad por el legislador.

De la misma forma, dispone el artículo 6.2. al establecer que 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”, valorando una vez más a priori la proporcionalidad entre la pena y la medida de seguridad para el mismo hecho. Con todo, y, a pesar de los avances los límites jurídicos para el cumplimiento de las medidas de seguridad son mucho más laxos que para las penas, ya que aquellas solamente cuentan con un límite máximo abstracto y no con una duración prefijada, hecho que hace de las medidas de seguridad en España no sean sanciones ilimitadas, como ocurre frecuentemente en Latinoamérica, que, sin embargo, las mantiene indeterminadas. En este caso, dada la magnitud de la intervención penal, ella implica una actitud de cautela en cuanto a su aplicación, como aconsejan destacadas monografías sobre el tema como las de LEAL MEDINA, HEGGLIN y FRISCH⁴⁰².

En efecto, FRISCH argumenta que, siguiendo la guía general que el legislador dejó para la comprensión de la proporcionalidad, el juez debe buscar que el injusto penal refleje la peligrosidad exigida normativamente, por el tipo de hecho cometido, o su gravedad concreta, sobre todo si se trata de la aplicación de una medida de seguridad de internamiento⁴⁰³. De tal forma, la peligrosidad debe ser evaluada siempre sobre hecho previo grave o de gran trascendencia, como advierten LEAL MEDINA y ZIFFER en honor al principio enunciado, verificando siempre la efectiva lesión al bien jurídico protegido⁴⁰⁴.

⁴⁰² LEAL MEDINA, J. La Historia de las Medidas de Seguridad. De las instituciones más remotas a los criterios científico penales modernos. Navarra: Thomson Aranzadi, 2006, pág. 138-228; HEGGLIN. op. cit. (Los enfermos mentales en el Derecho penal), 2006, pág. 71; FRISCH, W. op. cit. (Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal), 2007, págs. 33-34.

⁴⁰³ FRISCH, W. op. cit. (Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal), 2007, págs. 33-34.

⁴⁰⁴ ZIFFER, P. op. cit. (Medidas de Seguridad. Pronósticos de Peligrosidad en el Derecho Penal), 2008, pág. 129; LEAL MEDINA, J. op. cit. (La Historia de las Medidas de Seguridad.), 2006, págs. 154-155.

En este particular, de acuerdo con FRISCH, el hecho consiste en un elemento material nuclear para la justificación y legitimación de la propia prevención especial⁴⁰⁵. Por este motivo, el hecho debe tener un “valor significativo particular” en el caso concreto, que justifique la magnitud de la intervención del poder punitivo y la restricción de libertad del ciudadano. De dicha forma, ZIFFER afirma que el hecho previo puede mantener la función de límite material como garantía que sirve de indicio para que se averigüe si realmente existe peligrosidad, cuanto parte del mismo pronóstico, una vez que la gravedad del hecho anterior señala, aunque no de forma definitiva, el tipo de hecho futuro que se puede esperar⁴⁰⁶. En palabras de LEAL MEDINA, “el hecho punible cumple dos funciones: en la primera fase, sirve de síntoma de peligrosidad y, en la segunda, actúa como objeto del juicio pronóstico, cuya finalidad es prevenir que el sujeto cometa futuros delitos”⁴⁰⁷. En esta medida, tanto hechos no típicos, como otros considerados delitos de bagatela o, incluso, simples conductas molestas o inoportunas, no serían suficientes para la aplicación de la sanción penal.

Por fin, es necesario que se evalúe la existencia de una ligación entre el injusto y la peligrosidad a ser estimada, de forma que exista una relación de causa y efecto entre la anomalía o alteración mental y el hecho cometido, como síntoma de que es posible esperar en el futuro la práctica de nuevos hechos típicos y antijurídicos por el sujeto⁴⁰⁸. Naturalmente, en este punto cabe reflexionar además sobre la necesidad y la adecuación de la intervención penal, lo que se realizará a profundidad sobre estos y tantos otros principios penales y del Estado de derecho, en el capítulo cuarto de la tesis.

2. La inimputabilidad por anomalía o alteración psíquica

El estudio de la inimputabilidad penal por anomalía o alteración psíquica es por demás complejo, una vez que se trata de concepción interdisciplinar que involucra la participación de diversos actores en el proceso penal. En consecuencia, en el presente acápite nos proponemos

⁴⁰⁵ FRISCH, W. op. cit. (Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal), 2007, pág. 17.

⁴⁰⁶ ZIFFER, P. op. cit. (Medidas de Seguridad. Pronósticos de Peligrosidad en el Derecho Penal), 2008, págs. 122-129.

⁴⁰⁷ LEAL MEDINA, J. op. cit. (La problemática existente para la aplicación de las medidas de seguridad/ Tesis de doctorado), 1999, pág. 284.

⁴⁰⁸ ZIFFER, P. op. cit. (Medidas de Seguridad. Pronósticos de Peligrosidad en el Derecho Penal), 2008, págs. 218-219.

a acercarnos al tema en la medida de la relevancia para los fines propuestos para este capítulo, cual sea la inimputabilidad como presupuesto para la peligrosidad postdelictual de la persona que padece una enfermedad mental. En este marco, comenzaremos con un acercamiento a la culpabilidad y su impacto sobre la imputabilidad, para finalmente abordar la concepción actual de la eximente, la fórmula legal utilizada y los elementos que la constituyen.

2.1. Breve reflexión sobre la Culpabilidad como soporte de la Imputabilidad

Según la moderna doctrina penal, la existencia del hecho típico y antijurídico no es suficiente para la configuración del delito y la consecuente responsabilidad penal. Esa idea, que se impone jurídicamente a través del principio *nullum crimen sine culpa*, exige que, una vez probado el injusto, se pueda comprobar la culpabilidad del sujeto que lo practicó. Siguiendo la posición de MORILLAS CUEVA, identificamos que la culpabilidad, requiere que el sujeto posea, en el momento del delito (a) capacidad de culpabilidad o imputabilidad, (b) dolo como nivel autónomo y (c) exigibilidad de otra conducta⁴⁰⁹. Entre los tres elementos de la culpabilidad antes enunciados, nos ocuparemos en este trabajo de la imputabilidad, por su implicación directa con el objeto de estudio, la peligrosidad de los inimputables por anomalía o alteración psíquica.

En este contexto, consideramos que en la actualidad existen tres grandes grupos de teorías explicativas de la culpabilidad que implicarán en distintas formulaciones sobre la imputabilidad de las cuales pasaremos a recoger los principales puntos de aporte en lo que toca a nuestro objeto de estudio. A continuación, analizaremos los principales puntos de las teorías que conciben la culpabilidad fundamentada (a) en el libre albedrío, (b) en la motivabilidad del individuo por la norma penal y (c) en la constitución.

Tradicionalmente, la idea de culpabilidad nace con fuerte inspiración en la doctrina penal clásica, basada en la libertad del individuo, una vez que se pondera la capacidad del sujeto de poder actuar de otra forma en el momento del hecho. Según esta corriente, la idea central sería la de que la culpabilidad refleja el reproche sobre el autor del delito por comportarse de forma contraria al Derecho, una vez que podía actuar de forma distinta⁴¹⁰. De tal modo, la imputabilidad sería la capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de actuar de acuerdo a

⁴⁰⁹ MORILLAS CUEVA, L. op. cit., (Sistema de Derecho Penal. Parte General), 2018, pág. 636.

⁴¹⁰ ROMEO CASABONA, C.M. op. cit. (Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo) 1986, pág. 64.

esta comprensión, lo que lleva a la discusión a campo filosófico sobre la propia existencia y los límites de la libertad humana, para muchísimos autores.

En efecto, esta es la mayor crítica a esta corriente doctrinaria, una vez que una larga lista de autores argumenta de forma unísona la indemostrabilidad del libre albedrío y de la capacidad de autodeterminación del hombre. Esto llevó a una parte de la doctrina a buscar opciones a la teoría clásica, que van desde la desestimación completa de la noción de culpabilidad hasta la fundamentación de la culpabilidad en la capacidad de motivación del autor. Esta última posición, fuertemente ligada a la fundamentación de la culpabilidad en la prevención general positiva del Derecho penal, diseñó una teoría de carácter eminentemente normativo. Veremos algunos de los nombres más representativos de esta corriente, sus principales reflexiones y las consecuencias que implican para la comprensión de la imputabilidad.

En este sentido, CASTELLÓ NICÁS destaca la obra de GIMBERNAT ORDEIG como importante antecedente, para quien la pena no es impuesta para retribuir una culpabilidad que no existe o que, como mínimo, no se puede probar la existencia, sino tiene la función de viabilizar la convivencia humana por medio de la prevención, tanto general como especial⁴¹¹. La prohibición contenida en la norma penal debe ser fortalecida como mecanismo necesario a la convivencia y este es el fundamento de la aplicación de la pena, no la culpabilidad⁴¹². En este sentido, GIMBERNAT ORDEIG cuestiona el presente y el futuro de la dogmática penal de su tiempo, una vez que se vincula al Derecho penal, este a su turno se basa en la pena y la pena se fundamenta en la culpabilidad, que, en la mirada del autor, sencillamente, no existe⁴¹³.

Partiendo de la negación de la concepción absolutista de la pena basada en la retribución, GIMBERNAT ORDEIG tiene el mérito de proyectar la fundamentación de la sanción penal en el juicio de necesidad generando lo que llamó de “Derecho penal de política social”. De esta forma, la posición radical defendida por este autor se dirigió a la negación misma de la

⁴¹¹ CASTELLÓ NICÁS, N. «Artículo 20.1.» En *Comentarios al Código Penal*, de Cobo de Rosal. Madrid: Edersa, 1999, pág. 115.

⁴¹² GIMBERNAT ORDEIG, E. « ¿Tiene un futuro la dogmática penal? » En *Derecho Penal*, Prof. em. José Hurtado Pozo, Université de Fribourg - Disponible en: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_84.pdf, pág. 4. Este trabajo se publicó en *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, Salamanca, 1971, págs. 87-109. Fuera de España ha aparecido en *Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del Derecho. En homenaje al profesor Jiménez de Asúa*, Ediciones Panedille, Buenos Aires 1970, págs. 495-523. La versión alemana del trabajo se publicó con el título *Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?*, en: *ZStW* 28 (1970), fascículo 2, págs. 379-410.

⁴¹³ GIMBERNAT ORDEIG, E. op.cit. (¿Tiene un futuro la dogmática penal?), 1971, pág. 8.

culpabilidad como presupuesto de la pena⁴¹⁴. De fuerte inspiración psicoanalítica, el autor justifica que “para reforzar aquellas prohibiciones cuya observancia es absolutamente necesaria, para evitar, en la mayor medida posible, la ejecución de acciones que atacan las bases de la convivencia social, para conferir en fin a tales prohibiciones -con la amenaza y con la ejecución de la pena cuando no sean respetadas- un especial vigor que eleve en la instancia de la conciencia su efecto inhibitor”⁴¹⁵.

Consecuentemente, GIMBERNAT ORDEIG entiende que solamente las personas normales psiquiátricamente pueden responder a la amenaza del castigo positivamente, en cuanto los inimputables no serían permeables a dicho estímulo. La no susceptibilidad de motivación, además de la ausencia de identificación del grupo de los “normales” con el delincuente inimputable, hace con que no tenga propósito la imposición de pena a esta persona, y, consecuentemente, no hay utilidad preventiva en ello⁴¹⁶. De otra parte, en lo que toca a los efectos de la no responsabilización penal de los inimputables, el autor afirma que “su comportamiento delictivo quede impune no disminuye en nada el carácter inhibitorio general de las prohibiciones penales. El sujeto normal distingue muy bien esos dos grupos de inimputables (...), sabe que pertenece a otro grupo, y que a él sí que se le va a castigar si realiza un tipo penal; sabe, pues, que la impunidad de aquéllos no afecta a la suya”⁴¹⁷.

Sin embargo, FONSECA MORALES pondera que las críticas a esta formulación se manifiestan en el sentido de la poca operatividad práctica de sus propuestas. Por otro lado, la radicalidad de la comprensión de la inimputabilidad, dirigida a los casos extremos en que no existe la posibilidad de intimidación por la norma y no habría sentido preventivo en la pena, posee el evidente límite de que en pocas ocasiones se observan casos extremos de esta naturaleza y, entonces, no presentaría una solución más realista para solucionar tal dificultad⁴¹⁸.

De otra parte, ROXIN entiende que la culpabilidad es un tema de eterna discusión en el Derecho penal, en la medida que “tanto en su existencia y en sus presupuestos como en la constatación de su fundamento y medida está expuesta a dudas que nunca serán despejadas”⁴¹⁹.

⁴¹⁴ GIMBERNAT ORDEIG, E. op.cit. (¿Tiene un futuro la dogmática penal?), 1971, pág. 5.

⁴¹⁵ *Ibidem*.

⁴¹⁶ GIMBERNAT ORDEIG, E. op.cit. (¿Tiene un futuro la dogmática penal?), 1971, pág. 8.

⁴¹⁷ *Ibidem*.

⁴¹⁸ FONSECA MORALES, G.M. op. cit. (Exención y atenuación de la responsabilidad criminal por anomalía o alteración psíquica/ Tesis de doctorado), 2007, pág. 47.

⁴¹⁹ ROXIN, C. *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*. Madrid: Reus, 1981, págs. 147..

Asimismo, ROXIN realiza una dura crítica a la fundamentación tradicional de la culpabilidad, una vez que además de entender indemostrable el libre albedrío rechaza duramente el carácter retributivo de la pena característico del pensamiento clásico⁴²⁰. Posteriormente, formula la propuesta de la sustitución del término culpabilidad por el de responsabilidad, para el cual la necesaria racionalización del Derecho penal implicaría que “la culpabilidad jurídico-penal no es otra cosa que decisión contra la norma penal, a pesar de poseer capacidad de reaccionar a las exigencias normativas”⁴²¹.

De otra parte, se observa en JAKOBS que la finalidad eminente del sostenimiento del orden jurídico reposa en la prevención general es exactamente el sustento del reconocimiento general de la norma⁴²². Como consecuencia, se caracteriza el énfasis en la prevención general positiva como un fuerte rasgo de la obra del autor, una vez que este modelo de prevención se dirige a todos los ciudadanos de forma amplia, no para producir temor a la sanción – prevención general negativa, sino para fortalecer la confianza en el sistema penal⁴²³. En síntesis, para JAKOBS la definición de culpabilidad se fundamenta en los fines preventivos de la pena, como parte de la estructura del funcionalismo sistémico que involucra el orden jurídico penal y el social, construido por el autor alemán⁴²⁴.

Sobre este particular, FEIJOO SÁNCHEZ analiza que las teorías dirigidas a la prevención general positiva que ganaron protagonismo a partir de la segunda mitad del siglo XX, tienen sus raíces en obra del Hegel que, a pesar de defender un concepto abstracto absoluto de la pena, en su perspectiva concreta refleja el traslado a un perceptible carácter relativo, debido a que la pena en concreto se destinaba a producir la estabilidad social⁴²⁵. Así, concordamos con la evaluación de BITENCOURT de que esta fue la base de las modernas teorías neoretributivistas, que son aquellas comprometidas con la prevención general positiva, como la de JAKOBS⁴²⁶.

De hecho, para JAKOBS la culpabilidad se caracteriza por lo que el autor llama de “infidelidad con la norma”, comprendida como una falta de disposición para motivar su

⁴²⁰ ROXIN, C. op. cit. (Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal), 1981, págs. 76-77.

⁴²¹ ROXIN, C. op. cit. (Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal), 1981, pág. 149, 155 y siguientes.

⁴²² JAKOBS, G. *Derecho Penal, Parte General*. Madrid: Marcial Pons, 1997, pág. 584.

⁴²³ JAKOBS, G. *Derecho Penal, Parte General*. Madrid: Marcial Pons, 1997, pág. 581; BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral, Vol. I*. São Paulo: Saraviva, 2012, pág. 105.

⁴²⁴ JAKOBS, G. *Derecho Penal, Parte General*. Madrid: Marcial Pons, 1997, pág. 575.

⁴²⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. *Retribución y Prevención General. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2007, págs. 261-265.

⁴²⁶ BITENCOURT, C.R. op. cit. (Tratado de Direito Penal. Parte Geral), 2012, pág. 105.

conducta en coherencia con la norma penal, lo que resulta en una afectación a la confianza general de la sociedad en dicha norma⁴²⁷. Así, es necesario que exista el déficit de motivación conforme el Derecho y que, además, el sujeto sea responsable por este déficit, de forma que el comportamiento típico y antijurídico debe ser sancionado como forma de restablecer la confianza y la fidelidad social en el mismo sistema jurídico penal⁴²⁸.

En contraste, emerge en España la teoría de la motivabilidad, desarrollada especialmente por MUÑOZ CONDE y MIR PUIG, como un intento de proponer una solución a los límites de la teoría tradicional de la culpabilidad sin renunciar a esta categoría dogmática. Los autores, por un lado, asumen la contribución de la teoría normativa pura, comprendiendo que la culpabilidad está conformada por la capacidad de culpabilidad, la conciencia potencial de la ilicitud y la exigibilidad de otra conducta, y por otro, rechazan el fundamento original de la culpabilidad, como capacidad de actuar de forma distinta.

A partir de la indemostrabilidad del libre albedrío, eje constante en todas las teorías contestadoras de la noción tradicional de culpabilidad, su posición se caracteriza por la incorporación de la finalidad preventiva del Derecho penal como fundamento último de la culpabilidad, así como los antecesores de origen germánico. No obstante, esta aparente coincidencia, MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN critican fuertemente su posición evaluando que “para ROXIN, las finalidades preventivas no forman parte del concepto de culpabilidad, sino que lo complementan. Según este autor, una vez comprobada la culpabilidad, entendida también por él en el sentido tradicional, procede averiguar si, desde el punto de vista de los fines preventivos del Derecho penal, es o no necesaria una pena, es decir, si se puede y se debe hacer responsable al sujeto por lo que ha hecho. De ahí que, en lugar de culpabilidad, prefiera el término de responsabilidad. Sin embargo, no hay por qué disociar la culpabilidad de los fines de la pena, ni separarla de la responsabilidad que no es, en definitiva, más que la consecuencia de declarar culpable al sujeto por lo que ha hecho”⁴²⁹.

⁴²⁷ JAKOBS, G. *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1997, pág. 566-567.

⁴²⁸ JAKOBS, G. *Derecho Penal, Parte General*. Madrid: Marcial Pons, 1997, pág. 598; BITENCOURT, C.R. op. cit. (Tratado de Direito Penal. Parte Geral, Vol. 1.), 2012, pág. 47; FEIJOO SANCHEZ, B.J. op. cit. (Retribución y Prevención General. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal), 2007, pág. 127.

⁴²⁹ MUÑOZ CONDE, F, y GARCÍA ARÁN, M. op. cit. (Derecho Penal. Parte General), 2010, pág. 353. En esta oportunidad se utiliza la edición anterior de la obra, toda vez que no está presente en su integridad en la edición más reciente del 2019.

Con todo, para los autores españoles la función motivadora de la norma penal sería el fundamento mismo de la culpabilidad o, en otras palabras, la culpabilidad se basa en la relación establecida entre el individuo y los mandatos y prohibiciones impuestos por la norma⁴³⁰. De donde resulta que, MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN definen la motivabilidad como una “(...) capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas es, según creo, la facultad humana fundamental que, unida a otras (inteligencia, afectividad, etc.), permite la atribución de una acción a un sujeto y, en consecuencia, la exigencia de responsabilidad por la acción por él cometida”⁴³¹.

Ahora bien, aunque partiendo de la misma matriz teórica, MIR PUIG diseña una variación de la teoría de la motivabilidad al sustentar que el fundamento material de la culpabilidad para la atribución de responsabilidad penal es la noción de normalidad de la motivación. El autor argumenta que en algunos casos no está ausente toda posibilidad de ser motivado por la norma, con todo, la falta está en la posibilidad de acceso *normal*, lo que conduciría a la ilegitimidad de la pena y, consecuentemente, de la responsabilidad penal⁴³². De dicha forma, el inimputable es calificado por el autor como el no motivable mediante normas, por lo que la posibilidad o no de motivabilidad normativa es la variable que determina la violación de la norma.

Dicho lo anterior, se observa que la concepción de la teoría de la motivabilidad coincide, para sus autores, que la culpabilidad posee una manifestación personal o individual, no obstante, conserva una matriz social, una vez que afirma que “realmente no hay una culpabilidad en sí, sino una culpabilidad en referencia a los demás. La culpabilidad no es un fenómeno individual, sino social”⁴³³. Este hecho conduce al concepto de culpabilidad a una carga concreta, de contenido histórico, antes que abstracta, psicológica o metafísica.

Finalmente, destacamos la tercera corriente, denominada constitucionalista defendida fundamentalmente por MORILLAS CUEVA. Para el autor, la teoría del delito se basa en dos ejes centrales: el juicio de antijuridicidad y el juicio de culpabilidad, definiendo este último como “el juicio de reproche al sujeto que ha actuado con una conducta típica y antijurídica, en

⁴³⁰ BITENCOURT, C.R. op. cit. (Tratado de Direito Penal. Parte Geral, Vol. 1.), 2012, pág. 104; MUÑOZ CONDE, F, y GARCÍA ARÁN, M. op. cit. (Derecho Penal. Parte General), 2019, pág. 339; MIR PUIG, S. op.cit. (Derecho Penal, Parte General) 2016, pág. 552.

⁴³¹ MUÑOZ CONDE, F, y GARCÍA ARÁN, M. op. cit. (Derecho Penal. Parte General), 2019, pág. 339.

⁴³² MIR PUIG, S. op.cit. (Derecho Penal, Parte General) 2016, pág. 557.

⁴³³ MUÑOZ CONDE, F, y GARCÍA ARÁN, M. op. cit. (Derecho Penal. Parte General), 2019, pág. 337.

en el sentido de atribuirle el hecho para hacerlo subjetivamente responsable”. De dicha forma, partiendo del carácter irrenunciable de la culpabilidad, tanto en cuanto principio como parte de la teoría del delito, se destaca la naturaleza garantista de la culpabilidad, como consecuencia del Estado Social y Democrático de Derecho y límite al *ius puniendi*⁴³⁴. Por consiguiente, el vínculo de la culpabilidad con los cimientos constitucionales del derecho penal es medular, rechazando cualquier vestigio de relación a una identificación moral de la culpabilidad, como ocurría anteriormente con la culpabilidad por el modo de vida o por el carácter, típicos ejemplos afines a la tradición del derecho penal de autor⁴³⁵.

En lo que concierne al fundamento de la culpabilidad, MORILLAS CUEVA afirma que esta tiene como “presupuesto lógico la libertad de decisión de las personas”. Esto no implica, para el autor, un regreso a la justificación del libre albedrío, toda vez que admite la indemostrabilidad de la libertad humana, alejando al derecho penal de cualquier fundamento metafísico, moral o antropológico. Al contrario, el fundamento buscado es de carácter jurídico y debe reposar sobre la misma constitución, que consagra la libertad como valor fundamental. Así, el entendimiento de que todos los hombres son libres es una premisa de todo el ordenamiento jurídico, como “exigencia jurídico-constitucional”, que, naturalmente, no es ilimitada, mas posee excepciones taxativamente previstas por el mismo ordenamiento⁴³⁶.

En este sentido, el juicio de culpabilidad de fundamentación evidentemente normativa, tiene como elementos esenciales la exigibilidad de la conducta, toda vez que, no existiendo ninguna de las excepciones, el individuo podría actuar de otra forma; y el juicio de reproche. Este último, ya no puede fundarse en la idea del hombre medio, sino en la libertad de los ciudadanos declarada constitucionalmente como pauta general que comporta excepciones legales⁴³⁷.

Una vez expuestas las principales posiciones en la doctrina sobre la culpabilidad, en continuación a la propuesta de este capítulo, en este momento nos acercaremos a la imputabilidad, desde sus posibles conceptos, naturaleza jurídica y fundamentos, para pasar, en el siguiente acápite al estudio de sus elementos, ya inmersos en la perspectiva de la inimputabilidad. En este sentido, es forzoso comenzar reconociendo que, históricamente, la

⁴³⁴MORILLAS CUEVA, L. op. cit., (Sistema de Derecho Penal. Parte General), 2018, pág. 628

⁴³⁵MORILLAS CUEVA, L., op. cit. (Sistema de Derecho Penal. Parte General), 2018, págs. 629, 631-632.

⁴³⁶MORILLAS CUEVA, L., op. cit.. (Sistema de Derecho Penal. Parte General), 2018, págs. 632-633.

⁴³⁷ *Ibidem*, pág. 635.

imputabilidad tuvo un desarrollo paulatino, desde el origen del vocablo hasta la generación del concepto de imputación subjetiva en el iusnaturalismo del siglo XVIII⁴³⁸, pasando concepto de imputación basada en el libre albedrío característica de la escuela clásica, como consecuencia de un proceso de imputación física del hecho (el agente dio causa), seguida de una imputación moral (actuación de una voluntad libre e inteligente), y finalmente de una imputación legal (el hecho estaba prohibido por la norma penal)⁴³⁹.

Sin embargo de este desarrollo inicial, JESCHECK-WEIGEND y MARTÍNEZ GARAY reconocen los estrechos lazos del concepto de imputabilidad como producto de la dogmática penal desarrollada en el siglo XIX⁴⁴⁰. Ulteriormente, la doctrina penal pasó generar distintas propuestas conceptuales entre las cuales se destacan las nociones de imputabilidad entendida como capacidad de acción, identificada con la capacidad de pena y, posteriormente, como capacidad de entender y querer⁴⁴¹. Así, la concepción de imputabilidad como capacidad de acción, en la actualidad con valor histórico, entendió la existencia de una identidad entre la imputabilidad y la capacidad de acción. Esta concepción resulta incompatible con el Estado actual de la teoría del delito, ya que induce a una confusión entre la imputabilidad y los elementos de la acción como categorías dogmáticas, además de no ser posible conciliar dicha noción con otras categorías actuales como, por ejemplo, la inimputabilidad de los menores de edad o de las personas inimputables en general que, por obvias razones, no prescinden de capacidad de acción⁴⁴².

⁴³⁸ Según MARTÍNEZ GARAY “Esta teoría fundamenta la atribución de responsabilidad en el libre albedrío y elabora, en el plano de la filosofía, un concepto, *imputativitas*, con el que designar la posibilidad de imputar las consecuencias de las acciones a su autor. Es un concepto referido a la acción y no al sujeto, por lo que sus presupuestos y, correlativamente, las causas de su exclusión, están relacionados tanto con requisitos internos al sujeto, relativos a sus capacidades psíquicas, como con circunstancias externas al mismo. MARTÍNEZ GARAY, L. Aproximación histórica al surgimiento del concepto de imputabilidad subjetiva en la doctrina penal alemana. En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 8, 2001, págs. 118-119.

⁴³⁹ CASTELLÓ NICÁS, N. *La Imputación Penal del Drogodependiente*, Granada: Comares, 1997, pág. 40.

⁴⁴⁰ JESCHECK, H. y WEIGEND, T., op.cit. (Tratado de Derecho Penal, Parte General), 2014, pág. 634; MARTÍNEZ GARAY, L. op. cit. (La imputabilidad penal), 2005, pág. 122.

⁴⁴¹ MARTÍNEZ GARAY destaca la ambivalencia del concepto de imputabilidad, así como que esta ya estuvo ubicada, con mayor o menor aceptación, en prácticamente todas las categorías dogmáticas. La autora también señala que en Alemania la imputabilidad fue reconocida como capacidad de acción, capacidad de deber (presupuesto de antijuridicidad), capacidad de delito y, finalmente, capacidad de culpabilidad. MARTÍNEZ GARAY, L. op. cit. (La imputabilidad penal), 2005, pág. 77, 122. En el mismo sentido: ZAFFARONI E.R. y SLOKAR, A. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2002, pág. 691.

⁴⁴² URRUELA MORA, A. *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica. La capacidad de culpabilidad a la luz de los modernos avances en psiquiatría y genética*. Bilbao-Granada: Comares, 2004., págs. 159.

De igual forma, el entendimiento de la imputabilidad como capacidad de pena tampoco es compatible con el sistema jurídico penal actual, toda vez que se basa en una comprensión preventiva de la culpabilidad, implicando, en una sobre posición de los fines político-criminales a la dogmática penal, y una visión utilitaria del sujeto. En lo que toca a la comprensión de la imputabilidad como capacidad de entender y querer, esta es exactamente la fórmula que se encuentra actualmente vigente en el Código Penal italiano y, bajo su influjo, fue el entendimiento dominante en la doctrina y en la jurisprudencia española hasta el comienzo de la década de los 90 del siglo XX⁴⁴³. De forma acotada, se puede referir a los conceptos planteados por FIANDACA-MUSCO, según los cuales la capacidad de entender implica una aptitud en el mundo de acuerdo a una percepción no retorcida del contexto, comprendiendo el significado de sus actos, y las posibles consecuencias para sí mismo y para terceros; en cuanto la capacidad de querer refiere al autocontrol y la capacidad de autodeterminación, características que se ponen a prueba cuando se está delante de opciones antagónicas de comportamiento⁴⁴⁴. Aunque dicho enunciado no esté exento de críticas por destacados juristas como MIR PUIG y FONSECA MORALES⁴⁴⁵, una gran parte importante de la doctrina italiana y española equipara la capacidad de entender con la capacidad de comprensión de la ilicitud del hecho, así como la capacidad de querer se acerca a la capacidad de autodeterminación, como lo expone URRUELA MORA⁴⁴⁶.

Superando estos aspectos retrospectivos, con respeto a las concepciones actuales es posible constatar inicialmente que, en el estudio de la imputabilidad hay dos cuestiones predominantemente mayoritarias: la primera, bastante obvia, es que la legislación penal en España, así como en la gran mayoría de los países occidentales (con excepción del Código Penal italiano⁴⁴⁷, no define la imputabilidad sino la inimputabilidad. En efecto, el hecho de haber el

⁴⁴³ FONSECA MORALES, G.M. op. cit. (Exención y atenuación de la responsabilidad criminal por anomalía o alteración psíquica/ Tesis de doctorado), 2007, págs. 67-80.

⁴⁴⁴ FIANDACA, G. y MUSCO, E. op. cit. (Derecho Penal Parte General), 2006, pág. 333.

⁴⁴⁵ En este sentido MIR PUIG afirma que: “se ha advertido que también los inimputables pueden conocer y querer el hecho. El enajenado puede saber que está matando a otra persona y querer hacerlo. Es más: si el sujeto se halla en situación de inconsciencia en el momento en que realiza el hecho, no faltará sólo la imputabilidad, sino incluso la propia presencia de un comportamiento humano, primer elemento del concepto de delito. No faltará sólo la imputación personal, sino la acción y, por tanto, también la antijuricidad”. MIR PUIG, S. op.cit. (Derecho Penal, Parte General) 2016, pág. 581; De otra parte, FONSECA MORALES argumenta que los inimputables también tienen la facultad de conocer y querer, como ocurre, por ejemplo, con los menores de edad. FONSECA MORALES, G.M. op. cit. (Exención y atenuación de la responsabilidad criminal por anomalía o alteración psíquica/ Tesis de doctorado), 2007, pág. 35.

⁴⁴⁶ URRUELA MORA, A. op. cit. (Imputabilidad Penal y Anomalía o Alteración Psíquica), 2004, págs. 159-162.

⁴⁴⁷ Artículo 85.- Capacidad de entender y querer. Nadie puede ser castigado por un hecho previsto en la ley como delito, si, en el momento en que lo ha cometido, no era imputable. Es imputable el que tiene capacidad de entender

legislador optado por un criterio negativo para enunciar la imputabilidad hace con que sea necesario llegar a su contenido a través de una interpretación contrario sensu de la norma penal⁴⁴⁸; la segunda refiere al reconocimiento de que la imputabilidad corresponde a la capacidad de culpabilidad⁴⁴⁹. No obstante, este hecho no implica que se trate de tema pacífico, comenzando con el cuestionamiento sobre la naturaleza jurídica de la imputabilidad como elemento o presupuesto de la culpabilidad.

En efecto, el entendimiento de la imputabilidad como presupuesto se basa en su concepción en cuanto característica del sujeto, o capacidad o condición personal a priori independiente del comportamiento delictivo o no. Esta posición afirma la imputabilidad como modo de ser o atributo de la persona que la culpabilidad supone para configurarse. Sería una característica *a priori*, estática, ligada al sujeto de forma independiente del injusto penal⁴⁵⁰.

En cambio, los autores que abogan por la imputabilidad como elemento de la culpabilidad, como MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, JESCHECK-WEIGEND y MORILLAS CUEVA⁴⁵¹, entienden a la imputabilidad como componente, o sea, esencia que conforma el propio concepto de culpabilidad. En esta mirada, la imputabilidad está anclada al hecho delictivo, lo que impide que sea valorada como una capacidad general en abstracto. De hecho, esto generaría una situación análoga a la idea de capacidad (o incapacidad) civil, declarada abstractamente para todos los actos, y conllevaría a una clara identidad entre

y querer. MORILLAS CUEVA, op. cit., (Sistema de Derecho Penal. Parte General), 2018, pág. 638; FIANDACA, G. y MUSCO, E. op. cit. (Derecho Penal Parte General), 2006, 2006, pág. 332; URRUELA MORA, A. op. cit. (Imputabilidad Penal y Anomalía o Alteración Psíquica), 2004, pág. 161.

⁴⁴⁸ Por todos: MAQUEDA ABREY, M.L. y LAURENZO COPELLO, P. El Derecho penal en Casos. Parte general, Teoría y Práctica. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pág. 255; FONSECA MORALES, G.M. La anomalía o alteración psíquica como eximente o atenuante de la responsabilidad criminal. Madrid: Dykinson, 2009, pág. 19; y URRUELA MORA, A. op. cit. (Imputabilidad Penal y Anomalía o Alteración Psíquica), 2004, págs 156-157.

⁴⁴⁹ MORILLAS CUEVA, L. op. cit. (Sistema de Derecho Penal. Parte General), 2018, pág. 637; JESCHECK, H. y WEIGEND, T., op.cit. (Tratado de Derecho Penal, Parte General), 2014, pág. 634; HIGUERA GUIMERÁ, J.F., «La prueba pericial psiquiátrica en los procedimientos judiciales penales y la medicina forense en España: una respetuosa llamada "urgente" de atención», *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal / coord. por Juan Carlos Carbonell Mateu*, 2005, pág. 504; ROCÍO CANTARERO, R. «Responsabilidad penal del menor y teorías clásicas de la culpabilidad», *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal / coord. por Juan Carlos Carbonell Mateu*, 2005, pág. 174. COBO DEL ROSAL, M. «Fragmentos penales», Valencia, Tirant lo Blanc, 2004, pág. 164. BLANCO LOZANO, C. *La eximente de anomalía o alteración psíquica*. Madrid: Dykinson, 2000, pág. 47; ROMEO CASABONA, C.M. op. cit. (Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo) 1986, pág. 58; QUINTERO OLIVARES, G. *Parte General del Derecho Penal*. Pamplona: Aranzadi, 2015, pág. 397; TORÍO LÓPEZ, A. op. cit. (Las formulas legislativas sobre la enfermedad mental), 1983, págs. 969-97..

⁴⁵⁰ REYES ECHANDÍA, A. *Imputabilidad*. Bogotá: Temis, 1997, pág. 28.

⁴⁵¹ MORILLAS CUEVA, L. op. cit., (Sistema de Derecho Penal. Parte General), 2018, págs. 637-639; JESCHECK, H. y WEIGEND, T. op. cit. (Tratado de Derecho Penal, Parte General), 2014, pág. 637.

enfermedad mental e inimputabilidad. De este modo, se reflejaría no solamente una opción por la adopción de una fórmula biológica de inimputabilidad, como un mecanismo evidente de Derecho penal de autor (y no del hecho).

Sobre este tema, manifiesta QUINTERO OLIVARES que no se es imputable "en abstracto y al margen y previamente al delito, sino que la condición de imputable se puede examinar o decidir solamente a partir del hecho de la comisión de un delito. Imputable es una calificación jurídica, no natural o social, y como tal calificación jurídica se explicará en relación con un hecho, un proceso y un conflicto concreto", de la misma forma que "no se es imputable o inimputable como dato común, del mismo modo que no se es deudor o acreedor o arrendatario o arrendador"⁴⁵². En el mismo sentido, CAIROLI MARTÍNEZ expresa que "la imputabilidad no es sinónimo de salud mental, así como inimputabilidad tampoco significa enfermedad física o psíquica"⁴⁵³. En efecto, el autor defiende la desvinculación de la definición de imputabilidad de la de salud mental, por tratarse de una noción de carácter jurídico y no médico, aunque, argumenta, posea un aspecto médico y sea necesaria la colaboración de los profesionales de salud. Así, concluye que "no basta ser imputables a priori, sino que se debe ser imputable en el momento del hecho y respeto del acto concreto"⁴⁵⁴. En consecuencia, una misma persona puede ser imputable para algunos delitos y no para otros, como en el ejemplo del oligofrénico que puede comprender y motivarse en relación a la ilicitud de un homicidio, pero no necesariamente se aplica lo mismo para delitos más sofisticados, como los crímenes contra la fe pública, por ejemplo.

En percepción de PERIS RIERA el legislador de 1995 tomó cierto partido en la concepción de la culpabilidad al incluir una definición de imputabilidad en bases a las consecuencias que tanto la alteración o las anomalías psíquicas debían generar en el sujeto; que le impedían la comprensión de la ilicitud de hecho o de actuar conforme a es comprensión⁴⁵⁵.

⁴⁵² QUINTERO OLIVARES, G. op. cit. (*Locos y Culpables*), 1999, pág. 159.

⁴⁵³ CAIROLI MARTÍNEZ, M. "La capacidad de culpabilidad y su exclusión". En: ARROYO ZAPATERO y otros. Coordinador NIETO MARTIN, A. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam. Vol. I. Parte General. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2001, pág. 895.

⁴⁵⁴ *Ibidem*.

⁴⁵⁵ PERIS RIERA, Jaime. TDAH y responsabilidad penal: anomalía o alteración psíquica y su valoración a efectos de imputabilidad. El trastorno por déficit de atención e hiperactividad y su repercusión en la responsabilidad penal. Dir. Peris Riera. Dykinson, Madrid, 2017, pág. 71.

Dicho lo anterior, si se observa la concepción de imputabilidad que se refleja en la redacción del artículo 20.1 del Código Penal, se puede concluir que se trata de una capacidad jurídica (y no natural) atribuida por la norma en relación a un hecho específico y no una condición personal del sujeto. De ahí que pondera CAIROLI MARTÍNEZ que “no puede estar regido por criterios puramente biológicos o meramente psicológicos o psiquiátricos, -porque no significa salud o enfermedad -, sino por los efectos que ha sufrido el agente de la conducta en el momento en que se llevó a cabo”⁴⁵⁶.

En definitiva, afirmamos que la inimputabilidad no es la versión penal de la incapacidad civil que produce efectos hacia el futuro, sino un elemento a ser averiguado en cada caso en relación al hecho pasado en concreto. Así dispone el Código al exigir, para la conformación de la imputabilidad, no solamente los elementos volitivo y cognitivo, sino también el nexo de causalidad entre la anomalía y el hecho y el elemento temporal, negando cualquier posibilidad de inimputabilidad a priori o en abstracto.

Es relevante notar que, desde las distintas comprensiones de culpabilidad antes presentadas, coherentemente, los autores plantean un entendimiento compatible sobre la imputabilidad. Así, desde el funcionalismo de JAKOBS, se destaca una fuerte orientación preventivo general, por lo que los criterios político criminales nortean su concepción. En este contexto, el sentido de la aplicación de la sanción penal, mantener la creencia en la norma, lleva al reconocimiento de que la sanción penal está dirigida para los “iguales”, los cualitativamente “normales”, una vez que la imputabilidad consiste en la competencia de poner en cuestión la validez de la norma. De ahí que, los factores personales que hacen con que el individuo desarrolle un proceso motivatorio exitoso y coherente con el sistema jurídico y social hacen de este sujeto un igual, al paso en que los inimputables serían, contrario sensu, desiguales y cualitativamente anormales, una vez que no pueden motivar su conducta adecuadamente por la norma⁴⁵⁷.

Por otra parte, ROXIN, desde un funcionalismo moderado, marcadamente distinto al planteado por JAKOBS, expone su propuesta de una teoría de la responsabilidad penal entiende que “la capacidad de culpabilidad es la capacidad de autoconducción de impulsos psíquicos y

⁴⁵⁶ *Ibidem*.

⁴⁵⁷ JAKOBS, G. Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. Madrid: Marcial Pons, 1997, págs. 566 y siguientes.

la resultante dirigibilidad normativa de un sujeto en una determinada situación”⁴⁵⁸. En otras palabras, para el autor la imputabilidad sería la capacidad de ser motivado o dirigido por la norma y la inimputabilidad, contrario sensu, la condición de alguien como no pasible de motivación por la norma penal.

Asimismo, la concepción de MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN sobre la culpabilidad parte desde el rechazo a la concepción tradicional basada en el libre albedrío y la teoría de la motivabilidad, según la cual, en lo que toca a su concepción de imputabilidad, se entiende que está compuesta no solamente por una matriz psicológica, sino que está sujeta a otras múltiples condicionantes. Asimismo, no se prescinde de la noción de que el autor del hecho típico y antijurídico debe poseer “facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos”⁴⁵⁹ para la configuración de la imputabilidad, como base para la culpabilidad y posterior responsabilidad penal. No obstante, más allá de las facultades cognitivas y volitivas, los autores reclaman el reconocimiento de la intervención de los factores socioculturales, demandando una mayor complejidad de la noción de capacidad de culpabilidad. Al respecto, ponderan MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN que “en el proceso de inter-acción social que supone la convivencia, el individuo, obligado por sus propios condicionamientos al intercambio y a la comunicación con los demás, desarrolla una serie de facultades que le permiten conocer las normas que rigen la convivencia en el grupo al que pertenece y regir sus actos de acuerdo con dichas normas”⁴⁶⁰. Así, es posible afirmar que el desarrollo de este sofisticado proceso interactivo y comunicacional entre el individuo y su entorno produce la motivación hacia los mandatos normativos, que es el elemento esencial de la imputabilidad.

Estas distintas miradas son posibles de ser cotejadas una vez que la formulación descriptiva adoptada por el Código se hace permeable debido a su amplitud, como pondera MORILLAS CUEVA⁴⁶¹. Sin embargo, el autor, en consecuencia de la comprensión constitucionalista de la culpabilidad que defiende en su obra, parte de la conexión necesaria entre imputabilidad, como capacidad de culpabilidad y la libertad de actuar como regla general, de la cual, las causas de inimputabilidad serán excepciones igualmente normativas. De dicha

⁴⁵⁸ ROXIN, C. Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal. Madrid: Reus, 1981, págs. 147-152.

⁴⁵⁹ MUÑOZ CONDE, F, y GARCÍA ARÁN, M. op. cit. (Derecho Penal. Parte General), 2019, pág. 345.

⁴⁶⁰ MUÑOZ CONDE, F, y GARCÍA ARÁN, M. op. cit., (Derecho Penal. Parte General), 2019, pág. 346.

⁴⁶¹ MORILLAS CUEVA, L. op. cit., (Sistema de Derecho Penal. Parte General), 2018, pág. 639.

forma, entiende que la comprensión de la imputabilidad, pautada por la formulación legal, tiene como componentes la capacidad de comprensión del sujeto de la ilicitud o la capacidad de autodeterminación, de acuerdo a la referida comprensión⁴⁶².

MARTÍNEZ GARAY identifica una tendencia en la jurisprudencia española en los últimos años en el sentido de referir a la tesis indeterminista, nombrando a la motivabilidad en la concepción de imputabilidad, aunque reconoce la autora que esto no ha implicado consecuencias prácticas distintas de un análisis basado en las teorías clásicas⁴⁶³. Este hecho puede explicar, en alguna medida, el creciente desinterés en el tradicional debate entre determinismo e indeterminismo, como lo hacen notar FIANDACA-MUSCO al argumentar de forma pragmática que “la libertad de querer se entiende, no como dato ontológico, sino como presupuesto necesario de la vida práctica; no como dato científicamente demostrable, sino como contenido de una expectativa jurídico-social”⁴⁶⁴.

Una vez comprendido, en lo que toca al propósito de este trabajo, lo fundamental sobre la imputabilidad penal como elemento constitutivo y, por lo tanto, indispensable para la configuración de la culpabilidad, proseguiremos adentrado aquel que es el presupuesto de la peligrosidad postdelictual de las personas que padecen alguna afección mental: la eximente de inimputabilidad por anomalía o alteración psíquica, como dispone el Código Penal español a partir del año 1995.

2.2. Inimputabilidad por anomalía o alteración psíquica

Antes de nada, cabe resaltar que el legislador optó por incluir la inimputabilidad en el Código, bajo el título de las “causas que eximen la responsabilidad criminal”, en donde están previstas cuatro distintas eximentes: la minoridad, en el artículo 19; la anomalía o alteración psíquica y el trastorno mental transitorio en el artículo 20.1.; la intoxicación completa involuntaria en el artículo 20.2.; y las alteraciones de percepción desde la niñez en el artículo 20.3. A su turno, en los numerales 4, 5 y 7 se dispusieron las eximentes de antijuridicidad, y,

⁴⁶² MORILLAS CUEVA, L. op. cit., (Sistema de Derecho Penal. Parte General), 2018, pág. 637.

⁴⁶³ MARTÍNEZ GARAY, L. Imputabilidad y causas de Inimputabilidad. Capítulo 8. En *Memento Práctico Penal* (Coord. MOLINA FERNÁNDEZ, F.), Madrid: Francis Lefebvre, 2021, pág. 13.

⁴⁶⁴ FIANDACA, G. y MUSCO, E. op. cit. (Derecho Penal Parte General), 2006, págs. 328-329.

en el numeral 6, la causa de no exigibilidad (miedo insuperable). Por este motivo, concluye el artículo 20 con la determinación de que solamente en los supuestos tres primeros numerales (eximentes de inimputabilidad) serán aplicadas medidas de seguridad.

En este escenario, no está por demás recordar que el objeto de este apartado, y de esta tesis, es la eximente del artículo 20.1., que posee una descripción muy particular si comparada a las demás. En efecto, define el Código que está exento de responsabilidad criminal “el que, al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.” Sobre esta base, a continuación, pasaremos a analizar las peculiaridades e implicaciones de la fórmula legal adoptada y los elementos dispuestos por el legislador.

Con respeto al tema manifestado, vale la pena evidenciar la primera fórmula legal utilizada en la modernidad fue la adoptada por el Código Penal francés de 1810 que utilizó el término “estado de demencia”, de referencia puramente psiquiátrica (o biológica), para designar en que condición el sujeto cometería delito⁴⁶⁵. En suelo español, la primera enunciación fue en el Código Penal de 1822 que mencionaba la existencia de “Estado de demencia o delirio”, seguido por el Código de 1848 que hablaba de “demencia o locura”, en cuanto el de 1870 eligió prever como inimputable al “loco e imbecil”. En el siglo XX el Código de 1932 inaugura el uso de la expresión “enajenado” que se mantuvo hasta 95, habiendo sido reproducida en los Códigos de 1944 y 1973⁴⁶⁶. En común, todas las normas antes mencionadas adoptaron la llamada fórmula biológica pura de la inimputabilidad, de perfil determinista y psiquiátrico.

En este recorrido histórico, la honrosa excepción fue el Código Penal de 1928 que, a pesar de haber gozado de una corta existencia (1928-32), utilizó por primera vez una formulación mixta (biológico-psicológica). Después de esta fecha, solamente con el Código Penal de 1995, bajo la expresión “cualquier alteración o anomalía psíquica”, se ha vuelto a utilizar la fórmula mixta de composición de la inimputabilidad. Otro dato que llama la atención es que, hasta la adopción del término “enajenado” en el Código de 1932, todas las codificaciones anteriores habían usado términos propios de la psiquiatría a su época. En cambio, las expresiones

⁴⁶⁵ MATEO AYALA, E. J. *Los antecedentes de la eximente de anomalía o alteración psíquica*. Madrid: Dykinson, 2010, págs. 81 y siguientes.

⁴⁶⁶ MATEO AYALA, E. J., op. cit.. (Los antecedentes de la eximente de anomalía o alteración psíquica) 2010, págs. 187-220.

“enajenado” y “alteración o anomalía psíquica” prefieren como estrategia la utilización de términos destituidos de contenido estrictamente no científicos, extraños a la psiquiatría y, hasta entonces, también al derecho.

Cabe resaltar que, como se pudo apreciar, la primera fórmula jurídica establecida en España, de contenido biológico fue predominante históricamente, y se generó a partir del fuerte impulso positivista, no por acaso, también hegemónico en el siglo XIX. De esta forma, el perfil determinista se manifestaba en el hecho de que el padecimiento de una enfermedad mental implicaba la “irresponsabilidad”, independiente de su vínculo con el hecho delictivo. Por otro lado, de acuerdo a los cánones positivistas, la fórmula biológica producía seguridad jurídica a través de la calificación mecánica de la inimputabilidad del enfermo mental.

No obstante lo anterior, esta formulación fue criticada por haber sido demasiado estricta, una vez que solamente la psicosis fue reconocida a la época como una genuina enfermedad mental de base biológica, satisfaciendo la expectativa legal. De otra parte, dicha descripción implicó una transferencia de la decisión del juez al médico, una vez que el diagnóstico psiquiátrico decidía por sí mismo el juicio. Asimismo, FONSECA MORALES indica que la formulación biológica pura también encontró con la crítica de que “la única referencia al padecimiento psíquico del autor de un hecho delictivo resulta insuficiente para declarar su inimputabilidad, puesto que lo verdaderamente relevante es que del mismo se deriven ciertos efectos que presidan su actuación”⁴⁶⁷. Este hecho, que fue ampliamente aceptado en el siglo XIX, con el pasar de los años del siglo XX resultó una especie de dogma contrario al mismo avance de la psiquiatría (y no se diga de la antipsiquiatría en los años 70).

Paralelamente, en algunos países aislados⁴⁶⁸ se experimentó la implementación de una propuesta dogmática que ganó fuerza con el crecimiento de la psicología y del psicoanálisis en el siglo XX que fue la fórmula legal psicológica pura. De aplicación bastante controvertida, esta fórmula fue también conocida como método sintomático, valorativo o normativo, y tuvo como propuesta la previsión legal de efectos psicológicos entendidos como relevantes para

⁴⁶⁷ FONSECA MORALES, G.M. op. cit. (Exención y atenuación de la responsabilidad criminal por anomalía o alteración psíquica/ Tesis de doctorado), 2007, pág. 90.

⁴⁶⁸ En España la fórmula psicológica pura estuvo presente en los proyectos de Código de 1882, 1884 y 1912, sin jamás haber entrado en vigor. Sin embargo, la fórmula mista pura tuvo vigencia en los Códigos Penales: holandés de 1881, de Portugal de 1886, Toscano de 1853, Checoslovaquia de 1962, y de Veracruz de 1980. FONSECA MORALES, G.M. op. cit. (Exención y atenuación de la responsabilidad criminal por anomalía o alteración psíquica/ Tesis de doctorado), 2007, págs. 91-93.

producir la inimputabilidad, sin mención a la causa de dicho “síntoma”⁴⁶⁹. Básicamente se comprendía que, si lo esencial para la configuración de la inimputabilidad era la expresión de la afectación psíquica del sujeto, bajo la expresión “incapacidad para comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a dicha comprensión”, entonces no habría relevancia en el motivo de dicha circunstancia. En contraste con la formulación biológica que dominaba el panorama jurídico internacional, la fórmula psicológica pura fue criticada por imprecisión y amplitud excesivas, en otras palabras, por producir inseguridad jurídica.

Finalmente, en el Código Penal de 1995 se implementó el enunciado predominante en la actualidad tanto en Europa como en Latinoamérica, la fórmula mixta. En efecto, de la lectura del artículo 20, 1 se puede observar claramente la exigencia de un supuesto psicopatológico, la alteración o anomalía psíquica, y de una consecuencia, de naturaleza normativa, “que el sujeto sea incapaz de comprender lo injusto del hecho o de actuar conforme a dicha comprensión”. Estos dos componentes son la base de la fórmula mixta, aunque la observación cuidadosa del dispositivo legal revela la presencia de dos otros elementos en el modelo adoptado: la relación de causalidad entre el supuesto psicopatológico y la consecuencia normativa, además del elemento cronológico, que requiere que los tres elementos anteriores coincidan en el momento del hecho típico antijurídico.

Solamente la presencia de los cuatro elementos juntos es capaz de producir la inimputabilidad del artículo 20.1. Sin embargo, una vez más la lectura atenta va a revelar que en dos ocasiones el legislador utilizó la conjunción adversativa “o” hecho que ocasionalmente puede producir combinaciones no muy evidentes. Así, el sujeto no necesita presentar una anomalía y una alteración psíquica, siendo suficiente que exista solamente una de ellas. De igual forma, tampoco se exige la coexistencia de la incapacidad de comprensión y de autodeterminación, por lo que es bastante que la persona no pueda comprender la ilicitud, aunque sea capaz de volición; del mismo modo que solamente se requiere que, a pesar de la comprensión de la ilicitud, exista una afectación en el elemento volitivo, para que la inimputabilidad se configure.

⁴⁶⁹ TORÍO LÓPEZ, A. «Las formulas legislativas sobre la enfermedad mental: discusión del concepto de "enajenación".» En Estudios Jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Victoria Vol.2. Barcelona: Bosch, 1983, págs. 968-969.

Esta nueva configuración de la eximente es especialmente relevante una vez que la principal limitación de la formulación anterior era la restricción extrema que brindaba la fórmula biológica pura de las enfermedades o trastornos mentales que podrían estar en el espectro de la inimputabilidad. En efecto, a pesar de las críticas por la poca tecnicidad de la terminología elegida, el lenguaje utilizado en el Código de 95 agrega amplitud, al paso que intenta ofrecer alguna resistencia a la equiparación por tanto tiempo naturalizada entre enfermedad mental, inimputabilidad y peligrosidad.

Hechas estas consideraciones iniciales, pasaremos a abordar los aspectos esenciales de los elementos de la inimputabilidad por anomalía o alteración psíquica. Inicialmente, la antigua terminología que remitía a la idea de enajenación mental, fiel representante de la adopción de la fórmula biológica pura en España implicó, como ya se observó, una interpretación extremadamente restrictiva por los tribunales de las enfermedades mentales que podrían ser motivo de inimputabilidad. Sin embargo, también significó la incorporación a la cultura jurídica de que padecer un trastorno mental implica “estar fuera de sí mismo”⁴⁷⁰, como lo expresa la RAE como interpretación de contenido no patrimonial de la palabra “enajenar”, a la deriva de los avances diagnósticos en salud mental brindados por la OMS y la APA.

Tomando por base el Manual de Diagnósticos en Salud Mental de la APA (DSM), que tuvo su primera edición en 1952 donde presentó al mundo 106 categorías diagnósticas y, para el año 1987 ya estaría en su tercera edición reformada (DSM III-R) con 292 categorías diagnósticas de enfermedad mental, ya era posible observar que indiscutiblemente la variedad de diagnósticos posibles no podría ser subsumida por la estricta idea de enajenación⁴⁷¹. De tal forma, adecuadamente el legislador optó por no nutrirse de la terminología técnico-psiquiátrica para redactar la eximente, una vez que ya se podía comprender lo cambiante que era dicho léxico y la inestabilidad que este hecho provocaría a futuro bajo la vigencia del Código de 95. Sobre este particular, MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN observa que la clasificación y la denominación de las enfermedades mentales ha sufrido tal mutación que es prácticamente irreconocible la terminología Kraepeliana utilizada en la versión original del DSM⁴⁷². Así, MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN evalúan la vinculación terminológica entre derecho y

⁴⁷⁰ RAE. «Diccionario de la lengua española.» *Real Academia Española*. 20 de 06 de 2019. Disponible en: <http://www.rae.es/>.

⁴⁷¹ CAPONI, S. «O DSM-V como dispositivo de segurança.» *Physis Revista de Saúde Coletiva*, 2014, pág. 748.

⁴⁷² MUÑOZ CONDE, F, y GARCÍA ARÁN, M. op. cit. (Derecho Penal. Parte General), 2019, pág. 354.

psiquiatría sería poco conveniente para el Derecho penal, una vez que considera que “la actual nosología psiquiátrica no es todavía un «corpus» teórico absolutamente consistente y cerrado, en el que cada concepto o entidad nosológica esté perfectamente delimitado y tenga una acepción universalmente válida. Vincular al penalista a los términos psiquiátricos sería tanto como introducirle en un mundo para él confuso y extraño”⁴⁷³.

De hecho, en la actualidad está vigente el DSM-V, que describe ya más de 300 posibilidades de categorías diagnósticas en sus 992 páginas. Así, fue necesario adoptar una fórmula lingüística que se propusiera a superar la inexactitud y la complejidad del diagnóstico psiquiátrico, además de proponerse a superar la implicación directa entre diagnóstico e inimputabilidad, como fue común en la vigencia del Código anterior⁴⁷⁴. Finalmente es relevante observar la ponderación de MAZA MARTÍN sobre distintas aplicaciones no tradicionales que serían posibilitadas por la nueva terminología adoptada “(...) con la nueva regulación se dispone de una fórmula más abierta, más ventajosa, al ofrecer la posibilidad de considerar, como eventuales causas de exención de la responsabilidad por inimputabilidad, no sólo a todos los trastornos o enfermedades mentales, sino a otras situaciones en las cuales el trasfondo patológico puede no llegar a tener la consideración médica de tal trastorno, como son los «rasgos de personalidad», las «disposiciones anímicas y caracteriales anormales», y otras «anomalías» en general”⁴⁷⁵

Así las cosas, la expresión “cualquier anomalía o alteración psíquica” ya tiene la ventaja de ser mucho más amplia que la que le precedió, con especial énfasis en el uso de la palabra “cualquier”, muy poco común en la técnica legislativa penal. Concretamente, se trata de una formulación suficientemente amplia para incorporar al ámbito forense enfermedades mentales de etiologías tan distintas como las oligofrenias, las psicosis (exógenas o endógenas) y las neurosis, para mencionar algunos ejemplos, y que pueden, en su momento afectar la imputabilidad del sujeto. Como afirman MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, el objetivo de la utilización de este vocabulario fue que, aunque basándose en el informe del psiquiatra forense, sea responsabilidad del magistrado interpretar y aplicar la eximente en el caso concreto⁴⁷⁶.

⁴⁷³ *Ibidem*.

⁴⁷⁴ CAPONI, S. op. cit. (O DSM-V como dispositivo de segurança), 2014, Págs. 741-763, pág 753.

⁴⁷⁵ MAZA MARTÍN, J.M. op. cit. (La anomalía y alteración psíquica en la interpretación jurisprudencial), 1999, pág. 547.

⁴⁷⁶ MUÑOZ CONDE, F, y GARCÍA ARÁN, M. Op. cit. (Derecho Penal. Parte General), 2019, pág. 355-356.

Acerca de la expresión “anomalía psíquica” el vocablo anomalía es definido por la RAE como “desviación o discrepancia de una regla o de un uso; Defecto de forma o de funcionamiento; *Biol.* Malformación, alteración biológica, congénita o adquirida.”⁴⁷⁷, de forma que se puede inferir tratarse de una condición de base biológica estable, en el sentido de que no se trata de un Estado transitorio, que implica una desviación de la regla o un defecto de funcionamiento. En este sentido también interpreta la doctrina mayoritaria, como señalan MARTÍNEZ-PEREDA al definir la anomalía como “la irregularidad o discrepancia de una regla, en este caso del psiquismo”⁴⁷⁸; o ESBEC RODRÍGUEZ que entiende la anomalía como “un defecto o disfunciones congénitas o precozmente adquiridas (retraso mental, trastornos del desarrollo, trastornos de la personalidad)”⁴⁷⁹. Todavía, BLANCO LOZANO recalca el carácter patológico, constitucional o congénito de las anomalías⁴⁸⁰.

En lo que toca a la definición de “alteración psíquica”, alterar, según la RAE, significa “cambiar la esencia o forma de algo; estropear, dañar, descomponer; perturbar, trastornar, inquietar; enojar, excitar”⁴⁸¹, lo que nos lleva a observar el carácter no constitutivo y provisorio de una alteración, como una acción que produce un cambio negativo (dañar, trastornar, etc.). Así, si pensamos una alteración psíquica esto implica una base psíquica sana sobre la cual se genera la alteración. Sobre este particular, la doctrina también confirma esta comprensión como ESBEC RODRÍGUEZ “trastorno mental de nueva aparición, en una mente previamente sana y bien desarrollada (p. ej., una demencia)”⁴⁸², al paso en que BLANCO LOZANO explica que “la *alteración psíquica* consiste en una disfunción mental que no tiene un origen patológico”⁴⁸³.

Conviene explicar que, aunque estén dispuestas de forma alternativa en el texto legal, como ya se analizó no se tratan de categorías técnicas distintas o divergentes, sino ideas que pueden presentarse conjuntamente o yuxtapuestas en el caso concreto. Igualmente, se observa que la categoría anomalía se acerca en significado de la anterior noción de enajenación, al tiempo que el término alteración representa la gran novedad de la nueva formulación, con un

⁴⁷⁷ RAE. «Diccionario de la lengua española.» *Real Academica Española*. 20 de 06 de 2019. Disponible en: <http://www.rae.es/>.

⁴⁷⁸ MARTÍNEZ-PEREDA, J. «La imputabilidad.» *La Ley*, 1996, pág. 1611.

⁴⁷⁹ ESBEC RODRÍGUEZ, op. cit. (Valoración de la peligrosidad criminal en psicología forense), 2003, pág. 116.

⁴⁸⁰ BLANCO LOZANO, C. op. cit. (La eximente de anomalía o alteración psíquica), 2000, pág. 95.

⁴⁸¹ RAE. «Diccionario de la lengua española.» *Real Academica Española*. 20 de 06 de 2019. Disponible en: <http://www.rae.es/>.

⁴⁸² ESBEC RODRÍGUEZ, E. «El psicólogo forense en el proceso penal.» En *Psicología forense y tratamiento jurídico-penal de la discapacidad*, de E. Esbec, G. Gomez y C. Nevado. Madrid: Edisofer, 2000, pág. 116.

⁴⁸³ BLANCO LOZANO, C. op. cit. (La eximente de anomalía o alteración psíquica), 2000, pág. 95.

carácter no estático, ampliando para: circunstancias de base biológica como una lesión cerebral provocada por un accidente de auto o un accidente vascular cerebral, una enfermedad de origen senil o psicosis de causa exógena, una vez que en todas estas hipótesis se puede producir potencialmente un impacto en la imputabilidad.; o condiciones que son respuestas disfuncionales a estímulos o condiciones de vida anómalas y, por lo tanto, van a aparecer como trastornos circunstanciales en la vida del sujeto, superables con el apoyo adecuado, pero que también pueden producir una afectación en la imputabilidad. En todos los casos, recalamos que la nueva formulación, al utilizar una terminología no psiquiátrica no implica que, en el proceso penal, se pueda prescindir de un diagnóstico preciso por parte del perito, en base a las clasificaciones internacionales para el supuesto.

Una vez superada la comprensión del concepto jurídico de la expresión “cualquier anomalía o alteración psíquica”, se debe volver la atención para delimitar en qué circunstancias la existencia de esta base psicopatológica puede implicar la inimputabilidad del sujeto. Según dispone el Código, la anomalía o alteración psíquica provocar en el individuo la imposibilidad de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa previa comprensión, lo que implica, en primer lugar, que el diagnóstico psiquiátrico en sí mismo, la existencia de la eximente. En otras palabras, “lo relevante a nivel jurídico no debe ser el padecimiento de la persona sino lo que eso significa para la posibilidad de comprender la ilicitud del hecho o para actuar conforme a dicha comprensión”⁴⁸⁴

De otra parte, observa con cierta decepción la doctrina más atenta que el legislador del Código de 95 optó por la permanencia de la influencia de la teoría tradicional de fundamentación de la culpabilidad: las teorías clásicas del libre albedrío. En efecto, observa URRUELA MORA que el texto refiere a una imagen ideal de hombre responsable que se refleja en el dominio de los parámetros cognitivo y volitivo descritos⁴⁸⁵.

Posteriormente, es necesario identificar que esta parte del enunciado es típico de la fórmula psicológica pura anteriormente expuesta, que fue incorporada en la construcción de la actual fórmula mixta como elemento complementario del elemento biológico que le precede. Esto es importante porque también revela un límite a la aplicación práctica de la eximente, que,

⁴⁸⁴ FONSECA MORALES, G.M. op.cit. (La anomalía o alteración psíquica como eximente o atenuante de la responsabilidad criminal), 2009, pág. 48.

⁴⁸⁵ URRUELA MORA, A op. cit. (Imputabilidad Penal y Anomalía o Alteración Psíquica), 2004, Págs. 182.

dispuesta ahora de forma tan amplia para la identificación de psicopatología, incluso añadiendo al texto el adjetivo indefinido “cualquier”, que profundiza este aspecto, se ve en la práctica limitado por la consecuencia que debe ser producida por la enfermedad: una afectación cognitiva o volitiva e el sujeto.

Este aspecto también va a provocar de una parte significativa de la doctrina una crítica: la actual forma de la eximente todavía es demasiado estricta, de acuerdo con MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN y MARTÍNEZ GARAY⁴⁸⁶. Entienden dichos autores que la previsión de afectación cognitiva y volitiva para configuración de la inimputabilidad no expresan los avances de la psicología y de la psiquiatría. Los autores apuntan para ausencia de consideración de circunstancias otras de naturaleza socioculturales, así como de afectaciones de la afectividad y memoria, por ejemplo. Asimismo, MARTÍNEZ GARAY todavía indica que las dificultades se extienden al concepto de voluntad, una vez que “ha sido siempre un término controvertido en psicología y, cuando se utiliza no se hace con el sentido de libre albedrío; es por ello arriesgado mantenerlo como criterio para la valoración de la imputabilidad, porque probablemente tienen para el perito y para el juez significados muy distintos”⁴⁸⁷.

Prosiguiendo con nuestro análisis, observamos que la comprensión de la ilicitud del hecho es el primer paso para averiguar la afectación que produce en el sujeto la enfermedad mental. Esta dimensión intelectual y también valorativa refleja, antes de que ocurra el delito, una capacidad abstracta y general que posee la persona mayor de 18 años, aprendida a lo largo de su vida a través del convivio social, de conocer de forma no técnica los parámetros básicos de licitud socialmente aceptados. Sin embargo, una vez cometido el delito, la evaluación se reporta específicamente sobre la comprensión del carácter ilícito del hecho cometido, como una especie de capacidad aplicada de “reconocimiento” de aquella ilicitud general en su conducta, en las palabras de NÁQUIRA RIVEROS⁴⁸⁸. Así, de acuerdo con el autor, la imputabilidad es la presunción legal para toda persona mayor de 18 años, y esta presunción puede ser contestada una vez que sea posible probar que la persona, en el caso concreto de forma que el sujeto “posee una capacidad para ‘reconocer y valorar’, en términos reales y con carácter general (...) como prohibido o permitido aquellas conductas que quebranten cierta norma v.gr. la apropiación de

⁴⁸⁶ MUÑOZ CONDE, F, y GARCÍA ARÁN, M, op. cit. (Derecho Penal. Parte General), 2019, pág. 352; MARTÍNEZ GARAY, L. op. cit. (La imputabilidad penal), 2005, pág. 65.

⁴⁸⁷ MARTÍNEZ GARAY, L., op. cit. (La imputabilidad penal), 2005, pág. 65.

⁴⁸⁸ NÁQUIRA RIVEROS, J. Imputabilidad, conciencia de lo injusto y contexto situacional normal: de su objeto, contenido y relación. En *Cuadernos de Política Criminal* no. 55, Madrid, 1995, pág. 154-155.

bienes ajenos sin la voluntad del dueño es ilegal, norma penal que inspira todos los tipos penales de delitos contra la propiedad, o bien, la satisfacción de la libido sexual sin consentimiento de la persona con que se pretende es ilegal, norma que inspira los tipos penales de los delitos sexuales, etc. Este 'reconocimiento valorativo' es de carácter general, básico y común a un grupo o área de delitos, razón por la que se puede presumir como fundamento real y objetivo'⁴⁸⁹.

En consecuencia, para que se compruebe la aplicación de la eximente lo que se busca identificar es la afectación por una anomalía o alteración mental de este reconocimiento básico de la ilicitud en el momento del hecho. Esto implica la capacidad del sujeto que "conoce la realidad exterior de su mundo circundante, sino que además de conocerla es capaz de darse cuenta de los valores sociales -en sentido positivo o negativo- que rigen dicha realidad y de la vinculación de sus actos a los mismos"⁴⁹⁰. Asimismo, si existe un juicio equivocado sobre la realidad en la cual está enmarcada el injusto y, consecuentemente, un déficit en la capacidad de comprensión de la ilicitud se produce la eximente. *Contrario sensu*, la imputabilidad, aunque sea una presunción legal concebida con anterioridad de forma abstracta, sólo adquiere relevancia en el momento que se busca comprobar su existencia o no en relación con un hecho y sujeto específico en el curso de un proceso penal.

En el mismo sentido, es posible distinguir la comprensión del carácter ilícito del hecho como elemento de la imputabilidad que, si afectada, provoca la inimputabilidad, de la conciencia de lo ilícito como elemento de la culpabilidad que, si no presente, implica el error de prohibición. En primer lugar, se puede observar que los momentos de verificación son distintos, una vez que solamente hay sentido en verificar la ocurrencia de error de prohibición si ya se sabe tratar de una persona imputable. La imputabilidad, como capacidad de culpabilidad implica una capacidad *a priori* de comprensión de la ilicitud debido a la ausencia de anomalía o alteración mental o, de que la afección presentada no posee impactos sobre la capacidad de comprensión o de volición, de forma que el sujeto tiene toda la condición de conocer la ilicitud. Por otro lado, una persona capaz de culpabilidad (imputable) puede no haber desarrollado

⁴⁸⁹ NÁQUIRA RIVEROS, J. op.cit. (Imputabilidad, conciencia de lo injusto y contexto situacional normal), 1995, pág. 155.

⁴⁹⁰ PRATS CANUT, J.M. «Imputabilidad y alteración psíquica. Soluciones de Derecho Comparado: Francia, Italia y Alemania.» *Jornadas de Psiquiatría Forense*, 1994, pág. 126.

adecuadamente la conciencia del injusto, a pesar de tener posibilidad de hacerlo, por haber vivido aislado de la civilización cuya cultura criminaliza cierto comportamiento.

De igual forma, URRUELA MORA expone el siguiente ejemplo: “aquel sujeto considerado absolutamente normal desde un punto de vista bio-psicológico (lo que se materializa en la no concurrencia de ninguna causa de inimputabilidad en dicha persona), y por lo tanto, capaz de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a dicha comprensión, pero, que por haber vivido durante la mayor parte de su existencia sin apenas contacto con la realidad social, desconoce el carácter antijurídico de conductas efectivamente prohibidas por la ley penal. En este caso, concurriría la capacidad de comprender la ilicitud del hecho, y, en consecuencia, la imputabilidad del sujeto, pero no la cognoscibilidad actual o posible de la antijuridicidad de la conducta, puesto que esta última requiere una condición ulterior: el ejercicio o actualización efectivas de la genérica capacidad implícita en la imputabilidad (capacidad de comprender la ilicitud del hecho)”⁴⁹¹.

Obsérvese que, en ningún de los casos se exige conocimiento técnico sobre las normas, más sobre el injusto material, valorando como injusto o ilícito su comportamiento. Sobre este particular, parte de la doctrina critica la excesiva formalidad de la redacción del artículo 20.1., entendiendo que se limita a la comprensión del ilícito formal, cuando debería dirigir su comprensión a la lesión o peligros de lesión a un bien jurídico protegido. En este sentido, pondera FONSECA MORALES que “no se trata -aunque también- únicamente de comprender lo ilícito del acto sino antes y previamente de poder afirmar el conocimiento sobre el injusto material de la propia conducta, esto es, de la capacidad para comprender que con el comportamiento se pone en peligro o lesiona un bien jurídico ajeno”⁴⁹².

Una vez confirmada la existencia de capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho por parte del sujeto que posee una anomalía o alteración psíquica y cometió un injusto penal, se debe pasar verificar si la afección pudo haber provocado que la persona no hubiera podido actuar conforme dicha comprensión. La capacidad de autodeterminación o de autogobierno, como es nombrada por algunos, o al revés, capacidad de inhibición, llamada por otros, es el

⁴⁹¹ URRUELA MORA, A. op. cit. (Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica), 2004, pág. 166.

⁴⁹² FONSECA MORALES, G.M. op.cit. (La anomalía o alteración psíquica como eximente o atenuante de la responsabilidad criminal), 2009, pág. 49.

elemento más criticado de la eximente por ser el que refleja de forma más flagrante la vinculación con las teorías del libre albedrío.

A pesar de las fuertes críticas por su excesiva subjetividad o indemostrabilidad, la capacidad de actuar de conformidad con la comprensión de la ilicitud se ve respaldada por toda una lista de trastornos mentales insertados en el DSM-V bajo el título de “trastornos de control de impulsos”, como la piromanía y la cleptomanía, además de las compulsiones como la ludopatía y los trastornos adictivos, entre otros en los cuales la capacidad de autodeterminación queda comprometida⁴⁹³. En estos casos el sujeto, aunque conozca efectivamente el carácter ilícito del hecho, no es capaz de controlar plenamente su conducta. De tal forma, confirmada a través de peritaje psiquiátrico forense la falta de capacidad de actuar conforme la comprensión del injusto en consecuencia de la presencia de anomalía o alteración mental, el magistrado valorará la inimputabilidad.

Finalmente, es necesario subrayar que la redacción del artículo 20.1. del Código Penal español, además de describir en su formulación mixta los elementos psicopatológico y psico-normativo precedentes, solicita una combinación causal y temporal que implica no solamente la coincidencia de los anteriores factores en el momento del injusto, sino exige explícitamente que exista un nexo causal entre ellos. Así, en primer lugar es posible observar que debe existir una “relación de sentido”⁴⁹⁴ o de causa y efecto entre la psicopatología detectada y el efecto psico-normativo, una vez que el criterio diagnóstico de afección diagnosticada debe guardar coherencia con la incapacidad provocada y con el mismo contenido del injusto. No todo delito cometido por una persona que posee diagnóstico de alguna enfermedad mental es causado como impone la ley, por dicha enfermedad. De igual forma, FONSECA MORALES reflexiona que “la afirmación de inimputabilidad del sujeto que padece un trastorno mental no puede ir referida a cualquier delito en abstracto, sino que debe guardar relación con la infracción concretamente realizada, pues es respecto de ella que debe ponderarse la capacidad del autor para comprender la ilicitud del hecho y para actuar conforme a dicha comprensión, no siendo suficiente que exista una coincidencia cronológica entre la anomalía y el delito realizado”⁴⁹⁵.

⁴⁹³ APA. (Manual Diagnóstico e Estadístico de Trastornos Mentais: DSM-V), 2014, págs. 461 y siguientes.

⁴⁹⁴ FONSECA MORALES, G.M. op.cit. (La anomalía o alteración psíquica como eximente o atenuante de la responsabilidad criminal), 2009, pág. 55.

⁴⁹⁵ FONSECA MORALES, G.M. op.cit. (La anomalía o alteración psíquica como eximente o atenuante de la responsabilidad criminal), 2009, pág. 56.

En efecto, para que se configure la eximente, no es suficiente que exista un diagnóstico previo, tampoco que se confirme la existencia de la enfermedad en el momento del hecho, el delito debe ser producto coherente de la afección mental sufrida por la persona en el momento del hecho. Para esto, se necesita ponderar de que forma el diagnóstico psiquiátrico se articula en conexión con el comportamiento ilícito presentado por el autor y, una vez más, para esto, se necesitan magistrados, fiscales y abogados que tengan el conocimiento técnico necesario para evaluar dichos temas a fin de realizar su rol en la administración de justicia de forma a garantizar una defensa, acusación o sentencia técnicas y justas.

Así, resaltamos lo antes afirmado: la incapacidad de culpabilidad debe ocurrir en el momento del hecho – ni antes ni después – para que se configure la inimputabilidad del agente. En este sentido, afirma MIR PUIG que “la imputabilidad debe faltar al tiempo del delito, habrá que estimar la eximente, aunque la alteración o anomalía psíquica remita o desaparezca después del hecho y el sujeto ya no la sufra en el momento del juicio”⁴⁹⁶. Por lo tanto, una vez comprobada la inimputabilidad como parte del juicio sobre la culpabilidad, esta se constituye una valoración sobre el momento del hecho, sobre el injusto pasado, y, por lo tanto, es elemento constitutivo de la peligrosidad post delictual. Su efecto jurídico se limita a la valoración de que el sujeto que cometió el “hecho previsto como delito” no era, al momento de su acción u omisión, culpable.

Ahora bien, esto no se confunde y tampoco se configura como condición suficiente para la afirmación de la peligrosidad criminal requerida por la norma penal como requisito para la imposición de una medida de seguridad, o sea, no posee, como no se verificó hasta el momento, ni contenido ni efecto jurídico de previsión de reiteración delictiva. Dicho juicio, por lo tanto, se realiza posteriormente a la comprobación de inimputabilidad, y posee contenido y método distintos de lo apreciado hasta este momento. Pasaremos a su estudio.

3. El pronóstico de peligrosidad

Una vez demostrada en el curso del proceso penal la existencia de un hecho típico y antijurídico, comprobadamente atribuido al sujeto procesado; enseguida habiendo sido

⁴⁹⁶ MIR PUIG, S. op.cit. (Derecho Penal, Parte General) 2016, pág. 595.

descartadas la presencia de causas de atipicidad del hecho o de justificación; posteriormente probada la inimputabilidad del autor por haber sido afectada en el momento del hecho su capacidad de comprensión de la ilicitud o de autodeterminación como consecuencia de una anomalía o alteración psíquica; finalmente se puede pasar a la verificación de existencia (y persistencia) o no de peligrosidad criminal como requisito para que al sujeto no culpable se imponga, a pesar de esta condición, una sanción penal.

Según determina el artículo 95.1.2a. del Código Penal español la peligrosidad criminal se constituye en un “pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos” deducido a partir “del hecho y de las circunstancias personales del sujeto”. En este sentido, cabe preguntar, ¿cómo hace el psiquiatra o psicólogo forense para predecir delitos futuros? Y, aún más importante, ¿qué grado de precisión tiene el método que utiliza, considerando que la vida y la libertad de una persona que ya se sabe no fue encontrada culpable por el hecho depende de su criterio?

Según la Real Academia Española, *pronosticar* significa “predecir algo futuro a partir de indicios”⁴⁹⁷. Según ESBEC RODRÍGUEZ implica “un juicio de probabilidad, una valoración del riesgo, (...) asunto de especial relevancia para el experto que emite informes sobre prognosis de comportamiento futuro, generalmente peritos forenses psicólogos o psiquiatras”⁴⁹⁸. No obstante, la relevancia que fue gradualmente adquiriendo en el escenario jurídico, la peligrosidad siempre fue criticada por su imprecisión y vaguedad. En este escenario, la redacción del artículo 95.1.2a. no fue excepción, una vez que la fórmula elegida “(...) ni especifica suficientemente los factores cuya presencia convierte a un individuo en peligroso, ni concreta la clase de acto delictivo y/o violento que se espera que cometa el sujeto, sino que se refiere en general a la comisión de «delitos» en el futuro. Ambas cosas condicionarían muy negativamente la capacidad predictiva del constructo «peligrosidad», pues de un lado la clave para una evaluación objetiva, fiable y válida de algo sería una definición lo más clara y precisa posible de ese algo, y por otro lado la predicción de un suceso con un mínimo grado de

⁴⁹⁷ RAE. «Diccionario de la lengua española.» Real Academia Española. 20 de 06 de 2019. Disponible en: <http://www.rae.es/>.

⁴⁹⁸ ESBEC RODRÍGUEZ, E. op. cit. (Valoración de la Peligrosidad Criminal (riesgo de violencia) en psicología forense), 2003, pág. 46.

fiabilidad requeriría asimismo definirlo de la manera más exacta posible”, como valora MARTÍNEZ GARAY ⁴⁹⁹.

Efectivamente, el legislador destaca la previsión de *nuevos delitos* sin calificar a qué tipo de delitos se refiere: ¿sería el mismo tipo de delito ya cometido? o ¿se refiere de forma general a la predicción de violencia? Como se va a observar, la valoración del riesgo de violencia es hacia donde se dirige la mayor parte de los instrumentos de predicción de reincidencia, una vez que, como sostienen ANDRÉS-PUEYO-REDONDO ILLESCAS, lo primero que se debe identificar para realizar una predicción es especificar *qué* se pretende predecir⁵⁰⁰. Ciertamente, se puede plantear de forma preliminar que, en este punto, hace falta una directriz más concreta. Sin embargo, es sobre esta base general e indeterminada que deben pronosticar los peritos y decidir los magistrados sobre la libertad de la persona no culpable.

En virtud de la requisición creciente de dictámenes técnicos que estimen la peligrosidad en el contexto del proceso penal, la psiquiatría forense se ha propuesto desarrollar métodos científicamente aceptados como capaces de realizar la predicción insistentemente solicitada por el Derecho. Así, a partir del comienzo de los años 60 en Estados Unidos, según describe ESBEC RODRÍGUEZ, se comienzan a producir decisiones judiciales en base a un pronóstico de comportamiento futuro emitido por el psiquiatra⁵⁰¹. En este momento, todavía no se había desarrollado una metodología específica para esta labor, motivo por el cual tanto ESBEC RODRÍGUEZ como ZIFFER coinciden en que la predicción se basaba en una especie de método intuitivo (también llamado método clínico puro), que expresaba no más que “impresiones” sobre el caso⁵⁰².

La flagrante subjetividad y falta de comprobación o respaldo metodológico de estas estimaciones basadas en la experiencia del profesional, condujo a que un estudio publicado por MONAHAN en 1981 evaluara que las predicciones de comportamiento violento por psicólogos y psiquiatras a la época eran correctas en solamente un tercio de los casos, lo que implicaba

⁴⁹⁹ MARTÍNEZ GARAY, op. cit. (La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad), 2014, pág. 3.

⁵⁰⁰ ANDRÉS-PUEYO, A., y REDONDO ILLESCAS, S. «Predicción de Violencia: Entre la peligrosidad y la Valoración del Riesgo de Violencia.» Papeles del Psicólogo 28, nº 3 (2007), pág. 158.

⁵⁰¹ ESBEC RODRÍGUEZ, E. op. cit. (Valoración de la Peligrosidad Criminal (riesgo de violencia) en psicología forense), 2003, pág. 54.

⁵⁰² ESBEC RODRÍGUEZ, E. op. cit. (Valoración de la Peligrosidad Criminal (riesgo de violencia) en psicología forense), 2003, pág. 54; ZIFFER, P. op. cit. (Medidas de Seguridad. Pronósticos de Peligrosidad en el Derecho Penal), 2008, págs. 157-158.

que se equivocaron en dos tercios de sus predicciones. En otras palabras, de cada cien personas evaluadas como peligrosas y, por esto, privadas de algún beneficio jurídico, 75 no eran efectivamente peligrosas y tuvieron negados dichos derechos. De esta forma, el azar sería un método más eficaz de pronóstico que el peritaje intuitivo⁵⁰³.

Asimismo, motivados por muchos estudios críticos producidos a la época, a partir de los años 70 y 80 se empezaron a producir una variedad de investigaciones empíricas que buscaron insertar un mayor margen de seguridad en los pronósticos. Enseguida se analizarán los principales métodos de determinación de la peligrosidad, una vez que son utilizados hasta la actualidad en muchos países.

Preliminarmente, se puede considerar que, en todas las fases de desarrollo de las técnicas de pronóstico de reincidencia, la búsqueda por seguridad en la predicción del comportamiento humano impulsó a la creación de una diversidad de métodos que analizaremos más profundamente enseguida, contrastando su contribución y también los límites y críticas que presentan.

3.1. Método clínico puro o de valoración clínica no estructurada

Identificado por ESBEC RODRÍGUEZ como la primera etapa de desarrollo de técnicas para valoración de la peligrosidad⁵⁰⁴ los métodos clínicos puros fueron diseñados, además, en base al concepto determinista de peligrosidad como cualidad del sujeto, o mismo identificando la práctica del injusto con un “estado patológico del sujeto”, según evalúan ANDRÉS-PUEYO-REDONDO ILLESCAS⁵⁰⁵. En este modelo de diagnóstico el experto predice la peligrosidad en base a al conocimiento y experiencia acumulados, sin basarse en ningún protocolo o regla específica. Específicamente, para ANDRÉS-PUEYO-REDONDO ILLESCAS la característica principal es la discrecionalidad y la libertad del profesional para expresar su criterio, una vez que “cada profesional aborda el problema de predecir el riesgo en función de su formación, sus preferencias personales, sus hábitos profesionales, y la naturaleza de las demandas”⁵⁰⁶. Esto implica, según MARTÍNEZ GARAY, que en las pericias pueden ser realizadas de forma que

⁵⁰³ MONAHAN, J. *The Clinical Prediction on Violent Behavior*. New Jersey: Jason Aronson INC., 1995, págs. 44-49.

⁵⁰⁴ ESBEC RODRÍGUEZ, E. op. cit. (Valoración de la Peligrosidad Criminal (riesgo de violencia) en psicología forense), 2003, pág. 54.

⁵⁰⁵ ANDRÉS-PUEYO, A., y REDONDO ILLESCAS, S. op. cit. (Predicción de Violencia), 2007, pág. 166.

⁵⁰⁶ *Ibidem*.

cada profesional pueda “valorar los factores que estime oportunos y asignarles la relevancia que le parezca adecuada”⁵⁰⁷.

Como expresa RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, el método clínico puro puede encontrar dos grupos distintos de técnicas diagnósticas: el método intuitivo y el método clínico no estructurado. El método intuitivo, primero a ser creado, se sostiene únicamente en la experiencia y el conocimiento del perito, una vez que son sus impresiones personales las que tendrán rol protagónico⁵⁰⁸. Esto resulta en la obtención de resultados extremadamente variables de acuerdo al profesional y sin posibilidad de demostración o comprobación, en la ponderación de ZIFFER⁵⁰⁹. Consecuentemente, como destaca ESBEC RODRÍGUEZ “la valoración de la peligrosidad queda con frecuencia a merced de elementos subjetivos de carácter intuitivo-ideológico, por lo que se ha dicho que constituye un factor de inseguridad jurídica para la población”⁵¹⁰.

De otra parte, MARTÍNEZ GARAY expone que en el método clínico no estructurado en sentido estricto ya se diseña una metodología verificable en el proceso de observación, una vez que se utilizan *tests* e instrumentos de evaluación que, aunque no sigan un protocolo predeterminado, aportan mayor transparencia, una vez que se indica que herramientas fueron manejadas y cuales los elementos valorados⁵¹¹. Desde la posición de ANDRÉS-PUEYO-ECHEBURÚA, en el marco del método clínico no estructurado, actualmente se destacan dos principales estrategias, cual sean la técnica clínico-forense y la técnica de perfiles delictivos⁵¹².

En el primer caso, según ANDRÉS-PUEYO-ECHEBURÚA, se analizan la capacidad criminal y la inadaptación social del sujeto, que ponderan la capacidad de causar daño (nocividad), de inhibición (intimidabilidad), así como presencia de agresividad, indiferencia afectiva, egocentrismo, labilidad afectiva, capacidad de ajuste al entorno social, entre otros factores elegidos por el evaluador⁵¹³. Por otro lado, la técnica de clasificación tipológica

⁵⁰⁷ MARTÍNEZ GARAY, op. cit. (La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad), 2014, pág. 15.

⁵⁰⁸ RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, J. op.cit. (Peligrosidad e Internación en Derecho Penal), 2015, págs. 58-62.

⁵⁰⁹ ZIFFER, P. op. cit. (Medidas de Seguridad. Pronósticos de Peligrosidad en el Derecho Penal), 2008, págs. 157-158.

⁵¹⁰ ESBEC RODRÍGUEZ, E. op. cit. (Valoración de la Peligrosidad Criminal (riesgo de violencia) en psicología forense), 2003, pág. 46.

⁵¹¹ MARTÍNEZ GARAY, op. cit. (La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad), 2014, págs. 15-16.

⁵¹² ANDRÉS-PUEYO, A, y ECHEBURÚA, E. «Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación.» Editado por Universidad de Oviedo. *Psicothema* 22, nº 3 (2010), pág. 404.

⁵¹³ *Ibidem*.

realizada por medio de perfiles delictivos consiste en una comparación entre el perfil que describe una especie de modelo de delincuente específico y el sujeto analizado, cotejando sus rasgos psicológicos, características sociales y datos biográficos con el del estereotipo criminal para determinado delito, en el análisis de RODRÍGUEZ VÁSQUEZ ⁵¹⁴.

En ambos casos, ANDRÉS PUEYO-ECHEBURÚA, RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, ZIFFER, MARTÍNEZ GARAY Y ESBEC RODRÍGUEZ plantean que la ausencia de protocolos claros de procesamiento de la información y de categorías elegidas para el diagnóstico hace de este modelo, a pesar de ser bastante popular en España, Alemania y Latinoamérica, expresar una baja tasa de predictibilidad⁵¹⁵. De dicha forma, plantean ANDRÉS-PUEYO-REDONDO ILLESCAS que el método clínico puro “presenta una notable dificultad para encontrar justificaciones empíricas y sistemáticas ya que existen bajos niveles de acuerdo inter-jueces, poca precisión y una débil justificación teórica”⁵¹⁶. Asimismo, la doctrina advierte para el riesgo (y el sesgo) que puede presentar dichos métodos frente a la escasa fiabilidad, transparencia y posibilidad de comprobación que presentan, ya que, como destaca MARTÍNEZ GARAY “(...) en la medida en que la decisión final sobre la probabilidad de comisión de delitos no es fruto del seguimiento de reglas estandarizadas, un segundo experto podría llegar a conclusiones distintas sobre la peligrosidad de un sujeto concreto sin que hubiera criterios objetivos para decidir cuál de los dos tiene más razón”⁵¹⁷.

De otro lado, el método clínico se centra en la personalidad (elemento estático) con muy poca incidencia de aspectos psicosociales e interpersonales de naturaleza dinámica, así como aspectos estructurales relevantes como clase social, nivel de educación y el efectivo acceso a servicios de salud mental de calidad, por mencionar algunos factores que las teorías criminológicas ya ofrecieron como elementos de análisis para una comprensión integral de la criminalidad que cobran especial relevancia al acercarnos al caso de las personas que padecen enfermedad mental. Así, evalúa RODRÍGUEZ VÁSQUEZ que “el efecto inmediato de esta

⁵¹⁴ RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, J. op. cit. (Peligrosidad e Internación en Derecho Penal), 2015, págs. 60-61.

⁵¹⁵ ANDRÉS-PUEYO, A, y ECHEBURÚA, E. op. cit. (Valoración del riesgo de violencia), 2010, pág. 404; RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, J. op. cit. (Peligrosidad e Internación en Derecho Penal), 2015, págs. 60-62; ZIFFER, P. op. cit. (Medidas de Seguridad. Pronósticos de Peligrosidad en el Derecho Penal), 2008, pág. 159; MARTÍNEZ GARAY, op. cit. (La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad), 2014, págs. 15-17; ESBEC RODRÍGUEZ, E. op. cit. (Valoración de la Peligrosidad Criminal (riesgo de violencia) en psicología forense. Aproximación Conceptual e Histórica), 2003, pág. 55.

⁵¹⁶ ANDRÉS-PUEYO, A., y REDONDO ILLESCAS, S. op. cit. (Predicción de Violencia), 2007, pág. 166.

⁵¹⁷ MARTÍNEZ GARAY, op. cit. (La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad), 2014, pág. 19.

premisa es que se utilicen mecanismos imprecisos que se centran en la personalidad del delincuente” y acaba por producir una “jurisprudencia que, avalada en pericias realizadas a través del método clínico no estructurado, suele tener como resultado la manutención de la equiparación entre trastorno mental y peligrosidad”⁵¹⁸. Finalmente, la baja capacidad predictiva y el débil sustento empírico del método clínico puro sugieren un gran riesgo en la utilización de este tipo de método cuando está en juego el ejercicio del derecho fundamental a la libertad en un Estado democrático y social de derecho.

3.2. Método estadístico o de valoración actuarial

En virtud del frágil sustento científico de los métodos clínicos puros, la constante búsqueda por producir seguridad en los pronósticos produjo entre las décadas de los 70 y 80 del siglo XX innúmeras investigaciones empíricas que llevaron a la generación de una metodología nueva. De carácter formal y estadístico, estaba compuesta por varias pruebas estandarizadas, desarrolladas de forma a analizar “el efecto durante el tiempo de una variable independiente, que puede denominarse factor, sobre una variable dependiente, generalmente dicotómica” para producir una estimación de “la predicción de la conducta de un individuo en base a cómo otros sujetos han actuado en situaciones similares, o la similitud de un individuo con miembros de grupos considerados violentos”, como expone **ESBEC RODRÍGUEZ**⁵¹⁹.

Así, **ESBEC RODRÍGUEZ** firme que se busca eliminar la subjetividad que afectó la credibilidad del método anterior, una vez que las medidas cuantitativas obtenidas serían capaces de afirmar con seguridad la probabilidad de reincidencia de una persona en distintos tipos de violencia en el corto y en el largo plazo⁵²⁰. Para el efecto, **ANDRÉS-PUEYO-REDONDO ILLESCAS** consideran que el juicio de peligrosidad es considerado como demasiado general, por lo que los autores prefieren guiarse por el concepto de “estimación del riesgo de violencia”, que fornece resultados graduables y no dicotómicos y extremados como los métodos anteriores (sujeto peligroso-no peligroso)⁵²¹. En efecto, **HART** expresa la imposibilidad de la utilización de la categoría de peligrosidad, en su propuesta de evaluación actuarial de riesgo de violencia,

⁵¹⁸ **RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, J.** op. cit. (Peligrosidad e Internación en Derecho Penal), 2015, pág. 60.

⁵¹⁹ **ESBEC RODRÍGUEZ, E.** op. cit. (Valoración de la Peligrosidad Criminal (riesgo de violencia) en psicología forense), 2003, pág. 56.

⁵²⁰ **ESBEC RODRÍGUEZ, E.** op. cit. (Valoración de la Peligrosidad Criminal (riesgo de violencia) en psicología forense), 2003, págs. 56-57.

⁵²¹ **ANDRÉS-PUEYO, A., y REDONDO ILLESCAS, S.** op. cit. (Predicción de Violencia), 2007, págs. 168-169.

así como explicita que el método se dirige a la toma de decisiones basada datos de evaluación específicos, fijos y explícitos, toda vez que son seleccionados anteriormente⁵²².

El método actuarial, según exponen ANDRÉS-PUEYO-REDONDO ILLESCAS, parte de un registro sistemático de los datos de la biografía de la persona analizada, seguida por la ponderación matemática sobre los diversos factores que resultan en una “puntuación de probabilidad determinada que refleja, con gran exactitud, el riesgo de que suceda aquello que queremos predecir”⁵²³. Así, el futuro de alguien sería una repetición de su pasado, pronosticado a partir del cálculo de una combinación de elementos que anteriormente determinaron su ocurrencia, en la mirada de ANDRÉS-PUEYO-REDONDO ILLESCAS⁵²⁴.

A su turno, MARTÍNEZ GARAY revela que la premisa de la repetición como base para el cálculo de probabilidad no está necesariamente fundada en una evaluación del nexo de causalidad entre los factores analizados y los resultados comportamentales violentos, sino “únicamente la probabilidad estadísticamente asociada a que, dada la presencia de un factor o suma de factores, ocurra determinado suceso”⁵²⁵. Los datos que sirven de parámetro son encontrados a partir de la observación del comportamiento violento en muestras de sujetos, asociando estadísticamente si un comportamiento está vinculado a un factor. Si la relación es estadísticamente significativa entonces se agrega determinado factor a la lista.

Así, el pronóstico de reincidencia proviene de estudios de población, contrastando características de personas de distintos grupos, reincidentes y no reincidentes en delitos de hurto, por ejemplo. En consecuencia, es generada una lista de características positivas y negativas a las cuales se atribuyen puntos a fin de calcular la probabilidad de reincidencia⁵²⁶. Para evaluar la peligrosidad de un sujeto específico se compara la puntuación que obtuvo con la media de la población, resultando en una cierta probabilidad de reincidencia, como ejemplifica MARTÍNEZ GARAY “(...) la premisa mayor diría que en la muestra utilizada para construir el test, el 52% de la gente que obtuvo una puntuación entre 5 y 10 delinquirió en el período de seguimiento (por ejemplo, de 3 años); la premisa menor sería que el sujeto S tiene

⁵²² HART, S. D. The role of psychopathy in assessing risk for violence, *Conceptual and methodological issues. Legal & Criminological Psychology*, 1998, págs. 123-124.

⁵²³ ANDRÉS-PUEYO, A., y REDONDO ILLESCAS, S. op. cit. (Predicción de Violencia), 2007, págs. 168.

⁵²⁴ ANDRÉS-PUEYO, A., y REDONDO ILLESCAS, S. op. cit. (Predicción de Violencia), 2007, pág. 169.

⁵²⁵ MARTÍNEZ GARAY, op. cit. (La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad), 2014, pág. 17.

⁵²⁶ ZIFFER, P. op. cit. (Medidas de Seguridad. Pronósticos de Peligrosidad en el Derecho Penal), 2008, págs. 158-159.

la puntuación 7, y la conclusión sería que el sujeto S tendrá una probabilidad similar al 52% de delinquir en un periodo de tres años”⁵²⁷.

Conforme ANDRÉS-PUEYO-REDONDO ILLESCAS, defensores de los métodos estadísticos, “predecir la conducta futura no es metodológicamente distinto de pronosticar si lloverá el fin de semana, (...) si la intención de voto cambiará el día de las elecciones o si el Euribor o el Ibex bajarán o subirán la próxima semana”⁵²⁸. Estos autores consideran la violencia como un fenómeno complejo y multicausal, identificando en grupos específicos factores de riesgo internos (subjetivos) y externos (socioambientales) tanto positivos como negativos, siempre para un tipo particular de violencia. Sobre la base de esta asociación estadística construida a partir de la observación del comportamiento de los sujetos del grupo, además se atribuyen pesos o valores probabilísticos a los diversos factores que incidirán directamente en el cálculo del riesgo, según ANDRÉS-PUEYO-ECHEBURÚA⁵²⁹. Finalmente, ANDRÉS-PUEYO manifiesta que se realizan “ponderaciones cuantitativas que se formalizaron en términos de reglas de combinación aritmética se obtiene un valor de puntuación de probabilidad determinada que refleja, con gran exactitud, el riesgo de que suceda aquello que queremos predecir”⁵³⁰.

Entre las críticas realizadas a este método de pronóstico, la más contundente refiere a que la naturaleza estadística de la predicción del riesgo de violencia provee estimaciones estadísticas sobre el grupo, no sobre cada individuo. ZIFFER delata que “en el mejor de los casos, su aplicación sólo puede conducir a afirmar, por ejemplo, que siete de cada diez condenados en más de tres oportunidades vuelve a cometer delitos”⁵³¹. De esta forma, la variabilidad individual natural en los grupos, o sea, su esperada heterogeneidad implica un riesgo de equivoco en el pronóstico que no puede ser tolerado por el Derecho penal. Por consiguiente, la tutela penal tiene la imperiosa obligación de ser empleada de forma individualizada considerando las circunstancias particulares de cada persona y no a partir de “generalizaciones grupales aplicadas a individuos”, conforme postulan ANDRÉS-PUEYO-REDONDO ILLESCAS⁵³². Por esta razón, MARTÍNEZ GARAY afirma que el uso de los

⁵²⁷ MARTÍNEZ GARAY, op. cit. (La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad), 2014, pág. 17.

⁵²⁸ ANDRÉS-PUEYO, A., y REDONDO ILLESCAS, S. op. cit. (Predicción de Violencia), 2007, pág. 158.

⁵²⁹ ANDRÉS-PUEYO, A, y ECHEBURÚA, E. op. cit. (Valoración del riesgo de violencia), 2010, pág. 405

⁵³⁰ ANDRÉS-PUEYO, A. Evaluación del riesgo de violencia: instrumentos y aplicación, HGR-20 y SVR-20, casos prácticos. En: Estudios Jurídicos, 2007, pág. 16.

⁵³¹ ZIFFER, P. op. cit. (Medidas de Seguridad. Pronósticos de Peligrosidad en el Derecho Penal), 2008, pág. 148.

⁵³² ANDRÉS-PUEYO, A., y REDONDO ILLESCAS, S. op. cit. (Predicción de Violencia), 2007, pág. 168.

métodos actuariales es desacreditado por la doctrina alemana y se encuentra prohibido por su jurisprudencia⁵³³.

En efecto, **ESBEC RODRÍQUEZ** observa que la existencia de pronósticos sin considerar las particularidades individuales puede conllevar también en riesgos para la sociedad, como “en el caso Dahmer, si se hubiera utilizado exclusivamente como medida actuarial una herramienta como el RRASOR para la valoración de la peligrosidad hubiera obtenido 0 puntos en “delitos previos” (nunca fue arrestado hasta su condena por los 17 asesinatos) una puntuación de 0 para la categoría “edad de puesta en libertad” (mayor de 25 años), una puntuación de 1 para “víctimas masculinas” y 1 para “víctimas no relacionadas”. La puntuación total sería de 2, lo que correspondería a un 14,2% de riesgo de recidiva a cinco años vista y del 21,1% a los diez años. Mediante este método, en el momento de su condena por los 17 asesinatos, Dahmer se encontraría en la categoría de “bajo riesgo” de recidiva sexual. Los datos clínicos, sin embargo, apuntaron lo contrario. Durante la prueba pericial psiquiátrica y psicológica, los expertos testificaron que Dahmer padecía una necrofilia obsesiva, resistente a todo intento de control”⁵³⁴.

De igual forma, **HEGGLIN** resalta que la utilización de dicho método no es neutral, una vez que al evaluador tiene la labor de designar cuales factores tomará en cuenta y cuáles no, además de atribuir valores y ponderaciones aritméticas que reflejarán en la fórmula distintos pesos para cada elemento⁵³⁵.

Desde el punto de vista legal, los análisis actuariales se destinan específicamente a pronosticar el riesgo de violencia, noción bastante distinta de la disposición legal de la previsión de “nuevos delitos”. Así, reflexionan **ANDRÉS-PUEYO-REDONDO ILLESCAS** que “no se puede predecir, en general, el riesgo de cualquier tipo de violencia”⁵³⁶, pero, mucho más extenso, cualquier tipo de delito futuro. Por consiguiente, teniendo en cuenta que existen muchísimos delitos que siquiera involucran el uso de algún tipo de violencia, la utilidad de los métodos actuariales resulta muy limitada, aún que fuera posible superar los demás problemas que acarrea dicho método.

⁵³³ MARTÍNEZ GARAY, op. cit. (La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad), 2014, págs. 15-17.

⁵³⁴ ESBEC RODRÍQUEZ, E. op. cit. (Valoración de la Peligrosidad Criminal (riesgo de violencia) en psicología forense), 2003, pág. 58.

⁵³⁵ HEGGLIN, op. cit. (Los enfermos mentales en el Derecho penal), 2006, págs. 130-134.

⁵³⁶ ANDRÉS-PUEYO, A., y REDONDO ILLESCAS, S. op. cit. (Predicción de Violencia), 2007, pág. 164.

Finalmente, como sostiene RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, los instrumentos de valoración de riesgo son realizados para medición de probabilidad de reincidencia en un tipo específico de violencia en una determinada población. Aunque fuera aplicable irrestrictamente a los individuos de población de donde se obtuvo la muestra, en ningún caso sería aplicable a sujetos que son parte de otro grupo o para estimar el riesgo de reincidencia de violencia distinta. Así, para cada población y cada tipo de violencia se tendría que construir un instrumento específico, lo que requiere demasiada inversión en formación de evaluadores e investigaciones previo a que sea posible disponer de un único instrumento de valoración⁵³⁷.

3.3. Método mixto o valoración clínica estructurada

Como reflejo de las duras críticas y límites prácticos de aplicación que incidieron sobre los métodos estadísticos, emergen en el curso de los años 90 los llamados métodos mixtos o de valoración clínica estructurada, que se proponían remediar los bajos índices de efectividad logrados por los dos métodos anteriores habían alcanzado aisladamente. De esta forma, una combinación del uso de la experiencia clínica con técnicas de pronóstico estadístico prometía mayor seguridad en las predicciones.

ANDRÉS-PUEYO-REDONDO ILLESCAS y RODRÍGUEZ VÁSQUEZ definen que la propuesta de los métodos mixtos fue ponderar criterios estadísticos, formulados con la misma base metodológica, y factores sociales y dinámicos⁵³⁸. En este sentido, MARTÍNEZ GARAY describe que al análisis clásico de circunstancias pasadas e inmodificables como delitos anteriores, edad del primer delito, sexo, edad, relaciones familiares inestables o inexistentes, entre otras, se agregan otras variables más complejas y manejables por el sujeto como sus competencias sociales, sus actitudes actuales, planes de futuro, búsqueda de apoyo y construcción de nuevos vínculos sociales, etc.⁵³⁹.

En el proceso se consideran guías de juicio estructurado de valoración, compuestas por factores de riesgo mínimos, tanto positivos como negativos, intentando contrarrestar los sesgos y la carencia de verificabilidad que padecía el método clínico puro, de acuerdo con ANDRÉS-PUEYO-REDONDO ILLESCAS⁵⁴⁰. Al establecer protocolos de actuación tanto para recoger

⁵³⁷ RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, J. op. cit. (Peligrosidad e Internación en Derecho Penal), 2015, pág. 62.

⁵³⁸ ANDRÉS-PUEYO, A., y REDONDO ILLESCAS, S. op. cit. (Predicción de Violencia), 2007, págs. 164 y 168; RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, J. op. cit. (Peligrosidad e Internación en Derecho Penal), 2015, págs. 60 y 66.

⁵³⁹ MARTÍNEZ GARAY, op. cit. (La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad), 2014, págs. 17-18.

⁵⁴⁰ ANDRÉS-PUEYO, A., y REDONDO ILLESCAS, S. op. cit. (Predicción de Violencia), 2007, pág.168.

información como para procesar se establecen estándares para la actuación clínica, conservando un margen de discrecionalidad al no direccionar la toma de decisiones que importa producir los resultados finales. Así, desde la posición de RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, “en el método clínico estructurado, no es la operación matemática la que tiene la decisión final, sino que el experto será el que determine qué factores presentes tienen una importancia extraordinaria”⁵⁴¹, estableciendo una distinción relevante entre las dos metodologías.

Sin embargo, aunque la combinación de los dos modelos agrega factores antes no considerados en ambos de forma separada y mejoras las posibilidades de predicción, como la ponderación de factores dinámicos, también se trasladan a la nueva herramienta los problemas anteriormente informados. Así, se conserva vigente la cuestión fundamental de los análisis estadísticos, cual sea la predicción de comportamiento individual en base a resultados grupales. Además, los métodos siguen dirigidos al pronóstico de conductas violentas particulares en grupos específicos, por lo que no atiende al requerimiento legal de prever cualquier nuevo delito. En este sentido, GONZÁLEZ TAPIA constata que la única unanimidad sobre dichos métodos de predicción parece ser el “serio cuestionamiento” sobre la fiabilidad de los mismos⁵⁴², así, en el siguiente epígrafe, pasaremos a exponer algunas de estas ponderaciones sobre la fiabilidad de estos métodos.

3.4. Falsos positivos y baja capacidad predictiva

Las estimaciones de peligrosidad son largamente utilizadas en el sistema penal, con un franco predominio de previsiones legales en el ámbito penitenciario. Así, para análisis de concesión o negación de progresión de régimen de cumplimiento de la pena (artículo 36.3), suspensión condicional de la pena (artículo 83.3.) o de libertad condicional (artículo 90.5, 91.2 y 3, 92. 3) se evalúa la peligrosidad presentada por el penado por expresa disposición legal. En lo que toca a los inimputables por anomalía o alteración psíquica, la peligrosidad está dispuesta en los artículos 6 y 97.b) o sea, como fundamento para la imposición de las medidas de seguridad (artículo 6.1), como límite para su imposición inicial por el juez y también como

⁵⁴¹ RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, J. op. cit. (Peligrosidad e Internación en Derecho Penal), 2015, pág. 66.

⁵⁴² GONZÁLEZ TAPIA, M. I., op. cit. (*Derecho Penal de la peligrosidad y neuropredicción: Hacia un 'Derecho Penal individualizado'*), 2018, pág. 336-337.

condición para la mantención de la medida por el juez de garantías penitenciarias (artículo 6.2 y 97.b)⁵⁴³.

En este escenario, se puede entender en primer lugar la relevancia para el sistema penal de los pronósticos de reincidencia, tanto en lo que toca al ejercicio del *jus puniendi* sobre los imputables como ante los inimputables. Sin embargo, para los inimputables por anomalía o alteración psíquica la peligrosidad cobra un especial impacto, toda vez que, para la persona no culpable, esta es la propia causa de existir de la intervención estatal.

En según lugar, cuando se trata de evaluar la efectividad de los pronósticos en la detección de los reincidentes, llamada evaluación de *especificidad* del método de pronóstico utilizado, en una población que en regla está reclusa y, particularmente los enfermos mentales, están bajo internación psiquiátrica, es sumamente difícil comprobar una situación de estimación equivocada. En este caso, como argumenta MARTÍNEZ GARAY “la propia situación de privación de libertad impide al sujeto demostrar que su hubiera Estado en libertad no habría cometido delitos”⁵⁴⁴.

En realidad, lo que se utiliza como parámetro para la valoración del método utilizado suele ser otro criterio, la *sensibilidad* del método, o sea, la capacidad de clasificar correctamente alguien como peligroso. A partir de este razonamiento, coteja GÓMEZ HERMOSO los siguientes resultados posibles en el Informe sobre la eficacia de las predicciones sobre peligrosidad de los informes psicológicos forenses emitidos en los juzgados de vigilancia penitenciaria de Madrid “el informe detecta peligrosidad, por tanto, es desfavorable, y efectivamente el penado ha reincidido: acierto tipo I o verdadero positivo. El informe no detecta peligrosidad, por tanto, es favorable, y efectivamente el penado no ha reincidido: acierto tipo II o verdadero negativo. El informe detecta peligrosidad, por tanto, es desfavorable; sin embargo, el penado no reincide: falsa alarma o falso positivo. El informe no detecta

⁵⁴³ Artículo 6.1. Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito. 2. 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. Artículo 97. Durante la ejecución de la sentencia, el Juez o Tribunal sentenciador adoptará, por el procedimiento establecido en el artículo siguiente, alguna de las siguientes decisiones: b) Decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto.

⁵⁴⁴ MARTÍNEZ GARAY, op. cit. (La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad), 2014, pág. 20.

peligrosidad, el informe es favorable, pero el penado ha reincidido: omisión o falso negativo”⁵⁴⁵.

De tal forma, para evaluar la efectividad del método utilizado se debe conocer la tasa de *sensibilidad*, de *especificidad*, y el valor predictivo del instrumento utilizado para predicción. Cabe aclarar que la *sensibilidad* mide, entre los reincidentes, cuantos efectivamente fueron pronosticados como peligrosos, en cuanto la *especificidad* apunta, entre los no reincidentes, cuales habían sido entendidos como no peligrosos, según apunta GÓMEZ HERMOSO⁵⁴⁶. En ambos casos, la verificación se proyecta en sentido cronológico contrario, no analizando como referencia el total de la población sobre la cual se realizó el pronóstico, sino que tienen como referencia la población de reincidentes o la población de no reincidentes, realizando una comprobación de eficiencia a la inversa. Asimismo, RODRÍGUEZ VÁSQUEZ enuncia el proceso de obtención de la sensibilidad “i. se identifica un grupo «A» de personas que delinquen y se realiza el método de prognosis; ii. luego de un tiempo, se identifica al subgrupo «B» de los que efectivamente reincidieron; iii. la «sensibilidad» será mayor cuanto mayor sea el porcentaje de miembros del subgrupo «B» que hayan sido calificados como peligrosos originalmente”⁵⁴⁷. Concretamente, en la sensibilidad del método, cual sea, el porcentaje de verdaderos positivos encontrados, se comprueba cuantos más sujetos del grupo B con pronóstico positivo efectivamente reincidieron.

De otra parte, el *valor predictivo* de un instrumento de pronóstico se realiza observando desde el total de pronósticos realizados, cuantos se confirman en el futuro. Así, conforme sea el resultado, se puede identificar el *valor predictivo negativo*, calculado entre todos los pronósticos negativos de peligrosidad realizados cual la tasa de sujetos que efectivamente no reinciden; o un *valor predictivo positivo*, que se observa a partir de todos los pronósticos positivos de peligrosidad, evaluando cual el porcentaje de estos sujetos efectivamente reincidió, con base en MARTÍNEZ GARAY⁵⁴⁸. Así, la mencionada autora considera que el valor

⁵⁴⁵ GÓMEZ HERMOSO, M.R. «Informe sobre la eficacia de las predicciones sobre peligrosidad de los informes psicológicos forenses emitidos en los juzgados de vigilancia penitenciaria de Madrid.» *Colegio oficial de Psicólogos de las Islas Baleares*. 18 de noviembre de 2012. Disponible en: <http://www.copib.es/pdf/Vocalies/Juridica/2012-11-18%20predicciones.pdf>, pág. 7.

⁵⁴⁶ GÓMEZ HERMOSO, M.R. op. cit. (Informe sobre la eficacia de las predicciones sobre peligrosidad), 2012, págs. 7-9.

⁵⁴⁷ RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, J. op. cit. (Peligrosidad e Internación en Derecho Penal), 2015, pág. 70.

⁵⁴⁸ MARTÍNEZ GARAY, L. «Errores Conceptuales en la estimación de riesgo de reincidencia. La importancia de diferencias sensibilidad y valor predictivo, y estimaciones de riesgo absolutas y relativas.» *REIC - Revista Española de Investigación Criminológica*, nº 14, 2016, págs. 23-24.

predictivo es confirmado con el siguiente proceso “i. se identifica un grupo «A» de personas que delinquen y se realiza el método de prognosis; ii. luego de un tiempo, se verifica cuántos miembros de la muestra efectivamente delinquieron y cuántos no lo hicieron; iii. el «valor predictivo» será mayor cuanto menor sea el porcentaje de personas calificadas erradamente como «peligrosas» o con pronóstico futuro de reincidencia”⁵⁴⁹.

Lo que se puede observar, comparando ambos métodos, es que un método con una alta tasa de sensibilidad, o sea, con alto porcentaje diagnóstico de verdaderos positivos, puede generarse al mismo tiempo que (o a la costa de) una baja capacidad predictiva, como evalúan MARTÍNEZ GARAY y RODRÍGUEZ VÁSQUEZ⁵⁵⁰. Esto ocurre precisamente en escenarios de sobrevaloración del diagnóstico de peligrosidad, tal como lo enuncia GÓMEZ HERMOSO que ocurre comúnmente como directriz para los informes psicológicos de peligrosidad, en el cual en consecuencia de la “alarma social” los criterios para emitir informes psicológicos sean extremadamente rigurosos⁵⁵¹. MARTÍNEZ GARAY agrega que, en estos casos, la consecuencia de dicha actuación por parte de los peritos es que la alta tasa de verdaderos positivos ocurre debido a que “muchas personas son calificadas correctamente como futuros reincidentes, pero esto ocurre al costo de incluir en el grupo de futuros reincidentes, además, a muchos que en realidad no reinciden, resultando un valor predictivo bajo”⁵⁵².

En el mismo sentido, ANDRÉS-PUEYO expone como características de los pronósticos de peligrosidad: la imprecisión conceptual que ocasiona una naturaleza confusa; una operacionalización muy compleja; una baja capacidad predictiva; y la producción sobre el individuo de un fuerte impacto estigmatizante resultante de la atribución etiqueta de “peligroso”⁵⁵³. Además, MARTÍNEZ GARAY y RODRÍGUEZ VÁSQUEZ entienden que lejos de que los criterios diagnósticos sean algo neutral, el resultado de la técnica elegida depende de elecciones realizadas por el evaluador, aun cuando se utilizan métodos estructurados o semi estructurados en los cuales existen reglas más claras⁵⁵⁴. Así, de acuerdo

⁵⁴⁹ MARTÍNEZ GARAY, op. cit. (La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad), 2014, pág. 70.

⁵⁵⁰ RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, J. op. cit. (Peligrosidad e Internación en Derecho Penal), 2015, pág. 62; MARTÍNEZ GARAY, op. cit. (La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad), 2014, págs. 23-24.

⁵⁵¹ GÓMEZ HERMOSO, M.R. op. cit. (Informe sobre la eficacia), 2012, pág. 7.

⁵⁵² MARTÍNEZ GARAY, op. cit. (La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad), 2014, pág. 29.

⁵⁵³ ANDRÉS-PUEYO, A. op. cit. (La peligrosidad criminal: análisis crítico de un concepto polisémico), 2013, pág. 484.

⁵⁵⁴ RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, J. op. cit. (Peligrosidad e Internación en Derecho Penal. Reflexiones desde el modelo social de la discapacidad), 2015, pág. 73; MARTÍNEZ GARAY, op. cit. (La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad), 2014, págs. 17-18.

con GÓMEZ HERMOSO “(...) el porcentaje de falsas alarmas y de omisiones para una misma prueba diagnóstica depende del criterio de detección que se establezca. Cuanto más riguroso sea, menos omisiones, pero más falsas alarmas”⁵⁵⁵.

Teniendo en cuenta este precedente, ZIFFER define la existencia de *over prediction* como “la sobrevaloración del peligro vinculada al hecho de que el pronóstico desfavorable nunca puede ser refutado, en tanto el autor permanezca encerrado”⁵⁵⁶. De dicha forma, los falsos positivos de los inimputables por anomalía o alteración psíquica, que cuentan, además, con el control farmacológico, son casi imposibles de confirmarse en la práctica, produciendo medidas de seguridad por tiempo indeterminado (y en algunos países incluso ilimitado), ya que el individuo “nunca tendrá la oportunidad de demostrar que si hubiera sido dejado en libertad no habría cometido ningún delito”, como refiere la autora anteriormente citada⁵⁵⁷.

En efecto, MARTÍNEZ GARAY expresa que en el análisis del valor predictivo de instrumentos de evaluación de peligrosidad de delincuentes considerados muy peligrosos y los resultados apuntan una tasa elevada de falsos positivos y, consecuentemente, una bajísima capacidad predictiva⁵⁵⁸. En este sentido, dos estudios llaman la atención en virtud del meta-análisis poseer alto grado de evidencia científica, o sea, se trata de estudios que se basan en una gran revisión de otros estudios y la comparación de sus resultados. Así, la investigación de FAZEL ET AL. evaluó los métodos actuariales y clínico estructurados más utilizados, entre los cuales estuvo el HCR-20, el más utilizado para pronósticos en personas con enfermedad mental, llegando a la conclusión de que estos instrumentos poseen una alta sensibilidad y, al mismo tiempo, un valor predictivo positivo inferior al 50%⁵⁵⁹. Según pondera MARTÍNEZ GARAY, “en la inmensa mayoría de las muestras en las que se estimó el riesgo de violencia o de reincidencia utilizando los instrumentos estudiados en este meta-análisis, las predicciones se equivocaron más veces de las que acertaron”⁵⁶⁰. Dicho de otra forma: la capacidad predictiva de estos instrumentos es más baja, en la mayor parte de las veces, que el azar.

⁵⁵⁵ GÓMEZ HERMOSO, M.R. op. cit. (Informe sobre la eficacia de las predicciones sobre peligrosidad.), 2012, pág. 7.

⁵⁵⁶ ZIFFER, P. op. cit. (Medidas de Seguridad. Pronósticos de Peligrosidad en el Derecho Penal), 2008, pág. 164.

⁵⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁵⁸ MARTÍNEZ GARAY, L. op. cit. (Errores Conceptuales) 2016, pág. 15.

⁵⁵⁹ FAZEL et al. *Use of risk assessment instruments to predict violence and antisocial behaviour in 73 samples involving 24827 people: systematic review and meta-analysis*. British Medical Journal, 345: e4692, pág. 4 Disponible en: <https://www.bmj.com/content/bmj/345/bmj.e4692.full.pdf>,

⁵⁶⁰ MARTÍNEZ GARAY, L. op. cit. (Errores Conceptuales) 2016, pág. 15.

En efecto, a pesar de ser muy raros los estudios comprobatorios de los pronósticos de reincidencia, dos relevantes estudios fueron realizados en España en los últimos años en base a estos criterios, y si evaluamos los números presentados, se puede calcular con facilidad el alarmantemente bajo valor predictivo presentado por los métodos (convenientemente no mencionado por los documentos). Así, tanto el Informe sobre la Tasa de Reincidencia penitenciaria de Cataluña 2014, realizado por CAPDEVILA ET AL, como el Informe sobre la eficacia de las predicciones sobre peligrosidad de los informes psicológicos forenses emitidos en los juzgados de vigilancia penitenciaria de Madrid, de autoría de GÓMEZ HERMOSO⁵⁶¹, presentan optimistas resultados respaldados en tasas de especificidad y especificidad con las cuales expresan “que la herramienta se ha comportado de modo excelente en la predicción de riesgo sobre los sujetos que efectivamente reincidirán”⁵⁶², sin siquiera tocar el tema del valor predictivo.

Sin embargo, podemos calcular, siguiendo el método ensañado por MARTÍNEZ GARAY que la investigación arroja una tasa de especificidad del 57,26%, una vez que “del total de 578 sujetos que no reincidieron en el periodo estudiado, 331 habían sido previamente valorados como de riesgo bajo”⁵⁶³. A su turno, en el propio informe, CAPDEVILA ET AL. expone que “la sensibilidad de la herramienta –es decir, la capacidad para prever como casos de riesgo alto o moderado sujetos que efectivamente reincidirán–, es del 77.15%”⁵⁶⁴, expresando que entre los 70 reincidentes estudiados, 54 habían sido pronosticadas con riesgo moderado o alto de reincidencia⁵⁶⁵.

Por otro lado, el estudio en ningún momento se pregunta del total de personas inicialmente pronosticadas con riesgo alto o moderado, cuantas efectivamente reincidieron. Sin embargo, la tabla 38 del informe indica que un total de 301 personas fueron pronosticadas como “peligrosas”, de las cuales reincidieron 54⁵⁶⁶, según expone CAPDEVILA ET AL.; o sea, el valor predictivo del método utilizado (RisCanvi), fue de 17,94% en la evaluación de MARTÍNEZ GARAY⁵⁶⁷. En otras palabras, con solamente 17,94% de valor predictivo, la “excelente herramienta” utilizada produjo una tasa de 82,06% de falsos positivos, o, 247 de

⁵⁶¹ GÓMEZ HERMOSO, M.R. op. cit. (Informe sobre la eficacia), 2012, pág. 10.

⁵⁶² CAPDEVILA et al. op. cit. (Tasa de reincidencia penitenciaria 2014), 2015, pág. 237.

⁵⁶³ MARTÍNEZ GARAY, et al. op. cit. (Errores Conceptuales) 2016, págs. 11.

⁵⁶⁴ CAPDEVILA et al. op. cit. (Tasa de reincidencia penitenciaria 2014), 2015, pág. 152.

⁵⁶⁵ CAPDEVILA et al. op. cit. (Tasa de reincidencia penitenciaria 2014), 2015, págs. 151-152.

⁵⁶⁶ CAPDEVILA et al. op. cit. (Tasa de reincidencia penitenciaria 2014), 2015, pág. 151.

⁵⁶⁷ MARTÍNEZ GARAY, L. op. cit. (Errores conceptuales) 2016, págs. 11-12.

301 personas fueron equivocadamente clasificadas como de riesgo alto o moderado y no tuvieron, por este motivo, acceso a los beneficios legales correspondientes.

Si realizamos el mismo ejercicio con el informe presentado por el Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, GÓMEZ HERMOSO expone que fueron evaluados 150 casos en los cuales se observa que, del total de 18 reincidentes, 15 habían sido pronosticados como peligrosos, al tiempo en que, de los 132 sujetos que no reincidentieron, 55 fueron inicialmente pronosticados como no peligrosos⁵⁶⁸. MARTÍNEZ GARAY también analiza dicho informe en el sentido de que estos números proyectan también tasas bastante optimistas: sensibilidad de 83,3% y especificidad de 41,6%⁵⁶⁹. No obstante, si observamos que del total de pronósticos realizados (150), 92 personas (61,3% de la población) había recibido un pronóstico de peligrosidad y, de este total, 15 personas reincidentieron, encontramos que:

a) la tasa de reincidencia total, expresando la peligrosidad real de esta población es bastante baja, una vez que de 150 personas solamente 18 reincidentieron, indicando una prevalencia de 12%;

b) sin embargo, la estimación de reincidencia estuvo notablemente sobrevalorada, ya que se entendió que el 61,3% de la población tenía el pronóstico de peligrosidad;

c) una vez que 92 personas fueron estimadas peligrosas y, de estas, 15 reincidentieron, el valor predictivo del método utilizado es de 16,3%, según destaca MARTÍNEZ GARAY⁵⁷⁰;

d) el total de falsos positivos fue de 77, o sea, 77 personas fueron impedidas de gozar de sus derechos por haber sido equivocadamente estimados como peligrosos por el método.

III. VALORACIÓN PERSONAL

Somos conscientes del desafío de intentar definir jurídicamente la peligrosidad, una vez que se trata de concepto reconocidamente polisémico e impreciso; por este motivo, anteriormente hemos realizado el recorrido histórico de sus bases teóricas interdisciplinarias, bien como el desarrollo legislativo correspondiente, al fin de poder evaluar de forma más contextualizada dicho instituto. En este sentido, en el primer apartado distinguimos las distintas

⁵⁶⁸ GÓMEZ HERMOSO, M.R. op. cit. (Informe sobre la eficacia), 2012, pág. 5.

⁵⁶⁹ MARTÍNEZ GARAY, op. cit. (La incertidumbre), 2014, págs. 28-29.

⁵⁷⁰ *Ibidem*.

formulaciones doctrinarias de la peligrosidad especificando sus principales tipologías, a fin de individualizar nuestro objeto de investigación.

Así, encontramos como categorías más frecuentes, que la peligrosidad jurídico penal puede ser identificada, en primer lugar, por su relación con el hecho previo, como pre o post delictual; y, en según lugar, por su relación con el contenido del pronóstico, como criminal o social. De esta forma, podemos recordar que, en su versión original, planteada por la escuela de defensa social y dirigida a la profilaxis social, no se exigía el cometimiento de un delito anterior sino la identificación de una “*actitud criminal interna*”, develando la peligrosidad predelictual; igualmente, la finalidad de evitar futuras conductas antisociales o inadaptadas, fueron claras expresiones de la adopción de la peligrosidad social. Ambas formas, combinadas o aisladamente, fueron características del derecho penal de autor que se han sostenido en el siglo XX, sobre todo en escenarios dictatoriales en los cuales hay una mayor demanda político gubernamental por estrategias de control social extremas, hecho que, en sí mismo, señala su incompatibilidad con el Estado Social y Democrático de Derecho.

En efecto, advertimos que la doctrina dominante reconoce desde ya algún tiempo la legitimidad estrictamente de las modalidades de peligrosidad que combinan el delito como antecedente del juicio de peligrosidad y como contenido del pronóstico, cual sea, la peligrosidad postdelictual criminal. Históricamente, esta es la única forma de peligrosidad admitida ante la Constitución democrática, la cual se destina a una única categoría de personas, las personas inimputables por anomalía o alteración psíquica. Nótese que la consecuencia jurídica sigue la misma, la medida de seguridad por tiempo indeterminado. En efecto, ponderamos que, aunque esta sanción ganó tintes democráticos con la aplicación de un límite máximo abstracto proporcional al delito cometido, todavía devela un trato asimétrico si comparamos a las garantías de la pena.

Es forzoso reconocer que esta no es, en la actualidad, la única forma de peligrosidad admitida en el ordenamiento español. Como ya se pudo identificar, además de la evaluación de las clásicas peligrosidad procesal y penitenciarias, utilizadas para la valoración de concesión o negación de beneficios o medidas cautelares para los sujetos imputables, nuevas formas de peligrosidad fueron insertadas a través de las sucesivas reformas penales. Concordamos con la parte significativa de la doctrina que considera dichas hipótesis no solamente una expansión sino una extralimitación de la potestad sancionadora del Estado, la cual, en el caso de la

peligrosidad pospenitenciaria lleva al resurgimiento del sistema vicariante, a través de la imposición de medidas de seguridad posteriores al cumplimiento de la pena.

Observamos que Romeo Casabona ubica a la peligrosidad todavía como genérica o específica, conforme esté asociada o no a un delito determinado, tal como ocurrido con los delitos sexuales y el terrorismo. Sin embargo, destacamos que, en el caso de la peligrosidad de las personas con trastorno mental, el juicio de peligrosidad está específicamente dirigido a un grupo determinado de personas, tal como ocurrió anteriormente con los homosexuales o los judíos. De igual forma, la evaluación de la personalidad del agente es el eje central de la actuación del Estado, tal y como se aplicaba a los ebrios, por mencionar un ejemplo. Así, aunque ya no se trate en el caso español de una peligrosidad presunta (sino de peligrosidad comprobada), en realidad lo que se depende de la estructura de este instituto, es que la peligrosidad de las personas con trastorno mental, una vez enunciada *a priori* por la norma, solamente demanda ser ratificada.

Cabe reflexionar además sobre el cómo y el cuándo ocurre dicha ratificación, por lo que la forma como se realiza la averiguación de la peligrosidad y el momento de verificar y de considerarlas imponen especial desafío. En definitiva, de la misma forma que el hecho de que la persona que comete el delito posea un diagnóstico psiquiátrico no implica su peligrosidad, la presencia de la peligrosidad en un momento no implica su continuidad. Como es sabido, la peligrosidad se destina únicamente a satisfacer a los fines preventivo especiales del derecho penal, de forma que, la ausencia de peligrosidad, como fundamento y límite de las medidas de seguridad, desautoriza el Estado a aplicar esta sanción en contra del ciudadano por carecer de propósito.

De otra parte, ponderamos las diversas categorías de la peligrosidad como justificadas desde el determinismo biológico como una cualidad de la persona; como una inadaptación social ocasionada por influjos ambientales; o como un constructo normativo. Reconocemos que esta última concepción representó un gran avance en el ámbito jurídico, una vez que implicó un mayor desarrollo en la formulación legal y el establecimiento de límites. Así, destacamos que la peligrosidad se constituye según su previsión legal, al mismo tiempo, como fundamento de las medidas de seguridad y como límite a la imposición de las mismas, motivo por el cual una parte de la doctrina la entiende como principio penal.

Con todo, más allá del acercamiento legal, es fundamental destacar en este trabajo la estructuración y la exploración de las bases teóricas e implicaciones prácticas de los requisitos para la configuración de la peligrosidad: el “hecho previsto como delito”, o, injusto penal, manifestación concreta de la peligrosidad postdelictual; la inimputabilidad por anomalía o alteración psíquica; y el pronóstico de reincidencia.

En efecto, el primer requisito implica que el juicio de peligrosidad parte, a *contrario sensu* no de una valoración hacia el futuro, sino de una apreciación del pasado. En este sentido alertamos para el hecho lógico de que la prueba del injusto penal es *condicio sine qua* para la actuación del *ius puniendi*. Esto exige que el proceso penal de un delito cometido por una persona con trastorno mental, más allá de la existencia o no de una etiqueta diagnóstica, tenga la misma rigurosidad procedimental y probatoria, con la prueba de la materialidad y autoría, y de la no existencia de eximentes de antijuridicidad, requisitos esenciales al principio *nulla poena sine iudicio*.

Cuanto a la imputabilidad, se observa su rol protagónico en la búsqueda de la definición de culpabilidad, una vez que no se trata de presupuesto sino verdadero elemento constitutivo de la misma. Como consecuencia, destacamos que la imputabilidad está aferrada al hecho delictivo y al momento de su realización, puesto que el Derecho penal en el Estado de Derecho dirige su juicio de valor sobre hechos concretos, jamás en abstracto y sobre la persona del autor. Asimismo, se concluye que la imputabilidad, de acuerdo con el artículo 20.1 del Código Penal, es una capacidad jurídica atribuida por la norma penal siempre posteriormente a un hecho típico y antijurídico.

De otra parte, para comprender el fundamento de la imputabilidad, una vez que esta es la capacidad de culpabilidad, es imprescindible analizar el fundamento de la culpabilidad misma. Así, las diversas corrientes jurídicas que se dedicaron a esta tarea trazaron sus definiciones de imputabilidad como consecuencia de su formulación teórica. Concretamente, para la teoría clásica basada en el libre albedrío, antecedente de la fórmula legal vigente, la culpabilidad es el reproche sobre el autor de delito por comportarse de forma contraria al Derecho, si podía actuar de forma distinta, al tiempo en que la imputabilidad se refleja en la capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de actuar de acuerdo con esta comprensión.

A su turno, se presentan autores que, inconformes con la fundamentación indemostrable de la libertad de decisión, trazaron otras opciones que varían desde la negación de la culpabilidad misma de GIMBERNAT ORDEIG; las variaciones menos o más radicales ligadas a la prevención general positiva de ROXIN y JAKOBS; las propuestas de MIR PUIG y MUÑOZ CONDE, que intentan ponderar entre la necesidad de prevención y nuevos factores de impacto sobre la motivabilidad del sujeto, agregando a las tradicionales causas cognitiva y volitiva, variables socioculturales; y la corriente constitucionalista de MORILLAS CUEVA, a la cual nos vinculamos, por el balance entre el distanciamiento de los fundamentos metafísicos, morales o antropológicos y la apuesta constitucional en la libertad que general, al mismo tiempo una concepción garantista y una justificación racional del juicio de reproche.

En este contexto, llama la atención es la utilización de la categoría de “normales” a la cual se opone la idea de anormalidad. Éstos, que serían los “no iguales” mencionados por JAKOBS, los “locos” nombrados por GIMBERNAT ORDEIG, hasta llegar la noción de “normalidad de la motivación” y “falta de acceso *normal*”, expresiones empleadas por MIR PUIG. Subrayamos que la persistencia del uso de estas referencias lingüísticas que remiten al siglo XIX, recuerdan que la construcción de la culpabilidad y de la imputabilidad se da en oposición a los “otros”, aquellos con los cuales el ciudadano común no se identifica, en el decir de GIMBERNAT ORDEIG. En este contexto, los inimputables serían, según afirma JAKOBS, desiguales y cualitativamente anormales, una vez que no pueden motivar su conducta por la norma. Definitivamente, esta forma de expresión no es neutral, sino va a producir derivaciones en la consecuencia jurídica propuesta para los “anormales”, la medida de seguridad por tiempo indeterminado que sigue vigente, y es aceptada cómodamente y sin cuestionamientos por la mayor parte de la doctrina hasta los días actuales.

Por otro lado, aunque el tema de la imputabilidad y de su fundamento tal vez sean, como afirma ROXIN, un problema eterno, constatamos que, en la actualidad el artículo 20.1 del Código Penal sigue reflejando la misma idea de imputabilidad generada por la teoría del libre albedrío (a pesar de tantas oportunidades de cambio en las muchas reformas al Código Español). En efecto, también el Código Alemán, en su §20 concibe que la imputabilidad está compuesta por la presencia alterna (no cumulativa) de la capacidad de comprensión de lo ilícito del hecho y la capacidad de autodeterminación, reflejando los tradicionales elementos cognitivo y volitivo de la fórmula mixta.

En definitiva, cabe notar que, en ambos casos, tanto la retributividad pura como la obsesión por la prevención, cuando llevadas a extremos producen injusticia y escapan de los límites aceptados en un Estado democrático y social de Derecho. De otra forma, estaríamos oscilando entre el Estado que produce venganza y el Estado preventivo utilitarista que ve en los ciudadanos que cometieron delitos nada más que un instrumento para alcanzar su fin. Sin embargo, estimamos que, al contrario de estas versiones radicales, la actuación del *jus puniendi*, sea para la aplicación de la pena o de medida de seguridad, debe siempre estar pensada dentro de los límites de las mismas garantías de derechos que son características de este modelo de Estado.

Es exactamente en este escenario garantista y crítico, que reflexionamos sobre la inimputabilidad por anomalía o alteración psíquica en concreto. Al efecto, es forzoso partir de la constatación de la gran hegemonía de la fórmula biológica pura de la inimputabilidad en España. Desde el Código Penal de 1822 hasta 1995, cuando el Código vigente saca a la luz por primera vez la formulación mixta, la concepción biológica de la eximente dominó (casi) absoluta. En el siglo XIX, la utilización de las expresiones “Estado de demencia o delirio” (1822), “demencia o locura” (1848) y “loco e imbecil” (1870) dan cuenta de un proceso de intensa producción legislativa en materia penal, además de una ligación íntima entre derecho penal y psiquiatría, toda vez que todos estos eran términos psiquiátricos, y de la naturaleza determinista de la fórmula biológica pura utilizada, puesto que la presencia de la enfermedad mental implicaba necesariamente en irresponsabilidad. Posteriormente, la adopción de los términos “enajenado” (1932) y “alteración o anomalía psíquica” (1995) marcarían un distanciamiento entre la formulación legal y las categorías médicas, dando inicio a una concepción más amplia de la eximente, como respuesta a las principales críticas a las expresiones anteriormente utilizadas: su reduccionismo y dependencia estricta del diagnóstico psiquiátrico, hecho que implicó una especie de dependencia o desplazamiento del poder de decisión del juez hacia el médico.

De otra parte, la fórmula psicológica pura, destinada a la satisfacción de la eximente con la sola identificación de la incapacidad de comprensión de la ilicitud o carencia de autodeterminación, funcionó, en último análisis, como un contrapunto que tuvo el mérito de relativizar el protagonismo del determinismo biológico contenido en la primera formulación, y componer la fórmula mixta para un mayor balance de criterios en la eximente, tal como ocurrió

en el Código Penal de 1995. En este sentido, se consagra en la actualidad está conformada de un supuesto psicopatológico (alteración o anomalía psíquica) y una consecuencia normativa (incapacidad de comprender lo injusto del hecho o de actuar conforme a dicha comprensión), al tiempo en que se encuentran condicionados por una relación de causalidad entre ellos y con el hecho previsto como delito (a causa de), y por la manifestación cronológica coincidente entre todos (al tiempo de cometer la infracción penal).

Así, con respeto al supuesto psicopatológico, conviene subrayar la novedad de la expresión “cualquier anomalía o alteración psíquica”, comenzando por la incorporación de este adjetivo indefinido. Es evidente la intención de deslindarse de las categorías psiquiátricas y de la anterior fórmula biológica en que la enajenación se presentaba como una categoría estática que determinaba la inimputabilidad. Precisamente, la actual formulación conserva la referencia a afecciones más estables en la categoría anomalía, y extiende las posibilidades diagnósticas más provisorias o que carezcan de esta estabilidad de naturaleza constitutiva, cuando establece la expresión “alteración”. Al efecto, sigue constituyéndose como imprescindible el peritaje psiquiátrico, sin embargo, el magistrado es quien debe interpretar y aplicar los elementos de la eximente en cada caso.

Por lo que se refiere a la consecuencia psicológica o normativa producida en el sujeto por la anomalía o alteración psíquica, merece recalcar en primer lugar, que esta es justamente la parte del enunciado que se añadió por influjo de la propuesta psicológica pura, de forma a complementar la formulación simplemente biológica, proporcionando un límite a la aplicación de la eximente. Como consecuencia, es necesario reflexionar sobre el rol de las pericias psiquiátricas, una vez que estas no pueden sustituir el papel central del juez de evaluar en el caso específico la inimputabilidad y la culpabilidad, como conceptos jurídicos y no médicos. De otra parte, estimamos de especial relevancia destacar que su principal contribución es que permitió dar inicio al proceso de superación de la simple identificación entre enfermedad mental e inimputabilidad, proceso que entendemos aún no concluido y con el cual esperamos, a través de esta investigación, coadyuvar.

En relación a las críticas, identificamos que estas van principalmente en dos sentidos: primero por entender que la redacción del texto sigue replicando la fórmula clásica basada en el libre albedrío como eje central del concepto de culpabilidad y, por consiguiente, de la eximente; y segundo, por entender que la mención expresa a la afectación de la cognición y de

la voluntad todavía devela una concepción reducida de los trastornos mentales, por excluir todavía la posibilidad de impacto sobre otras áreas como la memoria, la afectividad o los factores socioculturales.

Así, reconocemos que el elemento normativo de la eximente, proveniente de la formulación psicológica pura, se revela a través de la imposibilidad de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa previa comprensión. En particular, hay que mencionar, que la primera parte no se dirige a la exigencia de un conocimiento técnico de la ilicitud sino de una capacidad, evaluada en el caso concreto en relación al hecho cometido, de un reconocimiento valorativo de carácter general sobre el significado del hecho y de la lectura valorativa atribuida a él, por lo que este requisito no se confunde con la simple evaluación de la capacidad intelectual del sujeto. Asimismo, la capacidad de comprensión del ilícito contenida en la eximente de inimputabilidad no se confunde con el error de prohibición por el nexo de causalidad exigido en la primera parte del artículo 20.1, puesto que el déficit en el presente caso debe ocurrir “a causa de una anomalía o alteración psíquica”. De tal forma, si presente un trastorno mental que no se inserte en esta línea de causalidad, la persona con un diagnóstico psiquiátrico que conserva la capacidad de evaluar valorativamente sus acciones es imputable y podría o no, conforme el caso, haber cometido error de prohibición.

De otra parte, en el caso de la capacidad de autodeterminación, autogobierno o de inhibición, esta se encuentra dividida entre las amplias críticas que recibe de la doctrina penal, por representar más vivamente los cánones clásicos y, por consiguiente, responder a las acusaciones de ser muy subjetivo e indemostrable y el amplio catálogo de trastornos de control de los impulsos incluido en el DSM. Así, aunque de escasa presencia en la práctica forense, si se confirma en el peritaje una afectación importante de la capacidad de autocontrol y, en consecuencia, de actuar de conformidad con la conciencia del injusto, se debe valorar la inimputabilidad.

Todavía cabe señalar que, dentro del texto de la eximente están presentes como requisitos el nexo de causalidad y el elemento cronológico. Concretamente, decir que los antecedentes elementos deben estar presentes en el momento del hecho bajo juicio implica asumir: que no es suficiente que exista un diagnóstico psiquiátrico previo; que tampoco basta que se confirme la existencia de una afección mental en el momento del hecho; que en un delito cometido por una persona que posee un trastorno mental solamente se configura la eximente si la acción u

omisión es causada por la afección mental sufrida por la persona en el momento del hecho; y que, como consecuencia, una persona con diagnóstico psiquiátrico puede ser declarada imputable.

En consecuencia, una vez que el juez haya apreciado la existencia de la inimputabilidad por anomalía o alteración psíquica, esto significa que realizó una valoración sobre el momento del hecho previsto como delito, sobre el injusto pasado que es elemento característico de la peligrosidad post delictual, como consecuencia del elemento cronológico de la eximente. Así, prosiguiendo con nuestro análisis, comprobada la autoría y la materialidad del injusto, una vez que no existan causas de exclusión de tipicidad y antijuridicidad, bien como la existencia de inimputabilidad del sujeto por anomalía o alteración psíquica, se impone la búsqueda por la comprobación de la existencia de la peligrosidad criminal, para que se confirme el indicio de la peligrosidad manifestada inicialmente en el hecho. En efecto, la peligrosidad criminal prevista en el artículo 95.1.2a. del Código Penal, se materializa en el peritaje que ejecuta un pronóstico de comisión de nuevos delitos, último paso en el proceso penal, y se dirige a la evaluación de la pertinencia o no de la aplicación de una medida de seguridad.

En este particular, vale resaltar que no resta duda de que hubo un avance en lo que toca a la exigencia de comprobación de la peligrosidad criminal de los enfermos mentales a partir del Código de 95. Anteriormente, la peligrosidad social como condición personal del sujeto era normalizada y la presunción de peligrosidad de los enfermos mentales era una realidad incontestable. En efecto, ESPINOSA IBORRA, en artículo publicado en 1997, advierte a los jueces que ya no podrían “decidir tal peligrosidad en función del hecho de padecer – o haber padecido- una enfermedad incluida en el Manual diagnóstico (...) ya que toda la judicatura lo tiene encima de su mesa, reproduciendo a veces párrafos del mismo para justificar una sentencia”⁵⁷¹. El autor observaba que, en la práctica, a veces bastaba que el sujeto esté incapacitado para que se presuma la peligrosidad. En este sentido, el salto desde el determinismo legal hasta la exigencia de comprobación de la peligrosidad en cada caso es algo digno de destaque.

Sin embargo, los diversos métodos de pronóstico siguen sin tener un grado de precisión, por la comprobación de los persistentes altos porcentajes de falsos positivos, aún con la

⁵⁷¹ ESPINOSA IBORRA, J. op. cit. (El enfermo mental en el Nuevo Código Penal), 1997, pág. 620.

utilización de métodos científicos estadísticos que priman por objetividad. ¿Quién estaría dispuesto a jugar la propia libertad en una ruleta rusa estadística que dice afirmar el comportamiento futuro de alguien en base a una tendencia poblacional? ¿Es constitucional imponer una sanción penal – ¡por tiempo indeterminado! - a una persona comprobadamente no culpable a partir del cálculo de una tendencia de comportamiento futuro de una población? En otras palabras, ZIFFER también se cuestiona: “en esas condiciones, cabe preguntarse si es posible producir una injerencia tan intensa como la que representan las medidas privativas de libertad sobre un fundamento tan endeble”⁵⁷².

La peligrosidad postdelictual criminal de las personas que sufren enfermedad mental es un concepto complejo para el cual el Derecho penal no ha dedicado la debida atención, sobre todo si comparada a la evolución profusa de la dogmática penal sobre la culpabilidad. Asimismo, se observa que la mencionada evolución de la dogmática penal siquiera se refleja actualmente en la previsión legal de la eximente de anomalía o alteración psíquica, que sigue en los moldes tradicionales manejados a partir del libre albedrío.

De otro lado, contradictoriamente el legislador impone de forma creciente a la administración de justicia una dependencia de los pronósticos para distintas decisiones, supeditando a la vez el goce de diversos derechos o la imposición de una sanción como la medida de seguridad a dichos dictámenes. Además, la configuración de la peligrosidad para cada caso, a veces tomada a la ligera, es una operación compleja que exige que sean respetadas las mismas garantías procesales impuestas para la imposición de una pena.

Finalmente, los pronósticos de peligrosidad, como presupuestos y parámetros para la aplicación de las medidas de seguridad, plantean cuestiones prácticas que confrontan y cuestionan al Estado social de derecho. A partir de estas reflexiones, una vez ponderadas las principales características y limitaciones de la peligrosidad postdelictual criminal de las personas que sufren enfermedad mental a partir del estudio *de lege lata* en este primer capítulo, compete ahora pasar a una evaluación crítica de este instituto jurídico en base a los principios penales y a las garantías del Estado Constitucional.

⁵⁷² ZIFFER, P. op. cit. (Medidas de Seguridad. Pronósticos de Peligrosidad en el Derecho Penal), 2008, pág. 147.

**CAPÍTULO CUARTO: PRINCIPIOS PENALES, GARANTÍAS
CONSTITUCIONALES Y PELIGROSIDAD.**

Una vez realizado el acercamiento a la peligrosidad criminal y postdelictual de los inimputables por anomalía o alteración psíquica en el capítulo anterior, desde “adentro” desmenuzando el contenido de este instituto jurídico, en el presente capítulo se impone la labor de ponerlo en su contexto inmediato, es decir, analizarlo en relación al sistema jurídico en el cual está inserto. En este sentido, el presente capítulo se propone reconocer los rasgos principales del Estado Social y Democrático de Derecho y de los principios penales de más estrecha vinculación con el espacio de aplicación del binomio peligrosidad-medida de seguridad de internación psiquiátrica para, en este contraste, identificar la existencia (o no) de compatibilidad entre ambos.

I. ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO, PELIGROSIDAD Y MEDIDA DE SEGURIDAD

Comenzamos por entender, con la mayor parte de la doctrina, que el Estado de derecho es un verdadero género, del cual el Estado liberal surgido en el siglo XVIII, también conocido como Estado legal de derecho, y el Estado social, emergente entre el fin del siglo XIX y comienzos del siglo XX, son especies. Estos dos momentos históricos tuvieron en común el hecho de que el Estado actuaba por medio de un bloque coherente de normas generales y se organizó a través de la separación de poderes, según describe ELÍAS DÍAZ⁵⁷³.

Así, con el declino del modelo absolutista de Estado, el Estado liberal vino a ser la primera expresión del Estado de derecho y, aunque en esta primera versión existe una constitución, no es suyo el protagonismo del ordenamiento jurídico, ya que la hegemonía fue conferida a la ley en sí misma. Veamos la descripción que realiza ÁVILA SANTAMARÍA “los límites del Estado los impone el parlamento: el ejecutivo sólo puede hacer lo que establece la ley y el judicial es “la boca de la ley”. El parlamento podría incluso cambiar la constitución, eliminar derechos y restringir las garantías: la Constitución no es rígida y se puede reformar por el procedimiento ordinario de creación de leyes; los derechos son los que están reconocidos y desarrollados en las leyes (básicamente Código Civil y Código Penal), las garantías formales

⁵⁷³ ELÍAS DÍAZ. Estado de Derecho y Democracia. Madrid: Cuadernos para el diálogo, Edicusa.1975, pág. 203.

están descritas en las leyes y se encarga a la administración de justicia el reconocerlos y protegerlos”⁵⁷⁴.

En lo que toca a las particularidades del Estado liberal, éste va a distinguirse por la concepción burguesa del imperio de la ley que emana de los representantes del pueblo, la no intervención del Estado en la economía y la concepción de derechos desde el punto de vista meramente individual. El Derecho es el instrumento para la limitación del Estado y la manutención de los derechos y las garantías individuales, aspecto que representó un importante avance en este entonces.

Por otra parte, la minimización de la actuación del Estado también permitió el avance de la iniciativa privada y del capitalismo y la jerarquización del interés individual sobre el colectivo. y con fundamento en el contractualismo. Asimismo, el Estado liberal se destacó por abstencionismo del Estado en la economía y tiene en común con fenómenos recientes como el neoliberalismo y la globalización, características como el individualismo, la protección a la libertad, la limitación a la intervención estatal, el control del poder ejecutivo por el legislativo, entre otras. En este contexto, nace lo que llamó la doctrina tradicional de primera generación de derechos humanos con franca predominancia de las libertades individuales. Sobre esta transición, TERRADILLOS BASOCO pondera que “la Revolución Francesa significó, sociológicamente, el fin de la sociedad estamental y el comienzo de la sociedad clasista. La traducción jurídica de esta mutación es la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos”⁵⁷⁵.

El paso del siglo XIX al XX trajo a la escena el Estado social preocupado por implementar un modelo de Estado que intervenga en las cuestiones sociales y económicas y combata las desigualdades. Así, en la mirada del mencionado autor, el modelo de Estado social pretendió superar el individualismo liberal a través de la inserción de políticas intervencionistas de tinte económico y social, según TERRADILLOS BASOCO⁵⁷⁶. Históricamente se reconoce como primera versión de Estado social fue plasmada en la Constitución mexicana de 1917. No obstante, más allá de su postura diversa frente a los derechos sociales, el Estado Social nace estructuralmente como una nueva versión del Estado legal de derecho. El Estado constitucional

⁵⁷⁴ ÁVILA SANTAMARÍA, R., op. cit. (Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia), 2008, págs. 20-21.

⁵⁷⁵ TERRADILLOS BASOCO, J.M. Peligrosidad Social y Estado de Derecho. Madrid: Akal Universitaria, 1981, pág. 176.

⁵⁷⁶ TERRADILLOS BASOCO, op. cit., (Peligrosidad social y Estado de Derecho), 1981, pág. 177.

(y social) de derecho solamente sería viable después del fin de la segunda guerra mundial en Europa, como expresión de la necesidad de limitar de forma más eficiente el poder del mismo Estado, ya que el modelo de Estado legal fue extremadamente relevante en la escena que posibilitó la ascensión de los Estados totalitarios. Como ejemplo, cabe recordar la Constitución alemana de Weimar, primera versión formal de un Estado de derecho moderno, símbolo de la crisis del Estado liberal y de la ascensión del Estado social, que existió desde 1918 hasta el fin de la segunda guerra mundial. A pesar de su relevancia y del protagonismo de los derechos sociales, no hubo obstáculo para que el partido nacional-socialista, a través de varias reformas legales, invalidara el contenido constitucional y estableciera el Estado nazi legalmente.

Posteriormente, como señala ÁVILA SANTAMARÍA, el Estado constitucional se instaure en Europa después del fin de la segunda guerra mundial, con la Constitución de Bonn; en Iberoamérica este proceso se hizo mucho más tardíamente, contenido por la hegemonía de dictaduras. Así, en este periodo se mantuvo el Estado legal de derecho, en el cual la constitución era una carta política que no poseía el mismo *status* de norma jurídica, representando meras recomendaciones no impositivas al Estado y haciéndole vulnerable de cambios a través de la ley o a la no aplicación de acuerdo con la discrecionalidad del poder público. En sentido contrario, posteriormente el ascenso del Estado constitucional va a establecer como principal particularidad el hecho de que “la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder”, según constata el mismo autor⁵⁷⁷. A esta vinculatoriedad formal de la norma constitucional que se expresa en el principio de supremacía constitucional, se añade la garantía jurisdiccional que significa la existencia de un órgano de control con capacidad para aplicar sanciones en caso de incumplimiento, como órgano máximo de la función judicial.

Apreciado de forma ligera, el proceso de construcción del modelo de Estado hegemónico en occidente en la actualidad, es posible acercarnos al diseño vigente en el artículo 1.1 de la Constitución española, que nombra el Estado como Social y Democrático de Derecho. De acuerdo a lo que expresa MIR PUIG, lo primero que se puede identificar es que la presente fórmula representa una síntesis de dos modelos históricamente distintos de Estado, reuniendo los principios propios del Estado liberal y del Estado social, originalmente antagónicos, y

⁵⁷⁷ ÁVILA SANTAMARÍA, op. cit. (Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia), 2008, págs. 22-23.

añadiendo la orientación democrática⁵⁷⁸. Esto conlleva a la intención de superar el antagonismo en el cual fueron generados para producir un resultado distinto y de mayor alcance, al cual (y para el cual) se añadió el inescapable trazo democrático.

Así, el resultado de esta condensación tiene, inicialmente, el mérito de oponerse a los abusos propios de un Estado absoluto estableciendo un fuerte catálogo de garantías, que inicialmente implican en una abstención del Estado y la correlativa libertad negativa para los ciudadanos como característica del Estado liberal, tal como nombró la célebre obra de BERLIN⁵⁷⁹. De otra parte, también destacan las consecuencias de la caída de “las barreras entre Estado y sociedad”, en la expresión de MIR PUIG⁵⁸⁰, que proyectaron un Estado interventor y protector de los ciudadanos, al cual correspondía no solamente no violar los derechos, más actuar para garantizarlos. En ambos casos, estos dos modelos de Estado que cobraron fuerza en el recorrido del siglo XIX, llegaron a desarrollar regímenes totalitarios en el siglo XX, generando la paradoja de suprimir derechos para garantizarlos. Ese es el contexto en para el cual la noción de Estado democrático busca producir un efecto profiláctico.

En este sentido, en monografía sobre el tema, MIR PUIG evalúa que ambos modelos tenían formas particulares de concebir la función del Derecho penal: el Estado liberal, bajo el impacto de las ideas de las Teorías Absolutas de Kant y Hegel, asumió la hegemonía de la idea de la retribución, aunque de forma periférica existiera mención a la prevención; y el Estado social el enfoque preventivo ganó fuerza y llevó a un avance de sus propuestas de intervención, desde la escuela positivista hasta la escuela de la defensa social⁵⁸¹, en cuyo caso el foco en la eficacia preventiva llevó a que se supriman las garantías en muchas de sus propuestas, como se vio en la primera parte de esta tesis.

De esta forma, en la actualidad se busca desarrollar las fortalezas de los dos modelos, mediados por el planteamiento democrático, que, de ningún modo, debe significar un protagonismo de la mayoría en desprecio de los derechos de una minoría, o los de una sola persona, si es el caso. Así, como apunta MIR PUIG, a partir de esta perspectiva democrática del Estado el Derecho penal debe proteger tanto a la mayoría de la persona que cometió el

⁵⁷⁸ MIR PUIG, S. *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Bosch, 1982, pág. 19.

⁵⁷⁹ BERLIN, I. «Dos conceptos de libertad.» En *Cuatro Ensayos sobre Libertad*, de I. Berlin, 187-205. Madrid: Alianza, 1998, págs. 232 y ss.

⁵⁸⁰ MIR PUIG, S. op. cit. (Función de la Pena), 1982, pág. 21.

⁵⁸¹ MIR PUIG, S. op. cit. (Función de la Pena), 1982, pág. 25-27.

delito, como “respetar la dignidad del delincuente e intentar ofrecerle alternativas a su comportamiento criminal”⁵⁸². Por consiguiente, plantea el referido autor que cabe al Estado legitimar el *ius puniendi* a través de su sumisión a los requisitos del principio de legalidad propio del Estado liberal, ponderando sobre la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la intervención (aportes del Estado Social), pero, además, “tiene que llenar el Derecho penal de un contenido respetuoso de una imagen del ciudadano como dotado de una serie de derechos derivados de su dignidad humana, de la igualdad (real) de los hombres y de su facultad de participación en la vida social”⁵⁸³.

En este escenario, como manifiesta MORILLAS CUEVA, los principios rectores del Derecho penal son también principios estructurales del mismo Estado, ya que “es necesario, en definitiva, lograr la confianza en la seriedad preventiva de la pena y la credibilidad del sistema punitivo respetuoso con los principios garantistas y humanitarios que su propia estructura demanda”⁵⁸⁴. Además, señalan MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN que la legitimidad *del ius puniendi* se origina en su apego a los Tratados Internacionales pertinentes y a la Constitución, desarrollando esta legitimidad extrínseca, a la cual se añade la legitimación que conlleva el mismo contenido del Código Penal que se constituye en su legitimación intrínseca⁵⁸⁵.

Como se puede percibir, estos límites al Estado tienen tanto naturaleza jurídica como una innegable naturaleza política, toda vez que se convierten en “patrimonio común de los hombres para la seguridad contra los despotismos y arbitrariedades”, advierten MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN⁵⁸⁶. En efecto, acompañamos a TERRADILLOS BASOCO al afirmar que el sistema que tiene como supuesto la peligrosidad y como consecuencia la medida de seguridad, es menos elaborado y maneja un abanico de garantías individuales mucho más laxas, amplias y complejas que el sistema delito/pena. Así, como remedio para la generalizada despreocupación con los derechos individuales de las personas identificadas como peligrosas penalmente, el autor propone un detallado examen de las garantías de las cuales goza y de las

⁵⁸² MIR PUIG, S. op. cit. (Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho), 1982, pág. 33-34.

⁵⁸³ MIR PUIG, S. op.cit. (Derecho Penal, Parte General) 2016, pág. 133.

⁵⁸⁴ MORILLAS CUEVA, L. La Función de la Pena en el Estado Social y Democrático de Derecho. En: *Revista Internacional de doctrina y Jurisprudencia*, no. 4, 2013, pág. 71.

⁵⁸⁵ MUÑOZ CONDE, F, y GARCÍA ARÁN, M. op. cit. (Derecho Penal. Parte General), 2019, pág. 32

⁵⁸⁶ MUÑOZ CONDE, F, y GARCÍA ARÁN, M. op. cit. (Derecho Penal. Parte General), 2019, pág. 63.

cuales debe gozar⁵⁸⁷. En este sentido, asumimos que los principios son una brújula que debe orientar el Derecho penal, y es justamente por esto que pasaremos a analizar los principios más cercanos a la actuación Estatal en el ámbito de la peligrosidad criminal de las personas que padecen trastornos mentales y su consecuencia jurídica, la medida de seguridad.

II. ESPECIAL ATENCIÓN A LOS PRINCIPIOS DE GARANTÍA DEMOCRÁTICA EN RELACIÓN DE LA PELIGROSIDAD CON EL ESTADO DE DERECHO.

1. Principio de Igualdad y No Discriminación

En definitiva, dentro del espectro de influencia tanto del modelo de Estado Social como del régimen democrático, el principio de igualdad y no discriminación se constituye como eje central del Estado que debe impactar todo el ordenamiento jurídico, y no es distinto con el Derecho penal. A pesar de este protagonismo, el principio de igualdad es colateralmente mencionado en las obras jurídicas del área penal. En el presente apartado se pretende un acercamiento a la evolución del principio de igualdad, ya que, como describe magistralmente FERRAJOLI, su contenido fue transformándose conforme cambiaba el mismo Estado⁵⁸⁸.

En primer lugar, comenzamos por constatar que el Estado moderno, que resurgió después del fin de la edad media, nace con un perfil absolutista en el que se confundía el emperador o monarca con el mismo Estado y en el que estaba vigente la unión entre la iglesia y la monarquía. En este modelo de Estado, llamado por FERRAJOLI Estado paleoliberal, se identificó lo que llama el autor de “indiferencia jurídica ante las diferencias”. La marca característica de este modelo fue una especie de ceguera en lo que toca a las diferencias. Una vez ignoradas, se permite que las relaciones de fuerza y de poder en la sociedad se encarguen de ellas, según el paradigma del Estado de naturaleza⁵⁸⁹, con la imposición de voluntad del más fuerte en la estructura social. Así, TERRADILLOS BASOCO evalúa que la igualdad del

⁵⁸⁷ TERRADILLOS BASOCO, J.M. Peligrosidad Social y Estado de Derecho. Madrid: Akal Universitaria, 1981, pág. 169.

⁵⁸⁸ FERRAJOLI, L. op. cit. (Igualdad y Diferencia), 2010, pág. 156.

⁵⁸⁹ FERRAJOLI, L. op. cit. (Igualdad y Diferencia), 2010, pág. 157.

medieval, basada en el hecho de que todos los hombres son imagen y semejanza de Dios, jamás fue, en realidad, igualdad⁵⁹⁰.

Así, según FERRAJOLI, fue en el comienzo del desarrollo del Estado liberal que se produjo una primera etapa de diferenciación jurídica de las diferencias⁵⁹¹, caracterizada por la *jerarquización de las diferentes identidades*, lo que significa que las diferencias son utilizadas para posicionar unos en la cima de la estructura de poder, gozando de privilegios por sus características personales y a los demás en un status de sumisión. Se trata de un paradigma formal discriminatorio, puesto que las normas liberales eran pensadas para “el sujeto macho, blanco y propietario” y justificaba la discriminación formal e, incluso, la esclavitud de los que no estaban en el padrón, tal como afirma el citado autor⁵⁹².

Pero la concepción de la igualdad que se constituyó en el modelo por excelencia del Estado liberal, proclamando la igualdad formal y abstracta que anulaba las diferencias y las identidades en nombre de una artificial homogenización, que en realidad fue un modelo que FERRAJOLI nombra de *homologación jurídica de las diferencias*. La consecuencia directa de la adopción de este modelo fue la negación de la existencia de discriminación en el plano jurídico formal, ya que todos eran simplemente considerados iguales ante la ley, aunque el desconocimiento de las singularidades y consecuentes necesidades generó una “penalización de hecho por los amplios márgenes de ineffectividad de la proclamada igualdad”, en las palabras del referido autor⁵⁹³. En efecto, este Estado, según la lección de TERRADILLOS BASOCO, aceptó la idea de derechos fundamentales, así como la legalidad y la separación de poderes desde un “plano jurídico formal”, permitiendo “encubrir con el rotulo vaciado de Estado de Derecho al Estado nacional-socialista que representaba la antítesis de los postulados liberales clásicos”⁵⁹⁴.

Finalmente, en la postguerra emerge lo que FERRAJOLI llama de cuarto modelo de configuración jurídica de las diferencias, en el cual comienza a diseñarse la *igual valoración de las diferencias*. Según el autor, en este modelo “no se desconoce las diferencias, sino que, al contrario, reconoce todas y las valoriza como otros tantos rasgos de la identidad de las

⁵⁹⁰ TERRADILLOS BASOCO, op. cit., (Peligrosidad social y Estado de Derecho), 1981, pág. 175.

⁵⁹¹ FERRAJOLI, L. op. cit. (Igualdad y Diferencia), 2010, pág. 157.

⁵⁹² FERRAJOLI, L. op. cit. (Igualdad y Diferencia), 2010, pág. 158.

⁵⁹³ FERRAJOLI, L. op. cit. (Igualdad y Diferencia), 2010, págs. 158-159.

⁵⁹⁴ TERRADILLOS BASOCO, op. cit., (Peligrosidad social y Estado de Derecho), 1981, pág. 170.

personas, sobre cuya concreción y especificidad cada una funda su amor propio y el sentido de la propia autonomía en las relaciones con los demás”⁵⁹⁵. A partir de este momento y con el robustecimiento del fenómeno de la internacionalización a partir de 1945, el sistema de protección de derechos humanos pasa de una primera fase insuficiente de protección general de los derechos hacia la protección especial de los sujetos vulnerables a partir de las muchas convenciones que tendrán cabida a partir de los años 60.

Al respecto, FLAVIA PIOVESAN considera que al lado del derecho a la igualdad surge el derecho a la diferencia, ya que las personas deben ser respetadas y protegidas en su particularidad⁵⁹⁶. Esto es exactamente lo que defiende BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS cuando enuncia que “tenemos el derecho de ser iguales cuando nuestra diferencia nos inferioriza; y a ser diferentes cuando nuestra igualdad nos descaracteriza. De ahí la necesidad de una igualdad que reconozca las diferencias y de una diferencia que no produzca, alimente o reproduzca las desigualdades”⁵⁹⁷.

De forma muy semejante a la revisada evolución del Estado, la igualdad, en cuanto principio y derecho humano, sufrió el mismo proceso que los demás derechos desde la segunda mitad del siglo XX: la no efectividad de las normas universalistas del inicio de la internacionalización de los derechos humanos en la posguerra promovió una constante especialización de los sujetos protegidos, personas o grupos considerados en especial situación de vulnerabilidad. Las especificidades o diferencias de estos sujetos, por lo tanto, no fueron utilizados como forma de discriminación, sino de protección.

Por otro lado, la igualdad comenzó a ser llamada de derecho de igualdad y no discriminación, entendiéndose a la no discriminación como una igualdad material, o sea, el derecho a no ser discriminado a pesar de la diferencia FLAVIA PIOVESAN entiende que se forma estructuralmente el derecho a la igualdad de la siguiente manera: “destacáanse, así, tres vertientes en lo que toca a la concepción de la igualdad: a) la igualdad formal, reducida a la fórmula “todos son iguales ante la ley” (que, en su tiempo, fue central para la abolición de privilegios); b) la igualdad material, correspondiente al ideal de justicia social e distributiva

⁵⁹⁵ FERRAJOLI, L. op. cit. (Igualdad y Diferencia), 2010, págs. 159-160.

⁵⁹⁶ PIOVESAN, F. op. cit. (Ações afirmativas e direitos humanos), 2006, pág. 39.

⁵⁹⁷ BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS, Desigualdad, exclusión y globalización: hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia. En: *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*. Quito, Ministério de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010, pág. 45.

(igualdad orientada por el criterio socioeconómico); y c) a igualdad material, correspondiente al ideal de justicia como reconocimiento de identidades (igualdad orientada por los criterios género, orientación sexual, edad, raza, etnia y otros)”⁵⁹⁸.

Paralelamente a este proceso de ampliación de la concepción de igualdad, como derecho humano fundamental y valor fundante del emergente Estado Social y Democrático de Derecho en el ámbito penal, como se establecieron las bases conceptuales para el surgimiento de la peligrosidad y de la medida de seguridad en las primeras décadas del siglo XX, las cuales siguen vigentes para las personas diversas psicosocialmente. Sin obviar los cambios que sufrieron dichos institutos, también ya expuestos anteriormente, tampoco podemos evadir el reconocimiento de que el persistente sistema de peligrosidad-medida de seguridad implica un régimen excepcional que trata de forma distinta en el derecho penal a las personas consideradas inimputables, limitando su acceso a las garantías penales bajo la suposición de su peligrosidad. Para estas personas, existe otro derecho penal, en el cual, como veremos, se ven afectados algunos de los principios fundantes del sistema jurídico, develando la subsistencia de un modelo de trato legal discriminatorio.

2. Principio de Legalidad

En el orden de los límites al poder del Estado, el principio de legalidad se constituye, en todos los ámbitos jurídicos, parte esencial de la misma estructura del Estado de Derecho, como declara MORILLAS CUEVA⁵⁹⁹. Así, el principio de legalidad encuentra su fundamento en los cementos de los diversos sistemas internacionales de protección de derechos humanos, como lo son la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículo 11.2), al el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 (artículo 5.4) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 9.4).

En este contexto, este principio originado en la ilustración, se fundamenta en el contrato social y en la división de poderes, una vez que su aplicación exige que solamente los representantes del pueblo, a través de la legitimidad democrática, poseen competencia para

⁵⁹⁸ PIOVESAN, F. op. cit. (Ações afirmativas e direitos humanos), 2006, pág. 39.

⁵⁹⁹ MORILLAS CUEVA, L. op. cit., (Sistema de Derecho Penal. Parte General), 2018, pág. 107.

imponer esta limitación que se dirige tanto al propio Estado como a la ciudadanía, según refiere MIR PUIG⁶⁰⁰. Desde esta mirada, se puede preliminarmente, extraer dos grandes ámbitos de consecuencias del principio de legalidad:

a) Para el ciudadano: el resultado de la previsión legal de los delitos y de las penas implica, un doble efecto, toda vez que, de una parte la ley penal se constituye en un elenco de prohibiciones de conductas, y de otra, los Códigos Penales también posibilitan la garantía de los derechos y libertades fundamentales, a través de la limitación de la actuación del Estado, tal como expresan MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN⁶⁰¹.

Feuerbach, creador de la expresión clásica *nullum crimen sine praevia lege, nulla penal sine praevia lege*⁶⁰², argumentó que el principio de legalidad parte de una necesidad psicológica del ciudadano, planteando este principio como consecuencia inmediata de la teoría de la pena, la cual llamó de “coacción psicológica”, según refiere MORILLAS CUEVA⁶⁰³. Así, la descripción previa de las conductas prohibidas y de las penas impuestas permite que la pena pueda desempeñar esta función; de otra parte, sin la previa descripción legislativa, el hecho de que el ciudadano no conozca si su comportamiento está prohibido y penado conlleva a la inexistencia de la coacción psicológica que se busca como factor preventivo del delito.

b) Para el Estado: el principio de legalidad implica un necesario sometimiento de la potestad punitiva del Estado al Derecho. Desde esta mirada, el principio de legalidad no es un simple sinónimo de seguridad jurídica, más posee un fuerte carácter político, una vez que se establece para el ciudadano como una garantía de que no le será impuesta, por cualquier autoridad del Estado o por los jueces, pena no admitida por el mismo pueblo. Así, CESARE BECCARIA, ya en 1764 enunciaba este vínculo íntimo entre el principio de legalidad y la legitimidad democrática, al afirmar que “(...) sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa toda la sociedad unida por

⁶⁰⁰ MIR PUIG, S. op.cit. (Derecho Penal, Parte General) 2016, págs. 115-116.

⁶⁰¹ MUÑOZ CONDE, F, y GARCÍA ARÁN, M. op. cit. (Derecho Penal. Parte General), 2019, págs. 90-92.

⁶⁰² MORILLAS CUEVA recuerda que es posible referir a una diversidad de antecedentes del principio de legalidad, como la Magna Carta inglesa de 1215 e, incluso, institutos del derecho romano y del derecho canónico. También es coherente remitir sus bases a la teoría del contrato social de ROUSSEAU, a la división de poderes del Estado de MONTESQUIEU como sus bases ideológicas, al paso que encuentra en la obra de BECCARIA una primera propuesta concreta de su contenido y consecuencias jurídicas. Como primeras formulaciones legales, MORILLAS CUEVA identifica su formulación en las Constituciones americanas de 1774 y 1776 y en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. MORILLAS CUEVA, L. op. cit., (Sistema de Derecho Penal. Parte General), 2018, págs. 108-109.

⁶⁰³ MORILLAS CUEVA, L. op. cit. (Sistema de Derecho Penal. Parte General), 2018, pág. 109.

el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad”⁶⁰⁴.

Consecuentemente, con base en MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, es posible afirmar que la “ley” en materia penal tiene una interpretación estricta, o sea, es taxativamente la norma jurídica formalmente creada por el órgano popular representativo (Parlamento o Asamblea Nacional) como expresión de la voluntad general⁶⁰⁵. Es exactamente este el contenido que se refleja en los artículos 9.1, 9.3, 25, 53.1, 81.1 y 117.1 de la Constitución Española⁶⁰⁶, o, en otras palabras, la reserva de ley. De otra parte, el principio de legalidad posee una garantía material, que refiere a la anterioridad de la ley, es decir, la predeterminación de las conductas y de las penas correspondientes. Ambos aspectos están claramente dispuestos en el artículo 25 de la Constitución y en los artículos 1, 2, 3 y 10 del Código Penal⁶⁰⁷.

En lo que toca a los requisitos impuestos por el principio de legalidad a la norma jurídica, estos se dirigen a asegurar la seguridad jurídica en el sistema penal, debido al uso de la fuerza y al monopolio de la violencia por parte del poder punitivo a través de sus agencias ejecutivas. De tal forma, MORILLAS CUEVA advierte que es necesario prevenir las arbitrariedades y los excesos, a través de la implementación de una triple exigencia: *lex praevia*, que implica la prohibición de retroactividad de la ley penal, con excepción para la ley más

⁶⁰⁴ BECCARIA, C. op. cit. (Tratado de los delitos y de las penas), 2015, pág. 21.

⁶⁰⁵ MUÑOZ CONDE, F, y GARCÍA ARÁN, M. op. cit. (Derecho Penal. Parte General), 2019, pág. 93.

⁶⁰⁶ Artículo 9. 1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Artículo 25. 1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento. Artículo 53. 1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a). Artículo 81.1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. Artículo 117. 1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.

⁶⁰⁷ Artículo 1. 1. No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración. 2. Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley. Artículo 2. 1. No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad. Artículo 3. 1. No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales. 2. Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes. Artículo 10. Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley.

favorable (artículos 9.1, 9.3, 25, 53.1, y 117.1 CE); *lex scripta*, que excluye la posibilidad de costumbre como fuente del Derecho penal, además de remitir a la concepción estricta de ley antes analizada (81.1 CE); y, *lex stricta*, que contiene un mandato de precisión o taxatividad de la norma penal, tanto en lo que toca a la descripción de los tipos como de las sanciones, a la vedación de cláusulas indeterminadas o generales como ocurre en el derecho administrativo (art 4 CP)⁶⁰⁸. Según el Tribunal Constitucional, el requisito de ley escrita constituye una garantía formal, en cuanto los otros dos, de ley estricta y ley previa, componen al aspecto o garantía material del principio de legalidad⁶⁰⁹.

Por esta razón, de acuerdo con MORILLAS CUEVA, el principio de legalidad impone un límite en cuanto a la fuente del Derecho penal (reserva de ley) y establece, además, como efecto de la imposición por la voluntad general de límites al *ius puniendi*, garantías que se imponen al momento de determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias⁶¹⁰. Así, se impone tanto en la elaboración de la norma como en su interpretación y aplicación. En los términos que propone el mencionado autor, el principio de legalidad genera garantías derivadas en cada una de sus fases: inciden en el ámbito de las garantías individuales como *la garantía criminal y la garantía penal*, que consisten en el límite que se genera a partir de la formulación de la norma incriminadora (*nullum crimen sine lege, nula poena sine praevia lege*); *la garantía jurisdiccional*, expresa en el artículo 3.1. CP, impone que solamente a través de una sentencia judicial y del procedimiento se puede comprobar la existencia del delito e imponer una sanción penal; y, una *garantía de ejecución*, establecida en el artículo 3.2 del CP, establece que también la ejecución de la medida debe estar estrictamente regulada por la ley penal. De igual forma, el principio impacta en el marco de las fuentes de Derecho penal como reserva absoluta de ley, y en la técnica de elaboración de las leyes penales⁶¹¹.

Sobre esta base, en lo que toca a la peligrosidad y la medida de seguridad, dichos institutos carecen de la previsibilidad que es tan cara a la seguridad jurídica, parte nuclear del principio de legalidad, por la misma inexactitud del concepto de peligrosidad y la indeterminación de la consecuencia jurídico penal. En consecuencia, MIR PUIG pondera que el mandato de determinación queda afectado “puesto que es difícil delimitar con una precisión

⁶⁰⁸ MORILLAS CUEVA, L. op. cit., (Sistema de Derecho Penal. Parte General), 2018, pág. 113.

⁶⁰⁹ ATC (PLENO) 67/2018, de 20 de junio. STC (Sala 2ª) 151/1997, de 29 de septiembre.

⁶¹⁰ MORILLAS CUEVA, L. op. cit. (Sistema de Derecho Penal, Parte General), 2018, págs. 113-116.

⁶¹¹ MORILLAS CUEVA, L. op. cit. (Sistema de Derecho Penal, Parte General), 2018, págs. 113-118.

suficiente el presupuesto de la peligrosidad del sujeto y la duración y características concretas de las propias medidas”⁶¹². A este panorama de excepción, se suman la incertidumbre y el alto número de falsos positivos de los pronósticos de peligrosidad complementando un escenario oscuro e impredecible para el ciudadano considerado inimputable, justamente lo opuesto de lo que objetiva el principio de legalidad.

3. Principio de Culpabilidad

Inicialmente, es necesario distinguir que la culpabilidad ocupa, como expone MORILLAS CUEVA un triple espacio en el Derecho penal: como principio, como fundamento de la pena y como elemento del delito. De esta forma, aunque las tres categorías se entrecruzan y están vinculadas⁶¹³, recordamos que, la última categoría fue abordada en el capítulo anterior, en contraste con la noción de peligrosidad; y que su función como fundamento de la pena, como requisito y medida de la misma, no es objeto de esta investigación. Por consiguiente, así como se evidencia en el título del presente capítulo, se desarrollarán elementos básicos de la culpabilidad estrictamente como principio penal, contexto en el cual se constituye en un importante instrumento que se deriva del Estado Democrático y Social de Derecho, e impone límites al ejercicio del *ius puniendi*.

Desde esta perspectiva, se observa en primer lugar que dicho principio no siempre posee una formulación legal obvia, pero que se deja ver en diversos dispositivos legales, una vez que se trata de principio fundante del Derecho penal. Así, no obstante, la Constitución y el Código Penal españoles no le hagan referencia expresa, el principio no solamente está presente en toda la doctrina abalizada, como tiene presencia constante en la jurisprudencia, incluyendo la Constitucional. MORILLAS CUEVA llama la atención para su presencia en los artículos 24.2 y 25 que manejan la categoría al mencionar el término “culpable”, como parte de la enunciación de los derechos fundamentales (sección 1ª.), además de ser consecuencia lógica de lo expresado en los artículos 9.3 y 10.1, todos de la Constitución⁶¹⁴. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional plantea el principio de culpabilidad para expresar la prohibición de mecanismos

⁶¹² MIR PUIG, S. op.cit. (Derecho Penal, Parte General) 2016, pág. 117.

⁶¹³ MORILLAS CUEVA, L. op. cit. (Sistema de Derecho Penal, Parte General), 2018, págs. 128-129.

⁶¹⁴ MORILLAS CUEVA, L. op. cit. (Sistema de Derecho Penal, Parte General), 2018, págs. 130-131

propios del Derecho penal de autor⁶¹⁵. Sustancialmente, el principio en estudio traza al Derecho penal algunas fronteras irrenunciables, sobre los cuales se pasará a tratar.

La culpabilidad, según la RAE, es la cualidad de culpable⁶¹⁶, o sea, en una concepción común, la noción de culpabilidad se opone al concepto de inocencia, y esta es su primera consecuencia jurídica: la de que nadie podrá ser penado si no es culpable (*nulla poena sine culpa*). Así, el artículo 5 del Código Penal, aunque con una redacción cuestionada por parte de la doctrina, expresa precisamente esto: no podrá existir pena si no existe dolo ni culpa. De tal manera, es muy claro que el dolo y la culpa no pueden ser temerariamente supuestos, sino que deben ser comprobados con todas las garantías, y, en este sentido, el principio de culpabilidad se vincula al principio de presunción de inocencia, sobre el cual se expondrá enseguida. De ahí que el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, en el artículo 6.2 relacione directamente los dos principios al dar a conocer el contenido del derecho a un proceso equitativo⁶¹⁷.

A su vez, para MORILLAS CUEVA, MIR PUIG y MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, entre otras implicaciones lógicas del principio de culpabilidad se destacan el principio de personalidad de la sanción penal, el de responsabilidad del hecho y la proscripción de la responsabilidad penal objetiva⁶¹⁸. En efecto, MORILLAS CUEVA llama a éstos de incompatibilidades del principio de culpabilidad⁶¹⁹. Es así que, la sanción no puede exceder la persona que cometió el delito, constituyéndose la ejecución penal en algo personalísimo e intransferible; asimismo, la consecuencia del delito se basa estrictamente en hechos, vedadas la punición de la persona por ser quien ella es; y, además, la pena no puede fundamentarse en el simple resultado.

En concreto, las mencionadas limitaciones se remiten a prácticas anteriores del Derecho penal que no son compatibles con el Estado de Derecho, como lo es el castigo del homicida, del ladrón o del vago por ser quienes son, como manifestaciones del Derecho penal de autor.

⁶¹⁵ STC 150/1991, Antecedentes, 2. b).

⁶¹⁶ RAE. «Diccionario de la lengua española.» Real Academia Española. 20 de 06 de 2019. Disponible en: <http://www.rae.es/>.

⁶¹⁷ Artículo 6.- Derecho a un proceso equitativo. 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

⁶¹⁸ MORILLAS CUEVA, L. op. cit. (Sistema de Derecho Penal, Parte General), 2018, pág. 130; MUÑOZ CONDE, F, y GARCÍA ARÁN, M. op. cit. (Derecho Penal. Parte General), 2019, págs. 84-85; MIR PUIG, S. op.cit. (Derecho Penal, Parte General) 2016, pág. 136-138.

⁶¹⁹ MORILLAS CUEVA, L. op. cit. (Sistema de Derecho Penal, Parte General), 2018, pág. 130.

Específicamente, BACIGUALUPO ZAPATER afirma que la culpabilidad penal en el Estado de Derecho debe surgir de una síntesis, “que requiere excluir de las consideraciones que ponderen en forma general la personalidad como objeto del juicio de reproche”⁶²⁰. Acorde a FERRAJOLI “la interioridad de la persona -su carácter, su moralidad, sus antecedentes penales o sus inclinaciones psicofísicas- no debe interesar al Derecho penal más que para deducir el grado de culpabilidad de sus acciones criminales. Se entiende que, en un sistema garantista así configurado, no tienen sitio ni la categoría peligrosidad ni cualquier otra tipología subjetiva o de autor elaboradas por la criminología antropológica o eticista, tales como la capacidad criminal, la reincidencia, la tendencia a delinquir, la inmoralidad o la deslealtad”⁶²¹. En el mismo sentido, MORILLAS CUEVA considera que el Estado no es un tutor moral del ciudadano, sino es un ente organizado para hacer ejercicio del *ius puniendi* con los límites establecidos en forma de principio como el de legalidad, y el de culpabilidad, a partir de una finalidad político-criminal de protección de bienes jurídicos⁶²².

Por otra parte, tampoco se puede admitir que la pena sea impuesta a persona que no cometió el hecho delictivo. Este es un ejemplo un poco más lejano para la realidad occidental, cuando la pena podría ser impuesta a los padres, por ejemplo, en consecuencia de las conductas de los hijos o que los hijos sufran las consecuencias jurídico penales del hecho producido por los padres⁶²³, en especies de penas de carácter colectivo o familiar. A su vez, la responsabilidad penal no puede ser imputada si existe caso fortuito, como ocurría en el *versari in re illicita*⁶²⁴, muy común en el medievo, en cuyo caso era lícita especie de responsabilidad penal de naturaleza objetiva. En este sentido, FERRAJOLI evidencia que estas limitaciones impuestas

⁶²⁰ BACIGUALUPO ZAPATER, E. *Derecho Penal y el Estado de Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, pág. 148.

⁶²¹ FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta, 1995, pág. 492.

⁶²² MORILLAS CUEVA, L. «A propósito de la culpabilidad penal.» En *El Derecho Penal de los inicios del siglo XIX en la encruzijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional*, de Colectivo de autores, pags. 40-65. La Habana: ONBC, 2014, pág. 64.

⁶²³ LEVAGGI explica que “(...) en el Alto Medievo la responsabilidad había sido colectiva y en particular familiar, pero a partir del siglo XII dejó de serlo para convertirse en individual. El derecho canónico fue el primero en admitir que los pecados y por lo tanto, las penas fueran estrictamente personales.” LEVAGGI, A. *El derecho Penal argentino en la Historia*. Buenos Aires: EUDEBA, 2016, pág. 237.

⁶²⁴ “Principio de origen en juristas medievales y canonistas legitimador de la responsabilidad por el resultado o responsabilidad puramente objetiva derivada de actos ilícitos, que ha influido en la regulación histórica del caso fortuito, la preterintencionalidad y los delitos calificados por el resultado. Su formulación es *cersari (o qui versatur) in re illicita, respondeat etiam pro casu*, o sea ‘tratándose de una materia, de una actuación ilícita, se responderá incluso dl caso fortuito’, esto es, se responderá de sus consecuencias, incluso de la imprevisibles o producidas por caso fortuito”. RAE.

por el principio de culpabilidad, prohíben la responsabilidad objetiva, ya que solamente se pueden punir las conductas culpables⁶²⁵.

Realizadas estas precisiones sobre los elementos más consensuados sobre el principio de culpabilidad, se evidencia, como primera constatación, que la peligrosidad implica una excepción a los estándares de este principio, que conlleva a una consecuente sanción penal atípica y que no goza de las mismas garantías del Estado Social y Democrático de Derecho. Esto se debe a una flagrante violación del principio de igualdad, consistiendo en un modelo discriminatorio legal que persiste hasta los días actuales, basado en la inimputabilidad de las personas distintas psicosocialmente, la evaluación de su peligrosidad y las consecuentes medidas de seguridad. En efecto, el simple hecho de que las personas con trastorno mental sean las únicas a las cuales se disponga la necesidad de un examen de peligrosidad como requisito para una sanción penal implica una discriminación *ex ante* de legislador, como ya se mencionó anteriormente. En el mismo sentido, TERRADILLOS BASOCO reflexiona que el primer pronóstico es el que realiza el legislador, que fija las pautas legales, eligiendo quienes serán pasibles de considerarse peligrosos; posteriormente, el juez sobrepone a este primer pronóstico, el suyo, ratificando la predicción del legislador⁶²⁶.

Precisamente, acompañamos la ponderación de MIR PUIG en el sentido de que “desde su aparición, y a lo largo del siglo XX, las medidas de seguridad han demostrado importantes inconvenientes desde el prisma de un Estado Democrático de Derecho. Uno de ellos es que no tratan al ciudadano por su actuación de sujeto racional y responsable, sino como ser peligroso”⁶²⁷.

III. PRINCIPIOS LIMITADORES DEL *IUS PUNIENDI* DEL ESTADO

⁶²⁵ FERRAJOLI, L. op. cit. (Derecho y Razón), 1995, pág. 491.

⁶²⁶ TERRADILLOS BASOCO, J.M. Peligrosidad Social y Estado de Derecho. Madrid: Akal Universitaria, 1981, págs. 217-219.

⁶²⁷ MIR PUIG, S. op.cit. (Derecho Penal, Parte General) 2016, pág. 138.

1. Principio de Intervención Mínima

Al lado de las distintas garantías que se generan a partir del principio de legalidad como núcleo central del Estado de Derecho, el principio de intervención mínima posee inescapable protagonismo en este contexto, ya que manifiesta un efecto inmediato de la posición de *ultima ratio* del Derecho penal en el ordenamiento jurídico, como postula MORILLAS CUEVA⁶²⁸. Como consecuencia, derivan de esta limitación al *ius puniendi* diversas otras (algunas serán tratadas enseguida), como los principios de necesidad y de proporcionalidad.

Este principio impone un orden de prioridad en la protección de bienes jurídicos, con el fin de producir una escasa utilización del poder punitivo, que supone un alto costo para la ciudadanía (con el sacrificio de derechos) y para el Estado (con gastos y estructura). Por lo tanto, el principio de intervención mínima está estrechamente relacionado con el principio de protección de bienes jurídicos, el carácter fragmentario y la subsidiariedad del Derecho penal y conlleva a que la utilización del Derecho penal no pueda ser preferente en relación a las otras ramas del ordenamiento jurídico, lo que implica una previa constatación de la insuficiencia o inutilidad de estos otros ámbitos e instrumentos de menor gravedad.

En este sentido, MIR PUIG entiende que el principio de intervención mínima es consecuencia del Estado Social de Derecho, razonando que el Estado debe buscar la mayor utilidad posible a partir de la imposición del mínimo sufrimiento necesario. Así, relaciona el principio de intervención mínima al principio de proporcionalidad, identificando al principio de subsidiariedad y al carácter fragmentario del Derecho penal como sus elementos, en la medida en que el análisis debe indicar la búsqueda por la mínima intervención imprescindible para que se cumpla la finalidad de protección.⁶²⁹ En síntesis, solamente después de agotar el uso de medios no penales para los fines preventivos, se legitima el uso de la respuesta penal, o, en las palabras de MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN “con el principio de intervención mínima se quiere decir que los bienes jurídicos no sólo deben ser protegidos por el Derecho penal, sino también ante el Derecho penal”⁶³⁰.

Por consiguiente, el principio de intervención mínima se dirige tanto al razonamiento sobre la elección de los bienes jurídicos protegidos y de las conductas a ser inculpas como

⁶²⁸ MORILLAS CUEVA, L. op. cit. (Sistema de Derecho Penal, Parte General), 2018, págs. 134-135.

⁶²⁹ MIR PUIG, S. *Bases Constitucionales del Derecho Penal*. Madrid: Iustel, 2011, pág. 119.

⁶³⁰ MUÑOZ CONDE, F, y GARCÍA ARÁN, M. op. cit. (Derecho Penal. Parte General), 2019, pág. 76.

a la selección de la consecuencia penal a ser empleada. Así, no solamente existe un orden de prioridad externo al Derecho penal, que debe ser la última opción dentro del ordenamiento jurídico, como también, dentro del mismo sistema penal, el principio de intervención mínima impone la selección de las medidas de menor impacto para que se logre el fin preventivo. De tal forma, ROXIN entiende este principio como un nítido reflejo de la política criminal que está dirigido tanto al poder legislativo como al judicial, antes que una construcción estrictamente dogmática⁶³¹. De ella, derivan otras ponderaciones que se van a manifestar en los principios de proporcionalidad, necesidad de la intervención penal.

En este sentido, al observar el contenido del principio de mínima intervención, la misma historia de la (naturalización de la) peligrosidad de las personas con trastornos mentales en el Derecho penal, lleva a la constatación de la reproducción automática de este modelo, sin que se haya intentado previamente alguna otra medida de intervención menos grave. Si se recuerdan los muchos avances en el campo de la salud mental en los últimos 50 años, entonces es más clara todavía la postura del poder punitivo, que recoge los adelantos científicos de forma peligrosamente selectiva y tendenciosa, al acoger los novedosos métodos estadísticos de predicción de reincidencia, a pesar de los altos riesgos que implican los falsos positivos. Lamentablemente, no parecen tener el mismo prestigio los informes, observaciones y demás documentos internacionales del sistema de protección de derechos humanos y de la Organización Mundial de Salud, objeto del próximo capítulo, y que apuntan en una dirección diametralmente opuesta.

2. Principio de Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad, en su concepción moderna tiene sus raíces, tal como otros principios, en la ilustración. CESARE BECCARIA, una vez más fue el principal vocero de este momento histórico, enunciando que “las penas, por consiguiente, y el método de infligirlas, deben elegirse en tal forma que, guardada la proporción, produzcan la impresión más eficaz y duradera en los ánimos de los hombres y la menos atormentadora sobre el cuerpo del reo”⁶³².

⁶³¹ ROXIN, C. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, págs. 17-29.

⁶³² BECCARIA, C. *op. cit.* (Tratado de los delitos y de las penas), 2015, pág. 34.

En la actualidad este principio no posee manifestación expresa en la Constitución española, sin embargo, el mismo Tribunal Constitucional reiteradas veces afirmó su naturaleza constitucional como derivada de los valores de justicia, libertad y dignidad humana según consideran MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN ⁶³³. En este sentido, en diversas oportunidades⁶³⁴ el Alto Tribunal se pronunció en los siguientes términos “el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo. (...) la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza”⁶³⁵.

Asimismo, MORILLAS CUEVA⁶³⁶ y MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN reconocen la vinculación de la proporcionalidad con el derecho de igualdad, que en última análisis, implica un trato adecuado a cada persona de acuerdo a su particularidad, de forma que “se quiere decir, ni más, ni menos, que a cada uno debe dársele según sus merecimientos y que los desiguales deben ser tratados desigualmente”⁶³⁷. Adicionalmente, MIR PUIG reflexiona sobre la conexión entre la proporcionalidad y el principio de culpabilidad, argumentando que el principio de culpabilidad no es bastante para asegurar la proporcionalidad de la actuación del poder punitivo⁶³⁸. La culpabilidad, aunque entendida como fundamento y medida de la sanción penal, posee un ámbito de actuación más estrecho que el juicio de proporcionalidad, una vez que este último implica, como define MORILLAS CUEVA, no solamente una evaluación cuantitativa, más también cualitativa sobre la consecuencia penal a ser impuesta⁶³⁹.

De esta forma, ambos principios están íntimamente vinculados y se complementan como límites al poder punitivo que van a imponerse tanto al legislador como al juez. En ambas vertientes, abstracta y concreta, se debe ponderar sobre los fines constitucionales de la pena y la protección a los bienes jurídicos, de forma a evaluar la conducta, la afectación al bien jurídico, el tipo penal y la intensidad de la sanción penal a ser aplicada. Esto porque, la gravedad de la sanción (concreta o en abstracto) debe corresponder a la gravedad del hecho, y tanto el

⁶³³ MUÑOZ CONDE, F, y GARCÍA ARÁN, M. op. cit. (Derecho Penal. Parte General), 2019, págs. 82-83.

⁶³⁴ SSTC 62/1982, 66/1985, 19/1988, 85/1992, 50/1995, 66/1995, 55/1996 y 161/1997.

⁶³⁵ STC 136/1999, párr. 22.

⁶³⁶ MORILLAS CUEVA, L. op. cit. (Sistema de Derecho Penal, Parte General), 2018, pág. 139.

⁶³⁷ MUÑOZ CONDE, F, y GARCÍA ARÁN, M. op. cit. (Derecho Penal. Parte General), 2019, pág. 82.

⁶³⁸ MIR PUIG, S. op.cit. (Derecho Penal, Parte General) 2016, pág. 139.

⁶³⁹ MORILLAS CUEVA, L. op. cit. (Sistema de Derecho Penal, Parte General), 2018, pág. 139.

legislador como el juez no deben incurrir en exceso en el rigor de la respuesta penal, a fin de no producir el sacrificio innecesario y desproporcionado de la libertad.

Así, toda intervención del poder punitivo, al limitar derechos fundamentales a través de una sanción penal, tiene como condición de constitucionalidad la proporcionalidad entre esta sanción y su finalidad. Para el efecto, la doctrina y el Tribunal Constitucional plantean tres criterios de ponderación, la proporcionalidad en sentido estricto, el juicio sobre la idoneidad de la medida y el razonamiento sobre la necesidad de la consecuencia jurídica.

De hecho, acerca de la proporcionalidad entre la conducta, la lesión al bien jurídico y la consecuencia jurídica a ser impuesta, esta configura la proporcionalidad en sentido estricto. Esta es la concepción más antigua de este principio y se dirige, en buena medida, a una evaluación de la medida de intensidad o gravedad de las variables sobre las cuales se intenta razonar. Así, se parte de evaluar, como argumenta MIR PUIG, si la norma busca proteger bienes jurídicos que no estén prohibidos y que estos sean socialmente relevantes, para pasar a observar si el legislador ha previsto o no una respuesta penal es proporcionada⁶⁴⁰.

Si se añade a esta primera ponderación el juicio sobre la idoneidad de la medida y la necesidad de la misma, se constituyen en la proporcionalidad en sentido amplio. De acuerdo al mencionado autor, la ponderación sobre la idoneidad, se aplica tanto a la evaluación sobre la eficacia de la incriminación de una conducta por el legislador, como en el proceso concreto de aplicación de la consecuencia penal, evaluando se esta es apta para lograr su finalidad⁶⁴¹.

Así, la aplicación del principio de proporcionalidad depende, además de la proporcionalidad en sentido estricto, de que la incriminación de la conducta y la pena en concreto son medio apto para la persecución penal, como considera MIR PUIG⁶⁴². O sea, cabe razonar si se trata del medio adecuado para alcanzar el fin de protección del bien jurídico y si la sanción, sea pena o medida de seguridad, de igual forma, es medio idóneo a sus fines constitucionales de reeducación y reinserción social, de conformidad con el artículo 25.2 de la Constitución española.

⁶⁴⁰ MIR PUIG, S. op. cit (*Bases Constitucionales del Derecho Penal*) 2011, págs. 121-125.

⁶⁴¹ MIR PUIG, S. op. cit (*Bases Constitucionales del Derecho Penal*) 2011, 2011, págs. 116-117.

⁶⁴² MIR PUIG, S. op. cit (*Bases Constitucionales del Derecho Penal*) 2011, 2011, págs. 116-118.

Enseguida, el examen de la necesidad de la medida busca observar si la criminalización y la respuesta penal es medio ineludible a los fines antes expuestos, o si existe el sacrificio innecesario mencionado por el TC. En este sentido, el mismo Tribunal identifica que se debe analizar si se evidencia algún otro medio que sea eficaz y exponga la libertad a un sacrificio menor. En sus propias palabras: “Desde la perspectiva constitucional sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesarias cuando, “a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador”⁶⁴³.

La ligación intrínseca entre el principio de proporcionalidad y el principio de necesidad, una vez más, remonta a la última frase del libro *De los delitos y de las penas* de BECCARIA, quien evidencia que “(...) para que toda pena no sea (un simple ejercicio de venganza y) violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria. La más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes (...)”⁶⁴⁴.

La necesidad de la respuesta penal se vincula directamente a los fines, remitiendo a una ponderación entre el contenido preventivo de la medida (general y/o especial) y su utilidad real a esta prevención, en comparación a otras formas de intervención alternativas y su utilidad. Como recuerda MIR PUIG, en un Estado Social de Derecho este es un requisito de legitimidad de la intervención penal, que debe justificar el sacrificio de los derechos solamente si no existe opción menos grave para alcanzar los fines preventivos, o sea, si, una vez confrontada con otros medios, la sanción penal demuestra ser ineludible⁶⁴⁵. Consecuentemente, para el referido autor, “cuando se demuestre que una determinada reacción penal es inútil para cumplir su objetivo protector, deberá desaparecer, aunque sea para dejar lugar a otra reacción penal más leve”⁶⁴⁶.

Avanzando con nuestro razonamiento, en lo que refiere a la relación del principio de proporcionalidad y el sistema peligrosidad-medida de seguridad, es forzoso observar que se impone a las personas reconocidas como no culpables una sanción penal más grave que a las

⁶⁴³ STC 136/1999, párr. 23. STC 55/1996, fundamento jurídico 8.

⁶⁴⁴ BECCARIA, C. op. cit. (*Tratado de los delitos y de las penas*), 2015, pág. 87.

⁶⁴⁵ MIR PUIG, S. op.cit. (*Derecho Penal, Parte General*) 2016, págs. 114.

⁶⁴⁶ MIR PUIG, S. op.cit. (*Derecho Penal, Parte General*) 2016, pág. 127.

culpables, una vez que esta no goza de los límites de la pena. Al no contar con el límite de la culpabilidad, las medidas de seguridad resultan una respuesta desproporcionada, además de no idónea ni necesaria, según los documentos que nortean el área de salud mental que se verán en el próximo capítulo. Como cuestiona TERRADILLOS BASOCO, no es suficiente el argumento de que la medida de seguridad no posee contenido aflictivo, simplemente porque se trata de premisa falsa⁶⁴⁷.

En efecto, si se considera que la finalidad de la medida de seguridad (así como de la pena), por mandato constitucional, es la resocialización, no puede estar autorizada la utilización de medio no idóneo e, consecuentemente, innecesario, como se analizará enseguida. Así, aunque se prevé un límite abstracto a la aplicación de la medida, esta sigue siendo indeterminada, hecho que mantiene a las personas con trastorno mental en un plan inferior de garantía de derechos en relación a las demás personas. Adicionalmente, es flagrante la desproporción entre la gravedad de la respuesta penal y la finalidad de la medida, o sea, la utilidad preventiva.

3. Principio de Presunción de Inocencia

El principio de presunción de inocencia, se encuentra fuertemente vinculado, además del ya mencionado principio de culpabilidad, al ejercicio del derecho de igualdad en el acceso a la justicia, lo que implica que todas las personas deben tener garantías judiciales mínimas sin discriminación de cualquier naturaleza. Por ser un importante pilar en las garantías contra las posibles arbitrariedades estatales, este principio está ampliamente desarrollado en los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, además de gozar de reconocimiento explícito en la mayor parte de las constituciones modernas. Así, se trata no solamente de un principio más de un derecho fundamental que está previsto en la Constitución española (artículo 24.2), en la Declaración Universal de Derechos Humanos (11.1), en el Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos (14.2), en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 6.2) y en la Convención Interamericana de Derechos Humanos (artículo 8,2).

⁶⁴⁷ TERRADILLOS BASOCO, J.M. op. cit. (Peligrosidad Social y Estado de Derecho), 1981, pág. 195.

Obviamente, se trata de una presunción *iuris tantum*, una vez que, si demostrada la culpabilidad, tendrá cabida la pena. Sin embargo, al efecto el proceso penal debe ser un medio idóneo a la búsqueda de la verdad a través de la comprobación o no de la hipótesis de la acusación, por medio de la actividad investigativa y judicial del Estado, en la cual no tiene obligación el imputado de acreditar su inocencia (aunque tiene todo el derecho de hacerlo). Según expresa MORILLAS CUEVA, esto implica un carácter pasivo o reaccional⁶⁴⁸ del principio en lo que toca al acusado, que no necesita cualquier acción para comprobar su Estado.

En efecto, para el referido autor, el principio aún conlleva consecuencias tanto para el juez, en el proceso penal, como para el legislador, una vez que como derecho subjetivo de naturaleza pública condiciona la potestad legislativa⁶⁴⁹. Estos ámbitos son llamados por el Tribunal Constitucional de concreto, cuando se limita la interpretación de las normas por el juez, y abstracto, cuando se impone al poder legislativo⁶⁵⁰.

Oportunamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en su amplia jurisprudencia sobre el tema, desarrolló una comprensión del contenido del principio de presunción de inocencia en el proceso penal (ámbito concreto) que vale la pena presentar. La Corte reconoce que este principio tiene implicaciones tanto en el trato dado a las personas en juicio cuanto en calidad de regla para el juicio y para la prueba. Así, la presunción de inocencia, entendida como regla de trato implica, principalmente, que no se condene o emita juicio ante la sociedad, de forma a estimular un juzgamiento previo por parte de la opinión pública⁶⁵¹.

De otra parte, para la Corte, la aplicación del principio de presunción de inocencia como regla de juicio y de prueba, se constituye como elemento esencial para el derecho a la defensa, implicando esencialmente que: a) el acusado no tiene la obligación de probar que no ha cometido el delito, una vez que la carga cabe a quien acusa; b) el principio protege al acusado contra ser juzgado por personas que tengan ideas preconcebidas sobre el caso y contra la falta de participación plena y en igualdad de condiciones en el proceso; c) impide la condena mediante la falta de producción o de valoración de la prueba; y, d) prohíbe la falta de motivación de la sentencia, por mencionar algunos puntos clave. Así, el principio de presunción de inocencia conlleva a que exista prueba plena en el juicio, más allá de la duda razonable en un

⁶⁴⁸ MORILLAS CUEVA, L. op. cit., (Sistema de Derecho Penal. Parte General), 2018, págs. 136-137.

⁶⁴⁹ *Ibidem*.

⁶⁵⁰ STC 98 y 185/2014.

⁶⁵¹ Corte IDH, Caso Acosta y otros vs Nicaragua, 2017; Caso Cantoral Benavides vs. Perú, 2000.

proceso en el cual el sujeto participa en igualdad de condiciones con respeto a todas las garantías. De dicha forma, la existencia de prueba insuficiente o no valorada adecuadamente, debe tener como consecuencia la obligación de absolver el imputado⁶⁵².

De acuerdo con la Corte IDH, el respeto al Estado de inocencia de la persona implica muchas consecuencias en el proceso, como principio transversal, acarreando el hecho de “que el acusador deba demostrar que el ilícito penal es atribuible a la persona imputada” así como que la hipótesis de la acusación es verdadera⁶⁵³. Se trata de un eje central en el juicio penal y “estándar fundamental en la apreciación probatoria” que impone límites a la actuación judicial⁶⁵⁴. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional español desglosó aún más el análisis, al firmar que no se puede admitir la presunción de cualquier de los elementos del delito⁶⁵⁵.

Dicho lo anterior, es posible afirmar que el instituto de la peligrosidad impregna el proceso penal del estigma que le acompaña, generando un desequilibrio simbólico que se traslada al procedimiento mediante su extrema simplificación, una vez que se notan rasgos de sufrimiento mental en el sujeto. A pesar de la norma procesal prever la exigencia del juicio, el injusto penal no siempre resta comprobado a cabalidad, en virtud de la negativa de aceptación de excluyentes de tipicidad y antijuridicidad, por ejemplo. En Latinoamérica, como muestra, es común que siquiera exista prueba de la materialidad y autoría del delito, lo que conlleva a una especie de juicio sumario en base a un Derecho penal de autor y no de hecho.

Asimismo, la ya referida inexactitud del pronóstico de peligrosidad y los altos niveles de falsos positivos, apuntan a otra grave forma de vulneración del principio de presunción de inocencia, una vez que se condiciona la aplicación de una sanción penal a una herramienta que trabaja con probabilidad estadística. La falta de confiabilidad de estos instrumentos y el hecho de que no sea un método individualizado, sino basado en una métrica estadística poblacional, hace con que se juegue con las vidas de los ciudadanos de forma irresponsable e inaceptable en un Estado Social y Democrático de Derecho.

⁶⁵² Corte IDH. Caso Zegarra Marín Vs. Perú. 2017.

⁶⁵³ Corte IDH. Caso Zegarra Marín Vs. Perú. 2017, párr. 124; 140.

⁶⁵⁴ Corte IDH. Caso Zegarra Marín Vs. Perú. 2017, párr. 127.

⁶⁵⁵ STC 87/2001, de 2 de abril.

4. Principio de Humanidad de las Penas y Principio de Resocialización

El principio de humanidad es consecuencia del principio de la dignidad humana, ambos consagrados constitucionalmente al establecer los derechos fundamentales, en los artículos 10, 15 y 25.2. En efecto, BERISTÁIN IPIÑA destaca la relevancia y el carácter transversal del axioma fundamental de la humanidad en “todas las relaciones humanas, personales y sociales que surgen de la justicia en general y de la justicia penal en particular, deben configurarse sobre la base del respeto a la dignidad de la persona”⁶⁵⁶. Según el mismo autor, la causa de este protagonismo ejercido en el sistema jurídico por el principio de dignidad de la persona la Constitución dispone de forma expresa en el artículo 10.1. que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”⁶⁵⁷. En concreto, el axioma de humanidad, basado en la dignidad humana, es un verdadero centro gravitacional del sistema jurídico penal, que debe marcar la actuación del Estado, como se ha visto inicialmente, más allá de la simple abstención.

Vale la pena recordar una vez más que el principio de humanidad está en la base del programa propuesto por BECCARIA, simbolizando el paso al Derecho penal moderno y contemporáneo, en donde se ven progresivamente deslegitimadas y prohibidas las penas corporales, el trabajo forzado, la pena de muerte y los tratos inhumanos y degradantes bajo pretexto de ejercicio del poder punitivo del Estado⁶⁵⁸. Esta, según BERISTÁIN IPIÑA es la primera expresión del principio de humanidad, largamente desarrollada en diversos documentos internacionales y en la Constitución española⁶⁵⁹. El citado autor plantea que, el principio de humanidad implica que en el sistema penal no se pueden ver afectados el derecho a la vida y a la integridad física y moral, motivo por el cual están prohibidos la tortura, las penas o tratos inhumanos o degradantes, las penas de trabajo forzado y la pena de muerte⁶⁶⁰.

⁶⁵⁶ BERISTÁIN IPIÑA, A. «Axiomas fundamentales de la Criminología ante la globalización y la multiculturalidad.» *Eguzkilore*, nº 17 (2003), pág. 93.

⁶⁵⁷ BERISTÁIN IPIÑA, A. op. cit. (Axiomas fundamentales de la Criminología ante la globalización), 2003, pág. 93.

⁶⁵⁸ BECCARIA, C. op. cit. (Tratado de los delitos y de las penas), 2015, págs. 39-43.

⁶⁵⁹ BERISTÁIN IPIÑA, A. op. cit. (Axiomas fundamentales de la Criminología ante la globalización), 2003, págs. 93-94.

⁶⁶⁰ El mismo artículo excepciona la prohibición de la pena de muerte a los casos en “que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

El corolario de la prohibición de la tortura y toda pena y trato inhumano o degradante encuentra respaldo en un sin número de instrumentos internacionales, generales y específicos sobre el tema, tales como los Convenios de Ginebra (1949) y el Protocolo Adicional (1977), la Convención Europea para la prevención de la tortura y de las penas o tratamientos inhumanos o degradantes (1987), la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948, artículo 5), Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966, artículo 7), Declaración de las Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes (1975) y la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (1984) y su Protocolo Facultativo (2002)⁶⁶¹.

En este contexto, dirigiremos especial atención en el siguiente capítulo a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), que también trata del tema en los artículos 15, 16 y 17, que establecen los derechos a la integridad personal y la protección contra la tortura, la violencia, la explotación y el abuso y en los artículos 13 y 14 dispone sobre los derechos de acceso a la justicia, a la seguridad y a la libertad de la persona con discapacidad. Por ahora, destacamos adicionalmente, que, como verifica DE LA CUESTA ARZAMENDI, el Convenio de Roma (1950) no autoriza cualquier excepción o justificación a la práctica de tortura, constituyéndose en una prohibición absoluta que se refleja en la expresión “en ningún caso” presente en el artículo 15 de la Constitución española⁶⁶².

Asimismo, se manifiesta que las consecuencias del principio de humanidad en el Derecho penal se proyectan en la parte especial del Derecho penal, en donde están tipificadas las conductas proscritas, y en el campo de las consecuencias jurídicas del delito. En este particular aspecto, DE LA CUESTA ARZAMENDI observa tres campos en los cuales se proyectan los efectos del principio de humanidad: la prohibición de la pena de muerte, la proscripción de la prisión perpetua y las cuestionables sanciones de muy larga duración, y el mismo régimen penitenciario, que muchas veces en el mundo asume condiciones inhumanas o

⁶⁶¹ Otros instrumentos que tocan el tema: Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, aprobadas por el Consejo Económico y Social (1957); Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (1988); Principios de Ética Médica Aplicables a la Función del Personal de Salud, Especialmente, los Médicos, en la Protección de Personas Presas y Detenidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1982); Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1975); Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (1990).

⁶⁶² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. «El principio de humanidad en el Derecho Penal.» *Revista Penal*, 2013, pág. 221.

degradantes⁶⁶³. Sobre este punto, llama la atención la ausencia casi absoluta de referencia en la doctrina sobre las medidas de seguridad privativas de libertad, realidad que parece invisible al Derecho penal, aunque las diversas instancias de mecanismos internacionales poseen larga trayectoria de preocupación y alerta a los países. En el próximo capítulo se ahondará en estos aspectos.

De otra parte, el principio de humanidad no se agota en la antigua formula que, como ya se observó, es propia del Estado liberal, como forma de libertad negativa para la cual el Estado solamente debe inhibirse las conductas proscritas. La garantía, por lo tanto, debe estar dirigida a pesar las consecuencias del delito, de forma positiva, es decir, como compromiso de actuación del Estado para producir, en este escenario, un ambiente de respeto a la dignidad humana, como analiza DE LA CUESTA ARZAMENDI ⁶⁶⁴. De hecho, en nivel internacional, el Estado, en virtud del extremo control que ejerce sobre las personas que se encuentran bajo su custodia en el cumplimiento de las penas privativas de libertad, adquiere la posición de garante y está obligado no solamente a no cometer las conductas antes descritas, sino de garantizar que todos los demás derechos no estrictamente involucrado en la naturaleza de la pena no se vean afectados. Consecuentemente, se debe garantizar la integridad física, la vida y la dignidad humanas también a través de servicios de salud física y mental, en los mismos estándares en que lo hace a quienes están en libertad, por mencionar un ejemplo⁶⁶⁵.

El principio de humanidad, además, debe impactar en los métodos de investigación criminal, una vez que se supone que está vedada la aplicación de cualquier otro método que despoje a la persona de la libre determinación de su voluntad, como el lavado de cerebro o el suero de la verdad, según reflexionan MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN⁶⁶⁶. En este punto, proscritos la tortura o los medios que sean análogos como forma de “investigación” y producción de pruebas, se evidencia la íntima conexión de este principio, además, con la presunción de inocencia del acusado.

⁶⁶³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. «El principio de humanidad en el Derecho Penal.» Revista Penal, 2013, págs. 214-221.

⁶⁶⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. op. cit. (El principio de humanidad en el Derecho Penal), 2013, pág. 210.

⁶⁶⁵ Para los estándares internacionales de tratamiento de las personas privadas de libertad y las obligaciones de los Estados, consultar las Reglas Nelson Mandela, de Naciones Unidas.

⁶⁶⁶ MUÑOZ CONDE, F, y GARCÍA ARÁN, M. op. cit. (Derecho Penal. Parte General), 2019, pág. 81.

Finalmente, es imprescindible reconocer que el principio de humanidad es consecuencia directa del Estado de Social y Democrático de Derecho, una vez que implica una conciencia de respeto y ciudadanía que obliga a siempre reconocer en toda persona, haya cometido un delito o no, su condición de humanidad. Así, están íntimamente ligados el principio de humanidad con la dignidad de la persona y la igualdad y no discriminación, y pensar en estos principios implica que el sujeto al cual se destina una de las consecuencias del delito inescapablemente “es un semejante, una persona humana que tiene derecho a ser tratada como tal y a reintegrarse en la comunidad como un miembro de pleno derecho”, como afirman MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN⁶⁶⁷.

En este sentido, DE LA CUESTA ARZAMENDI observa que el contenido del principio de humanidad en el Derecho penal posee tres líneas principales: la prohibición de tortura y trato inhumano o degradantes; la orientación de las sanciones penales a la resocialización; y, la atención a las víctimas del delito⁶⁶⁸.

En este sentido, es posible afirmar que los efectos del principio de humanidad en el sistema penal no se agotan en la prohibición de la tortura y otros tratos inhumanos y degradantes. En efecto, tanto desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁶⁶⁹ como a partir de la Constitución española se establece que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social. Es flagrante el carácter preventivo especial positivo que debe adoptar el sistema penal, como una lógica que se impone a ambas sanciones penales en igualdad. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional ha señalado que el artículo 25.2 recoge la prevención especial como finalidad de las penas privativas de libertad – aunque no sea el único posible - y declara que, además de la reinserción y reeducación, hay que admitir otros objetivos⁶⁷⁰.

Como primera consecuencia, el principio de resocialización tiene conexión directa con la prohibición de pena de muerte y de la prisión perpetua, criterio al cual se deberían añadir las

⁶⁶⁷ *Ibibem*.

⁶⁶⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. op. cit. (El principio de humanidad en el Derecho Penal), 2013, pág. 210, pág. 211.

⁶⁶⁹ Especial referencia al artículo 10.1 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: artículo 10 1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados.

⁶⁷⁰ Como ejemplo, véase la STC 150/1991, Fundamento Jurídico, párr. 4, b).

medidas de seguridad, una vez que la imposición de dichas respuestas penales hace imposible cualquier acción de reinserción social es lógicamente opuesta al contenido del principio de resocialización, desde la posición de MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN⁶⁷¹. En segundo lugar, está comprobado por un sinnúmero de trabajos teóricos y empíricos como los de SYKES y PABLOS DE MOLINA, que la prisión tiene efecto desocializador y estigmatizante sobre el sujeto, motivo por el cual si se pretende producir el efecto inverso (reinserción social) esto debe necesariamente replantearse para mitigar estos efectos propios de las instituciones totales⁶⁷².

En concreto, si consideramos que la persona que cumple pena privativa de libertad conserva todos los derechos fundamentales “que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”, así como que parte de su proceso de rehabilitación, tiene derecho a trabajo remunerado y seguridad social, “así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad” como dispone la misma Constitución (artículo 25.2). En definitiva, acompañamos DE LA CUESTA ARZAMENDI cuando argumenta que “frente al riesgo de convertir los establecimientos en meros depósitos de seres humanos, que el abandono del ideal resocializador claramente conlleva, existe la obligación de la institución penitenciaria a comprometerse, de manera decidida y en primer lugar, con la humanización de la prisión, presupuesto ineludible de cualquier labor resocializadora”⁶⁷³.

Así, con base en el planteamiento de MIR PUIG, para lograr esta reinserción social, es imprescindible el fortalecimiento de los vínculos sociales y el ofrecimiento de alternativas reales al comportamiento criminal como exigencia democrática para la promoción de la inclusión de todos los ciudadanos en la sociedad⁶⁷⁴. De esta forma, el sistema penal debe engendrar mecanismos de inclusión contrarios a la tendencia de marginación que tradicionalmente provoca, innovando para producir que “cuando la privación de libertad sea inevitable, habrá que configurar su ejecución de forma tal que evite en lo posible sus efectos desocializadores, fomente cierta comunicación con el exterior y facilite una adecuada reincorporación del recluso a la vida en libertad, disminuyendo en su caso los factores de

⁶⁷¹ MUÑOZ CONDE, F, y GARCÍA ARÁN, M. op. cit. (Derecho Penal. Parte General), 2019, pág. 81-82.

⁶⁷² Ver: SYKES, G. (2017) *La Sociedad de los Cautivos*, Estudio de una cárcel de máxima seguridad. Buenos Aires, Siglo XXI. PABLOS DE MOLINA, A.G. (1979). *La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo*. ADP, págs. 645-700.

⁶⁷³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. «El principio de humanidad en el Derecho Penal.» *Revista Penal*, 2013, pág. 18.

⁶⁷⁴ MIR PUIG, S. op.cit. (Derecho Penal, Parte General) 2016, pág. 140.

marginación previa que afectan a la mayor parte de los reclusos”, como afirma el mismo autor⁶⁷⁵.

Sin embargo, se debe observar la escasa utilización de las sanciones que no impliquen aislamiento social, y este debe ser un punto prioritario para la administración de justicia. Concretamente, tanto en el caso de las penas como de las medidas de seguridad, en concordancia con los principios antes expuestos (intervención mínima, necesidad, idoneidad, proporcionalidad en sentido estricto), las sanciones privativas de libertad (sobre todo en su utilización cautelar) deberían ser la excepción, la *ultima ratio*, y no la regla.

En consecuencia de lo anteriormente expuesto, cabe adelantar, aunque brevemente, que, como se profundizará en el próximo capítulo, los mecanismos internacionales de derechos humanos y de salud mental no ratifican la idoneidad terapéutica de la internación psiquiátrica, convirtiéndola en una intervención estatal ilegítima, toda vez que no es un medio idóneo al tratamiento de salud mental y (peor) a la resocialización y que existen medidas comprobadamente eficaces para la finalidad resocializadora que se busca alcanzar.

Asimismo, el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de Naciones Unidas, el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (2017 y 2020), y el Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (ambos de Naciones Unidas), por mencionar algunos de los mecanismos, en varias ocasiones afirmaron que el tratamiento forzoso por parte de profesionales de la psiquiatría y otros profesionales de la salud y la medicina, así como los mecanismos jurídicos utilizados para este efecto en los ámbitos civil y penal, se constituyen en una violación del derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley y una infracción del derecho a la integridad personal el derecho a la protección contra la tortura y el derecho a la protección contra la violencia, la explotación y el abuso; concretamente, se puede sintetizar que estamos frente a una intervención iatrogénica que vulnera ambos principios aquí analizados.

IV. VALORACIÓN PERSONAL

⁶⁷⁵ MIR PUIG, S. op. cit (*Bases Constitucionales del Derecho Penal*) 2011, pág. 143.

Como se pudo verificar, el Estado Social y Democrático de Derecho posee un amplio espectro de principios cuyo objetivo es, de un lado impedir abusos y arbitrariedades del poder punitivo y, de otro, compeler el Estado a acciones que garanticen la efectividad de los mismos. En este contexto, el binomio peligrosidad-medida de seguridad merece especial atención por tratarse, como se pudo ver en el capítulo anterior, de institutos jurídicos que invocan delicadas excepciones a los principios más basilares del Estado.

De lo expuesto, resaltamos que el Estado y el derecho de igualdad y no discriminación evolucionaron desde la indiferencia total a las diferencias y necesidades de los pueblos, propio de la hegemonía del Estado absolutista, en el que las personas eran simples súbditos, hasta los días actuales cuando se identifican y se valoran las diferencias individuales, utilizándolas, incluso para ofrecer protección especial a grupos vulnerables. Así, destacamos la íntima correspondencia entre los modelos de Estado y las distintas versiones del principio de igualdad, al tiempo en que, en esta oportunidad, relacionamos a este primer proceso los hitos en el desarrollo paralelo que tuvo la peligrosidad jurídico penal de las personas con trastorno mental y, de otra parte, en las distintas concepciones de locura y las posibilidades terapéuticas planteadas en consecuencia.

Asimismo, merece destacarse en el escenario anterior al Estado liberal de la modernidad el modelo de indiferencia jurídica de las diferencias, en el cual la total desatención a estas producía la imposición de los más fuertes sobre los más débiles. A su turno, en el naciente Estado liberal o Estado legal de derecho, el modelo más característico fue el de la jerarquización jurídica de las diferencias, en el cual existía un sistema jurídico discriminatorio que legitimó y legalizó prácticas como la esclavitud o la calidad de no ciudadanas de las mujeres.

En este punto, estimamos la necesidad de hacer algunas apreciaciones personales. En primer lugar, si bien Ferrajolli afirma que estos modelos fueron característicos de cada época y no exclusivos o únicos, es importante subrayar que anteriormente al Estado moderno identificamos la existencia de las dos primeras concepciones de igualdad (indiferencia y jerarquización jurídica de las diferencias), a depender de la temática o del grupo humano a que se destinaban. Sin embargo, dada la fuerte jerarquización social de las sociedades occidentales constatamos una predominancia del modelo de jerarquización jurídica de las diferencias, desde la sociedad de castas a la sociedad de clases, y solo excepcionalmente el modelo de indiferencia.

En según lugar, advertimos que, incluso hasta la actualidad, es posible encontrar institutos legales que reproducen uno de estos modelos, al lado de los dos otros subsiguientes; esto porque, las diferentes formulaciones no se substituyen en el tiempo de forma inmediata, mas van progresivamente cambiando los sistemas jurídicos. Así, conviven en un mismo ordenamiento jurídico derechos, como el de licencia por “maternidad”, por citar un ejemplo, que, como dice el mismo nombre (maternidad), están reconocidos desde larga fecha para las mujeres (antes grupo excluido), pero que no se extiende fácilmente para los hombres, para los padres y madres adoptivas o para las parejas del mismo sexo. De esta forma, lo más común es que algunas maternidades “sean más iguales” que otras, en cuanto las paternidades heterosexuales son valoradas de forma absolutamente distinta con un permiso simbólico, y las maternidades y paternidades homosexuales o adoptivas son débilmente consideradas o directamente no son tomadas en cuenta.

Prosiguiendo con nuestro análisis, paralelamente a este proceso, vale la pena notar que, como se ha sostenido anteriormente, el Derecho penal vio nacer en el siglo XVIII un reclamo principalmente por la humanización de las penas, la proporcionalidad entre ellas y el delito, el principio de legalidad estricta y el debido proceso. Las prisiones, que inicialmente fueron denominadas como casas de corrección, ya eran una realidad y se buscaba la intimidación que la amenaza de la pena ejerce en la sociedad y, en consecuencia, tendría un carácter preponderantemente retributivo.

De otra parte, en este mismo momento histórico, en lo que respecta a las concepciones de la locura, el modelo religioso sería superado paulatinamente por una nueva concepción: el modelo psicológico retomado en la modernidad por PINEL. Su teoría se basó en el tratamiento moral y así, el origen de la locura estaba ubicado en las pasiones y su cura en una práctica terapéutica sin el uso de medicinas. Hay entonces una nueva visión de la psiquiatría sobre el paciente, alejándose de los patrones puramente orgánicos y “científicos” hasta entonces utilizados como absolutos. MOREL y ESQUIROL estrecharon los vínculos entre psiquiatría y derecho penal a partir de las categorías de “monomanía homicida” y del “degenerado”, consolidando la psiquiatría forense y el impacto de la ciencia médica en el sistema jurídico.

Posteriormente, en el seno del mismo Estado liberal se establecería la primera formulación del principio de igualdad, la igualdad ante la ley, igualdad formal o homologación jurídica de las diferencias. Esta concepción de igualdad, que fue reflejada en la Declaración

Universal de Derechos del Hombre en 1948, pretendió expresar una formulación antagónica al modelo anterior, sin embargo, su neutralidad fue generadora de efectos muy cercanos.

En lo que toca al Derecho Penal, con el siglo XIX y la hegemonía de la escuela positivista, la premisa cambió radicalmente, puesto que anteriormente en el análisis del Derecho penal, el hecho criminoso era el protagonista y en este momento histórico el centro de atención es la persona que cometió el delito. Esta concepción es fundamental para comprender la lógica de la peligrosidad y de la medida de seguridad, como ya se expuso anteriormente. La necesidad de defensa social impulsó entonces la concepción determinista del hombre que llevó a la consideración de dos posibilidades: a) la resignificación de la pena, mantenida como única sanción penal, pasando a ser comprendida como tratamiento y no como punición y, b) el mantenimiento de la pena como retribución y la creación de otra respuesta penal paralela, de carácter preventivo, para el tratamiento de los delincuentes habituales, los reincidentes, los menores y los locos.

Así, el delito pasa a ser visto como una enfermedad social que, por lo tanto, necesita de tratamiento. En verdad, la defensa social permitiría la segregación de los que no se adaptan a la sociedad y, en nombre de este objetivo, el control social debería ser una forma de remedio social ejercida por el Derecho penal. El criminal fue considerado un no adaptado que no tendría opción, ya que es determinado por la sociedad y por sí mismo, psicológica y biológica u orgánicamente, en coherencia con la concepción de locura de su tiempo. En ese sentido, si la sanción no podría basarse en la culpabilidad, puesto que está ausente el libre albedrío, sería necesario buscar otro fundamento. Así nace la moderna versión de la peligrosidad, una vez que la delincuencia fue entendida como una fatalidad biológica para estas personas – y no una opción. La peligrosidad entonces justifica el tratamiento y pasa a ser la razón de ser de la sanción penal que tiene por finalidad la no reincidencia y la protección social.

En esta misma época, la concepción de la locura sufrió un gran impacto del cientificismo propio del siglo XIX, que trajo consigo la hegemonía de su concepción orgánica. Este modelo pretendía encontrar una causa física para la explicación de la locura, entendida por la doctrina de la época como originada en el sistema nervioso y consecuentemente buscó su cura a través de la utilización de fármacos y medicinas. En este momento, los locos se encontraban confinados en las prisiones, mezclados con todos los excluidos de la sociedad, toda vez que en estas instituciones se recibían tanto a los pobres y miserables como a todos los

tipos de enfermos mentales. La finalidad fue, una vez más, su aislamiento buscando consiguientemente la purificación u homogeneización de la sociedad.

En el siglo XX el Estado pasa por sustanciales transformaciones, pasando del Estado legal de derecho, al Estado social y, después de ver los cánones de ambos modelos sucumbieren ante los totalitarismos y las guerras, se genera el Estado constitucional que, en España, va a recoger la propuesta conciliadora de Estado social y democrático de derecho. En el ámbito de los derechos humanos el choque de las grandes guerras también se hace sentir, sin embargo, la gran onda innovadora en el ámbito del derecho de igualdad se da progresivamente en la postguerra con la construcción del modelo que FERRAJOLI llamó de igual valoración de las diferencias. Su carácter democrático evidente ha hecho con que los Estados vayan incorporando con status nada menos que constitucional los tratados de derechos humanos dirigidos a la protección de distintos grupos humanos, pasando de la igualdad formal a la no discriminación, la igualdad material y las políticas afirmativas.

En lo que toca a la concepción de la locura y de su tratamiento, en el siglo XX destacamos que la psiquiatría tuvo una evolución a partir de la introducción de los primeros fármacos, con un apogeo del modelo biomédico hasta los movimientos de desinstitucionalización que, a partir de la década de los 60, va a cambiar, a la par con los avances de derechos humanos, los estándares de tratamiento de salud mental. Este giro copernicano, implicó, en pocas palabras, que el tratamiento de las personas con trastornos mentales, que tenía, desde los inicios de la psiquiatría en el siglo XVIII en el Hospital de Bicêtre, al hospital psiquiátrico como única alternativa terapéutica, pasó a ser desarrollado en la comunidad, con menores costos, respeto a los derechos humanos y mayor efectividad.

Por otra parte, se evidencia que la ciencia también avanzó en lo que toca al conocimiento sobre los trastornos mentales, sus causas y posibilidades terapéuticas, desde la creencia de que la locura tenía una causa divina, pasando por la justificación biológica y psíquica, hasta la comprensión actual de las determinantes sociales de los trastornos mentales y una visión mucho más amplia y compleja. Este modelo, que será desarrollado en la siguiente parte de este trabajo, está basado en las orientaciones de la OMS y ya fue desarrollado en Europa y en varios países de América Latina.

Al lado de lo expuesto, en el siglo XX el derecho penal fue temporariamente útil a los regímenes totalitarios y dictaduras, no obstante, al final incorporó los nuevos paradigmas jurídicos en gran medida debido a su constitucionalización y a través del garantismo, que, desde un enfoque tanto teórico como jurisprudencial, desarrolló ampliamente el contenido de los principios y límites al *ius puniendi*. Lamentablemente, en lo que toca a la peligrosidad de las personas con trastorno mental y a la medida de seguridad de internación psiquiátrica, el Derecho penal parece haber quedado congelado en el tiempo, inmune a los avances de la ciencia médica, de los derechos humanos y del propio Estado. Esta marcha fuera de compás sostiene y hace invisible la existencia de un sistema jurídico paralelo y discriminatorio en el seno del Estado Social y Democrático de Derecho.

Es así que, dentro del análisis de los principios identificados en este capítulo por la estrecha relación con el binomio peligrosidad-medida de seguridad, partimos por evaluar su compatibilidad con el contenido del principio de legalidad, como principio fundante del Estado de Derecho no solamente por garantía de la seguridad jurídica, mas por su estrecha vinculación con el carácter democrático del Estado y la legitimidad popular de las sanciones impuestas. Por este motivo, la ley penal debe ser escrita, anterior y taxativa, tanto en lo que toca al delito como en relación a las sanciones que prevé. De tal forma, entendemos que existe una flexibilización del estándar de determinación de la ley penal en lo que toca a la peligrosidad en cuanto pronóstico de reincidencia, tanto en relación a la imprecisión de esta concepción legal, como en lo que respeta a capacidad predictiva y a los falsos negativos de los instrumentos utilizados, y a la indeterminación de la medida de seguridad.

Por lo que se refiere al principio de culpabilidad, se observa que, una vez constatada la inimputabilidad por anomalía o alteración psíquica se excepciona el sistema jurídico para imponer a una persona una sanción penal que no se basa en su culpabilidad por el hecho sino en un juicio de peligrosidad. Este pronóstico, es previsto legalmente como requisito para una sanción penal únicamente a las personas diversas psicosocialmente, hecho que en sí mismo ya implicaría un “sesgo” legal, o, en las palabras de Ferrajoli, un modelo de jerarquización de las diferencias. A este desequilibrio provocado por el mencionado “sesgo” se califica jurídicamente como discriminación, toda vez que produce un tratamiento menos favorable del sujeto por el sistema jurídico en virtud de una característica personal no electiva. Así, se sigue

reproduciendo para los “anormales” una sanción penal de defensa social de los peligrosos, tal como en el Derecho penal de autor.

En cuanto al principio de intervención mínima, resulta evidente el hecho de que este produce un sin número de limitaciones al *ius puniendi*, entre las cuales subrayamos los principios de necesidad y proporcionalidad. La búsqueda por la intervención que implique un mayor beneficio social con el menor costo (social, económico y personal) debe nortear el derecho penal, tanto en la ponderación de las opciones de criminalización primaria como en la secundaria y terciaria. Esto implica no solamente que el derecho penal no podrá ser la primera opción del legislador, sino que la medida electa debe ser necesaria e idónea a los fines preventivos. Entendiendo que, en el caso de los inimputables por anomalía o alteración psíquica el efecto de la prevención general es escaso o no esperado, resta buscar la forma de intervención que resulte idónea al fin preventivo especial positivo que explicita la misma Constitución a través de otro principio: el de resocialización.

Con todo, resulta evidente que la previsión legal de la peligrosidad penal y de la medida de seguridad de internación psiquiátrica atienden solamente, y de forma muy limitada, al principio de proporcionalidad en sentido estricto. En efecto, aunque abstractamente el legislador ha previsto mecanismos de proporcionalidad con la pena prevista al delito y un límite máximo a la medida de seguridad, estos institutos jurídicos no atienden a los criterios de evaluación de la proporcionalidad en sentido amplio. Por consiguiente, vale resaltar que la utilización de la medida de seguridad de internación psiquiátrica, como se comprobará en el próximo capítulo, no se constituye en medio idóneo a la resocialización y, peor, en medio ineludible a estos fines, no siendo legítimo el sacrificio de los derechos del ciudadano inimputable.

En consecuencia, este trato diferente y discriminatorio afecta tanto el principio de humanidad de las penas como el principio de resocialización, a partir de su íntima vinculación con el principio de dignidad. A este análisis se suma el hecho de que los mecanismos internacionales de derechos humanos y de salud mental no solamente no reconocen la idoneidad terapéutica de la internación psiquiátrica, como ratificaron, incontables veces, que este es un mecanismo que frecuentemente produce tortura, y tratos inhumanos y degradantes.

En el mismo sentido, la previsión de estimación de la peligrosidad de las personas diversas psicosocialmente implica una asimetría en el acceso a la justicia que tiende a afectar el principio de presunción de inocencia a través de la flexibilización de los estándares probatorios, sobre todo en la ponderación de excluyentes. Dicho de otra manera, una vez confirmada la inimputabilidad, la presunción de inocencia es contrarrestada por la presunción de la peligrosidad de la persona con trastorno mental, generando otro factor de desequilibrio. Como se pudo apreciar, el juez debe, entonces, ratificar este primer juicio, lo que se materializa a través de un pronóstico que posee altos niveles de falsos positivos, cerrando el proceso. Así, la peligrosidad y su consecuencia jurídica, al constituirse en un parámetro de etiquetamiento con el fin de producir su tratamiento por el Estado de acuerdo a un estándar más bajo de derechos en el sistema penal, genera una violación al principio de igualdad y no discriminación y a la dignidad de la persona. En este escenario, la desigualdad es, al mismo tiempo, causa y efecto de la discriminación; un factor estructural y, a la vez, estructurante del acceso a la justicia.

En este sentido, entendemos que la persistencia de la peligrosidad y de la medida de seguridad en los sistemas penales modernos refleja que el Derecho penal tiene claramente dos medidas: los iguales tienen acceso a los derechos y garantías del sistema jurídico nacional e internacional, mientras que los diferentes (o enemigos), los que tienen trastornos mentales, son vistos *a priori* como peligrosos, como amenazas –no como seres humanos–, y, consecuentemente, son vistos y tratados por el derecho de la misma forma determinista de siglos atrás. Es así que, en la siguiente parte de este trabajo, se expondrá sobre los estándares internacionales de tratamiento de salud mental, partiendo de los modelos jurídicos de concepción y tratamiento de la discapacidad, para comprender esta temática desde el sistema universal y el sistema europeo de derechos humanos, además del sistema sanitario español.

**TERCERA PARTE: DERECHOS HUMANOS DE LOS INIMPUTABLES POR
ANOMALÍA O ALTERACIÓN PSÍQUICA**

**CAPÍTULO QUINTO: ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS
HUMANOS DE LAS PERSONAS CON TRASTORNO MENTAL**

Posterior a haber recorrido la trayectoria histórica de construcción y afirmación de la peligrosidad criminal y su asociación a la idea de locura, desde la naciente psiquiatría forense del siglo XIX en su encuentro con la Escuela Positivista del Derecho penal, se pudo observar como a partir de este momento, y hasta la actualidad, el ordenamiento jurídico penal sigue repitiendo este mismo padrón. A continuación, se identificó la escasa construcción jurídico penal sobre la peligrosidad criminal post delictual, en el intento de comprender la racionalidad por tras de este instituto, así como de los distintos métodos utilizados en la justicia penal para el pronóstico de reincidencia, en contraste con los principios penales. Así las cosas, vale recordar que el objetivo mayor de esta investigación es cuestionar el concepto de peligrosidad penal como supuesto de las medidas de seguridad, a partir de su deconstrucción desde la historia y el Derecho Penal con el fin de evidenciar su incompatibilidad con las garantías jurídico-penales y los derechos humanos de los inimputables.

En este contexto, insistimos en la mirada integral e interdisciplinaria del presente problema de investigación, a la cual se suma el reconocimiento de que los sistemas jurídicos de los Estados de derecho modernos están sometidos al marco internacional de protección de derechos humanos, del cual el Derecho penal no está deslindado. Concretamente, entendemos que no se puede concluir este trabajo sin evaluar el estándar internacional de los derechos humanos de las personas con trastorno mental, una vez que ninguna solución jurídica al problema que plantea la peligrosidad de los inimputables por anomalía o alteración psíquica puede estar a su margen.

De esta forma, comenzamos por estudiar los distintos modelos de concepción de la discapacidad, a partir de los cuales, desde los tiempos más remotos, surgieron y se legitimaron distintas consecuencias jurídicas para estas personas para ubicar y comprender el modelo actualmente vigente, de barreras sociales, en contraste con sus predecesores, una vez que mucho de ellos sigue presente tanto en el sistema jurídico como en la sociedad. Posteriormente, el capítulo realizará una descripción de los estándares de derechos humanos de las personas con discapacidad, categoría a la cual las personas con trastorno mental pertenecen según los sistemas internacionales de protección que impactan el ordenamiento jurídico español, o sea, los sistemas universal y europeo. Finalmente, se analizarán los estándares de tratamiento de salud mental tanto en el ámbito internacional como en España.

I. MODELOS DE CONCEPCIÓN DE LA DISCAPACIDAD

Así como ocurrió con la locura, su tratamiento y las consecuencias jurídicas relacionados, la comprensión de la discapacidad y la respuesta social a los acometidos por ella han cambiado extraordinariamente en la historia. Asimismo, existen registros en todas las sociedades humanas de la presencia de personas con discapacidades desde la pre historia hasta la actualidad, como plantea AGUADO DÍAZ⁶⁷⁶. No raras veces estas personas fueron entendidas como prescindibles a la sociedad, culminando en la institucionalización de prácticas como el infanticidio; en cuanto en otras veces fueron marginadas y destinadas a la mendicidad; y hasta fueron entendidas como poseídas por el demonio, en cuyo caso, el destino era la muerte en la hoguera. En tiempos más recientes, no siendo más lícitas las posibilidades anteriores de eliminación de los que presentaban discapacidades, éstos pasaron a gozar el derecho a la vida en cierta medida. Sin embargo, esta fue (y todavía lo es en muchos lugares) una vida de ciudadanos de segunda clase, llenos de limitaciones y barreras, aún marginados socialmente, muchas veces ocultados por las propias familias, incapaces para el derecho, destinados a tener una vida improductiva y de aislamiento.

En todas estas versiones de concepción de la discapacidad, entre las cuales se encuentran las personas con discapacidad psicosocial o intelectual, como nombran los documentos de derechos humanos, subyacen modelos históricos de comprensión de las discapacidades. En definitiva, entendemos que aclarar previamente las distintas nociones de discapacidad es imprescindible para comprender críticamente las diversas consecuencias jurídicas que se le atribuí, y establecer una reflexión sobre la forma que se ven (y se tratan) a las personas que no tienen las mismas capacidades físicas y mentales que la mayoría. Así las cosas, se pasa a analizar brevemente en las siguientes páginas, con base en las obras de AGUADO DÍAZ⁶⁷⁷ y PALACIOS RIZZO⁶⁷⁸, autores de obras de referencia sobre el tema, en

⁶⁷⁶ AGUADO DÍAZ, A. L. Historia de las Deficiencias. Madrid: Escuela Libre Editorial, 1995, pág. 10.

⁶⁷⁷ Catedrático de E. U. de Psicobiopatología de las Deficiencias Universidad de Oviedo.

⁶⁷⁸ Coordinadora de la Sección Discapacidad sobre Igualdad y No Discriminación de la Cátedra “Norberto Bobbio”, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid. Derechos humanos de las personas con discapacidad: la Convención Internacional de las Naciones Unidas. Agustina Palacios Rizzo, Francisco José Bariffi, Miguel A. Cabra. Luna Editorial Universitaria Ramón Areces; La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Agustina Palacios Rizzo, Francisco José Bariffi Madrid: Cinca, 2007.

las cuales se reconoce la existencia de tres grandes grupos de “modelos de discapacidad”: el modelo de prescindencia, el modelo de rehabilitación y el modelo social.

1. Modelo de Prescindencia

El modelo de prescindencia se caracteriza por una comprensión religiosa de las discapacidades, sea como un castigo de los dioses o un pronóstico de que alguna catástrofe se aproxima. En todo caso, la consecuencia es el entendimiento de que la persona con discapacidad no aporta a la sociedad y, de tal forma, es prescindible. Este modelo tiene su versión más radical en el submodelo eugenésico, en el cual, sea por temor o por la creencia de la innecesidad, la solución adoptada fue la muerte. De otra parte, una versión menos extremista, pero que, de igual forma, entendió que la sociedad debería prescindir de tal “carga”, planteaba otra solución: la exclusión social, que generó el submodelo de marginación, según refieren PALACIOS RIZZO y RODRÍGUEZ VÁSQUEZ ⁶⁷⁹.

En efecto, ARISTÓTELES defendió que la respuesta social ante la discapacidad debería ser la de que “debe ordenarse que no se crie a ningún defectuoso”⁶⁸⁰, lo que indicaba el infanticidio como práctica común para niños que nacieran con alguna discapacidad congénita. En este contexto, la persona con discapacidad fue vista como una vida que no vale la pena ser vivida, no siendo una vida digna, sino una carga que la comunidad no debería soportar. Además, al significar el niño discapacitado un castigo de los dioses, se convertía en una vergüenza de la familia ante la sociedad y un riesgo para la comunidad en general como premonición catastrófica. Súmese a esto el hecho de que los niños eran considerados como propiedad y, por lo tanto, no tenían derechos, y el resultado es que tanto en Atenas como en Esparta el infanticidio fue una práctica eugenésica común, como enuncia PALACIOS RIZZO⁶⁸¹.

De igual forma, expone la mencionada autora que en Roma la discapacidad congénita era entendida también como castigo de los dioses y los niños que nacían con esta condición no eran más que “*monstruos deformes* que ni siquiera llegaban a ostentar la calidad de seres

El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Agustina Palacios Rizzo. Madrid: Cinca, 2008.

⁶⁷⁹ PALACIOS RIZZO, A. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad*. Madrid: CERMI, 2008, pág. 30; RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, J. op. cit. (Peligrosidad e Internación en Derecho Penal), 2015, págs. 83-84.

⁶⁸⁰ ARISTÓTELES, *La Política*, Madrid: Ediciones Nuestra Raza, 2010, pág. 34.

⁶⁸¹ PALACIOS RIZZO, A. op. cit. (El modelo social de discapacidad), 2008, pág. 42.

humanos”⁶⁸². Así, en estas dos culturas, la unión entre las distintas concepciones religiosas y un modelo de ser humano basado en su utilidad social con fines laborales o estrictamente militares o, por otro lado, nutrido por de un ideal de belleza y perfección física, culminaron con la adopción de medidas eugenésicas como solución.

Posteriormente, bajo concepciones religiosas muy cercanas, el submodelo de marginación característico de la alta edad media implicó el abandono por parte de las familias y la mendicidad como única posibilidad de supervivencia en las comunidades. En este contexto, PALACIOS RIZZO recuerda que el lugar social del pobre fue de especial importancia en la sociedad medieval, una vez que “la carencia de bienes o de salud eran consideradas como una ley natural. El pobre, entonces, era una pieza elemental en el orden natural, conforme al cual debían encontrarse constituidas las sociedades humanas”⁶⁸³. Así, como designo de la ley divina, la persona con discapacidad era el medio por el cual los ricos podían testimoniar la caridad, sirviendo también como importante medio de control y contención social.

Enseguida y, de forma muy distinta, la baja edad media trajo el advenimiento de las pestes, que ocasionó el pánico que acabó por vincular la pobreza al contagio, hecho que, aliado a la inseguridad generada por las invasiones y guerras, llevó un giro inicialmente a la profundización de la marginación y después a la efectiva exclusión de las personas con discapacidad. No obstante, PALACIOS RIZZO sostiene que fue la inquisición y el crecimiento de la tradición demonológica que llevó a la muerte de un sin número de personas en estas condiciones, una vez que “(...) las personas con discapacidad —más específicamente las personas con discapacidades psíquicas— dejaron de ser *inocentes del Señor* para pasar a ser fruto del pecado y del demonio”⁶⁸⁴.

Así, en el modelo de prescindencia las diversas interpretaciones religiosas significaron, sea por un trato misericordioso y caritativo, sea por miedo o rechazo, el mismo resultado: la marginación. Esta, en algunos contextos implicó directamente la muerte de estas personas y en otros una especie de tolerancia piadosa que mantenía a las personas con discapacidad en un lugar de sumisión en el cual no había más opción que mendigar su sobrevivencia.

⁶⁸² PALACIOS RIZZO, A. op. cit. (El modelo social de discapacidad), 2008, pág. 40.

⁶⁸³ PALACIOS RIZZO, A. op. cit. (El modelo social de discapacidad), 2008, pág. 58.

⁶⁸⁴ PALACIOS RIZZO, A. op. cit. (El modelo social de discapacidad), 2008, pág. 65.

Específicamente en lo que toca a las personas con trastornos mentales, AGUADO DÍAZ identifica todo lo ocurrido antes de la reforma como pre historia de la salud mental⁶⁸⁵. El autor identifica “tres revoluciones en salud mental” con hitos que guían el estudio de la historia de todas las deficiencias. Sobre la edad media, entonces, el autor recuerda como toda la cultura de la época se vio contaminada por lo que él llama de “fe deformada” de modo a influenciar los criterios médicos sobre las enfermedades mentales⁶⁸⁶. De esta forma, el mencionado autor evalúa que la creencia en el diablo significó la interpretación de que las enfermedades en general eran pruebas o castigos divinos, y, en este escenario, las enfermedades mentales “se presentaban con caracteres tan extraordinarios y fantásticos para el pueblo atemorizado por esa superstición, se le asignaba el significado de una influencia diabólica”⁶⁸⁷.

En lo que toca a las personas con trastorno mental, de manera coherente con esa concepción histórica se mantuvo en este periodo la hegemonía del fundamento religioso de comprensión de la locura, como se observó en la primera parte de este trabajo. En efecto, de la misma forma como ocurrió con las otras formas de discapacidad, entre los siglos XV y XVI gradualmente fueron retomadas las ideas predominantes desde la Antigüedad clásica, con algunas variaciones referentes a las doctrinas cristianas. La causa de la locura fue entendida, entonces, como una obra directa del demonio o indirecta a través de la brujería o hechicería, que se apodera de la parte física de la persona, instalándose en su cerebro, puesto que el alma estaría reservada para Dios⁶⁸⁸. Como consecuencia de este persistente proceso de demonización, surgieron los procedimientos de exorcismo, pues existía la creencia de que la locura era posesión demoníaca, y esta era sinónimo de castigo divino, como relata PESSOTI “la pérdida de razón o descontrol emocional tienen una marca de condenación y culpa”⁶⁸⁹.

El modelo de prescindencia, en sus diversas versiones, fue preponderante hasta que la evolución de la ciencia le sobrepuso una concepción biomédica que abrió posibilidades a muchos tipos de discapacidad y multiplicó las formas de control sobre las personas con trastorno mental.

⁶⁸⁵ AGUADO DÍAZ, A.L. op. cit. (Historia de las Deficiencias), 1995, págs. 22-23.

⁶⁸⁶ AGUADO DÍAZ, A.L. op. cit. (Historia de las Deficiencias), 1995, pág. 284.

⁶⁸⁷ AGUADO DÍAZ, A.L. op. cit. (Historia de las Deficiencias), 1995, pág. 60.

⁶⁸⁸ MONTEIRO SANTANA, V., op. cit. (Enfermedad mental, crimen y dignidad humana), 2015, pág. 14.

⁶⁸⁹ PESSOTI, I. op. cit. (A Locura e as Épocas), 1997, pág. 206.

2. Modelo de Rehabilitación

El modelo rehabilitador, también nombrado modelo médico o científico, significó la superación del anterior modelo de bases religiosas, acercándose a las discapacidades a partir de la dicotomía salud-enfermedad, lo que implicó la construcción de otras ideas dicotómicas como la de normalidad-anormalidad. En este escenario, las personas con discapacidad ya no fueron entendidas como prescindibles, tal como en el modelo anterior, sino se entendió que ellas pueden aportar a la comunidad, una vez rehabilitadas como lo afirma PALACIOS RIZZO⁶⁹⁰. La rehabilitación pasa a ser la condición de normalización para la inserción social de los diferentes, y este trato implicó la sucesiva institucionalización de las personas discapacitadas en general, con especial énfasis en los enfermos mentales.

Según destaca AGUADO DÍAZ, las raíces de este modelo rehabilitador están en el proceso de laicización del individuo promovido a partir del humanismo característico del renacimiento. En esta época, el autor enfatiza la creación de dos hitos: las primeras instituciones manicomiales y la intervención realizada por Ponce de León para enseñar a hablar a un sordo-mudo como practica pionera de rehabilitación⁶⁹¹. Sin embargo, fue solamente algunos siglos después, con la primera guerra mundial, que se organizó una especie de institucionalidad para el tratamiento de las discapacidades (los “mutilados de guerra”) que, para PALACIOS RIZZO, es el gran hito del modelo rehabilitador. En este sentido, reflexiona la autora que “(...) a esta característica, debe sumársele la opinión y los sentimientos de las personas hacia la misma guerra y hacia los heridos. Todo ello era una catástrofe: un evento terrible, abrupto. Sin embargo, se comienza a advertir que las catástrofes podían ser objeto de reparación, por lo que se tenía una deuda con aquellos soldados, maridos y padres de familia —las heridas podían ser cicatrizadas”⁶⁹².

En este contexto, la primera consecuencia del cambio paradigmático de la comprensión de la discapacidad de lo divino para lo orgánico o biológico es que, aliado al avance progresivo de la medicina, se percibe que se trata de una condición sobre la cual se puede actuar y cambiar. Así, no se tratando más de una disposición divina, y si de una enfermedad, esta podrá ser tratada. Como principales herramientas de intervención aparecen la institucionalización y la

⁶⁹⁰ PALACIOS RIZZO, A. op. cit. (El modelo social de discapacidad), 2008, pág. 87.

⁶⁹¹ AGUADO DÍAZ, A.L. op. cit. (Historia de las Deficiencias), 1995, pág. 268.

⁶⁹² PALACIOS RIZZO, A. op. cit. (El modelo social de discapacidad), 2008, pág. 69.

educación especial, símbolo de la superación de la prescindencia por el paternalismo, direccionada exclusivamente hacia la persona con discapacidad y su “minusvalía”, en una actitud que recuerda el modelo de marginación caritativo de la alta edad media. En esta ocasión, el tratamiento paternalista no generó mendicidad como anteriormente, aunque no se puede dejar de notar que la institucionalización prolongada produjo el mismo efecto que el modelo anterior: la exclusión social. En esta oportunidad, esta fue concretada con la colaboración “científica” de la medicina, especialmente de la psiquiatría.

El enfoque de este modelo está en “la persona y su ‘deficiencia’, caracterizada como una anomalía patológica que impide a la persona realizar actividades que se consideran ‘normales’” como expresa PALACIOS RIZZO⁶⁹³. Así, la centralidad está en las limitaciones que padece la persona “deficiente” o enferma, y esta se refleja en la obsesión por su normalización o cura. Ocurre que, así como pasa con los trastornos mentales graves, muchas de las discapacidades físicas son condiciones crónicas y, consecuentemente, siguen sin posibilidad de cura. Esto implicó que el proceso de normalización jamás pueda ser concluido satisfactoriamente tanto para personas acometidas por esquizofrenia, por ejemplo, como para los que padecen ceguera, sordomudez o tetraplejía. Así, para los “recuperables”, el modelo rehabilitador significó en la práctica la adopción de medidas de asistencia social pública, como formas de trabajo protegido como las cuotas o la estabilidad laboral, educación especial, acceso progresivo a los muchos avances médicos propiciados por las tecnologías; para las personas con trastorno mental, el inicio del modelo biomédico implicó la lobotomía, el electrochoque y sedación como nuevos medios de sumisión, aislamiento y control basado en la mejor “ciencia”.

En este particular, merece destaque el tratamiento dado a los niños con discapacidad, mediante la educación especial o la institucionalización médica o psiquiátrica, una vez que su condición de niños siquiera fue tomada en cuenta, como observa PALACIOS RIZZO “desde una perspectiva médica, poco importa, a menos que se trate de una diversidad funcional asociada a la edad, que la persona objeto del tratamiento sea un adulto, un mayor, o un niño. Ello explica la falta de respuestas de este modelo a aspectos tan esenciales para el desarrollo de la niñez como el ocio, el juego, el aprendizaje, la vida en familia, etc.”⁶⁹⁴.

⁶⁹³ PALACIOS RIZZO, A. op. cit. (El modelo social de discapacidad), 2008, pág. 81.

⁶⁹⁴ PALACIOS RIZZO, A. op. cit. (El modelo social de discapacidad), 2008, pág. 82.

Así, de la misma forma que ocurre en la internación psiquiátrica, la institucionalización prolongada de los niños y niñas con discapacidad, con la finalidad de “rehabilitar”, al invisibilizar las necesidades de afecto y relaciones sociales estables, les impidió vivir bajo condiciones dignas mínimas y produjo en ambos casos “un tratamiento degradate y una forma de exclusión (...) en todos los ámbitos de la vida en sociedad”, conforme PALACIOS RIZZO⁶⁹⁵. Desde este punto, es posible comprender que el tratamiento paternalista típico del modelo rehabilitador, al partir de un énfasis en las limitaciones del individuo – y no en las posibilidades, promueve en la persona una bajísima autoestima y en la sociedad una subestimación generalizada de estas personas, como un perfecto ensamblaje de ideas que sostiene la discriminación y la exclusión de las personas con discapacidad hasta la actualidad.

De esta forma, no obstante el forzoso reconocimiento de los muchos avances que se realizaron a partir del modelo de rehabilitación, desde el punto de vista jurídico las personas con discapacidad siguieron siendo tratadas como incapaces y necesitadas de ser tuteladas. Tanto el Derecho civil como el Derecho penal reflejaron en la mayor parte del siglo XX esta concepción de persona con discapacidad como sinónimo de persona incapaz e inimputable, dependiente y desproveída de autonomía. En la práctica, el paradigma de la discapacidad como consecuencia del pecado, situación cuya competencia de intervención era realizada por el cura sobre el pecador, migró al paradigma de la discapacidad como enfermedad, de competencia exclusiva del médico, que decide no solamente sobre el tratamiento a ser ministrado, pero también sobre la autonomía, la voluntad y los derechos del paciente, como advierten AGUADO DÍAZ y PALACIOS RIZZO⁶⁹⁶. Así, estaba justificado el internamiento involuntario, que implicó en muchos casos el aislamiento y la ausencia de control sobre sus propias vidas, siendo sujetos de esterilización forzada y hasta experimentos clínicos en algunos casos extremos. La institucionalización por el simple hecho de poseer una discapacidad física o mental ocurrió, entonces de forma masiva y científicamente justificada, como lo describe PALACIOS RIZZO: “(...) una gran cantidad de personas con discapacidad fueron encerradas en instituciones, alegándose que era una medida idónea a los efectos de la asistencia y la rehabilitación, que

⁶⁹⁵ *Ibidem*.

⁶⁹⁶ AGUADO DÍAZ, A. L. op. cit. (Historia de las Deficiencias), 1995, pág. 257; PALACIOS RIZZO, A. op. cit. (El modelo social de discapacidad), 2008, pág. 88.

debía ser adoptada por su propio bien, y con el fin de que no continuaran siendo una carga para la sociedad”⁶⁹⁷.

Concretamente, en lo que toca a las personas con trastornos mentales, fueron permitidas prácticas como la lobotomía, el uso de cadenas, las sangrías, la terapia de inducción al vómito, el ahogamiento, la esterilización masculina y la amputación del clítoris a las mujeres, como formas de *tratamiento médico* practicado sistemáticamente, solamente para mencionar algunos ejemplos. Por otro lado, vale recordar que, si en la primera guerra mundial se destaca el comienzo de una mejor forma a las personas con discapacidad, en la segunda guerra, 300.000 enfermos mentales fueron exterminados en el programa público de limpieza de la raza aria⁶⁹⁸. Así, evidencia PALACIOS RIZZO que “en el lado alemán, la experiencia nazi practicó asesinatos de la forma más brutal e indiscriminada con la pretensión de garantizar la mejora de la raza. En aplicación de las políticas más aberrantemente representativas del modelo de prescindencia, los campos de concentración y las cámaras de gas se convirtieron en el destino de miles de personas aquejadas de trastornos y diversidades funcionales, considerados todos ellos improductivos y peligrosos”⁶⁹⁹.

Del otro lado del Atlántico, en los Estados Unidos de América, se acentuó el hecho de que las personas con discapacidad intelectual fueron convocadas a participar activamente en el frente de guerra, para posteriormente ser aisladas otra vez, como lo hace notar PALACIOS RIZZO⁷⁰⁰. De otra parte, finalizado el conflicto, prácticas de “higiene social” fueron desarrolladas por la moderna ciencia americana, que incluso logró aprobar en los años 60, leyes como la esterilización compulsoria de los enfermos mentales. Así, DE SOUSA recuerda que los americanos “(...) creían que la legislación eugénica liberaría al Estado del gasto de millones de dólares con enfermos que llenaban las instituciones públicas y protegería al país contra la reproducción de la masa de indeseables que ensuciaban la sangre y la moral de la nación blanca y civilizada”⁷⁰¹. En este sentido, STERN refiere en California a las políticas para impedir que

⁶⁹⁷ PALACIOS RIZZO, A. op. cit. (El modelo social de discapacidad), 2008, pág. 92.

⁶⁹⁸ MONTEIRO SANTANA, V., op. cit. (Enfermedad mental, crimen y dignidad humana), 2015, pág. 30.

⁶⁹⁹ PALACIOS RIZZO, A. op. cit. (El modelo social de discapacidad), 2008, pág. 70.

⁷⁰⁰ PALACIOS RIZZO, A. op. cit. (El modelo social de discapacidad), 2008, págs. 68-69.

⁷⁰¹ DE SOUSA, V.S. «Limites e fronteiras da eugenia no Oeste dos Estados Unidos.» *Historia. Ciências, Saúde - Manguinhos*, 2007, pág. 365.

los migrantes mexicanos produzcan continuamente descendentes “eugénicamente inferiores”⁷⁰².

A juicio de RIQUELME SALDIVIA llama la atención en esta época que, incluso en documentos pioneros en defensa de la inclusión social y los derechos de las personas con discapacidad, como la Carta Social Europea (CSE), en sus dos versiones, de 1961 y de 1996, mantuvo la referencia peyorativa a las personas con discapacidad al utilizar los términos “inválido”, “disminuido” y “minusválido”⁷⁰³. Esta terminología, pensada como “neutral”, no solamente no lo es, como claramente no expresa protección sino jerarquización, inferioridad y discriminación hacia las personas que padecen discapacidades. Así, la terminología que destaca la deficiencia por sobre la condición de persona posee una ideología característica del modelo rehabilitador que llega a ser irrespetuosa y genera discriminación. Como advierte el referido autor, “al sustantivar las situaciones adjetivas de la persona, se termina por identificar a la persona con su adjetivo. Se olvida el sustantivo (persona) y se contempla sólo su condición de discapacitado”⁷⁰⁴.

Es así que, como se analizó anteriormente, a partir de los años 60 del siglo pasado surgen movimientos de pacientes, familiares, periodistas, e incluso algunos psiquiatras, como FRANCO BASAGLIA en Italia, denunciando el fracaso de la institucionalización como tratamiento adecuado para la inserción social, además de los malos tratos, trabajos forzados y castigos físicos a que eran sometidos los pacientes como forma de “tratamiento”. Al lado del ya mencionado movimiento de antipsiquiatría surgen muchos otros, con destaque para el Movimiento de Vida Independiente, iniciado por Ed Roberts en Estados Unidos en la misma década (60) y que logró inserir a las personas con discapacidad en la lucha por los derechos civiles de aquel país, como indica GARCÍA ALONSO. Actualmente, el Movimiento de Vida Independiente se realiza en nivel mundial y posee experiencias exitosas en distintos países, como destaca el mismo autor ⁷⁰⁵. Este es el hito que marca el paso al siguiente modelo de comprensión de la discapacidad, el modelo social, que enseguida se analizará.

⁷⁰² STERN, A. M. *Eugenic nation: faults and frontier of better breeding in modern America*. California: University of California Press, 2005, pág. 112.

⁷⁰³ RIQUELME SALDIVIA, K.S. «Igualdad y Personas con Discapacidad: retos para la protección efectiva a nivel internacional.» *Cuestiones de Interés Jurídico, IDIBE*, 2018, pág. 3.

⁷⁰⁴ RIQUELME SALDIVIA, K.S. op. cit., (Igualdad y Personas con Discapacidad), 2018, pág. 3.

⁷⁰⁵ GARCÍA ALONSO, J.V. *E movimiento de Vida Independiente: experiencias internacionales*. Madrid: Fundación Luis Vives, 2003, págs. 39-54.

En la mirada de AGUADO DÍAZ, estos serían los inicios de la segunda revolución en salud mental, que iría, en una concepción muchísimo amplia, desde PINEL hasta la vuelta de la concepción biológico determinista en el post guerra⁷⁰⁶. En efecto, vale recordar que las propuestas de PINEL, continuadas por Jean-Étienne ESQUIROL, representaron en su tiempo un gran avance, pero no se puede dejar de estar de acuerdo con la crítica de MICHAEL FOUCAULT, para quien las consecuencias del modelo de PINEL fueron tres: “a) Se permite que la libertad del loco actúe, pero en un espacio cerrado y rígido; b) Si hay la liberación de las consecuencias de la práctica del delito, por otro lado, el loco es mirado como preso en un determinismo de los mecanismos que sobre él actúan, tornándolo irresponsable. Su irresponsabilidad es algo de la competencia médica. El loco vive la inocencia del delito, en una situación de no libertad; c) Las corrientes que impiden el ejercicio de la libre voluntad del loco son abiertas. Todavía, la voluntad de este es sustituida por la del médico”⁷⁰⁷.

Con todo, si hay un hilo común en la diversidad de concepciones de la locura y de las estrategias de intervenciones médicas en este periodo tan extenso, este es el manicomio. En efecto, entre el alienismo de PINEL, la monomanía homicida de ESQUIROL, la degeneración de MOREL, el psicoanálisis de Freud, el Behaviorismo de Skinner y la lobotomía digna del Nobel de Medicina de Egas, se constata que, a pesar de su evidente heterogeneidad, la institucionalización de las personas que padecen trastorno mental seguía como el tratamiento patrón inescapable. Y esto en perfecta armonía con los cánones normalizadores del modelo rehabilitador, que encontró en la locura un desafío titánico y, al parecer, una barrera transponible, ya que la locura no se deja adiestrar fácilmente.

En efecto, PALACIOS RIZZO afirma que los altos índices de institucionalización de larga duración y los malos tratos a que eran cotidianamente sometidos los pacientes como parte del “tratamiento”, llevaron a que “dichas instituciones se convirtieron en lugares vergonzosos y escandalosos”⁷⁰⁸. Finalmente, a partir de los años 60 estas instituciones fueron denunciadas y el movimiento de antipsiquiatría inauguró, para las personas con trastorno mental, un nuevo tiempo o una nueva “revolución”. En este particular, a pesar de haber tenido en la práctica

⁷⁰⁶ AGUADO DÍAZ, A.L. op. cit. (Historia de las Deficiencias), 1995, págs. 139 y siguientes.

⁷⁰⁷ FOUCAULT, M. op. cit. (Historia de la Locura), 1995, pág. 507.

⁷⁰⁸ PALACIOS RIZZO, A. op. cit. (El modelo social de discapacidad), 2008, pág. 95.

mucho menos éxito en términos de cambios jurídicos y de la práctica médica, sin duda representa mucho para el reconocimiento de la dignidad de estas personas.

3. Modelo Social o de Barreras Sociales

Nacido como fruto de un movimiento reivindicativo de las propias personas con discapacidad, el Modelo Social reclama dignidad y autonomía en la toma de decisiones. Al afirmar que las discapacidades están presentes en todas las sociedades, y acometen de forma permanente o transitoria un sin número de personas en el curso de la vida humana, se sostiene que el principal problema no es la diversidad funcional en sí misma, sino las limitaciones físicas y culturales que la sociedad impone a estas personas. Así, el paradigma de comprensión de la discapacidad que había estado centrado originalmente en lo divino, y después en lo orgánico, migra a lo social, rompiendo con la identificación entre discapacidad y enfermedad.

En este sentido, si todos los seres humanos son dignos, todos deben ser incluidos y aceptados, todas las diferencias deben ser tomadas en cuenta para la organización social. Por consiguiente, el modelo social cambia la mirada desde la persona con discapacidad para el contexto social, una vez que entiende que el origen del problema está en la sociedad y no en la persona. Consecuentemente, las soluciones deben ser sociales y no individuales.

El modelo social aporta a la reflexión sobre todas las diferencias presentes en la sociedad y reclama que todos deben poder participar y tener su espacio de respeto y autonomía. De tal forma, la inclusión debe ser precedida de aceptación de la diversidad, por este motivo deben enfatizar las posibilidades y fortalezas de todos para aportar socialmente, y no sus debilidades. Como consecuencia, se reclama por respuestas sociales que se encaminen a la igualdad de oportunidades – no caridad, y a una educación inclusiva, que sea un medio de aprendizaje de convivencia y no de exclusión.

Uno de los puntos centrales del pleito del Movimiento de Vida Independiente (MVI) es la participación en la toma de decisiones sobre los temas que les atañen, una vez que entiende que ni los médicos ni la familia sabe mejor lo que necesita una persona (con discapacidad o no), que ella misma: “nada sobre nosotros, sin nosotros”. Esta retomada del protagonismo sobre sus vidas se reflejó en el protagonismo político alcanzado por el movimiento. De otra parte,

PALACIOS RIZZO plantea que su propuesta de redefinición de independencia “(...) la independencia de una persona con discapacidad era evaluada sobre la base de cuán lejos podía caminar después de una enfermedad o cuánto podía doblar las piernas luego de un accidente. Pero Roberts redefinió el concepto de independencia como el control que una persona tiene sobre su propia vida. La independencia debía ser medida —no en relación con cuántas tareas pueden ser realizadas sin asistencia—, sino en relación con la calidad de vida que se podía lograr con asistencia”⁷⁰⁹.

En concreto, el movimiento establece sus bases y principios: independencia, autosuficiencia y transversalidad. Al efecto, según el modelo social de discapacidad, adoptado ampliamente por los sistemas internacionales de protección de derechos humanos como se apreciará en los siguientes acápites, la sociedad debería adaptarse para que todos puedan ser parte de ella, propiciando a las personas que sufren distintos tipos de discapacidad, la estructura para una vida independiente en la comunidad.

Consecuentemente, se plantea una distinción entre deficiencia y discapacidad, en la cual la primera es la condición física o mental que afecta a alguien, y la segunda consiste en las distintas trabas y limitaciones sociales que enfrenta la persona con dicha deficiencia. Así, en cuanto la deficiencia, concebida como una diversidad funcional, sería entendida de naturaleza orgánica o psíquica, la discapacidad tendría naturaleza política y social. En este sentido, la discapacidad no es un problema particular que el individuo y su familia deben gestionar, más un problema mucho más amplio que involucra toda la sociedad y el Estado.

De esta forma, y, partiendo del presupuesto de que la idea de normalidad es una ficción, el movimiento defiende que la sociedad debe aprender a convivir con la realidad concreta de las diferencias. El movimiento por los derechos de las personas con discapacidad fue extremadamente importante para la construcción del concepto de igualdad material o, como ya mencionado, lo que nombró Ferrajoli, *el modelo de igual valoración jurídica de las diferencias*.

De hecho, como se puede recordar, el derecho de igualdad sufrió el mismo proceso que los demás derechos desde la segunda mitad del siglo XX: la no efectividad de las normas universalistas del inicio de la internacionalización de los derechos humanos en la posguerra promovió un proceso continuo de especialización de los sujetos protegidos, personas o grupos

⁷⁰⁹ PALACIOS RIZZO, A. op. cit. (El modelo social de discapacidad), 2008, pág. 113.

considerados en particular situación de vulnerabilidad⁷¹⁰. Las especificidades o diferencias de estos sujetos, por lo tanto, no fueron utilizados como forma de discriminación, sino de protección.

En este contexto, el modelo social de comprensión de la discapacidad entiende que la diversidad funcional es una de tantas diferencias que presentan los seres humanos, y que el principio de igualdad debe interpretarse de forma amplia e inclusiva si quiere ser coherente con la dignidad humana. Para que efectivamente todos los hombres nazcan libres e iguales en dignidad y derechos, es imperativo el reconocimiento de las diferencias, como define PALACIOS RIZZO, sin terminologías sectarias como el concepto de normalidad que califica la diferencia “como contraria a la normalidad y considerada como deficiente. Las características físicas, psíquicas, mentales o intelectuales no son consideradas *correctas ni admirables*, y entonces las personas con discapacidad *no pertenecen* al ámbito de lo normal”⁷¹¹. Esta antigua forma de división social jerarquizadora de las diferencias tradicionalmente afecta a las personas con discapacidad y, más profundamente, a las que padecen trastornos mentales.

Concretamente, DE ASÍS ROIG define que las principales características del modelo social pueden ser así resumidas: “(...) i. la asunción del enfoque de derechos humanos como marco normativo para abordar la discapacidad; ii. la definición de la discapacidad como una situación en la que se encuentran algunas personas y no como un rasgo individual; iii. la visión de que la discapacidad tiene, usualmente, sus orígenes en la sociedad y no en el propio individuo, por lo que las medidas que busquen satisfacer los derechos humanos de las personas con discapacidad deben estar dirigidas prioritariamente a la transformación de la sociedad; y, iv. la defensa de una política normativa que se encuentre en el plano de la igualdad y no discriminación, especialmente en la generalización de los derechos”⁷¹².

De otra parte, si recordamos la primera parte de esta tesis, veremos que paralelamente a la evolución de los modelos de la discapacidad, los modelos de comprensión de la locura han variado de acuerdo con la realidad de cada período, ya sea establecida sobre una base teológica, biológica o síquica. De acuerdo con cada concepción, fueron agregándose modelos de control que, sin embargo, no han diferido en relación a los resultados que producían: marginación y

⁷¹⁰ MONTEIRO SANTANA, V. «Estado constitucional, medida de seguridad y derecho de igualdad y no discriminación en el sistema penal.» *Estado y Comunes* 2, 2016, pág. 32

⁷¹¹ PALACIOS RIZZO, A. *op. cit.* (El modelo social de discapacidad), 2008, pág. 144.

⁷¹² DE ASÍS ROIG, R. *Sobre Discapacidad y Derechos*, Madrid: Dykinson, 2013, págs. 16-17.

segregación. En efecto, así como ocurre con las discapacidades en general, SERGIO CARRARA observa que la idea de locura es un lenguaje utilizado para producir control social basado en la construcción de lo normal y lo anormal, y este control es tradicionalmente destinado a la segregación de los diferentes⁷¹³.

De esta forma, se pasará en el siguiente acápite al estudio de los instrumentos internacionales de derechos humanos pertinentes a las personas con discapacidad, tanto en el ámbito universal como europeo, como producto de un cambio de paradigma, que tiene el mérito de ser impulsado por los propios sujetos afectados por diferencias funcionales, y que todavía se encuentra en marcha. A pesar de los muchos logros normativos en el ámbito europeo y americano – lo que no necesariamente se reproduce en otras latitudes -, aun así, la realidad todavía plantea muchos desafíos como la asistencia personal, el acceso a una educación inclusiva y con la misma calidad que para los demás y la igualdad de oportunidades en el mercado laboral, por ejemplo.

II. SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

En 1948, cuando fue inaugurado el sistema universal de protección de derechos humanos con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre la histórica afirmación de la igualdad de todos los seres humanos y de la inherencia de su dignidad trajeron consigo la esperanza de que la declaración de la universalidad de los derechos sería suficiente para concretar dicha igualdad de derechos. De hecho, no tardó mucho para que fuera posible darse cuenta de que la proclamación de la igualdad formal no sería suficiente para equilibrar una “balanza” social, política y económica forzada a desequilibrarse por tantos siglos de desigualdad jurídica, a tal punto que todos, privilegiados y discriminados, estaban convencidos de la “naturalidad” del desequilibrio. Como ya se expuso, el modelo llamado por Ferrajoli de *diferenciación jurídica de las diferencias* produjo una jerarquización normativa de las

⁷¹³ CARRARA S., op. cit. (Crime e Loucura, o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século) 1998, pág. 48.

diferencias a tal punto que por siglos fue legal comprar y vender personas como si fueran cosas, o desentenderse (y hasta matar) a las personas con discapacidad.

En este sentido, SAMANIEGO DE GARCÍA destaca que, ya en 1950 fue expedida la primera Resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas que trató sobre la Rehabilitación de las llamadas “personas físicamente impedidas”⁷¹⁴. Este documento, así como ocurriría en las próximas décadas, abordaba el problema de la discapacidad en base a algunos referentes propios de la época: i. se limitaba a tratar de las deficiencias físicas en el contexto de los mutilados de la guerra; y ii. entendía la cuestión de la discapacidad como un problema de desarrollo y, por lo tanto, la temática no estuvo vinculado a los órganos de derechos humanos⁷¹⁵. Posteriormente, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos tratados internacionales del 1966, prefirieron seguir utilizando el lenguaje “universal” y omitir mención expresa a las personas con discapacidad.

Específicamente sobre el tema de las discapacidades mentales o psicosociales, solamente en el 1971 que surgió el primer documento que trató de la discapacidad de forma más específica, superando la identificación con las deficiencias físicas: la Declaración de Derechos del Retrasado Mental. Este documento, que posee solamente en sus 7 artículos, aborda el tema desde la premisa orgánica promoviendo el derecho a *tratamiento y atención médica*, la residencia con la familia, en un hogar o en un *establecimiento especializado*, la necesidad de rehabilitación para una vida *normal*, el desempeño de una ocupación *útil*, y *tutoría* cualificada para *protección* de su persona y sus bienes.

El lenguaje utilizado, a comenzar por la terminología empleada (retrasado mental) es flagrantemente paternalista, típica del modelo rehabilitador hegemónico en la época. Sin embargo, y, a pesar de tratar de norma de *soft law*, la declaración es un marco en el

⁷¹⁴ SAMANIEGO DE GARCÍA, P. *Aproximación a la realidad de las personas con discapacidad en Latinoamérica*. Madrid: CERMI, 2006, pág. 55.

⁷¹⁵ En efecto, entre las décadas de los 50 y 70 del siglo XX fueron emitidos los siguientes documentos: Rehabilitación Social de las personas físicamente impedidas, Resolución 309 E (XI) del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, del 13 de julio de 1950; Readaptación de los inválidos, Resolución 1086 E (XXXIX) del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, del 30 de julio de 1965; Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social. Proclamada por la Asamblea General en su resolución 2542 (XXIV), de 11 de diciembre de 1969 (artículos 5, inciso d), 11 y 19 – necesidad de proteger los derechos de los física y mentalmente desfavorecidos y asegurar su bien estar y rehabilitación); Prevención de la incapacitación y rehabilitación de los incapacitados, Resolución 1921 (LVIII) del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, del 6 de mayo de 1975.

reconocimiento de las personas con discapacidades mentales como sujetos de derechos. Asimismo, el documento tuvo el mérito de afirmar por primera vez que las personas con “retraso mental” gozan de los mismos derechos que las demás, enfatizando el derecho a la educación, capacitación y rehabilitación.

La Declaración Universal de los Derechos de los Impedidos de 1975 incorporó como concepto de persona impedida “toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia, congénita o no, de sus facultades físicas o *mentales*”⁷¹⁶. Esta tendencia a tratar de forma conjunta a las deficiencias físicas y mentales o intelectuales (actualmente nombradas psicosociales) va a permanecer hasta los días actuales en lo que toca a las normativas de derechos humanos. A su turno, en los documentos que se desarrollaron posteriormente sobre el área de la salud, la constante será el tratamiento distinto a los trastornos mentales y las demás enfermedades de naturaleza física.

Esta declaración, a pesar de también manejar un lenguaje proteccionista, a comenzar por el nombre (impedidos), deja notar en su contenido un avance en el trato de las personas con discapacidad, más allá de la ya anotada reunión de las discapacidades físicas y mentales. En sus 13 artículos, además de definir el término impedido (lo que no ocurre con el anterior término “retrasados”), afirma la dignidad como ser humano y le reconoce los mismos derechos fundamentales de los demás ciudadanos. Menciona además el derecho de no discriminación y los derechos civiles y políticos, y utiliza por primera vez una palabra muy cara para los movimientos sociales ya existentes a la época: *autonomía*. Llama la atención la no utilización del tradicional término de “tutorías”, sino de asistencia jurídica, y la previsión en el artículo 12 de consulta a las “organizaciones de impedidos” sobre los asuntos que refieran a sus *derechos humanos*⁷¹⁷.

Posteriormente, la década de los 80 comienza con la proclamación del año de 1981 como el Año Internacional del Impedido⁷¹⁸ y la siguiente implementación del Programa de Acción Mundial para Impedidos en 1982 que inauguró la “Década de las Naciones Unidas para las Personas con Discapacidad”, desde 1983 a 1992⁷¹⁹. Estos documentos, a pesar de no contar

⁷¹⁶ ONU. *Declaración Universal de Derechos de los Impedidos*. Washington: ONU, 1975, Párr. 1.

⁷¹⁷ *Ibidem*, párr. 12.

⁷¹⁸ Resolución 31/123 del 16 de diciembre de 1976 y Resolución de Asamblea General 34/154.

⁷¹⁹ Resolución 37/53 aprobada el 3 de diciembre de 1982 por la Asamblea General.

todavía con fuerza vinculante, fueron la antesala de la posterior Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad.

En esta oportunidad, ya se observa un documento más complejo, partiendo de una contextualización de la cuestión en nivel mundial, definiciones de los términos utilizados, utilizando 201 párrafos en 52 páginas para trabajar la temática desde la prevención hasta el seguimiento, control y evaluación de las propuestas. Así, se distinguieron las deficiencias mentales, físicas y sensoriales, y se toman en cuenta, aunque no de forma protagónica, las distintas barreras enfrentadas por las personas que las padecen. Sin embargo, en algunos puntos, se sigue reproduciendo la terminología despectiva propia del modelo rehabilitador, como cuando se realizan las distinciones entre deficiencia, discapacidad y *minusvalía*⁷²⁰.

Cabe el destaque a la ausencia de la palabra “autonomía” en el documento, de igual forma que vale subrayar que no se menciona la necesidad de tutores, sino de apoyo para las personas con discapacidad. De otra parte, la “independencia” posee una única mención honrosa, al tratar de que “los Estados Miembros deben fomentar la presentación de servicios de apoyo, a fin de permitir que las personas con discapacidad vivan en la comunidad con la mayor independencia posible”⁷²¹.

Sobresalen, aún, los objetivos presentados en el programa: prevención, rehabilitación y equiparación de oportunidades. Este último propone un proceso de adaptación social, mediante intervenciones en el medio físico y cultural de forma a propiciar iguales oportunidades tanto en la educación como en el trabajo a las personas con discapacidad. Así, el documento amplía el ámbito de intervención desde la persona con discapacidad para el medio para que se obtengan igualdad y participación, lo que “demuestra síntomas de cambio desde el modelo rehabilitador a un modelo social, con su consecuente aproximación en el ámbito del Derecho, de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos”, como evalúa PALACIOS RIZZO⁷²².

⁷²⁰ Artículo 6. Definiciones. Deficiencia: Toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica; Discapacidad: Toda restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano; Minusvalía: una situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad, que limita o impide el desempeño de un rol que es normal en su caso (en función de la edad, sexo y factores sociales y culturales).

⁷²¹ Resolución 31/123 del 16 de diciembre de 1976 y Resolución de Asamblea General 34/154, párr. 115.

⁷²² PALACIOS RIZZO, A. op. cit. (El modelo social de discapacidad), 2008, pág. 220.

Ahora bien, posteriormente, uno de los principales frutos del decenio dedicado a las personas con discapacidad fue el surgimiento de las “Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad”. Este instrumento, a pesar de constituirse en otro documento de *soft law* sobre la discapacidad, se convirtió en un parámetro para los Estados sobre la materia debido al sentido de unificación de los diversos (y dispersos) documentos de naciones unidas sobre el tema, fijando un estándar internacional.

Además, se debe añadir la fuerte carga de legitimidad debido a la intensa participación de las organizaciones de personas con discapacidad que incidieron en el proceso. En efecto, a comenzar por la terminología empleada, que en todos los documentos anteriores llama muchísimo la atención, esta vez se cambia a “personas con discapacidad”, término utilizado hasta la actualidad y que refleja de mejor forma el respeto a estas personas. Asimismo, no solamente la nueva expresión evita que se confunda la persona en si misma con la deficiencia que le acomete el miembro del cuerpo o función, como rotular alguien de “discapacitado” carece de sentido cuando se entiende que la discapacidad, aunque tenga una base física o mental, se construye a través de las sucesivas trabas que se interponen a las personas.

Así, la discapacidad no está en la persona, está en la estructura social, política, económica, arquitectónica, que funciona como barrera al acceso de cualquier ser humano que, de forma transitoria o permanente, experimenta algún grado de deficiencia. En este contexto, el instrumento recoge la contribución de los colectivos para reflejar el modelo social de discapacidad evaluando que “en todas las sociedades del mundo hay obstáculos que impiden que las personas con discapacidad ejerzan sus derechos y libertades y dificultan su plena participación en las actividades en sus respectivas sociedades”⁷²³. Consecuentemente, el documento defendió la inclusión social, el tratamiento en la comunidad y el apoyo (no más tutela) para las actividades que sean necesarias, constituyéndose en un importante paso rumbo al reconocimiento definitivo del modelo social de discapacidad.

A partir de este momento, se destacan cuatro Informes de seguimiento de las Normas Uniformes, con una intensa producción de estadísticas en nivel global sobre métodos y los resultados alcanzados por la implementación de las Normas Uniformes en el mundo⁷²⁴.

⁷²³ ONU. *Resolución 48/96*. Washington: Asamblea General de Naciones Unidas, 1993, párr. 15.

⁷²⁴ Informe definitivo del Relator Especial de la Comisión de Desarrollo Social sobre la Supervisión de la aplicación de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. 23.12.96. Doc. A/52/56; Informe definitivo del Relator Especial de la Comisión de Desarrollo Social relativo a las

Posteriormente, se presentó en el 2001 el informe “Derechos humanos y discapacidad - Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad” de QUINN-DEGENER en donde se manifestó la invisibilidad de las personas con discapacidad en el sistema de protección de derechos humanos tradicional. Los autores parten de una evaluación de uso actual de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad, analizando minuciosamente la actuación de los mecanismos convencionales vigentes en materia de discapacidad⁷²⁵. De esta forma, PALACIOS RIZO concluye que se evidenció la insuficiencia de la protección a la época, y la necesidad de un instrumento vinculante, con un Comité que realice el seguimiento y protección específica a sus necesidades, una vez que el informe reconoce que “a pesar de que las personas con discapacidad eran destinatarias, al igual que el resto de personas, de la protección establecida por los Tratados mencionados, en muchos casos dichas normas no se aplicaban, o se aplicaban de manera diferente —desventajosa— para este colectivo”⁷²⁶.

Al argumento técnico del informe, el movimiento de las personas con discapacidad, ya poseyendo dimensión mundial, realizó una Cumbre Mundial en Beijín en el 2000 en la cual las muchas organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales participantes solicitaron la elaboración de una Convención internacional. En este contexto, después de dos intentos fallidos realizados por Italia en 1987 y por Suiza en 1988, en el 2001 la Asamblea General de Naciones Unidas, en su sección n. 56, aceptó la propuesta del presidente de México para la formación de un Comité Especial para la elaboración de una Convención Internacional para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad.

Finalmente, desde el planteamiento de AGUADO DÍAZ, a partir de las consideraciones de los acápites antecedentes se puede evaluar que la evolución de las políticas sobre la discapacidad se desarrolló en tres fases:

actividades de vigilancia de la aplicación de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad realizadas durante su segunda misión, 1997-2000. (2) (3) (4) 17.12.99. Doc. E/CN.5/2000/3; Estadística de la Discapacidad. Resultados, estudios y manuales de la ONU; Manual for the Development of Statistical Information for Disability Programs and Policies. United Nations publication, 1996; Guidelines and Principles for the Development of Disability Statistics, United Nations publication.

⁷²⁵ QUINN y DEGENER. *Derechos Humanos y Discapacidad*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2002, págs. 41-164.

⁷²⁶ PALACIOS RIZO, A. op. cit. (El modelo social de discapacidad), 2008, pág. 238.

i. *La legislación para las discapacidades físicas que fueron producto de las guerras mundiales.* Las naciones que sufrieron el impacto de las guerras comenzaron programas de rehabilitación para los mutilados, como ocurrió en Estados Unidos con el programa de rehabilitación profesional para veteranos, que atendió a cerca de 675.000 excombatientes de la primera guerra, posteriormente ampliado para la rehabilitación de los veteranos de la segunda Guerra Mundial y los excombatientes de la Guerra de Corea. De igual forma en 1945, específicamente en Holanda, se inauguran centros de rehabilitación para excombatientes, como los de Aardenburg, Hogstraat y Amsterdam⁷²⁷.

ii. *La extensión de los servicios de rehabilitación iniciados en la primera fase a todas otras personas con discapacidad a partir de los años sesenta.* Producto del inicio de la movilización de las personas con discapacidad en Estados Unidos el *Social Security Act* es la primera ley de seguridad social que establece servicios de sanidad pública, seguros de vejez y desempleo, asistencia a madres e hijos dependientes, a deficientes, inválidos, invidentes y un programa federal de rehabilitación profesional permanente y para todo tipo de discapacidades. En 1962 se extiende la legislación para rehabilitación de veteranos de las Guerras Mundial y de Corea a los discapacitados por cualquier tipo de guerra e, incluso, en tiempos de paz⁷²⁸.

En España, la década de los 60 fue digna de destaque con el apareamiento de las primeras asociaciones pro deficientes mentales en Valencia y San Sebastián y su federación en 1964; la creación de los Patronatos: Fondo Nacional para el Fomento del Principio de Igualdad de Oportunidades, Fondo Nacional de Protección al Trabajo, y Fondo Nacional de Asistencia Social, todos en 1960. Además, entre 1960 y 1979 tuvo inicio la atención pública a los deficientes mentales en base a subvenciones a la iniciativa privada⁷²⁹.

iii. *La legislación contra la discriminación,* fase que comienza en los noventa con la progresiva incorporación de los reclamos del modelo social hasta la producción en el 2006 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, tema a ser analizado en el próximo acápite.

⁷²⁷ AGUADO DÍAZ, A.L. op. cit. (Historia de las Deficiencias), 1995, pág. 333.

⁷²⁸ AGUADO DÍAZ, A.L. op. cit. (Historia de las Deficiencias), 1995, pág. 371.

⁷²⁹ AGUADO DÍAZ, A.L. op. cit. (Historia de las Deficiencias), 1995, págs. 334-353.

1. Sistema de la Convención

Después de cinco años de trabajo y ocho secciones (desde agosto del 2002 hasta el 5 de diciembre del 2006) fue aprobado el texto final de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD o “la Convención”) por la Asamblea General en el 13 diciembre del 2006. En el proceso, fue abierto un amplio espacio para las organizaciones de personas con discapacidad, reflejado en los informes del Comité Especial. A través de la integración de estas personas a los trabajos del Comité, se pudo superar la tradicional “visión de subestimación de las personas con discapacidad – en la medida que vieron actuar a estas personas en la reivindicación de sus derechos”, como expresa PALACIOS RIZZO⁷³⁰. Así, más allá de las aportaciones teóricas y técnicas que fueron presentadas y que sirvieron de base para el texto de la Convención, la convivencia con las personas con discapacidad y el testimonio del desempeño de sus muchas capacidades, más allá de la diversidad funcional, fue un portante punto de reflexión sobre el valor de estas personas y el impacto de las barreras sociales sobre ellas.

La Convención se aprobó el 13 de diciembre de 2006 durante el sexagésimo primer período de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante la resolución A/RES/61/106. De conformidad con su artículo 42, la Convención estuvo abierta a la firma de todos los Estados y de las organizaciones de integración regional en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York a partir del 30 de marzo de 2007. De tal forma, el mencionado tratado entró en vigencia el 03 de mayo de 2008, en conformidad con el artículo 45 que dispuso el número mínimo de 20 firmas para el inicio de su vigencia.

Vale señalar todavía que, de acuerdo al artículo 35, los países deberían presentar sus Informes Iniciales con información exhaustiva sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento de las obligaciones dos años después de la entrada en vigencia, o sea, en el 2010. Posteriormente, los Estados deben presentar informes de seguimiento a cada 4 años. En lo que toca a España, su primer informe fue presentado en cumplimiento del plazo establecido, seguido por los informes de 2014 y 2018. Cada uno de estos informes fue examinado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD) y fueron presentadas Observaciones Finales con una evaluación del cumplimiento de cada artículo y

⁷³⁰ PALACIOS RIZZO, A. op. cit. (El modelo social de discapacidad), 2008, pág. 256.

recomendaciones de mejoras que serán analizados oportunamente, conjuntamente con la jurisprudencia del CRPD sobre los casos pertinentes a esta investigación.

La Convención en estudio se destaca por ser el primer documento en establecer normas vinculantes sobre el tratamiento a las personas con discapacidad y sus derechos, mas también por ser el primer instrumento de derechos humanos del siglo XXI y el primer en la historia a tener como parte signataria un organismo regional de integración, la Unión Europea, según apunta RIQUELME SALDIVIA⁷³¹. Internamente, la Convención fue firmadas por todos los 28 países que conforman dicho órgano de integración⁷³², sin embargo, fue ratificada solamente por la Unión Europea y más 16 Estados⁷³³, con una adhesión de 57% de los países miembros según la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH, por sus siglas en inglés)⁷³⁴. De otra parte, en lo que toca al Protocolo Facultativo de la Convención, documento que reglamenta el sistema para “recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte”⁷³⁵, no fue firmado por la Unión Europea y además por 13 países miembros⁷³⁶ (adhesión de 46,4% de los países miembros)⁷³⁷.

En territorio americano ocurrió una adhesión masiva a la Convención, una vez que entre los 33 países⁷³⁸ contabilizados por Naciones Unidas en la región, las únicas excepciones son Estados Unidos, Saint Kitts and Nevis y Santa Lucia, que firmaron, pero no ratificaron la misma; además, la Guyana Francesa no firmó el documento (87,8%)⁷³⁹. En lo que toca al

⁷³¹ RIQUELME SALDIVIA, K.S. op. cit., (Igualdad y Personas con Discapacidad: retos para la protección efectiva a nivel internacional), 2018, pág. 13.

⁷³² Totalidad de países miembros de la Unión Europea (28): Alemania, Grecia, Austria, Hungría, Bélgica, Irlanda, Bulgaria, Italia, Chequia, Letonia, Chipre, Lituania, Croacia, Luxemburgo, Dinamarca, Malta, Eslovaquia, Países Bajos, Eslovenia, Polonia, España, Portugal, Estonia, Reino Unido, Finlandia, Rumanía, Francia, Suecia.

⁷³³ Países que ratificaron la Convención: Alemania, Austria, Hungría, Bélgica, Italia, Chequia, Letonia, Lituania, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Portugal, Reino Unido, Francia, Suecia.

⁷³⁴ ACNUDH. *Oficina del Alto Cominsariado de las Naciones Unidas*. 20 de 11 de 2019. Disponible en: <https://indicators.ohchr.org/>.

⁷³⁵ ONU. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006, artículo 1, numeral 1. Disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/OptionalProtocol.aspx>

⁷³⁶ Países que no firmaron el Protocolo Facultativo de la Convención en Europa: Rumanía, Polonia, Malta, Luxemburgo, Irlanda, Finlandia, Grecia, Estonia, Dinamarca, Chequia, Chipre y Bulgaria.

⁷³⁷ ACNUDH. *Oficina del Alto Cominsariado de las Naciones Unidas*. 20 de 11 de 2019. Disponible en: <https://indicators.ohchr.org/>.

⁷³⁸ Antigua and Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Guyana, Haiti, Honduras, Jamaica, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Saint Kitts and Nevis, Saint Lucia, Saint Vincent and the Grenadines, Suriname, Trinidad and Tobago, Uruguay y Venezuela.

⁷³⁹ ACNUDH. *Oficina del Alto Cominsariado de las Naciones Unidas*. 20 de 11 de 2019. Disponible en: <https://indicators.ohchr.org/>.

Protocolo Facultativo, de forma cercana a lo que pasó en Europa, no ocurrió ratificación por parte de 13 países⁷⁴⁰: Estados Unidos, Colombia, Cuba, Guyana, Guyana Francesa, Bahama, Barbados, Belice, Grenada, Surinam, Trinidad and Tobago, Saint Kitts and Nevis y Santa Lucía (60,6%). Esta proporción es mucho más alta en nivel mundial, una vez que del total de 198 países, 181 ratificaron la Convención (91,4% de adhesión) y 95 adhirieron al Protocolo (47,9% de adhesión)⁷⁴¹.

La Convención se caracteriza por comprender la temática de la discapacidad como un concepto histórico que debe ser suficientemente amplio para abarcar la inmensa diversidad de las personas con discapacidad, de las deficiencias que las pueden acometer (físicas, mentales, intelectuales y sensoriales), y de las necesidades que pueden venir a tener. Las discapacidades son reconocidas como una de las tantas diversidades que existen entre los seres humanos y no pueden ser un factor de menoscabo de la dignidad, de los derechos y de las oportunidades para estas personas.

En definitiva, la Convención refleja en su texto el espíritu del modelo social (o de barreras sociales) de comprensión de la discapacidad. El preámbulo del documento comienza por manifiesta un recorrido por los puntuales avances en materia de derechos humanos, reafirmando sus valores y principios al paso que deja evidente también su insuficiencia para protección de las personas capacidad. Así, la Convención llama la atención en la alinea “k” para el hecho de que “(...) pese a estos diversos instrumentos y actividades, las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social y que se siguen vulnerando sus derechos humanos en todas las partes del mundo”⁷⁴².

De dicha forma, la discapacidad es presentada no como un hecho sobrenatural o meramente biológico, como dados naturales que fueron muy útiles a las anteriores concepciones de prescindencia y de rehabilitación, y avanza para entender la discapacidad como fruto de una relación entre la persona con alguna diferencia funcional y su entorno. En

⁷⁴⁰ Países que no firmaron el Protocolo Facultativo de la Convención en América: Estados Unidos, Colombia, Cuba, Guyana, Guyana Francesa, Bahama, Barbados, Belice, Grenada, Surinam, Trinidad and Tobago, Saint Kitts and Nevis y Santa Lucía.

⁷⁴¹ ACNUDH. *Oficina del Alto Cominsariado de las Naciones Unidas*. 20 de 11 de 2019. Disponible en: <https://indicators.ohchr.org/>.

⁷⁴² ONU. *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Nueva York: ONU, 2006, párrf. k.

efecto, si este entorno, físico, social e institucional, está preparado para incluirlo, entonces, a pesar de la deficiencia no habrá discapacidad; en cambio, si este entorno está constituido de barreras, habrá discapacidad para hacer las cosas más simples de la vida como moverse, estudiar, trabajar, amar.

Desde este punto de partida, la Convención tiene como objetivo, según su artículo 1 “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”. Para el efecto, el artículo 3 presenta los principios que rigen el tratado en estudio y se van a reflejar en todo el cuerpo normativo a través de los derechos y obligaciones que establece. Son ellos: a) el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) la no discriminación; c) la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) la igualdad de oportunidades; f) la accesibilidad; g) la igualdad entre el hombre y la mujer; h) el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

En consecuencia, de estos principios, la Convención dispone los siguientes derechos:

1. Derecho de igualdad y no discriminación;
2. Derechos de las mujeres con discapacidad;
3. Derechos de los niños y niñas con discapacidad;
4. Derecho a la accesibilidad;
5. Derecho a la vida;
6. Derecho de protección en situaciones de riesgo y emergencias humanitarias;
7. Derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley;
8. Derecho de acceso a la justicia;
9. Derecho a la libertad y seguridad;
10. Derecho de protección contra la tortura y otros tratos penales crueles, inhumanos o degradantes;
11. Derecho a protección contra la explotación, violencia y abuso;
12. Derecho a la protección integral personal;
13. Derecho a la libertad de desplazamiento y nacionalidad;
14. Derecho de vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad;
15. Derecho a la movilidad personal;
16. Derecho a libertad de expresión y de opinión y acceso a la información;
17. Derecho a la privacidad;
18. Derecho al respeto al hogar y a la familia;
19. Derecho a la educación;
20. Derecho a la salud;
21. Derecho de habilitación y rehabilitación;

22. Derecho al trabajo y empleo;
23. Derecho a un nivel de vida adecuado y a protección social;
24. Derecho a participación en la vida política y pública;
25. Derecho a la participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte.

Como se puede percibir, llama la atención el hecho de que el documento no trae en general una novedad en lo que toca a los tipos de derechos que enuncia, una vez que la gran parte de ellos ya poseía previsión en otros mecanismos internacionales de protección y dentro de los propios países. Sin embargo, estos derechos que pueden parecer comunes y corrientes para muchos, fueron histórica y sistemáticamente negados a las personas que padecen discapacidades, hasta el punto de invisibilizar a ellas y a sus necesidades elementares, que no son otras que las de cualquier ser humano.

Lamentablemente, como ya se pudo observar en el anterior acápite, no faltan ejemplos de malos tratos, discriminación y exclusión institucionalizada y naturalizada no solamente por el Estado, sino por las familias, el entorno social e instituciones privadas. Como ejemplo de estos extremos, saltan a la vista artículos de la Convención que refieren a la obligación del Estado de impedir que se les nieguen “alimentos sólidos o líquidos por motivo de discapacidad” (artículo 25, f.); que las personas con discapacidad tienen el derecho a no ser sometidas a experimentos científicos sin su consentimiento (artículo 15, 1); que las personas con discapacidad tienen el derecho de mantener su fertilidad en igualdad con los demás (artículo 23, c), a decidir libremente sobre tener o no hijos (artículo 23,2.), a la crianza de sus propios hijos (artículo 23, 3.), y que los niños con discapacidad tienen derecho a no ser separados de sus padres (Artículo 23, 4.).

Finalmente, vale observar que la metodología empleada por el CRPD en todos los documentos analizados es la interpretación sistemática de los artículos examinados, partiendo del contenido del artículo 3 (principios generales) y observando las interrelaciones del derecho interpretado con los demás derechos contenidos en la Convención. De esta forma, la interpretación de un derecho debe guardar armonía con el conjunto, lo que implica que la interpretación sobre los alcances del derecho a la salud, para dar un ejemplo, no podrá implicar violación de los demás derechos, como tener una familia o vivir en comunidad.

En virtud de la complejidad y amplitud de los derechos y principios expuestos, enseguida se realizará un estudio de algunos puntos que son estrictamente pertinentes a la realidad de las personas con discapacidad mental o intelectual en el ámbito de la justicia penal, como supuestamente peligrosos e inimputables, y su tratamiento.

1.1. Derecho de igualdad y no discriminación

El primer derecho definido en la Convención en su artículo 5 es el derecho de igualdad y no discriminación, una vez que su íntima conexión con la dignidad humana, mencionada nueve veces en el texto⁷⁴³, hace que ambos se constituyan “la piedra angular de todos los derechos humanos”⁷⁴⁴. En efecto, el contenido del derecho de igualdad y no discriminación fue desarrollado desde el comienzo del sistema universal, a través de muchos documentos, como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las Convenciones para protección de los derechos del niño, de la mujer y contra el racismo, para citar algunos. Sin embargo, la persistencia de las prácticas discriminatorias en contra de las personas con discapacidad hizo necesaria la existencia de la Convención y de una formulación especial que, si bien se enmarca en los contenidos anteriormente expuestos, analiza las especificidades de la realidad que viven estas personas.

⁷⁴³ Ningún otro documento internacional hasta el momento refiere tantas veces a la dignidad humana. Cabe destacar que la dignidad es mencionada en el documento para referirse: 1) a su expresa mención en la Carta de Naciones Unidas, en cuyo texto está relacionada al valor inherente de todos los seres humanos y a la igualdad de derechos (Preámbulo, a)); que la discriminación en razón de la discapacidad es una vulneración de la dignidad humana (Preámbulo, h)); en dos ocasiones para afirmar el propósito de la Convención de promover y proteger la dignidad de las personas con discapacidad (Preámbulo, y) y artículo 1); como primer principio expuesto en la Convención (artículo 3, a)); para imponer como medida inmediata, efectiva y pertinente a los estados la sensibilización de la sociedad y de los familiares para el respeto a dignidad de estas personas (artículo 1, a)), así como de tomar medidas para recuperar e integrar socialmente a las personas con discapacidad que hayan sufrido abusos u otras violencias, en un entorno que sea favorable para su salud, bienestar, autoestima, autonomía y dignidad (artículo 16, 4.); para definir el derecho a la educación inclusiva, en el cual la primera característica es tener como finalidad desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de autoestima y dignidad; y finalmente, al describir el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad, establece que los Estados tienen la obligación de exigir “a los *profesionales de la salud* que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la *sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad*, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado;” (artículo 25, d)).

⁷⁴⁴ CRPD. *Observación General núm. 6 sobre la igualdad y la no discriminación*. Vol. CRPD/C/GC/6. Nueva York: ONU, 2018, párr. 04.

En este contexto, llama la atención el hecho de que la Convención posiciona como eje central el derecho de igualdad y no discriminación, una vez que en todos los artículos en los cuales dispone otros derechos, la fórmula “en igualdad de condiciones con las demás personas” reitera su transversalidad. Así las cosas, el texto parte del reconocimiento de la igualdad formal, o sea, de la igualdad ante la ley (igual reconocimiento como persona ante la ley), derivando muchísimas consecuencias jurídicas en su articulado como se estudiará próximamente. Enseguida, se destaca la igualdad de derechos de las mujeres y los niños con discapacidad (artículos 6 y 7), refiriéndose a la discriminación múltiple o intersectorial⁷⁴⁵, y el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley (artículo 12) que se abordará detenidamente enseguida. Además, como también se observará adelante, el derecho a la igualdad tiene tanto la identificación de su contenido jurídico como de las obligaciones para los Estados que de él se desprenden en la Observación General Núm. 6 del CRPD y en la jurisprudencia del mismo órgano.

De otra parte, la Convención también prohíbe la discriminación e impone a los Estados las obligaciones de prohibirla en su territorio, brindar protección legal, realizar los ajustes razonables pertinentes a la eliminación de la discriminación e implementar medidas específicas para lograr la igualdad de hecho (medidas afirmativas). Para mayor claridad jurídica, el artículo 2 todavía describe algunas definiciones, entre las cuales se encuentra la de discriminación, especialmente útil en este momento: “Por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier *distinción, exclusión o restricción* por motivos de discapacidad *que tenga el propósito o el efecto* de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”⁷⁴⁶

En esta definición se observan los dos principales tipos de discriminación: la directa y la indirecta. La primera forma, mucho más evidente, ocurre a través de acciones u omisiones en las cuales el objetivo es generar la afectación del derecho en virtud de la diferencia. Así, la negación de matrícula en una escuela a un niño que presenta alguna discapacidad, el despido laboral de una mujer embarazada, la gran dificultad de acceso, y muchas veces incluso de

⁷⁴⁵ CRPD. op. cit. (*Observación General núm. 6*), 2018, párrs. 19, 36 y 37.

⁷⁴⁶ ONU. *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Nueva York: ONU, 2006, artículo 2.

permanencia, en carreras militares de personas negras o indígenas, son algunos entre tantos otros lamentables ejemplos.

Específicamente, el Comité realizó una interpretación sistemática de diversos artículos de la Convención para comprender como ocurría discriminación directa en el caso de una norma que impedía las personas con discapacidad psicosocial de votar en el Caso 4/2011 (contra Hungría). En el caso, el Comité entiende que el Estado sigue con una legislación en la cual existe discriminación en virtud de discapacidad, lo que implica que se ha cumplido la obligación de garantizar el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, incluido el derecho de voto, en igualdad con los demás ciudadanos (CRPD). De tal forma, en el dictamen el CRPD vincula el derecho de participación en la vida política y pública (artículo 29), el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley (artículo 12) y el derecho de igualdad y no discriminación (artículo 5), considerando en conjunto los dispositivos.

Por otro lado, la discriminación indirecta presenta mayores desafíos interpretativos. Sin embargo, el Comité desarrolló una sólida jurisprudencia, además de la mencionada Observación General para establecer su parámetro de evaluación de las comunicaciones presentadas contra los Estados, así como de los informes de los países, sobre esta y algunas otras modalidades de discriminación que se identificarán enseguida.

En este sentido, en el caso 39/2017 (contra Dinamarca) el Comité reconoce: a) que existe discriminación a través de la previsión legal de evaluación de la capacidad de las personas como requisito para el ejercicio de derechos; y, b) que los Estado tienen la obligación de adaptar sus procedimientos para garantizar el ejercicio de aquello.⁷⁴⁷ En efecto, en la Observación General n. 6 el Comité evalúa que la aplicación tanto del modelo médico o como del beneficencia es incompatible con la Convención, una vez que, a pesar de estar erróneamente “justificados” por la intención de protección o atención a las personas con discapacidad, e, incluso, tener el objeto de velar por su interés superior, en la práctica la aplicación de estos modelos “perpetúan la exclusión y el aislamiento de las personas con discapacidad, así como la discriminación y la violencia hacia ellas”⁷⁴⁸.

⁷⁴⁷ CRPD, Dictamen Comunicación Núm. 39/2017 Caso Iuliia Domina y Max Bendtsen vs Dinamarca. CRPD/C/20/D/39/2017, párrs. 8.1.-8.6.

⁷⁴⁸ CRPD. op. cit. (*Observación General núm. 6*), 2018, párr. 3.

Específicamente, el Comité evalúa en la referida Observación General de 2018 que la discriminación indirecta, prevista en el texto en la expresión “distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga *el efecto* de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” se identifica en los casos en que leyes imparciales tienen un efecto discriminatorio. En este caso, las leyes o políticas *neutras* producen una afectación desproporcionada en las personas por una circunstancia particular que no se toma en cuenta al momento de su aplicación⁷⁴⁹.

Así, en un ejemplo elemental, el derecho a la libre circulación, igual para todos, requiere de una aplicación especial para personas que tienen algún tipo de limitación, temporal o permanente, para moverse, además de intervenciones para la eliminación de obstáculos de acceso, por ejemplo. Sin estas medidas, el derecho basado únicamente en la igualdad formal pasa a afectar desproporcionadamente a estas personas. En este sentido, “cuando una oportunidad, que en apariencia es accesible, en realidad excluye a ciertas personas debido a que su condición, nos les permite beneficiarse de ella”, se identifica la discriminación indirecta⁷⁵⁰. De esta manera, el Comité concluye que “(...) un trato constituye discriminación indirecta si los efectos perjudiciales de una norma o decisión afectan de manera exclusiva o desproporcionada a personas de una determinada raza, de un determinado color, sexo o idioma o de una determinada religión, o por razones de opiniones políticas o de cualquier otra índole, o por su origen nacional o social, situación económica, lugar de nacimiento o cualquier otra condición social. Las personas con discapacidad están comprendidas en esas categorías”⁷⁵¹.

De otra parte, llama la atención en la labor del Comité la identificación de otras categorías poco trabajadas, incluso en la academia, de discriminación: la denegación de ajustes razonables, el acoso, la discriminación intersectorial, la discriminación por asociación y la discriminación por motivos percibidos⁷⁵². Así, a partir del dispuesto en el artículo 2 de la CDPD los ajustes razonables son definidos como “(...) las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en

⁷⁴⁹ CRPD. op. cit. (*Observación General núm. 6*), 2018, párr. 18, b).

⁷⁵⁰ Ver, además, el caso CCPR/C/78/D/998/2001, Dictamen 22 de septiembre de 2003 sobre la Comunicación N° 998/2001, Sr. Rupert Althammer y otros vs Austria, Comité de Derechos Humanos sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁷⁵¹ CRPD, Dictamen Comunicación Núm. 39/2017 Caso Iuliia Domina y Max Bendtsen vs Dinamarca. CRPD/C/20/D/39/2017, párr. 8.3.

⁷⁵² CRPD. op. cit. (*Observación General núm. 6*), 2018, párrs. 18, c) y d); 19.

un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”⁷⁵³.

De forma complementaria, el artículo 5, párrafo 3, prevé como parte del principio de igualdad y no discriminación que los Estados tienen la obligación, de cumplimiento inmediato, de realizar dichos ajustes para promover la igualdad de las personas con discapacidad⁷⁵⁴. No obstante, el Comité reconoce esta como una obligación *ex nunc*, o sea, generada a partir de la solicitud concreta de una persona. Su razonabilidad⁷⁵⁵ debe ser comprendida en el contexto específico del requirente, una vez que los ajustes tienen naturaleza jurídica de *obligación reactiva individualizada*, oponible al garante del derecho afectado, lo que implica que su cumplimiento debe ocurrir en diálogo entre el solicitante y el garante^{756 757}.

⁷⁵³ ONU. *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Nueva York: ONU, 2006, artículo 2.

⁷⁵⁴ CRPD. op. cit. (*Observación General núm. 6*), 2018, párr. 23.

⁷⁵⁵ Solamente se analizan en esta oportunidad aspectos básicos del concepto y su distinción con las demás obligaciones convencionales con el fin de comprender su vinculación con el principio de igualdad y no discriminación. La interpretación de todo el contenido del concepto de “ajustes razonables” y su ponderación práctica es: a) “Ajustes razonables” es un único término y “razonables” no debe interpretarse erróneamente como una cláusula de excepción; el concepto de “razonabilidad” no debería considerarse un elemento calificativo o modificador de la obligación. No es un medio de evaluar los costos del ajuste ni la disponibilidad de recursos esto se hace en una etapa posterior, cuando se estima la “carga desproporcionada o indebida”. Por el contrario, la razonabilidad de un ajuste hace referencia a su pertinencia, idoneidad y eficacia para la persona con discapacidad. Por tanto, un ajuste es razonable si logra el objetivo (o los objetivos) para el que se realiza y si está diseñado para satisfacer los requerimientos de la persona con discapacidad; b) La “carga desproporcionada o indebida” debe entenderse como un concepto único que establece los límites de la obligación de proporcionar ajustes razonables. Ambos términos deben considerarse sinónimos, ya que se refieren a la misma idea: que la solicitud de ajustes razonables tendrá como límite una posible carga excesiva o injustificable para la parte que debe atenderla; c) Además, los “ajustes razonables” no deben confundirse con las “medidas específicas”, lo que comprende las “medidas de acción afirmativa”. Si bien ambos conceptos tienen por finalidad lograr la igualdad de hecho, los ajustes razonables son una obligación de no discriminación, mientras que las medidas específicas implican un trato preferente a las personas con discapacidad respecto de las demás para solucionar la exclusión histórica y sistemática o sistémica de los beneficios derivados del ejercicio de los derechos. Como ejemplos de medidas específicas cabe citar las medidas temporales para contrarrestar el escaso número de mujeres con discapacidad empleadas en el sector privado y los programas de apoyo destinados a aumentar el número de estudiantes con discapacidad en la educación terciaria. Del mismo modo, los ajustes razonables no deben confundirse con la prestación de apoyo, como los asistentes personales, en relación con el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, ni con el apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica; d) Los “ajustes de procedimiento”, en el contexto del acceso a la justicia, no deben confundirse con los ajustes razonables; estos últimos están limitados por el concepto de desproporcionalidad, mientras que los ajustes de procedimiento no lo están.

⁷⁵⁶ CRPD. op. cit. (*Observación General núm. 6*), 2018, párrs. 24, a) y b).

⁷⁵⁷ Para los elementos fundamentales de la aplicación práctica de la obligación y comprensión de los parámetros para decisión sobre la razonabilidad del ajuste solicitado ver: CRPD. op. cit. (*Observación General núm. 6*), 2018, párr. 26.

Además, aclara el Comité que esta obligación, de naturaleza específica, no debe ser confundida con las obligaciones establecidas para el derecho de accesibilidad (artículo 9), que se caracterizan por ser generales y abstractas. Consecuentemente, la obligación del Estado de proporcionar accesibilidad tiene naturaleza *ex ante* (o *a priori*), lo que significa que no existe necesidad de solicitud previa o caso concreto para se realicen las adecuaciones pertinentes al acceso universal. Así, esta obligación es definida por la CRPD como proactiva y sistémica, o sea, se trata de una obligación que debe ser realizada por iniciativa del Estado en cumplimiento del compromiso internacional originado por la firma del CDPD y que debe ejecutarse en dialogo con las organizaciones de personas con discapacidad (artículo 4, párr. 3)⁷⁵⁸. Vale la pena resaltar que la obligación de ajustes legales o de procedimiento, de forma distinta a los deberes originados en virtud de los ajustes razonables, proviene del derecho de acceso a la justicia (artículo 13), y, por lo tanto, son obligaciones generales *ex ante* y de carácter proactivo. Así, recálquese, tampoco se encuentran enmarcadas en el concepto de ajustes razonables y, de esta forma, son obligaciones *ex ante* que no están limitadas por el concepto de desproporcionalidad⁷⁵⁹.

De otra parte, entre las otras formas de discapacidad desarrolladas por el CRPD, el acoso es identificado como una forma de discriminación que genera un ambiente hostil, intimidante, degradante y ofensivo mediante actos no deseados por la persona con discapacidad. Esta es una manifestación de los prejuicios en la cotidianidad de la persona, sea en el trabajo, la casa o la escuela, que expone e intimida y está en muchos casos naturalizadas. Sin embargo, el acoso es una forma de violencia que no puede ser tolerada, una vez que genera gran daño al auto estima y la dignidad de las personas, como ocurre con los chistes o la burla, sean realizados directamente o a través del internet⁷⁶⁰.

En seguida, la Convención demuestra una preocupación específica con dos tipos de discriminación intersectorial, en el caso de los artículos 6 y 7, o sea, en el caso de los niños, niñas y adolescentes y de las mujeres con discapacidad. Sin embargo, se trata de una categoría que puede ser mucho más extensa, toda vez que la discriminación por discapacidad se ve combinada con otras categorías como el color, el sexo, el idioma, la religión, el origen étnico, orientación o identidad sexual u otra condición, hecho que conlleva a la potencialización de los

⁷⁵⁸ CRPD. op. cit. (*Observación General núm. 6*), 2018, párr. 24, a).

⁷⁵⁹ CRPD. op. cit. (*Observación General núm. 6*), 2018, párr. 25, d).

⁷⁶⁰ CRPD. op. cit. (*Observación General núm. 6*), 2018, párr. 18, d).

daños causados a las víctimas. El Comité usa el siguiente ejemplo “(...) aunque denegar el acceso a información general relacionada con la salud debido a la utilización de un formato inaccesible afecta a todas las personas en razón de su discapacidad, denegar a una mujer ciega el acceso a servicios de planificación familiar restringe sus derechos por la intersección del género y la discapacidad”⁷⁶¹.

En estos casos, no solamente se ve más compleja la situación una vez que interactúan varios motivos de discriminación que se acumulan en la persona, como las consecuencias de la discriminación son fuertemente agravadas por las múltiples vulnerabilidades de la persona afectada.

Finalmente, el CRPD subraya aún la existencia de otras formas no tan evidentes de discriminación ocurren en la práctica y deben ser tomadas en cuenta: son los casos de discriminación por asociación y por motivo percibido (o posible). Tan profundos son los perjuicios que se guarda en relación a las personas con discapacidad que incluso las personas que son asociadas a ellas o personas que poseen una condición que puede generar una discapacidad futura sufren sus consecuencias. Así, situaciones como la de los familiares a la persona que posee una discapacidad sufren discriminación en el trabajo, algunas veces no logrando mantener el vínculo laboral, ocurre la llamada discriminación por asociación. De otra parte, también ocurre discriminación por discapacidad presunta o percibida, o por el hecho de poseer alguna condición genética, una predisposición a una posible (o no) discapacidad futura, o el hecho de haber padecido una discapacidad en el pasado, son circunstancias que generan discriminación para acceder a un seguro de salud privado o a un trabajo, por ejemplo. Estas son situaciones comunes y que no escapan a la protección de la Convención según el CRPD⁷⁶².

1.2. Derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley

En concordancia con los principios de respeto a la dignidad humana y de igualdad y no discriminación, de autonomía individual y de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, el artículo 12 de la Convención manifiesta que los Estados parte afirman el respeto al derecho al igual reconocimiento de las personas con discapacidad ante la ley. A pesar

⁷⁶¹ CRPD. op. cit. (*Observación General núm. 6*), 2018, párr. 19.

⁷⁶² CRPD. op. cit. (*Observación General núm. 6*), 2018, párrs. 20, 21 y 22.

de la clareza de la redacción del artículo, este es exactamente el contenido de la primera Observación General del Comité, en el 19 de mayo de 2014. En efecto, la CRPD justifica la necesidad del documento a partir del examen de los informes iniciales presentados por los países, en los cuales observa que “(...) hay un malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados partes en virtud del artículo 12 de la Convención. Ciertamente, no se ha comprendido en general que el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas”⁷⁶³.

Partiendo de este punto, es forzoso reconocer que el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley, una vez derivado directamente de la dignidad inherente a todo ser humano proclamada desde la Declaración Universal de 1948, no debería constituirse en una novedad la afirmación de que dicho principio jamás comportó excepción en el derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su artículo 4 prohíbe expresamente la suspensión de este derecho, incluso en situaciones excepcionales como las que “pongan en peligro la vida de la nación”⁷⁶⁴. Adicionalmente, el artículo 16 del mencionado tratado es bastante enfático al afirmar que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”^{765 766}.

Sin embargo, en la práctica existen barreras para que los Estados garanticen la igualdad ante la ley de las personas con discapacidad, como reconoce el Comité. Concretamente, se puede referenciar como en la actualidad persisten en las legislaciones de salud mental el tratamiento médico involuntario, así como persiste en la legislación civil el instituto de la interdicción, y en el área penal subsiste la inimputabilidad y las medidas de seguridad de

⁷⁶³ CRPD. op. cit. (*Observación General núm. 6*), 2018, párr. 1.

⁷⁶⁴ ONU. *Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos*. Washington: ONU, 1966.

⁷⁶⁵ Además, de forma sintética, se pueden identificar los siguientes precedentes en el derecho internacional de los derechos humanos: Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 6); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 16); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (artículo 15); Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo3); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo3).

⁷⁶⁶ ONU. op. cit., (*Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos*. Washington), 1966.

internación por tiempo indeterminado. En definitiva, el Comité reconoce que dichas prácticas tradicionales y normalizadas son discriminatorias y deben ser abolidas⁷⁶⁷.

Asimismo, el CRPD llama la atención para el hecho de que el colectivo más afectado en el mundo por la denegación de capacidad jurídica es el de las personas con discapacidad, no obstante, dentro del amplio universo de las diferencias funcionales se constata que “los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutivas y la negación de capacidad jurídica *han afectado de manera desproporcionada a las personas con discapacidad cognitiva o psicosocial*” (destacado fuera de texto). Así, vale destacar que el Comité reafirma que este derecho corresponde a todas las personas con discapacidad, sean las deficiencias que padecen de naturaleza física, mental, intelectual o sensorial⁷⁶⁸.

El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley es un derecho fundamental que deriva directamente del principio de igualdad y no discriminación, del cual dependen una infinidad de derechos de naturaleza pública y privada, como poder heredar bienes o casarse, ejercer la autonomía, gozar de privacidad, vivir en la comunidad, constituir familia o votar. En este sentido, el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad es fundamental para el ejercicio de los demás derechos civiles y también de los derechos económicos, sociales y culturales en igualdad de condiciones con las demás personas.

En este contexto, el CRPD establece el contenido jurídico del derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley afirmando el respeto a este derecho implica la superación del modelo de sustitución en la toma de decisiones, que puede presentar muchas configuraciones (tutela, curatela, o cualquier forma de representación legal), y la implementación del modelo de apoyo establecido por la Convención (artículo 12,2). Esto significa que las personas con discapacidad tienen las mismas necesidades que las demás y deben también poder satisfacerlas para una vida plena, si bien necesitan de apoyo para tal. Así, deben poder hacer elecciones reales en su vida, desarrollar su personalidad, generar vínculos sociales, ser independientes, constituir familia, estudiar y trabajar en igualdad de condiciones con las demás personas⁷⁶⁹. Al efecto, las personas con discapacidad deben gozar de capacidad

⁷⁶⁷ CRPD. *Dictamen Comunicación 8/2012, Caso X vs Argentina*. CRPD/C/11/D/8/2012 (CRPD, 18 de Junio de 2014).

⁷⁶⁸ CRPD. *Observación General no. 01 Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley*, CRPD/C/GC/1, Nueva York, ONU, 2014, párr. 3.

⁷⁶⁹ CRPD. *op. cit. (Observación General no. 01)*, 2014, párrs. 12 y 52.

jurídica plena, sin excepciones. Para que se comprenda el contenido normativo de esta capacidad, el Comité realiza algunas importantes precisiones conceptuales, cual sea, entre la capacidad de ser titular de derechos y capacidad para actuar en derecho, y entre capacidad jurídica y capacidad mental.

Las primeras dos “facetas” de la capacidad jurídica pueden ser comprendidas como capacidad de derecho y capacidad de hecho. La capacidad formal para ser titular de derechos y de ser reconocido como persona jurídica, es afirmada de manera amplia en casi todos los ordenamientos jurídicos como consecuencia directa de la dignidad intrínseca a todo ser humano (artículo 12, 1.). De otra parte, no es tan simple el reconocimiento de la capacidad de actuar en derecho, prevista en el artículo 12, numeral 5 de la Convención, que implica la legitimación para actuar y el consecuente reconocimiento pleno de estas acciones por la ley. La CRPD reconoce que “este es el componente que frecuentemente se deniega o reduce en el caso de las personas con discapacidad”⁷⁷⁰, y que esta división viola el derecho de igualdad, una vez que las dos facetas del derecho son inseparables.

En lo que toca a las nociones de capacidad jurídica y capacidad mental, el Comité llama la atención para el hecho de que los Estados en sus informes confunden y mezclan estas dos categorías, resultando que, si “se considera que una persona tiene una aptitud deficiente para adoptar decisiones, a menudo a causa de una discapacidad cognitiva o psicosocial, se le retira en consecuencia su capacidad jurídica para adoptar una decisión concreta”⁷⁷¹. El Comité identifica tres metodologías (o criterios) para la identificación y la toma de decisiones sobre la capacidad mental: a) a partir del diagnóstico de una deficiencia (*criterio basado en la condición*); b) por la adopción de decisión con resultados entendidos como negativos (*criterio basado en los resultados*); y c) por la evaluación de la habilidad de la persona tomar decisiones (*criterio funcional*)⁷⁷². El criterio más común es el *funcional*, que implica la evaluación de la capacidad mental, consistiendo en averiguar si “la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y/o si puede utilizar o sopesar la información pertinente”⁷⁷³. La consecuencia es normalmente la denegación de la capacidad jurídica, decisión que normalmente posee efectos permanentes.

⁷⁷⁰ CRPD. op. cit. (*Observación General no. 01*), 2014, párr. 14.

⁷⁷¹ CRPD. op. cit. (*Observación General no. 01*), 2014,, párr. 15.

⁷⁷² *Ibidem*.

⁷⁷³ *Ibidem*.

Sin embargo, es necesario notar que el artículo 12 de la Convención no admite excepciones a la capacidad jurídica plena, no comportando la discriminación en virtud de discapacidad mental, intelectual o sensorial motivo para tal. De tal forma, el Comité entiende que “los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica”, sea la capacidad legal (o formal) o la capacidad de actuar (o material)⁷⁷⁴. Asimismo, el Comité llama la atención para las características de los regímenes de sustitución a fin de que se los pueda identificar y sustituir por el modelo de la Convención. Las características descritas son las siguientes: “(...) i. se despoja a la persona de la capacidad jurídica, aunque sea con respecto a una única decisión; ii. puede nombrar al sustituto que tomará las decisiones alguien que no sea la persona concernida y ese nombramiento puede hacerse en contra de su voluntad; y iii. toda decisión adoptada por el sustituto en la adopción de decisiones se basa en lo que se considera el "interés superior" objetivo de la persona concernida, en lugar de basarse en su propia voluntad y sus preferencias”⁷⁷⁵.

Consecuentemente, el Comité advierte a los Estados que deben “(...) examinar las leyes que regulan la guarda y la tutela y tomar medidas para elaborar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes basados en la sustitución”⁷⁷⁶, afirmando, además, que ambos modelos son incompatibles y no pueden coexistir. En concreto, concluye el CRPD que “La obligación de los Estados partes de reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva por otros que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones exige que se supriman los primeros y se elaboren alternativas para los segundos. Crear sistemas de apoyo a la adopción de decisiones manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención”⁷⁷⁷.

Por consiguiente, la Convención además contempla que el ejercicio de esta capacidad jurídica plena debe ser realizado mediante apoyo (no sustitución). En este particular, tomando en cuenta la diversidad que implica el grupo de las personas con discapacidad, lo primero que se debe reconocer es que el apoyo que debe brindar el Estado para el ejercicio de la capacidad

⁷⁷⁴ CRPD. op. cit. (*Observación General no. 01*), 2014, párr. 13.

⁷⁷⁵ CRPD. op. cit. (*Observación General no. 01*), 2014, párr. 27.

⁷⁷⁶ CRPD. op. cit. (*Observación General no. 01*), 2014, párr. 26.

⁷⁷⁷ CRPD. op. cit. (*Observación General no. 01*), 2014, párr. 28.

jurídica debe ser igualmente de amplio y diverso. Así, el apoyo debe estar disponible para todos que lo necesiten, no pudiendo ser obstáculo la intensidad del apoyo requerido, el modo de comunicación, o la evaluación de la capacidad mental de la persona⁷⁷⁸. Específicamente sobre la capacidad mental, el Comité observa que esta no puede ser instrumento de discriminación de las necesidades de apoyo.

El apoyo debe ser prestado de acuerdo a los parámetros del artículo 12, 3, y a las características desarrolladas por el CRPD en la Observación núm.1, párrafos 16 a 19 y 26 a 29 y no puede ser utilizado como justificación para limitar otros derechos, en virtud de su interdependencia. No obstante, se debe tener especial atención a los derechos que refieren a la autonomía y participación, además de los que tocan a la protección contra el abuso y el maltrato. Este tema merece especial atención, una vez que el apoyo y las salvaguardias previstas no deben convertirse en mecanismos facilitadores de abusos.

En este contexto, la determinación del “interés superior”, como tantas otras actuaciones de naturaleza paternalista, no tiene respaldo jurídico para su aplicación a personas adultas⁷⁷⁹ y debe ser reemplazado por el respeto a la “voluntad y preferencias”. El apoyo, por lo tanto, esencialmente no se constituye un mecanismo de reemplazo de la voluntad de la persona, sino un medio para facilitarle expresar su “voluntad y preferencias”, en respeto a sus derechos humanos. El Estado tiene la obligación, por lo tanto, de proporcionar el acceso al apoyo, de acuerdo al tipo y a la intensidad requerida y en respeto a la autonomía individual, lo que implica que el apoyo y la persona que lo va a ejercer deben ser escogidos; de igual forma, el apoyo puede ser rechazado en su totalidad o, aún, debe ser posible poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento⁷⁸⁰.

⁷⁷⁸ CRPD. op. cit. (*Observación General no. 01*), 2014, párrs. 29, a), c), e i).

⁷⁷⁹ CRPD. op. cit. (*Observación General no. 01*), 2014, párr. 21.

⁷⁸⁰ CRPD. op. cit. (*Observación General no. 01*), 2014, párr. 29, d) y g). El CRPD ejemplifica tipos de apoyo: “Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como el apoyo entre pares, la defensa de sus intereses (incluido el apoyo para la defensa de los intereses propios) o la asistencia para comunicarse. El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño universal y la accesibilidad —por ejemplo, la exigencia de que las entidades privadas y públicas, como los bancos y las instituciones financieras, proporcionen información en un formato que sea comprensible u ofrezcan interpretación profesional en la lengua de señas—, a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales. El apoyo también puede consistir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias. Para muchas personas con discapacidad, la posibilidad de planificar anticipadamente es una forma

De otra parte, la expresión “proporcionar acceso al apoyo necesario” (artículo 12, 3) significa que el costo y la logística del servicio deben ser viables para la persona que lo recibe⁷⁸¹. Esta es una obligación de exigibilidad inmediata, una vez que, según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos los derechos de esta naturaleza nacen en el momento de la ratificación del instrumento. Así, entendiendo que el ejercicio de la capacidad jurídica es una obligación que nace para dar efectividad al derecho civil y político de gozar de igual reconocimiento como persona ante la ley, la "efectividad progresiva" prevista en el artículo 4, párr. 2 de la Convención no se aplica a las disposiciones del artículo 12⁷⁸².

A su vez, el Comité admite que la capacidad jurídica puede sufrir restricciones en situaciones excepcionales. Con todo, la aplicación del derecho de igualdad y no discriminación en relación a las personas con discapacidad impone que el Estado lo realice en las mismas condiciones y por los mismos motivos que lo hace en relación a las demás personas. Así, la denegación de capacidad no puede basarse en un rasgo personal, como históricamente ya ocurrió con las mujeres, los negros y los indígenas, y tampoco se lo puede hacer en base a una discapacidad. En este contexto, el Comité alerta que “los Estados partes deben examinar de manera holística todas las esferas de la legislación para asegurarse de que el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no esté limitado de modo distinto al de las demás personas”⁷⁸³.

El derecho a la capacidad jurídica es esencial para la dignidad humana y requisito para el acceso a la justicia, sea en condición de denunciante, denunciado o testigo. Así, para un acceso a la justicia en igualdad con los demás, se requiere que el Estado forme adecuadamente todos sus agentes “para que sepan que las personas con discapacidad tienen personalidad jurídica plena y el mismo crédito a sus denuncias y declaraciones que el que darían a las de personas sin discapacidad”⁷⁸⁴.

De otra parte, una consecuencia de la capacidad jurídica plena que es de central importancia para el tema que nos asiste es la privación forzosa de la libertad en instituciones

importante de apoyo por la que pueden expresar su voluntad y sus preferencias, que deben respetarse si llegan a encontrarse en la imposibilidad de comunicar sus deseos a los demás.” CRPD. op. cit. (*Observación General no. 01*), 2014, párr. 17.

⁷⁸¹ CRPD. op. cit. (*Observación General no. 01*), 2014, párr. 29, e).

⁷⁸² CRPD. op. cit. (*Observación General no. 01*), 2014, párr. 30.

⁷⁸³ CRPD. op. cit. (*Observación General no. 01*), 2014, párr. 2.

⁷⁸⁴ CRPD. op. cit. (*Observación General no. 01*), 2014, párr. 39.

de salud en contra de la voluntad. Esta práctica, lamentablemente común, es calificada por el CRPD como “una privación arbitraria de la libertad y viola los artículos 12 y 14 de la Convención”, lo que implica la obligación de los Estados de eliminarlas y no permitir que el consentimiento sea otorgado por personas que sustituyan a las personas con discapacidad en la adopción de decisiones, en nombre de ellas, para respetar el derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones⁷⁸⁵. El Comité entiende que el tratamiento forzoso es una práctica que viola simultáneamente: el artículo 14 de la Convención sobre el derechos a la libertad, la seguridad y el consentimiento; el artículo 25 sobre el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud⁷⁸⁶; el artículo 12, una vez que el consentimiento debe ser dado por la persona y no por otras que sustituyan su voluntad; los artículos 15, 16 y 17, que establecen los derechos a la integridad personal y la protección contra la tortura, la violencia, la explotación y el abuso. A saber: “Como ha afirmado el Comité en varias observaciones finales, el tratamiento forzoso por parte de profesionales de la psiquiatría y otros profesionales de la salud y la medicina es una violación del derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley y una infracción del derecho a la integridad personal (artículo 17), el derecho a la protección contra la tortura (artículo 15) y el derecho a la protección contra la violencia, la explotación y el abuso (artículo 16). Esa práctica niega la capacidad jurídica de una persona de elegir el tratamiento médico que ha de recibir y por lo tanto constituye una violación del artículo 12 de la Convención”⁷⁸⁷.

Finalmente, el CRPD entiende que el tratamiento forzoso es una práctica persistente en el mundo que impone una violación continua de los derechos fundamentales y que impacta de forma desproporcional y específica las personas con discapacidad psicosocial. Esta es una situación particularmente preocupante, una vez que, a pesar de haber previsiones legales en materia de salud mental en todo el mundo, los datos empíricos sobre salud mental y los estándares internacionales correspondientes indican que no se trata de una intervención eficaz, y el testimonio de los usuarios de los sistemas de salud mental evidencian “que han padecido sufrimientos y traumas profundos como consecuencia de tratamientos forzosos”⁷⁸⁸.

⁷⁸⁵ CRPD. op. cit. (*Observación General no. 01*), 2014, párr. 40.

⁷⁸⁶ A este respecto establece el CRPD: “El derecho a gozar del más alto nivel posible de salud (artículo 25) incluye el derecho a la atención de la salud sobre la base del consentimiento libre e informado. Los Estados partes tienen la obligación de exigir a todos los profesionales de la salud y la medicina (incluidos los profesionales de la psiquiatría) que obtengan el consentimiento libre e informado de las personas con discapacidad antes de cualquier tratamiento”. CRPD. op. cit. (*Observación General no. 01*), 2014, párr. 41.

⁷⁸⁷ CRPD. op. cit. (*Observación General no. 01*), 2014, párr. 42.

⁷⁸⁸ *Ibidem*.

1.3. Acceso a la justicia, libertad y seguridad

Específicamente sobre los derechos de acceso a la justicia (artículo 13), a la seguridad y a la libertad de la persona con discapacidad (artículo 14), el Comité publicó: una Declaración en el 2012⁷⁸⁹; las Directrices sobre el derecho a la libertad y la seguridad de las personas con discapacidad⁷⁹⁰; y, posee una amplísima producción tanto en Dictámenes sobre Comunicaciones como en Observaciones Finales sobre los informes presentados por los Estados. Además, se observa que las relaciones de las personas con discapacidad con la justicia se encuentran vinculadas en Observaciones realizadas a informes de países de todas las latitudes, continentes y “niveles” de desarrollo a los derechos a la protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 15), a la protección contra la explotación, la violencia y el abuso (artículo 16) y a la protección de la integridad personal (artículo 17).

En lo que toca al derecho de acceso a la justicia en igualdad con los demás, previsto en el artículo 13 de la Convención, a pesar de no haber desarrollado ningún documento particular, este aparece abundantemente en los dictámenes y observaciones generales y específicas. En efecto, se trata de un derecho transversal que va a tomar variadas formas siempre que la persona con discapacidad tenga contacto con la administración de justicia de su Estado. Así, cabe observar que el acceso a la justicia en igualdad de condiciones está íntimamente vinculado al derecho a la capacidad jurídica (artículo 12) e implica esencialmente que se realicen los ajustes necesarios para “facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares” (artículo 13, 1). Específicamente, en diversos casos el Comité mencionó aspectos del contenido de este derecho, como el derecho a tener un abogado, a no ser sometido a torturas o tratos crueles, a que el procedimiento y que los funcionarios sean adecuados para facilitar su

⁷⁸⁹ CRPD. «Declaración acerca del artículo 14 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.» *Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre su 12º período de sesiones*, 2012: Anexo IV.

⁷⁹⁰ CRPD, Directrices sobre el derecho a la libertad y la seguridad de las personas con discapacidad, Suplemento núm. 55 (A/72/55), Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Anexo, 2017.

participación, a que el procedimiento no le brinde un trato desigual, entre tanos otros (artículo 13, 2)⁷⁹¹.

Así, el CRPD reconoce que, dentro de la diversidad que implica pensar en las personas con discapacidad, otra vez las personas que padecen discapacidad mental o psicosocial son las más afectadas en todo el mundo por la vulneración del derecho a la libertad y a la seguridad. El ejercicio de estos derechos es invaluable para la dignidad humana e implica un vínculo directo con el ejercicio del derecho a la igualdad y a la capacidad jurídica en igualdad con las demás personas.

En el siguiente apartado, se analiza la Declaración acerca del artículo 14 de la Convención, en la cual el CRPD recompila los elementos centrales de la jurisprudencia desarrollada hasta el 2012; y, posteriormente, las Directrices en las cuales desglosa el derecho a la libertad y a la seguridad del artículo 14.

1.3.1. Prohibición absoluta de recluir a una persona por su discapacidad real o percibida

La Convención y el sistema universal de protección de derechos humanos, como ya se mencionó, no admiten excepciones al derecho de igualdad y no discriminación. A pesar de muchos Estados insistieren en este tipo de previsión legal, incluso en su legislación de salud mental, basándose en el presunto peligro que representan para sí mismas o para terceros, el Comité afirma que esta práctica es discriminatoria y que viola es artículo 14. En efecto, en todos los exámenes de informes de los Estados partes, el Comité ha determinado que el hecho de permitir la privación de libertad de personas con discapacidad basándose en que aparentemente representan un peligro para sí mismas o para terceros es un tipo de detención arbitraria que atenta contra el derecho a la libertad.

Posteriormente, al desarrollar con más profundidad esta prohibición en las Directrices sobre el derecho a la libertad y la seguridad de las personas con discapacidad, el Comité recuerda las definiciones de deficiencia y de discapacidad “(...) se entiende por *deficiencia* una

⁷⁹¹Jurisprudencia en este sentido: (CRPD/C/20/D/38/2016) (CCPR/C/112/D/2083/2011) (CCPR/C/50/D/330/1988) (CCPR/C/81/D/1033/2001).

circunstancia personal física, psicosocial, intelectual o sensorial que puede ir acompañada o no de limitaciones funcionales del cuerpo, la mente o los sentidos. Una deficiencia implica una diferencia con respecto a lo que suele considerarse la norma. La *discapacidad* se entiende como el efecto social de la interacción entre la deficiencia individual y el entorno social y físico, en el sentido del artículo 1 de la Convención”⁷⁹².

En este sentido, la prohibición aquí tratada guarda un estrecho vínculo con el derecho a la capacidad plena, una vez que se trata exactamente de una limitación que no es “natural” o intrínseca, sino fruto de la interacción de la sociedad con la deficiencia que presenta alguien. Asimismo, el Comité identifica que el derecho a gozar de libertad y no ser recluso por su deficiencia es un requisito indispensable para el goce de otros derechos, entre ellos el derecho a una vida digna, a tomar decisiones sobre su propia vida y a vivir de forma independiente y ser incluido en la comunidad (artículo19). De esta forma, el Comité aún afirma que “(...) la negación de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad y su privación de libertad en instituciones contra su voluntad, sin su consentimiento o con el consentimiento del sustituto en la adopción de decisiones, es una práctica que constituye una privación arbitraria de la libertad y viola los artículos 12 y 14 de la Convención, y que los Estados partes deben eliminarla”⁷⁹³.

En el Dictamen CRPD/C/16/D/7/2012, se analiza la relación entre la previsión legal de privación de libertad arbitraria de las personas con discapacidad y el ejercicio de los derechos al acceso a la justicia, a la igualdad y no discriminación y a la capacidad jurídica de la siguiente forma: “(...) la Ley de Acusados con Deficiencia Mental es discriminatoria, ya que solo se aplica a las personas con deficiencia cognitiva, y prevé su privación de libertad indefinida sin ninguna declaración de culpabilidad cuando son acusadas de delitos penales, mientras que las personas sin deficiencias cognitivas están protegidas contra ese trato mediante la aplicación de los principios de las debidas garantías procesales y del juicio imparcial”⁷⁹⁴.

Así, en las Directrices el Comité también evidencia que en estos casos existe una violación del derecho a la libertad y seguridad (artículo14) en conjunto con el derecho a la capacidad jurídica plena (artículo12) y a la protección contra la tortura y otros tratos o penas

⁷⁹² CRPD, op. cit. (*Directrices sobre el derecho a la libertad y la seguridad de las personas con discapacidad*), 2017, párr. 6.

⁷⁹³ CRPD, op. cit. (*Directrices sobre el derecho a la libertad y la seguridad de las personas con discapacidad*), 2017, párr. 8.

⁷⁹⁴ CRPD. *Dictamen Comunicación 7 2012, Caso Marlon Noble vs Australia*. CRPD/C/16/D/7/2012 (CRPD, 10 de Octubre de 2016), párr. 8.2.

cruelles, inhumanas o degradantes⁷⁹⁵. Este hecho queda muy evidente cuando el juicio gira en torno a la presencia o no de discapacidad psicosocial y no sobre la prueba de los hechos, violando el derecho a ser tratado en igualdad con los demás y a un juicio imparcial, constituyéndose en un impedimento legal de ejercicio pleno de la capacidad jurídica para que la persona pueda impugnar las pruebas, ser declarada inocente o tenga una sanción penal proporcional y adecuada a su condición, si es el caso. Esto conlleva a que, en muchos casos, la persona pueda ser encarcelada (en una prisión o un hospital psiquiátrico) sin haber sido condenada por ningún delito: en estos casos se torna evidente que la discapacidad es en realidad la causa de su reclusión⁷⁹⁶.

En este sentido, observados el derecho al acceso a la justicia y a las medidas de reparación, enfatiza la directriz 20 de los Principios y Directrices Básicas de las Naciones Unidas sobre los Recursos y Procedimientos relacionados con el Derecho de Toda Persona Privada de Libertad a Recurrir ante un Tribunal, aprobados por el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, que contiene medidas específicas relativas a las personas con discapacidad entre las cuales se destacan a efectos de esta investigación⁷⁹⁷:

a) La expresa prohibición del internamiento involuntario o por razón de la existencia de una discapacidad real o percibida, en particular sobre la base de la discapacidad psicosocial o intelectual real o percibida;

b) La obligación de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para prevenir y reparar los internamientos involuntarios o basados en la discapacidad;

⁷⁹⁵ CRPD. «Declaración acerca del artículo 14 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.» *Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre su 12º período de sesiones*, 2012: Anexo IV, pág. 16.

⁷⁹⁶ CRPD. *Dictamen Comunicación 7 2012, Caso Marlon Noble vs Australia*. CRPD/C/16/D/7/2012 (CRPD, 10 de Octubre de 2016), párrs. 8.6 - 8.10.

⁷⁹⁷ Asamblea General de Naciones Unidas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria Principios y Directrices Básicos de las Naciones Unidas sobre los Recursos y Procedimientos relacionados con el Derecho de Toda Persona Privada de Libertad a Recurrir ante un Tribunal*. 30º período de sesiones. Nueva York, Asamblea General de Naciones Unidas, 2015, A/HRC/30/37, párrfs. 103, 104, 105, 106, b) y c), 107, a), b) y e).

c) El derecho de acceso a la justicia en igualdad de condiciones con los demás, así como a todas las garantías, incluyendo las procesales, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos;

d) Los ajustes procesales para el respeto del acceso a la justicia incluyen el deber de informar a las personas con discapacidad sobre el apoyo adecuado para el ejercicio de su capacidad de obrar con respecto a los procedimientos relacionados con la detención y en el propio lugar de detención, y se les debe facilitar el acceso a él; el apoyo al ejercicio de la capacidad de obrar debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe constituir sustitución en la adopción de decisiones;

e) A las personas con discapacidad psicosocial debe ser dada la oportunidad de ser sometidas rápidamente a juicio, con el apoyo y los ajustes necesarios, en lugar de declararlas incapaces;

f) Establece la obligación de realizar el *desagravio por mandato judicial personal* de las personas en tratamiento forzoso que consiste en una orden que requiera que el centro ponga inmediatamente en libertad a la persona y/o cese inmediatamente cualquier medida;

g) Instituye, además, el *desagravio por mandato judicial colectivo*, en el que los centros de salud mental abran las puertas e informen a las personas de su derecho a marcharse, y el establecimiento de una autoridad pública para proveer el acceso a la vivienda, medios de subsistencia y otras formas de apoyo económico y social a fin de facilitar la desinstitucionalización y el derecho a vivir de forma independiente y ser incluido en la comunidad.

h) Los servicios o programas de asistencia no deben estar centrados en la prestación de servicios de salud mental o tratamiento, sino servicios comunitarios gratuitos o asequibles, incluidas alternativas que estén exentas de diagnósticos e intervenciones médicas. El acceso a los medicamentos y la asistencia en la retirada de los medicamentos debe estar disponible para quienes lo deseen.

1.3.2. Declaración de incapacidad en el sistema de justicia penal (inimputabilidad) y sus consecuencias: reclusión involuntaria en unidad penitenciaria o en una institución de salud.

Tanto en la Declaración como en las Directrices, el CRPD afirma que la declaración de incapacidad en el sistema de justicia penal (inimputabilidad) y la reclusión en una unidad penitenciaria o en una institución de salud en base a dicha discapacidad “contravienen el artículo 14 de la Convención, ya que privan a la persona de su derecho a las debidas garantías procesales y salvaguardias aplicables a cualquier acusado”⁷⁹⁸. De tal forma, el Comité advierte que las personas que tengan alguna discapacidad y que cometan delitos sean tratadas conforme el principio de igualdad y no discriminación, y que los Estados realicen los ajustes razonables pertinentes⁷⁹⁹.

Llama la atención el hecho de que la mayor parte de los puntos tratados en las Directrices es específicamente sobre el tratamiento de las personas con discapacidad psicosocial, tanto en relación a la justicia penal como al tratamiento por el sistema de salud mental. En definitiva, muchas veces estas dos esferas (psiquiátrica y penal) se mezclan y se confunden, tanto en sus raíces historias, como en sus epistemologías y, sobre todo, en sus prácticas, que mantienen el mismo patrón de privación de libertad de las personas con discapacidad.

Como resultado, en ambas áreas, se devela una reiterada discriminación de las personas con discapacidad en el ejercicio del derecho a la libertad que les impide gozar de los demás derechos y les hace profundamente vulnerables a prácticas como tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, tal como sistemáticamente indican los Informes de los Estados parte⁸⁰⁰. En estos informes, lamentablemente no faltan relatos de hechos cualificados por el Comité como tortura o violación al derecho a la integridad personal, tales como el tratamiento forzoso, incluso de niños y niñas con discapacidad, la esterilización forzada, la interrupción forzada del embarazo, la castración quirúrgica, el uso indiscriminado de métodos

⁷⁹⁸ CRPD op. cit. (*Declaración acerca del artículo 14 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*), 2014: Anexo IV, pág. 16.

⁷⁹⁹ *Ibidem*.

⁸⁰⁰ Asamblea General de Naciones Unidas. *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria Principios y Directrices Básicos de las Naciones Unidas sobre los Recursos y Procedimientos relacionados con el Derecho de Toda Persona Privada de Libertad a Recurrir ante un Tribunal*. 30º período de sesiones. Nueva York, Asamblea General de Naciones Unidas, 2015. A/HRC/30/37.

de inmovilización física y química, restricción física de movimientos, encierro, reclusión en régimen de aislamiento, palizas constantes, sobre medicalización, terapia electroconvulsiva (aplicada en mayor cantidad en mujeres), ingesta forzada de medicamentos (incluidos neurolépticos), precarias condiciones materiales, entornos degradantes y de hacinamiento de por vida, y hasta se informa sobre una ley en la que se aprueba “que los tutores de las personas declaradas “incapaces” puedan decidir sobre la experimentación científica e investigación en sus cuerpos, sin su consentimiento libre e informado”⁸⁰¹. Sobre este aspecto, las Directrices señalan que “el Comité ha pedido a los Estados partes que protejan la seguridad y la integridad de las personas con discapacidad privadas de libertad, entre otras cosas eliminando el recurso a los tratamientos forzosos, el aislamiento y los diversos métodos de inmovilización en establecimientos médicos, con inclusión de las medidas de contención física, farmacológica y mecánica. El Comité ha determinado que estas prácticas no son conformes con la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de las personas con discapacidad, con arreglo al artículo 15 de la Convención”⁸⁰².

Asimismo, el Comité considera que el internamiento involuntario o no consentido en instituciones de salud mental, aún si ocurre durante la privación de libertad o en situaciones de emergencia y de crisis, entraña la negación de la capacidad jurídica de estas personas y contradice la prohibición absoluta de privación de libertad por motivos de discapacidad del artículo 14, párrafo 1, b). En este sentido, reiteradas veces el CRPD afirmó que los servicios de salud mental, incluidos los prestados en el marco de una pena privativa de libertad, deben ser consentidos y que los Estados deben formar el personal sanitario, incluidos los psiquiatras, en este marco legal.

Del mismo modo, el consentimiento no puede ser otorgado por personas que sustituyan a la persona con discapacidad, incluidas las decisiones a ser tomadas en situaciones de emergencia y de crisis⁸⁰³. El internamiento forzoso jamás puede ocurrir bajo el argumento del “interés superior”, indicando que cuando no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, la determinación

⁸⁰¹ Como ejemplo, verificar las siguientes Observaciones: CRPD/C/DEU/CO/1; CRPD/C/MEX/CO/1; CRPD/C/KOR/CO/1; CRPD/C/DNK/CO/1; CRPD/C/CZE/CO/1; CRPD/C/DOM/CO/1; CRPD/C/PER/CO/1; CRPD/C/SWE/CO/1; CRPD/C/TKM/CO/1; CRPD/C/HRV/CO/1; CRPD/C/AUT/CO/1; CRPD/C/AZE/CO/1; CRPD/C/CRI/CO/1; CRPD/C/PRY/CO/1; CRPD/C/ESP/CO/1; CRPD/C/ECU/CO/1.

⁸⁰² CRPD, Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 16º período de sesiones. Nueva York, Asamblea General de Naciones Unidas, 2017, A/72/55, párr. 12.

⁸⁰³ CRPD. op. cit. (Observación General no. 01), 2014, párr. 42.

del “interés superior” debe ser sustituida por la “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”⁸⁰⁴. Finalmente, este apoyo debe ser efectivo, en lenguaje comprensible y debe contar con opciones no médicas y de atención en la comunidad, en respeto al artículo 19.

En este escenario, otro tema tratado por la Comisión en el documento en análisis y de especial relevancia para este trabajo, es la privación de libertad por el peligro que presuntamente podrían representar las personas con discapacidad, por una supuesta necesidad de atención o tratamiento, o por cualquier otro motivo. Este supuesto peligro, que muchas veces posee previsión legal, tal como ocurre en los casos en que al inimputable se le impone el internamiento involuntario, tiene naturaleza discriminatoria y es contrario al artículo 14 de la Convención. Sobre el tema, el CRPD es enfático al evaluar que “la *reclusión involuntaria* de personas con discapacidad *basada en el riesgo o el peligro*, la supuesta necesidad de atención o tratamiento u otras razones vinculadas a la deficiencia o a un diagnóstico médico, como la gravedad de la deficiencia, o bien con fines de observación, *atenta contra el derecho a la libertad y equivale a una privación de libertad arbitraria*”⁸⁰⁵.

De esta forma, la reclusión de personas inimputables o de cualquier forma consideradas no aptas para comparecer en juicio en los sistemas de justicia penal, que se conoce como instituto jurídico de la inimputabilidad, así como su tradicional consecuencia jurídica, la medida de seguridad a estas personas “contravienen el artículo 14 de la Convención porque privan a las personas de sus derechos a las debidas garantías procesales y salvaguardias aplicables a todo acusado en la justicia penal”⁸⁰⁶. Así, se recomienda la derogación de dichos dispositivos legales y la plena participación efectiva de las personas con discapacidad psicosocial en sus procesos, gozando de las mismas garantías penales que las demás⁸⁰⁷.

Específicamente sobre las medidas de seguridad, existe una fuerte preocupación sobre las medidas que son impuestas por tiempo indefinido y por la falta de garantías en los procesos penales que las imponen, realidades todavía frecuentes, sobre todo en Latinoamérica. Sin embargo, el Comité considera que todas las formas de medida de seguridad impuestas a las

⁸⁰⁴ CRPD, op. cit. (Observación General no. 01), 2014, párr. 21.

⁸⁰⁵ CRPD, op. cit. (Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), 2017, párr. 13.

⁸⁰⁶ CRPD, op. cit. (Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), 2017, párr.16.

⁸⁰⁷ Jurisprudencia del CRPD en el mismo sentido: CRPD/C/AUS/CO/1, CRPD/C/MNG/CO/1, CRPD/C/DOM/CO/1, CRPD/C/CZE/CO/1, CRPD/C/HRV/CO/1, CRPD/C/DEU/CO/1, CRPD/C/DNK/CO/1, CRPD/C/ECU/CO/1, CRPD/C/KOR/CO/1, CRPD/C/MEX/CO/1, CRPD/C/NZL/CO/1.

personas con discapacidad psicosocial son formas de tratamiento forzoso que deben ser eliminadas de los ordenamientos jurídicos de los Estados parte^{808 809}.

1.3.2. Condiciones de reclusión de las personas con discapacidad

El Comité llama la atención para las condiciones de vida de las personas con discapacidad que en están en reclusión, tanto en prisiones como en establecimientos psiquiátricos, en razón de haber recibido una sentencia penal. Estos establecimientos deben ser accesibles y ofrecer condiciones dignas de vida, de forma a no incrementar el sufrimiento ya impuesto por la pena. De la misma forma, el marco jurídico de los Estados debe promover los ajustes razonables necesarios a estos fines, consagrados en la Convención, lo que impone la formación de funcionarios judiciales, de las prisiones, y de salud mental, incluidos los psiquiatras, para que se logren dichos objetivos⁸¹⁰. Sobre este tema, el Comité enuncia en el Dictamen del caso de X, representado por la abogada Valeria G. Corbacho, contra Argentina que “la falta de estructura adecuada para las personas con discapacidad, y las precarias condiciones de detención constituyen un atropello a su dignidad y un trato inhumano”⁸¹¹.

De igual forma, se observa la necesidad de aplicar mecanismos de supervisión y revisión a los casos de personas con discapacidad privadas de libertad en los cuales se asegure la participación de la sociedad civil. De forma enfática, el CRPD destaca que “la supervisión de las instituciones existentes y la revisión de las detenciones no entrañan la aceptación de la práctica del internamiento forzoso”, una vez que para la Convención este se trata de formas de tortura, trato inhumano y degradante, como ya se analizó en el apartado anterior⁸¹². Asimismo, se reafirma que la finalidad de la existencia del mecanismo de revisión debe ser la de impugnar las detenciones arbitrarias y lograr la inmediata puesta en libertad de las personas que se

⁸⁰⁸ CRPD, op. cit. (Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), 2017, párr. 20.

⁸⁰⁹ Jurisprudencia del CRPD en el mismo sentido: (CRPD/C/BEL/CO/1) (CRPD/C/ECU/CO/1) (CRPD/C/DEU/CO/1).

⁸¹⁰ CRPD, op. cit. (Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), 2017, párr. 17-18
Jurisprudencia del CRPD en el mismo sentido: CRPD/C/HRV/CO/1, CRPD/C/COK/CO/1, CRPD/C/MNG/CO/1, CRPD/C/TKM/CO/1, CRPD/C/CZE/CO/1, CRPD/C/DEU/CO/1, CRPD/C/KOR/CO/1, CRPD/C/NZL/CO/1, CRPD/C/AZE/CO/1, CRPD/C/AUS/CO/1, CRPD/C/SVK/CO/1, CRPD/C/MEX/CO/1).

⁸¹¹ CRPD/C/11/D/8/2012, párr. 8.

⁸¹² CRPD, op. cit. (Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), 2017, párr. 19.

encuentran reclusas arbitrariamente, y jamás debe implicar a la prolongación de su detención⁸¹³.

Finalmente, se observa que existen otras opciones para la respuesta penal a los delitos cometidos por personas con discapacidad, sobre todo en caso de discapacidad psicosocial, grupo afectado desproporcionalmente por todos los efectos del encierro. De hecho, en el Dictamen Marlon James Noble versus Australia el Comité observó que los efectos psicológicos del encarcelamiento indefinido son irreparables y constituyen un trato inhumano y degradante. Así, e la privación de libertad debe ser la última opción en estos casos, a ser usado cuando los demás recursos, como mecanismos de remisión, sistemas de justicia restaurativa y programas alternativos (comunitarios) de atención a la salud mental, por ejemplo, no sean suficientes⁸¹⁴.

En este contexto vale resaltar que, en ningún caso “los programas de remisión no deben implicar la transferencia a centros de salud mental”⁸¹⁵. Sobre este particular, el Comité nota que los Estados establecen como solución para el problema visibilizado en la legislación penal, la simple transferencia de las personas con discapacidad psicosocial a la legislación de salud mental, sobre lo que afirma lo siguiente: “Con frecuencia se deniega la igualdad de protección a las personas con discapacidad en virtud de esas leyes, y se les aplica una legislación diferente, como pueden ser las leyes sobre salud mental. Estas otras leyes y procedimientos suelen tener un nivel de exigencia inferior en lo que respecta a la protección de los derechos humanos, en particular el derecho a las debidas garantías procesales y a un juicio imparcial, y son incompatibles con el artículo 13, leído conjuntamente con el artículo 14 de la Convención”⁸¹⁶.

En ambos casos (reclusión psiquiátrica o penitenciaria), el Estado asume la posición de garante en virtud del “fuerte control o dominio” ejercido sobre las personas con discapacidad privadas de libertad, al cual corresponde la vulnerabilidad de la persona con discapacidad en el encierro, sometida a malos tratos a los cuales no se puede oponer y contra los cuales no puede defenderse CRPD/C/16/D/7/2012. La posición de garante incluye el derecho a la salud y a la rehabilitación (arts. 25 y 26), como se desarrollará con más detalle enseguida⁸¹⁷.

⁸¹³ CRPD/C/KOR/CO/1.

⁸¹⁴ CRPD/C/16/D/7/2012, párrs. 5.13, 7,10 y 8.9.

⁸¹⁵ CRPD/C/AUS/CO/1, párr. 29.

⁸¹⁶ CRPD, op. cit. (Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), 2017, párr.14.

⁸¹⁷ CRPD/C/11/D/8/2012

En definitiva, lo que pretende el Comité y la Convención no significa promover la impunidad de las personas con discapacidad psicosocial, más garantizar que tengan un tratamiento adecuado a sus necesidades que les permita una efectiva resocialización y no se perpetúe el mecanismo de discriminación legal de estas personas que son la inimputabilidad y las medidas de seguridad, que producen exclusión y una vida sin dignidad.

1.4. Derecho a una vida independiente y a ser incluido en la comunidad (artículo 19) y al respeto al hogar y la familia (artículo 23)

A lo largo de la historia, se ha tratado a las personas con discapacidad como incapaces y, por esta razón se les ha negado la posibilidad de tomar decisiones y ejercer el control de manera personal sobre su vida, lo que generó continuamente una situación de dependencia, (institucional y/o familiar), abandono y exclusión. De otra parte, el Estado tampoco invirtió en proporcionar una vida independiente en la comunidad de estas personas, y sigue destinando los recursos para instituciones que perpetúan esta forma incapacitante de control⁸¹⁸. Así, el Comité pondera que muchas personas con discapacidad viven en la pobreza y de forma dependiente y aislada, aunque el costo de la exclusión social es elevado, y “engendra estigmatización, segregación y discriminación, que pueden conducir a la violencia, la explotación y el abuso, así como a la creación de estereotipos negativos que alimentan el ciclo de marginación de las personas con discapacidad”⁸¹⁹.

Esta situación es substancialmente preocupante cuando se analiza la realidad específica de las personas con trastornos mentales. Así, la OMS reconoce que “(...) la fracción de gasto en salud mental que no se asigna a los hospitales neuropsiquiátricos puede considerarse una medida indirecta de hasta qué punto existe una buena asignación del gasto en salud mental, dado que los hospitales psiquiátricos carecen de datos probatorios de la eficacia, son notoriamente ineficientes y, de hecho, pueden dar lugar a prácticas yatrógenas”⁸²⁰.

⁸¹⁸ Sobre este particular, la OMS indica que los países de mayores ingresos no solo gastan una proporción mayor de su presupuesto de salud en servicios de salud mental, sino que posiblemente también asignan de mejor manera esa proporción cada vez mayor, a servicios de salud mental que se basan en la evidencia y siguen las directrices internacionales, proporcionando un tratamiento integrado en los servicios generales de salud y apoyo comunitario. magnitud del desequilibrio en el gasto, y considerando la carga de los trastornos mentales que debe gestionarse en la comunidad respecto al gasto no absorbido por los hospitales neuropsiquiátricos, se puede obtener un ordenamiento muy diferente. OMS, *Invertir en Salud Mental*, Ginebra: OMS, 2004, pág. 38.

⁸¹⁹ CRPD, Observación general núm. 5 sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, CRPD/C/GC/5, 2017, párr. 5.

⁸²⁰ OMS. *La Carga de los trastornos mentales en la región de las Américas*. Washington: OMS, 2018, pág. 29.

Para responder a este contexto, el artículo 19 de la Convención presenta dos aspectos claros: el derecho a una vida independiente, de naturaleza privada o individual, y el derecho a vivir en la comunidad, de carácter público o social. Esta previsión no representa exactamente una novedad en lo que toca al sistema internacional de protección de los derechos humanos, una vez que el derecho a una vida independiente es reconocido desde la misma Declaración Universal de Derechos Humanos que, en el artículo 29, párrafo 1, que establece la interdependencia del desarrollo personal de un individuo y el aspecto social de formar parte de la comunidad. Posteriormente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos refiere al derecho de toda persona a circular libremente y a escoger libremente su residencia, el derecho a un nivel de vida adecuado (artículo 12), incluyendo alimentación, vestido y vivienda adecuados (artículo 11), además de muchos otros documentos posteriores⁸²¹.

⁸²¹ Los párrafos 11 a 14 de la Observación general Núm. 5 recuerdan además los siguientes instrumentos en el derecho internacional de los derechos humanos sobre el mismo tema: Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 22; la observación general núm. 27 (1997) del Comité de Derechos Humanos sobre la libertad de circulación, párr. 1; y la observación general núm. 4 (1991) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho a una vivienda adecuada, párr. 7; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer hace hincapié en la igualdad entre la mujer y el hombre y condena la discriminación contra la mujer en todas sus formas (artículo 1), que reafirma la igualdad entre mujeres y hombres en materia legal, incluida la capacidad jurídica y las oportunidades para el ejercicio de esa capacidad (artículo 15, párr. 2), y establece que los Estados partes les reconocerán los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio (artículo 15, párr. 4); Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 9, párrafo 1 establece que los Estados partes “velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”. Los Estados partes en la presente Convención “prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño”, según se garantiza en el artículo 18, párrafo 2. artículo 20, párrafo 1: “los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”, y párrafo 2: “los Estados partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños”. Además, el artículo 23, párrafo 1, establece que todos los niños con discapacidad deberán disfrutar de una vida en condiciones que aseguren su dignidad, les permitan llegar a bastarse a sí mismos y faciliten su participación activa en la comunidad. El Comité de los Derechos del Niño ha expresado su preocupación por el gran número de niños con discapacidad que son internados en instituciones e instó a los Estados partes a que, mediante programas de desinstitutionalización, apoyaran su capacidad de vivir con su familia o la familia ampliada o en hogares de guarda; En su observación general núm. 5, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales subraya que “la segregación y el aislamiento conseguidos mediante la imposición de impedimentos físicos y sociales” se consideran discriminación. También destaca, en relación con el artículo 11, que el derecho a un nivel de vida adecuado no solo incluye el acceso en igualdad de condiciones a una alimentación adecuada, una vivienda accesible y otras necesidades materiales básicas, sino también la disponibilidad de servicios de apoyo y de recursos y tecnologías auxiliares que respeten plenamente los derechos humanos de las personas con discapacidad; Nueva Agenda Urbana aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Vivienda y el Desarrollo Urbano Sostenible (Hábitat III) como parte integrante de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Promueve un modelo de ciudades y asentamientos humanos en los que todas las personas puedan disfrutar de los derechos y oportunidades en pie de igualdad, promoviendo que sean inclusivos, justos, seguros, saludables, accesibles, asequibles, adaptables y sostenibles. En lo que atañe al artículo 19 de la Convención, la meta 10.2 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (potenciar y promover la inclusión social,

En la Observación General núm. 5 el Comité da a conocer algunas definiciones relevantes para la aplicación de este derecho, partiendo del concepto de vida independiente, aplicado al contexto de las personas con discapacidad. Así, vivir de forma independiente no implica vivir solo ni poder realizar por sí mismo todas las actividades cotidianas, sino tener la posibilidad de, con apoyo, tomar decisiones y controlar todos los aspectos de la vida, no solamente en lo que respecta a su tratamiento o a los actos jurídicos, sino tener libertad sobre su estilo de vida y sobre los detalles de la cotidianidad con autonomía. En otras palabras, significa poseer “(...) la autonomía personal y la libre determinación son fundamentales para la vida independiente, incluidos el acceso al transporte, la información, la comunicación y la asistencia personal, el lugar de residencia, la rutina diaria, los hábitos, el empleo digno, las relaciones personales, la ropa, la nutrición, la higiene y la atención de la salud, las actividades religiosas y culturales, y los derechos sexuales y reproductivos”⁸²².

De otra parte, ser incluido en la comunidad implica la posibilidad de participación activa de forma a poseer una vida social que posibilite recibir el apoyo que sea necesario para el efecto y el acceso a los servicios públicos, al trabajo, educación, entre tantos otros, en igualdad de condiciones con los demás. Para el efecto, se hace necesario contar con apoyo o asistencia personal, desde que este servicio sea controlado por la persona que lo recibe y que tenga por finalidad promover una vida independiente.

En este contexto, vale la pena observar que muchos dispositivos o sistemas comunitarios (también llamados sistemas de vida independiente) como las residencias, muchas veces son concebidos como otras formas de institucionalización, toda vez que mantienen las mismas lógicas de control. Así, el Comité advierte que “si bien los entornos institucionalizados pueden variar en tamaño, nombre y organización, tienen ciertos elementos inherentes (...) como la rigidez de la rutina independientemente de la voluntad y las preferencias de la persona”⁸²³, entre otros elementos⁸²⁴. De dicha forma, aunque pueda existir algún grado de elección, en

económica y política de todas las personas) y la meta 11.1 (asegurar el acceso de todas las personas a viviendas y servicios básicos adecuados, seguros y asequibles) revisten especial importancia.

⁸²² CRPD, op. cit. (Observación general núm. 5 sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad), 2017, párr. 16, a).

⁸²³ CRPD, op. cit. (Observación general núm. 5 sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad), 2017, párr. 16, c).

⁸²⁴ “el hecho de compartir de forma obligatoria los asistentes con otras personas y la escasa o nula influencia que se puede ejercer sobre aquellos de quienes se debe aceptar la ayuda; el aislamiento y la segregación respecto de la vida independiente en la comunidad; la falta de control sobre las decisiones cotidianas; la nula posibilidad de elegir con quién se vive; actividades idénticas en el mismo lugar para un grupo de personas sometidas a una cierta

muchos casos siguen siendo institucionalizadas las personas con discapacidad si no modifican el carácter de control y segregación característico. Por consiguiente, las políticas de desinstitucionalización necesitan de reformas estructurales que superen el cierre de los entornos institucionales y posibiliten una verdadera red de apoyo institucional y comunitaria.

Con respecto a la estructura del artículo 19, se establece en primer lugar el derecho a “elegir dónde y con quien vivir”, lo que implica también la opción del estilo de vida, con el control sobre la rutina y el estilo de vida. Para el efecto, los Estados deben incidir para proporcionar opciones y apoyo fuera de las instituciones y brindar información accesible sobre las oportunidades existentes. De otra parte, los servicios de apoyo, incluida la asistencia personal, son imprescindibles para la inclusión social de muchas personas. Sobre este tema particular, el Comité advierte que el servicio debe ser concebido para facilitar la vida en comunidad y el desarrollo de las potencialidades de la persona. El servicio debe ser elegido, así como la persona o el proveedor del mismo, y “el apoyo personalizado debe ser suficientemente flexible para adaptarse a las exigencias de los “usuarios” y no a la inversa”⁸²⁵.

Finalmente, se identifica la necesidad de intervención en la comunidad para facilitar la inclusión de las personas con discapacidad, sea a través de los muchos ajustes de accesibilidad, sea a través de programas de desarrollo comunitario y de información y sensibilización social, especialmente en relación a la orientación de las familias.

En definitiva, el artículo 19 posee especial trascendencia e interdisciplinariedad, impactando todos los demás derechos dispuestos en la Convención, tanto en lo que toca a los derechos civiles como en relación a los derechos políticos, económicos, sociales y culturales. De hecho, el Comité considera que el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad “solo puede lograrse si se hacen efectivos todos los derechos económicos, civiles, sociales y culturales establecidos y es un ejemplo de la interrelación, interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos”⁸²⁶.

En consecuencia, este derecho está también vinculado con el derecho a la igualdad y no discriminación, una vez que el apoyo se constituye en medida esencial para la inclusión social

autoridad; un enfoque paternalista de la prestación de los servicios; la supervisión del sistema de vida; y, por lo general, una desproporción en el número de personas con discapacidad que viven en el mismo entorno” *Ibidem*.

⁸²⁵ CRPD, op. cit. (*Observación general núm. 5*), 2017, párr. 28.

⁸²⁶ CRPD, op. cit. (*Observación general núm. 5*), 2017, párr. 7.

en igualdad con los demás. Asimismo, el derecho de ejercer su voluntad y sus preferencias solamente es posible en un escenario en el que se respete la capacidad jurídica plena y el acceso a la justicia de las personas con discapacidad de conformidad con los artículos 12 y 13. De igual forma, es manifiesta la conexión entre el derecho a una vida independiente en la comunidad con el ejercicio de los derechos políticos y de participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte (artículos 29 y 30), del derecho al trabajo (artículo 27) y a una educación inclusiva (artículo 24).

Además, acentúa el Comité que el internamiento involuntario por motivos de deficiencia o por la presunta peligrosidad de la persona con discapacidad psicossocial “suele estar originado o se ve incrementado por la falta de servicios de apoyo específicos para la discapacidad”⁸²⁷. Esto destaca la interdependencia entre el derecho a una vida independiente y los derechos a la seguridad y a la libertad, que, para las personas con trastorno mental, tiene especial relevancia debido a la sistematicidad de su vulneración. En este contexto, el Comité llama la atención para las obligaciones específicas de los Estados sobre la materia indicando que se requiere la derogación de las leyes, políticas y estructuras que forjen barreras de acceso a los servicios de apoyo, instalaciones y servicios generales, así como la abstención de nuevas normativas que tengan el mismo efecto⁸²⁸.

Asimismo, el Comité recalca que, entre las implicaciones prácticas del contenido de este derecho está “la obligación de poner en libertad a todas las personas que están confinados en contra de su voluntad en servicios de salud mental u otras formas de privación de libertad específicas de la discapacidad”⁸²⁹. Igualmente, el derecho a una vida independiente encierra la proscripción de todas las formas de tutela y el deber de sustituir los regímenes de reemplazo en la toma de decisiones por alternativas de apoyo para la adopción de decisiones legítimas.

1.5. Derecho a la salud, a la habilitación y rehabilitación

El CRPD no desarrolló hasta el momento una Observación General que oriente los Estados en el cumplimiento de las obligaciones que derivan del derecho a la salud y a la

⁸²⁷ CRPD, op. cit. (*Observación general núm. 5*), 2017, párr. 82.

⁸²⁸ CRPD, op. cit. (*Observación general núm. 5*), 2017, párr. 97.

⁸²⁹ CRPD, op. cit. (*Observación general núm. 5*), 2017, párr. 48.

habilitación y rehabilitación, sin embargo, existe abundante jurisprudencia sobre el tema. En este apartado se hará referencia a la jurisprudencia específica sobre el tema de investigación y al paradigmático Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, realizado al Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas el 28 de marzo de 2017⁸³⁰.

Inicialmente, se puede constatar que el marco jurídico vinculante en el tema del derecho a la salud se desarrolló a partir del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, primer documento a prever el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud mental. Posteriormente, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño también trataron del tema, estableciendo que los Estados tienen la obligación de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho a la salud en sus ordenamientos jurídicos y políticas públicas.

En lo que toca al contenido de la Convención, se puede observar que se establece el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad y a la habilitación y rehabilitación. Estos servicios se dirigen no solamente al tratamiento de las personas que padecen alguna discapacidad, mas también tienen por finalidad la prevención de nuevos casos. Como ejes centrales, el derecho a la salud establece su contenido basado en: obligación de accesibilidad gratuita o a precios asequibles al servicio; la no discriminación de las personas con discapacidad por los seguros de salud y de vida; la necesaria prestación del servicio en las comunidades, incluidas las que se encuentran en zonas rurales; la exigencia del consentimiento libre e informado para la atención a la salud; la formación, capacitación y sensibilización de los equipos de atención para una atención respetuosa de los derechos humanos, a la dignidad y a la autonomía; y la promulgación de normas éticas específicas para la atención a personas con discapacidad⁸³¹.

El derecho a la habilitación y a la rehabilitación tiene por objetivo lograr máxima independencia para cada persona, y el desarrollo de su capacidad física, mental, social y vocacional para promover la inclusión y la participación plenas. Los servicios de habilitación y rehabilitación abarcan no solamente el ámbito de la salud, más el laboral, educacional, y los

⁸³⁰ ONU. Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 35º período de sesiones. Nueva York, Consejo de Derechos Humanos, 2017, A/HRC/35/21.

⁸³¹ ONU. *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Nueva York: ONU, 2006, artículos 25 y 26.

diversos tipos de servicios sociales y deben comenzar en la edad más temprana posible. La atención debe ser, por lo tanto, multidisciplinar y debe dirigirse, igual que los demás derechos, a la inclusión en la comunidad en todos sus aspectos. Cobra especial relevancia también aquí la formación continua de todos los profesionales responsables, incluyendo la actualización constante en lo que toca a las nuevas tecnologías, que deben estar disponibles para el uso en apoyo a las personas con discapacidad, tanto en el tratamiento como en su cotidianidad⁸³².

En definitiva, el desarrollo normativo del derecho a la salud está vinculado al derecho a la libertad, a no ser sometido a intervenciones no consentidas, al respeto a la capacidad jurídica, el derecho a la integración y al tratamiento en la comunidad con el apoyo apropiado para vivir de forma independiente⁸³³, como lo confirma su interdependencia con los demás artículos de la Convención. Si bien el derecho a la salud no se agota en el debate sobre el consentimiento informado, esta discusión ha ocupado mucho espacio, como fruto de la incapacidad de los organismos y Estados de plantear alternativas no forzosas que respeten el derecho a la salud mental. Con este precedente, el Relator Especial llama la atención para el concepto de salud establecido por la OMS y para la relevancia de su utilización como parámetro para los organismos de derechos humanos.

En este sentido, la concepción de que la salud es “un Estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” no solamente incluye la idea de salud mental, como la vincula con una concepción biopsicosocial muy coherente con los estándares de la CDPD. En efecto, comprender la complejidad de los determinantes sociales de la salud mental, entonces, es un importante paso que requiere el modelo social de concepción de la discapacidad que maneja la Convención. Así, destaca el Relator Especial que “Las políticas públicas siguen descuidando la importancia de las condiciones previas de una mala salud mental, como la violencia, el desempoderamiento, la exclusión y el aislamiento social y la desintegración de las comunidades, las desigualdades socioeconómicas sistémicas y las condiciones nocivas en el trabajo y las escuelas. Las políticas de salud mental que ignoran el entorno social, económico y cultural no solo desatienden a las

⁸³² *Ibidem*.

⁸³³ ONU. op. cit., (Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental), 2017, párr. 31.

personas con discapacidad, sino también la promoción de la salud mental de muchas otras personas en diferentes etapas de su vida”⁸³⁴.

A pesar del reconocimiento de la relevancia de la salud mental, el Relator también evidencia una desproporción entre los recursos destinados a la salud física y la salud mental, así como la predominancia del modelo biomédico concepción de salud mental. Al efecto, observa que la salud mental no goza en ningún lugar del mundo de condiciones de igualdad con la salud física, recibiendo, cuando mucho, el 7% del presupuesto general de la salud⁸³⁵. De otra parte, el énfasis en los aspectos y procesos neurobiológicos llevan a la excesiva medicalización y a un reduccionismo que engendra la negligencia persistente de los demás determinantes e impactan en la limitación de las opciones terapéuticas⁸³⁶. Así, evaluando la carga mundial de obstáculos para la salud mental el Relator llega a la conclusión de que “las crisis en la salud mental no deberían ser gestionadas como una crisis de los trastornos mentales, sino como una crisis de los obstáculos sociales que impiden el ejercicio de los derechos individuales”⁸³⁷.

De otra parte, el Relator Especial llama la atención para la ligación entre capacidad jurídica y derechos a la salud, una vez que “la denegación de la capacidad jurídica conlleva la privación de libertad y el sometimiento a intervenciones médicas forzadas, lo que plantea interrogantes no solo con respecto a la prohibición de la detención arbitraria y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, sino también sobre el derecho a la salud”⁸³⁸. Así, el *status quo* de la psiquiatría en la actualidad sigue ejerciendo poder y favoreciendo la dominación del equipo médico sobre los pacientes y usuarios, menoscabando los derechos fundamentales de los últimos⁸³⁹.

Estas asimetrías de poder se manifiestan en el paternalismo que quita autonomía y el derecho de tomar decisiones sobre la propia salud, sobre todo si se cumulan el ámbito psiquiátrico con el carcelario. Específicamente sobre el respeto al derecho a la salud mental el CRPD se pronunció en el mencionado caso de X, representado por la abogada Valeria G.

⁸³⁴ ONU, op. cit., (Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental), 2017, párr. 13.

⁸³⁵ *Ibidem*, párr. 6.

⁸³⁶ *Ibidem*, párrs.18-19.

⁸³⁷ *Ibidem*, párr. 86.

⁸³⁸ *Ibidem*, párr. 31.

⁸³⁹ *Ibidem*, párrs. 21-24.

Corbacho, contra Argentina en el sentido que las personas con discapacidad tienen el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación, incluso si están en prisión, en donde se debe asegurar el acceso a la rehabilitación⁸⁴⁰. Además, el artículo 26 de la Convención dispone que los Estados parte adoptarán medidas efectivas y pertinentes para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida, mediante servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, de forma que esos servicios y programas comiencen en la etapa más temprana posible y se basen en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona.

Finalmente, el Relator enuncia lo que llama de marco del derecho a la salud mental, originado en los documentos internacionales sobre el tema, tanto a partir de los organismos de derechos humanos como de los estándares de la OMS. De forma muy resumida, componen el marco de referencia⁸⁴¹:

- Las obligaciones asumidas por los Estados en los diversos tratados ya mencionados;
- La Cooperación Internacional sobre salud mental, también establecida por los tratados y que recibió solamente el 1% de la ayuda internacional en materia de salud en el mundo;
- El derecho de participación de todas las personas para las decisiones en salud mental, tanto en el ámbito político como comunitario.
- El derecho de no discriminación de las personas con discapacidad psicosocial en los servicios de salud de forma general y en el disfrute de todos los demás derechos en igualdad con las demás personas.
- La redición de cuentas por parte de los Estados, en su condición de garantes, sobre las inversiones realizadas en salud mental que deberá poseer tres elementos: la vigilancia institucional y de la sociedad civil, los exámenes independientes, y las vías de recurso y reparación.

⁸⁴⁰ CRPD, Dictamen CRPD/C/11/D/8/2012, párr. 9, a).

⁸⁴¹ ONU, op. cit., (Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental), 2017, párrs. 35-68.

- Atención y apoyo en la comunidad debe ser disponible, accesible financiera y logísticamente, aceptables (respetuosos de los derechos humanos y culturalmente apropiados), de calidad y dirigidos a la independencia e inclusión social.

Asimismo, para la superación del modelo dominante el Relator evalúa que “reconoce que su reducción radical y eventual eliminación es un proceso difícil que llevará tiempo. Sin embargo, existe consenso sobre la prevalencia inaceptablemente alta de las violaciones de los derechos humanos en centros de salud mental y que es necesario un cambio. En lugar de utilizar argumentos jurídicos o éticos para justificar el statu quo, se precisan esfuerzos concertados para abandonar estas prácticas.”⁸⁴².

De esta forma, entre las recomendaciones formuladas se destacan la atención a la salud mental en la atención primaria y general de salud, para lograr la progresiva equiparación entre ambas y tornar la primera más accesible a la población en general, así como la ampliación de las intervenciones psicosociales en la comunidad, en sustitución de las intervenciones coercitivas y de la excesiva medicalización.

III. SISTEMA EUROPEO

Los estándares europeos de reconocimiento, protección y garantía de los derechos de las personas con discapacidad, entre las que se encuentran aquellas que sufren trastornos mentales, han sido desarrollados a través de dos sistemas institucionales, normativos y jurisdiccionales diferentes. Por una parte, el Consejo de Europa, organización internacional de carácter intergubernamental constituida el 5 de mayo de 1949 y conformada actualmente por 47 Estados Miembros⁸⁴³; y, por otra, la actual Unión Europea, organismo de integración económica y

⁸⁴² ONU. op. cit., (Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental), 2017, párr. 66.

⁸⁴³ Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia del Norte, Malta, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumanía, Rusia, San Marino, Serbia, Suecia, Suiza, Turquía, Ucrania.

política regional de carácter supranacional, compuesto por 28 países⁸⁴⁴, que sustituyó a las Comunidades Europeas⁸⁴⁵ instituidas en la década de los años cincuenta del siglo XX. Ambos esquemas institucionales, de los cuales España forma parte, responden a mandatos políticos bien definidos en sus tratados constitutivos, tienen instrumentos normativos propios y cuentan además con órganos judiciales especializados: La Corte Europea de Derechos Humanos fundada en 1959, con sede en Estrasburgo, Francia (Consejo de Europa); y, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea instituido en 1952, con sede en Luxemburgo (Unión Europea).

De esta manera, resulta esencial estudiar la evolución y aplicación de los estándares mencionados en su contexto. Al efecto, en primer lugar, se va a analizar la labor del Consejo de Europa, sus fuentes normativas: i) Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y ii) Carta Social Europea; y, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. Del mismo modo, se hará referencia a la “Estrategia de discapacidad del Consejo de Europa 2017-2023”. En segundo lugar, se estudiará el trabajo realizado en el marco de la Unión Europea, sus tratados constitutivos, modificados por el Tratado de Lisboa suscrito en 2007 y en vigencia a partir del 1 de diciembre de 2009; la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Directivas y Reglamentos referidos al tema de discapacidad, la “Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020”; y, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El análisis comparado de ambos esquemas nos proporcionará una visión amplia e integral del sistema europeo.

3.1. Consejo de Europa

El objetivo del Consejo de Europa es “lograr una mayor unidad entre sus miembros para salvaguardar y hacer efectivos los ideales y principios que conforman su patrimonio común, y favorecer su progreso económico y social”⁸⁴⁶; especialmente, a través de acuerdos y acciones comunes destinadas a la defensa y desarrollo de los derechos humanos y las libertades

⁸⁴⁴ Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumanía y Suecia.

⁸⁴⁵ Comunidad Europea del Carbón y del Acero (1951). Comunidad Económica Europea (1958) y Comunidad Europea de la Energía Atómica —EURATOM— (1958).

⁸⁴⁶ Artículo 1 del Estatuto del Consejo de Europa. Texto Oficial disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680935bd0> Fecha de consulta: 20 de agosto de 2019.

fundamentales. Por otra parte, de conformidad con el artículo 3 de su Estatuto, todos sus miembros “deben aceptar los principios del Estado de derecho y el disfrute por parte de todas las personas dentro de su jurisdicción de los derechos humanos y las libertades fundamentales”. Para tal fin, deben colaborar “sincera y efectivamente” en la consecución del objetivo del Consejo. Como se puede apreciar, el mandato político que orienta la actuación del Consejo, sus instituciones y Estados Miembros responde claramente a las aspiraciones de alcanzar la paz y asegurar el efectivo ejercicio de los derechos humanos en el territorio de los países europeos, considerando particularmente el momento histórico en el que fue creado, el período post segunda guerra mundial.

Con el propósito de instrumentalizar esa orientación, el 4 de noviembre de 1950 se firmó el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH), el cual entró en vigencia el 3 de septiembre de 1953. El Convenio fue modificado por una serie de Protocolos⁸⁴⁷ y, actualmente, el texto oficial incluye las modificaciones introducidas por los Protocolos No. 11 (ETS No. 155) y No. 14 (CETS No. 194)⁸⁴⁸. Los 47 Estados miembros ratificaron estos importantes instrumentos y se espera que la Unión Europea, en cuanto sujeto de derecho internacional, se sume en breve a este marco normativo. El CEDH establece un primer nivel de reconocimiento y protección de derechos de las personas con discapacidad, en algunos casos de forma general sobre la base de los principios de dignidad⁸⁴⁹, igualdad⁸⁵⁰ y debido proceso⁸⁵¹; y, en un caso, vinculado de manera específica con la discapacidad mental, en virtud del principio de libertad⁸⁵².

⁸⁴⁷ El detalle de los Protocolos aprobados a lo largo de la Historia del CEDH, está disponible en: https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/webContent/en_GB/7435985 Fecha de consulta: 20 de agosto de 2019

⁸⁴⁸ Texto oficial disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/rms/0900001680063765> Fecha de consulta: 20 de agosto de 2019.

⁸⁴⁹ Ver artículos 2 y 3, referidos al derecho a la vida y a la prohibición de tortura y tratos o castigos inhumanos o degradantes.

⁸⁵⁰ Artículo 14. Prohibición de discriminación. El disfrute de los derechos y libertades establecidos en esta Convención se garantizará sin discriminación por motivos tales como sexo, raza, color, idioma, religión, opinión política u otra, origen nacional o social, asociación con una minoría nacional, propiedad, nacimiento u otro estado.

⁸⁵¹ Ver artículos 6 y 7, referidos al derecho a un juicio justo y a no ser procesado ni condenado por una conducta que no se encuentre tipificada como delito en la legislación nacional correspondiente.

⁸⁵² Artículo 5 - Derecho a la libertad y seguridad. Toda persona tiene derecho a la libertad y la seguridad de la persona. Nadie será privado de su libertad, salvo en los siguientes casos y de acuerdo con un procedimiento prescrito por la ley: (...) e) la detención legal de personas para la prevención de la propagación de enfermedades infecciosas, de personas con problemas mentales, alcohólicos o drogadictos o vagabundos. (*Resaltado y subrayado fuera de texto*)

Corresponde señalar adicionalmente que el CEDH establece la Corte Europea de Derechos Humanos y regula aspectos sustanciales relacionados con su conformación, competencias y funcionamiento. Dicha Corte permanente fue instituida para garantizar el efectivo cumplimiento de los compromisos adquiridos por los Estados miembros (artículo 19). Está conformada por un número de jueces (47) igual a la cantidad de Estados miembros (artículo 20). La jurisdicción de la Corte abarca todos los asuntos relacionados con la interpretación y aplicación del CEDH y sus protocolos modificatorios (artículo 32). Un aspecto que merece destacarse es que cualquier persona o grupo de personas, o una ONG, cuentan con legitimidad activa para acudir ante la Corte cuando consideren que han sido víctimas de una violación a sus derechos por parte de un Estado miembro. En ese sentido, es menester referirse al rol de la Corte en la consolidación de estándares de garantía de los derechos de las personas con discapacidad y específicamente aquellas que sufren trastornos mentales.

En el caso *Sławomir Musiał vs. Polonia*, sentencia de 20 de enero de 2009, la Corte Europea de Derechos Humanos recuerda que ha sostenido en reiteradas ocasiones que la falta de atención médica adecuada, especialmente a las personas con enfermedades mentales que se encuentran en detención, puede ser equivalente al trato inhumano o degradante prohibido por el artículo 3 del CEDH^{853 854}. Al respecto, la Corte señala que se debe tener en cuenta la especial condición de vulnerabilidad e incapacidad, en el momento de evaluar cómo estarían siendo afectadas estas personas por un tratamiento en particular. Así, señala que existen tres elementos esenciales a considerar sobre la compatibilidad entre la salud de una persona con trastorno mental y su permanencia en detención: “(a) la condición médica del prisionero, (b) la adecuación de la asistencia médica y la atención prestada en detención, y (c) la conveniencia de mantener la medida de detención en vista del Estado de salud de quien solicita su libertad”. El criterio jurisprudencial citado ha sido aplicado por la Corte en diversos casos posteriores⁸⁵⁵.

En una sentencia reciente emitida el 31 de enero de 2019, la Corte por 16 votos a 1, entendió que entre el año 2004 y el mes de agosto de 2017 existió una vulneración del artículo 3 del CEDH, toda vez que: i) las autoridades judiciales determinaron desde septiembre de 2005

⁸⁵³ Case of *Sławomir Musiał v. Poland*, 2009, párrs. 87-88.

⁸⁵⁴ Artículo 3 *Prohibición de la tortura* Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

⁸⁵⁵ Ver, entre otros, los siguientes casos: *Raffray Taddei vs. France* (2010) [application no.36435/07], *Cocaign vs. France* (2011) [application no.32010/07], *G. vs. France* (2012) [application no 27244/09], *Claes vs. Belgium* (2013) [application no.43418/09], *Bamouhammad vs. Belgium* (2015) [application no. 47687/13], *Murray vs. the Netherlands* (2016) [application no. 10511/10].

que el paciente tenía una necesidad particular de tratamiento psico-farmacológico y psicoterapéutico a largo plazo, el cual debía ser administrado en alemán, puesto que era el único idioma que hablaba y entendía. ii) En la institución en la que se encontraba recluido de forma obligatoria, no existía personal que hablara alemán. Ante esta barrera comunicacional, el paciente no recibió ningún tratamiento. iii) Las autoridades nacionales se limitaron a señalar que, por una parte, la peligrosidad del solicitante descartaba la posibilidad de traslado a una instalación de habla alemana menos segura y, por otra, que no había personal de habla alemana disponible en la institución en cuestión, sin explorar otras posibilidades⁸⁵⁶. De esta manera, la Corte llegó a la conclusión que la continua detención sin esperanza realista de cambio para el paciente y sin el apoyo médico adecuado durante aproximadamente trece años, generó problemas agudos, que causaron angustia en una intensidad que excede el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención. Por lo tanto, hubo una violación del artículo 3 de la Convención.

En la misma sentencia, la Corte hizo un análisis sobre la vulneración del artículo 5, literal e) del CEDH, y decidió perfeccionar sus principios de jurisprudencia, aclarando el significado de la obligación de las autoridades nacionales de otorgar tratamiento a las personas con trastorno mental que se encuentran en detención obligatoria. Así, especificó que “existe un vínculo estrecho entre la `legalidad` de la detención de personas que sufren trastornos mentales y la idoneidad del tratamiento previsto para su condición mental”⁸⁵⁷. De esta manera, cualquier detención de personas con trastorno mental debe tener un propósito terapéutico, dirigido especialmente y en la medida de lo posible, a curar o aliviar su Estado de salud mental, lo cual incluye, cuando sea apropiado, reducir o controlar su peligrosidad.

Por otra parte, la Corte señala que la evaluación de si una instalación específica es "apropiada" debe incluir necesariamente un examen de las condiciones específicas de detención y, especialmente, del tratamiento que se brinda a las personas que sufren trastornos mentales. En ese sentido, el tratamiento apropiado e individualizado constituye una parte esencial de la noción de "institución apropiada". Por último, se deja claramente establecido que la previsión del literal e) del artículo 5⁸⁵⁸ del CEDH tiene una doble función: i) la función social de

⁸⁵⁶ European Court of Human Rights, *Caso Rومان v. Belgium*. Application no. 18052/11, 31 de enero de 2019.

⁸⁵⁷ *Ibidem*.

⁸⁵⁸ Artículo 5 *Derecho a la libertad y a la seguridad* 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: a) Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal

protección, y ii) la función terapéutica vinculada con el interés individual de recibir una terapia o un tratamiento adecuado e individualizado. En palabras de la Corte “La necesidad de garantizar la primera función no debe, a priori, justificar la ausencia de medidas destinadas a cumplir la segunda”⁸⁵⁹. En consecuencia, si el fundamento de la detención es el riesgo que representa la persona para sí misma y/o para terceros, o existe un peligro de reincidencia, no se podría negar un eventual pedido de libertad, cuando el detenido se vio privado de las medidas, tratamientos o terapias adecuadas, las cuales tendrían que estar precisamente encaminadas a mitigar o extinguir la condición inicial de peligrosidad que llevó a su detención.

En este punto, resulta importante destacar el continuo proceso de construcción de estándares de protección de los derechos de las personas con trastorno mental. Dicho proceso se inicia con el reconocimiento general, por ejemplo, en los artículos 3 y 5 del CEDH, y se consolida a través de las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos. En efecto, este órgano jurisdiccional permite hacer efectivos los mecanismos de garantía de derechos, ya que mediante sus criterios jurisprudenciales ha ido dotando de contenido y alcance específico a las disposiciones generales del CEDH. En los casos descritos en líneas anteriores se puede evidenciar que, a partir de una interpretación teleológica, sistemática y *pro homine*, el inicial reconocimiento de la prohibición de tortura y tratos o castigos inhumanos o degradantes

competente; b) Si ha sido detenido o privado de libertad, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley; c) Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido; d) Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su duración o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente; e) Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo; f) Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición. 2. Toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1 c), del presente artículo deberá ser conducida sin dilación ante un juez u otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio. 4. Toda persona privada de su libertad mediante arresto o detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención y ordene su puesta en libertad si dicha detención fuera ilegal. 5. Toda persona víctima de un arresto o detención contrarios a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.

⁸⁵⁹ European Court of Human Rights, *Caso Rooman v. Belgium*. Application no. 18052/11, 31 de enero de 2019, párr. 210.

(artículo 3), así como del derecho a la libertad (artículo 5), se traducen en obligaciones positivas y concretas para los Estados.

1.2. Carta Social Europea

La Carta Social Europea reconoce un amplio número de derechos sociales y económicos fundamentales, complementando así el sistema normativo de protección de derechos humanos del Consejo de Europa, toda vez que el CEDH se refiere a los derechos civiles y políticos. La Carta tiene naturaleza jurídica de tratado internacional y, como tal, solo genera obligaciones jurídicas vinculantes para un Estado a partir del momento de su ratificación. Asimismo, los Estados tienen la facultad de formular reservas sobre alguna de las disposiciones de la Carta. En ese sentido, corresponde señalar que la versión original fue suscrita en Turín, Italia, el 18 de octubre de 1961⁸⁶⁰, posteriormente se firmó un Protocolo Adicional en 1988 que amplió el ámbito de protección de los derechos laborales y de prestación social; un Protocolo de Enmienda en 1991 que reformó el mecanismo de supervisión; un Protocolo Adicional en 1995 que establece un sistema de quejas colectivas; y, finalmente en 1996, se suscribió la denominada Carta Social Europea Revisada⁸⁶¹. Al respecto, España ratificó los tres primeros instrumentos⁸⁶², habiendo, en el 23 de octubre de 2000 suscrito la Carta reformada de 1996, que fue ratificada en 11 de junio de 2021^{863 864}.

La Carta estableció desde su primera versión un mecanismo propio de supervisión del cumplimiento de las obligaciones de las “partes contratantes”. Este mecanismo fue reformado mediante el Protocolo de Enmienda de 1991, del cual España forma parte; y,

⁸⁶⁰ Al 30 de agosto de 2019, 43 Estados Miembros del Consejo de Europa han ratificado la Carta de 1961. Suiza, Liechtenstein, San Marino y Mónaco aún no presentaron el instrumento de ratificación correspondiente.

⁸⁶¹ Al 30 de agosto de 2019, 34 Estados Miembros del Consejo de Europa han ratificado la Carta Social Europea Revisada de 1996. Liechtenstein y Suiza no firmaron ese instrumento. Croacia, República Checa, Dinamarca, Alemania, Islandia, Luxemburgo, Mónaco, Polonia, San Marino, España y Reino Unido suscribieron el instrumento, pero aún no lo ratificaron. COE. «Conclusiones 2003 del Comité Europeo de Derechos Sociales, sobre el Informe presentado por Italia» *European Social Charter*. 2019. Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter>.

⁸⁶² El 12 de abril de 1990, España denunció el literal b) del párrafo 4 del artículo 8, relacionado con la prohibición del empleo de mujeres en ciertas ocupaciones peligrosas. Dicha denuncia se hizo efectiva a partir del 5 de junio de 1991.

⁸⁶³ COE. «Concil of Europe Portal. 30 de agosto de 2019. Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/signatures-ratifications>.

⁸⁶⁴ España, Disposición 9719. Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996. Boletín Oficial del Estado, 11 de junio de 2021, núm. 139, pp. 71274 a 71327.

complementado, a través de un Protocolo Adicional en 1995, instrumento que no fue suscrito por el mencionado país. En el Protocolo de 1991 se perfeccionó la regulación sobre la obligación de las partes contratantes de remitir al Secretario General del Consejo de Europa, informes periódicos sobre el Estado de cumplimiento de las disposiciones de la Carta que fueron aceptadas. Dichos informes son puestos en conocimiento de las demás partes contratantes, así como de organizaciones nacionales e internacionales acreditadas, con el propósito de recabar sus observaciones o comentarios. Todos esos documentos son evaluados por un Comité de Expertos Independientes, denominado desde 1998 “Comité Europeo de Derechos Sociales”. Luego del proceso de evaluación desde un punto de vista jurídico, el Comité emite conclusiones sobre la conformidad de las normas y prácticas nacionales con las disposiciones de la Carta. El Comité está conformado por 15 miembros elegidos por el Consejo de Ministros para cumplir esta función por un período de 6 años, renovable por una sola vez.

El Protocolo Adicional de 1995 establece un sistema de reclamaciones colectivas, el cual fue incorporado posteriormente como artículo D de la Parte III de la Carta Social Europea revisada. El nuevo mecanismo prevé la posibilidad de presentación de reclamaciones por escrito contra aquellas partes contratantes que no garanticen la aplicación satisfactoria de las disposiciones aceptadas de la Carta. Cuentan con legitimidad activa para presentar estas reclamaciones las Organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores, así como otras organizaciones internacionales no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas por el Consejo de Europa; y, las organizaciones nacionales representativas de empleadores y trabajadores sometidas a la jurisdicción de la Parte Contratante contra la que se dirige la reclamación. Las reclamaciones, previo traslado y contestación de la parte contratante afectada, serán evaluadas por el Comité Europeo de Derechos Sociales, que emitirá un informe con sus conclusiones sobre el caso reclamado. Sobre la base de dicho informe, el Comité de Ministros adopta una resolución y, cuando corresponda, aprueba una recomendación dirigida a la Parte Contratante que no hubiese demostrado la aplicación satisfactoria de las disposiciones de la Carta.

En relación con las disposiciones de la Carta, nos permitimos hacer una referencia puntual a los artículos 11 y 15, el primero vinculado con el derecho a la protección de la salud; y, el segundo, relacionado con los derechos de las personas con discapacidad. Al efecto y para realizar un análisis comparado, presentamos a continuación un cuadro en el que se puede

observar el texto de dichos artículos en las dos versiones vigentes de la Carta, vale decir la original de 1961 y la revisada de 1996. Asimismo, se cita el artículo E “No discriminación” de la Parte V de la Carta de 1996:

Tabla 1

Cuadro comparativo entre el tratamiento de las personas con discapacidad en la Carta Social Europea de 1961 y la de 1996.

Carta Social Europea de 1961

Artículo 11. Derecho a la protección de la salud

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para entre otros fines:

1. Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente.
2. Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma.
3. Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras.

Artículo 15. Derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las personas físicas o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social, las Partes Contratantes se comprometen:

1. A tomar las medidas adecuadas para procurar a los interesados medios para su formación profesional e incluso, si fuese necesario, las oportunas instituciones especializadas, ya sean privadas o públicas.
2. A adoptar las medidas adecuadas para proporcionar un puesto de trabajo a los minusválidos, particularmente por medio de servicios especiales de colocación, posibilidades de empleo protegido y medidas destinadas a estimular a los empleadores a su contratación.

Carta Social Europea Revisada de 1996

Artículo 11. Derecho a la protección de la salud

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las Partes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para, entre otros fines:

1. Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente;
2. Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma;
3. Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras, **así como los accidentes.**

Artículo 15. Derecho de las personas minusválidas a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad

Para garantizar **a las personas minusválidas, con independencia de su edad y de la naturaleza y el origen de su minusvalía, el ejercicio efectivo del derecho a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad**, las Partes se comprometen, **en particular:**

1. A tomar las medidas adecuadas para procurar a **las personas minusválidas orientación, educación y formación profesional en el marco del régimen general, siempre que sea posible, o, en caso contrario, a través de instituciones especializadas, ya sean públicas o privadas;**
2. **A promover su acceso al empleo mediante todas las** medidas encaminadas a estimular a los empleadores para que contraten **y mantengan empleadas a las personas minusválidas en el entorno habitual de trabajo y a adaptar las condiciones de trabajo a las necesidades de los minusválidos o, cuando ello no sea posible por razón de la minusvalía, mediante el establecimiento o la creación de empleos protegidos en función del grado de incapacidad. Estas medidas pueden exigir, en determinados casos, el recurso a servicios especializados de colocación y de apoyo;**
3. **A promover su plena integración y participación social, en particular, mediante la aplicación de medidas, incluidas las ayudas técnicas, dirigidas a superar las barreras a la comunicación y a**

la movilidad y a permitirles acceder a los transportes, a la vivienda, y a las actividades culturales y de ocio.

Parte V

Artículo E

No discriminación

Se garantizará el disfrute de los derechos reconocidos en la presente Carta sin discriminación alguna basada, en particular, en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, las opiniones políticas o de otra naturaleza, la extracción u origen social, la salud, la pertenencia a una minoría nacional, el nacimiento o cualquier otra situación.

Fuente: Textos oficiales de la Carta Social Europea. Disponibles en: <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/charter-texts>. Elaboración propia.

Como se puede apreciar, la Carta de 1996 amplía el ámbito de protección de la salud, únicamente en relación con la prevención de accidentes, entre los que se destacan los accidentes laborales. No obstante, a los efectos del presente trabajo, corresponde destacar que tal como lo ha reconocido el Comité Europeo de Derechos Sociales, el derecho garantizado en el artículo 11 de la Carta complementa aquellos derechos reconocidos en los artículos 2 y 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como hace notar XIMENA QUESADA⁸⁶⁵, los cuales están directa e intrínsecamente vinculados; ya que, "la dignidad humana es el valor fundamental y, de hecho, el núcleo del derecho positivo europeo de derechos humanos, ya sea en virtud de la Carta Social Europea o de la Convención Europea de Derechos Humanos, y la atención de la salud es un requisito previo para la preservación de la dignidad humana"⁸⁶⁶. Por otra parte, el mencionado Comité ha señalado con meridiana claridad que "el respeto a la *integridad física y psicológica* es una parte integral de los derechos a la protección de la salud garantizados por el artículo 11"⁸⁶⁷ (*destacado fuera de texto*).

El mencionado Comité también ha reconocido que la noción de protección de la salud prevista en el artículo 11, "incorpora la obligación de que el Estado se abstenga de interferir directa o indirectamente con el disfrute del derecho a la salud". En este contexto, "cualquier tipo de tratamiento médico que no sea necesario puede considerarse contrario al artículo 11, si el acceso a otro derecho está condicionado a que el paciente se someta a dicho tratamiento"⁸⁶⁸. Este sería precisamente el caso en el que una persona que sufre trastorno mental y que se

⁸⁶⁵ JIMENA QUESADA, L. *La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (Sistema de reclamaciones Colectivas Vol I: 1998-2005)*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2007, pág. 61

⁸⁶⁶ COE, Reclamación n° 14/2003, su decisión de fondo de 7 de septiembre de 2004, párr. 31.

⁸⁶⁷ Transgender Europe and ILGA Europe vs. República Checa, 2018, párr. 74.

⁸⁶⁸ *Ibidem*, párr. 80

encuentra en detención obligatoria, no reciba tratamiento o tenga que someterse a un tratamiento médico no idóneo o inapropiado, con la finalidad de obtener su libertad. Al respecto, merece destacarse también, siempre de acuerdo con el Comité, que “Las condiciones de estadía en el hospital, *incluidos los hospitales psiquiátricos*, deben ser satisfactorias y compatibles con la dignidad humana”⁸⁶⁹.

Por otra parte, es evidente que las disposiciones del artículo 15 sufrieron cambios más relevantes. En primer lugar, se modificó la denominación de las personas destinatarias de la protección, ya que en la Carta de 1961 eran identificadas como “personas físicas o mentalmente disminuidas”; y, en la versión de 1996, se hace referencia a “personas minusválidas”. Sobre este particular, corresponde mencionar que el lenguaje utilizado en ambos instrumentos es aún peyorativo y no condice con los avances que se suscitaron en los documentos oficiales de los sistemas universal e interamericano de protección de derechos humanos. Del mismo modo, resulta pertinente citar la reflexión de CARDONA LLORENS-SANJOSÉ GIL, quienes consideran que no debemos referirnos a “personas discapacitadas” sino a “personas con discapacidad”, pues para dichos autores “la discapacidad –como condición– se tiene, pero no se es”⁸⁷⁰.

En segundo lugar, se amplió sustancialmente el ámbito de protección del artículo 15, toda vez que, en la versión de 1961, dicha norma tiene por objeto garantizar “la formación profesional y la readaptación profesional y social” de las personas con discapacidad. Sin embargo, con la Carta de 1996, se pretende asegurar los derechos primarios de esas personas, vale decir su “autonomía, integración social y participación en la vida de la comunidad”. Al respecto, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha manifestado que: “El artículo 15 refleja y promueve el cambio en la política de discapacidad, dejando de tratar a las personas discapacitadas como objetos de lástima y respetándolas como ciudadanos iguales (...) La visión subyacente del artículo 15 es la de la ciudadanía igualitaria para las personas con discapacidad”⁸⁷¹.

⁸⁶⁹ Comité Europeo de Derechos Sociales, Declaración de interpretación del artículo 11, Conclusiones Informe presentado por Rumania, 2005.

⁸⁷⁰ CARDONA LLORENS, J, y SANJOSÉ GIL, A. «Derechos Humanos y personas con discapacidad en el marco de las Naciones Unidas: ¿Hacia un cambio de rumbo?» En *Los Rumbos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Estudios en homenaje al Profesor Antonio Augusto Cancado Trindade*, Tomo V. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2005, pág 496.

⁸⁷¹ Association internationale Autisme-Europe (AIAE) vs. Francia, 2003, párr. 48

En relación con la autonomía, se establece que las partes contratantes tienen la obligación positiva de implementar las medidas necesarias que aseguren a las personas con discapacidad, la debida orientación, educación y formación profesional; en regla, a través del régimen educativo general y, de manera excepcional, mediante instituciones especializadas públicas o privadas. Es decir, solo se admite la discriminación positiva cuando sea en beneficio de la persona con discapacidad. Sobre el particular, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha dejado claramente establecido que el párrafo primero del artículo 15 “no deja a los Estados Partes un amplio margen de apreciación a la hora de elegir el tipo de escuela en la que promoverán la independencia, integración y participación de las personas con discapacidad, ya que debe ser claramente en una escuela convencional”⁸⁷². De manera complementaria, el mencionado Comité diferencia las nociones de “integración” e “inclusión”, a efectos de considerar que “el derecho a una educación inclusiva tiene que ver con el derecho del niño a participar en la escuela general y la obligación de la escuela de aceptar al niño teniendo en cuenta el interés superior del niño, así como sus habilidades y necesidades educativas como consideración principal”⁸⁷³.

En tercer lugar y en relación con la integración social, corresponde señalar que las nuevas disposiciones del artículo 15 no solo garantizan el acceso a una fuente laboral, sino que las partes contratantes tienen que adoptar medidas positivas que promuevan la continuidad del ejercicio de los derechos laborales en el entorno habitual de trabajo, lo cual incluye la posibilidad de adaptar las condiciones de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad. Únicamente cuando esto no sea posible en razón de la incapacidad y no por otros motivos, atribuibles por ejemplo al empleador, se podrán crear empleos protegidos o se podrá recurrir a servicios especiales de colocación y apoyo. Es vital destacar a los fines del presente trabajo que el Comité de Expertos Independientes señaló tempranamente que el acceso igualitario y efectivo al empleo en el mercado laboral abierto para las personas con discapacidad, al que se refiere el segundo párrafo del artículo 15 de la Carta “se aplica a las personas con discapacidad física y/o intelectual”⁸⁷⁴.

⁸⁷² European Action of the Disabled (AEH) vs. Francia, 2013, párr. 78.

⁸⁷³ MDAC vs. Bélgica, 2014, párr. 66.

⁸⁷⁴ Conclusiones del Comité de Expertos Independientes de 1969. Declaración de interpretación del artículo 15, párr. 2.

Por último, se incluyen obligaciones específicas para las partes contratantes, a fin de garantizar la participación de las personas con discapacidad en la vida de la comunidad, entre otros, a través de ayudas técnicas que permitan superar las barreras de comunicación y movilidad, con el propósito central de asegurar el más amplio acceso posible a los servicios de transporte, a la vivienda, y a las actividades culturales y de ocio. Sobre este estándar que fue incluido en la Carta de 1996, el Comité Europeo de Derechos Sociales se ha pronunciado en el sentido de que para hacer efectivo el tercer párrafo del artículo 15 de la Carta, los Estados parte deben adoptar una política coherente en el contexto de la discapacidad, lo que se traduce en medidas de acción positiva que “deberían tener una base jurídica clara y estar coordinadas”⁸⁷⁵. En ese sentido, el Comité advierte que “Las personas con discapacidad deben tener voz en el diseño, implementación y revisión de dicha política”⁸⁷⁶. En referencia a las ayudas técnicas y los servicios de apoyo, tales como asistencia personal y ayudas auxiliares, previstos en la norma mencionada, el Comité ha expresado que los mismos “deben estar disponibles, de forma gratuita o sujetos a una contribución adecuada a su costo y teniendo en cuenta los medios del beneficiario”⁸⁷⁷.

De esta manera, es claro que las disposiciones generales de la Carta Social Europea han ido evolucionando y complementando el sistema normativo de protección establecido a través del CEDH. Asimismo, es patente que las Conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales, en paralelo a las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos, han permitido definir el contenido y alcance de las disposiciones de la Carta, aclarando en qué consisten las obligaciones positivas asumidas por los Estados Parte. Este aspecto es central, en el ya mencionado continuo proceso de construcción de estándares de protección de los derechos de las personas que sufren con trastorno mental en el espacio europeo.

3.3. Estrategia de discapacidad del Consejo de Europa 2017-2023

⁸⁷⁵ COE. «Conclusiones 2008 del Comité Europeo de Derechos Sociales, Declaración de interpretación del artículo 15, Párrafo 3, sobre el Informe presentado por Portugal» *European Social Charter*. 30 de Agosto de 2019. Disponible en: <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=2008/def/PRT/15/3/FR>, Pág. 1-2.

⁸⁷⁶ *Ibidem*.

⁸⁷⁷ COE. «Conclusiones 2003 del Comité Europeo de Derechos Sociales, sobre el Informe presentado por Italia» *European Social Charter*. 2019. Disponible en: <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=2003/def/ITA/15/3/EN>, pág. 02.

El Consejo de Europa adoptó la Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad 2017-2023, documento denominado “Derechos humanos: una realidad para todos”. La Estrategia es un instrumento político que constituye un marco lo suficientemente flexible para ser implementado a nivel normativo o en la forma de políticas públicas nacionales por parte de los gobiernos de los Estados miembros⁸⁷⁸, en estrecha cooperación con las personas con discapacidad o las organizaciones que las representan. El objetivo general es asegurar la dignidad y la igualdad de las personas con discapacidad, lo cual incluye la igualdad de oportunidades y la no discriminación. Al efecto, se reconoce que es esencial garantizar “la independencia, la libertad de elección, la participación plena y efectiva en todas las áreas de la vida y la sociedad, incluida la vida en la comunidad.” En la implementación de la Estrategia, el Consejo de Europa y sus Estados Miembros deben tomar en cuenta los siguientes cinco temas transversales:

1. Participación de las personas con discapacidad. **Cooperación y coordinación** entre los organismos nacionales e internacionales, organizaciones de la sociedad civil, agencias especializadas, medios de comunicación, academia, etc.

2. Diseño universal y ajustes razonables de la infraestructura, los dispositivos tecnológicos y los servicios, para garantizar la accesibilidad necesaria a las personas con discapacidad.

3. Perspectiva de igualdad de género, con miras a alcanzar la igualdad de visibilidad, empoderamiento, responsabilidad y participación tanto para mujeres como para hombres en todas las esferas de la vida pública y privada. Esta perspectiva debe incluirse en la planificación, el presupuesto, la implementación, el monitoreo y la evaluación de todas las acciones en el campo de la discapacidad.

4. Discriminación múltiple, reconociendo y tomando en cuenta en la implementación de la Estrategia que muchas personas con discapacidad corren el riesgo de sufrir discriminación y segregación múltiple de la sociedad por sus condiciones o situaciones específicas.

⁸⁷⁸ La Estrategia no establece obligaciones jurídicas vinculantes para los Estados Miembros del Consejo de Europa.

5. Educación y formación, considerando que la educación de calidad, que incluye la educación en derechos humanos, es un requisito previo para que las personas con discapacidad disfruten de los derechos humanos en igualdad de condiciones. Asimismo, se debe sensibilizar a las familias de las personas con discapacidad y a la sociedad en su conjunto sobre las barreras que enfrentan estas personas.

Por otra parte, la Estrategia establece cinco áreas prioritarias que se detallan a continuación, las cuales están ancladas a las disposiciones de los instrumentos jurídicos internacionales, tanto del sistema de naciones unidas⁸⁷⁹ como del propio sistema europeo⁸⁸⁰ de protección de derechos humanos:

1. Igualdad y no discriminación;
2. Sensibilización;
3. Accesibilidad;
4. Igual reconocimiento ante la ley; y,
5. Libertad de explotación, violencia y abuso.

Cada área prioritaria cuenta en la Estrategia con una “tabla de análisis de riesgos”, en la que se señala el “impacto esperado” o la “meta final a ser alcanzada por cada nivel de beneficiarios en cada área prioritaria”. Del mismo modo, en dicha “tabla” se consignan ejemplos generales de posibles: “i) Factores de riesgo que podrían afectar negativamente la obtención de resultados; ii) Acciones atenuantes para contrarrestar tales factores de riesgo; y, iii) Resultados intermedios para alcanzar el impacto esperado.” Un factor de riesgo que se identifica en todas las áreas prioritarias es la falta de compromiso político de los países para la efectiva implementación de la Estrategia. Al respecto, se llama la atención sobre la necesidad de asegurar los recursos financieros y humanos suficientes para llevar adelante esta labor.

En relación con los métodos de trabajo, la Estrategia presupone que “todos los órganos de toma de decisiones, establecimiento de normas, asesoramiento y seguimiento del Consejo de Europa apoyarán y contribuirán activamente al logro de las metas y los objetivos estratégicos de la Estrategia.” Del mismo modo, se prevé el desarrollo de un ambicioso plan de comunicación. De otro lado, la Estrategia establece que la implementación será un proceso de

⁸⁷⁹ Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

⁸⁸⁰ Convenio Europeo de Derechos Humanos y Carta Social Europea.

“doble vía”: La primera comprende la realización de “proyectos específicos, campañas, capacitaciones, actividades, etc., organizados a nivel nacional y local por los interesados nacionales en los Estados miembros” y la segunda vía consiste en “incorporar cuestiones relacionadas con la discapacidad en todos los trabajos y actividades del Consejo de Europa”. Por último, con el propósito de evaluar el mencionado proceso de implementación, el Comité Especial de Expertos sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad preparará informes bienales que serán puestos en conocimiento del Comité de Ministros.

IV. ESTÁNDARES DE TRATAMIENTO DE SALUD MENTAL

Una vez expuesto el estándar internacional de protección de las personas con discapacidad psicosocial, tanto en relación con el Derecho penal como con otros ámbitos jurídicos, resta analizar los parámetros actuales de la ciencia para el tratamiento de la salud mental. En efecto, se pudo observar que anteriormente, tanto los órganos y tribunales internacionales, como la doctrina penal y el mismo Tribunal Constitucional español, derivan, en cierta medida, el contenido de los derechos y principios que analizan a la utilización de expresiones como “tratamiento adecuado” o “medio idóneo”. Así, corresponde recurrir a las instituciones que son referentes en salud mental, tanto a nivel internacional como nacional, para dotar de contenido concreto a dichas locuciones.

En este sentido, en el presente apartado se realizará una breve compilación de los parámetros actuales de tratamiento de la salud mental, tema en el cual la Organización Mundial de Salud ejerce una actuación fundamental, en cuanto órgano de la Organización de las Naciones Unidas cuyo objetivo es “alcanzar, para todos los pueblos, el mayor grado de salud”⁸⁸¹. Además, se buscará identificar el Estado actual del referente en tratamiento en salud mental en España, tanto en la atención pública común, como en el ámbito penitenciario.

⁸⁸¹ ONU. Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional. Nueva York: ONU, 1946, pág. 1.

1. El Estándar Internacional de Tratamiento de la Salud Mental en la Actualidad

Como consecuencia de los movimientos de naturaleza técnica, cultural, social y científica ocurridos en la segunda mitad del siglo XX, examinados en la primera parte de este trabajo, el modelo de atención a la salud mental ha cambiado profundamente, pasando de la hegemonía del manicomio a la atención comunitaria. En este sentido, es evidente que la psicofarmacología ocupó y ocupa un papel destacado para el surgimiento de nuevas formas de intervención. Sin embargo, este rol no opaca otras dos contribuciones de extrema relevancia para que el cambio de paradigma pudiera concretarse: (i) la presión ejercida por la psiquiatría crítica; y, (ii) el movimiento antipsiquiátrico; a las cuales, se sumó el crecimiento exponencial de los instrumentos de protección de los derechos humanos. De tal forma, la alianza entre el perfeccionamiento técnico, social y político produjo un cambio en el enfoque de la salud mental, su relevancia y naturalmente en relación con las posibilidades terapéuticas.

Es evidente que la OMS, desde su fundación en el 1948, construyó una definición de salud multifactorial, constituida por elementos sociales y mentales, enunciando que la salud “no es solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, sino un Estado de completo bienestar físico, mental y social”⁸⁸². De igual forma, el proceso de internacionalización de los derechos humanos, desplegado en la misma época, estableció parámetros para el respeto de la dignidad humana, los cuales se dirigen a todos los seres humanos y, por lo tanto, corresponde también a las personas con trastorno mental. Concretamente, como ya se pudo identificar en el capítulo anterior, esta primera fase de protección de los derechos humanos fue marcada por el énfasis en la igualdad formal, en franca oposición a la discriminación extrema que se produjo, por ejemplo, en la época del nazismo en Europa.

Sin embargo, estas iniciativas generales no generaron un impacto significativo en el campo de la salud mental, de la misma forma que ocurrió con otros ámbitos vinculados con grupos vulnerables, lo que generó que la praxis psiquiátrica persistiera anclada en el modelo biomédico, farmacológico y hospitalocéntrico. Así, tanto en el ámbito de la salud cuanto en el área de los derechos humanos, se hizo necesario un movimiento de especialización con el

⁸⁸² *Ibíd.*

propósito de “conferir a determinados grupos una protección especial y particularizada, frente a su propia vulnerabilidad” según apunta FLAVIA PIOVESAN⁸⁸³, hecho que llevó gradualmente a la proyección de un estándar internacional uniforme como referencia para el tratamiento en salud mental⁸⁸⁴. En este contexto, veamos los principales hitos de este proceso.

Ya en la década de los años 50 del siglo XX, poco después de su fundación, la OMS creó la Sección de Higiene Mental, la cual publicó en 1953, a través de su Comité de expertos en salud mental, el libro “El Hospital Psiquiátrico Comunitario” (*“The Community Mental Hospital”*) en el que establece recomendaciones que deberían ser cumplidas por los hospitales psiquiátricos, entre las cuales se indica que deberían “tener un ambiente apropiado para modificar las relaciones interpersonales entre el personal y los pacientes”⁸⁸⁵.

Posteriormente, en 1978 la OMS realizó una conferencia internacional sobre la Atención Primaria de Salud en Kazajstán. Esta conferencia, aunque no especializada en salud mental, es relevante porque se establecieron los parámetros de la atención primaria (APS) que cobra relevancia como puerta de entrada a todo el sistema sanitario. Así, la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud Alma-Ata definió la APS de la siguiente forma: “la asistencia sanitaria esencial basada en métodos y tecnologías prácticos, científicamente fundados y socialmente aceptables, puesta al alcance de todos los individuos y familias de la comunidad mediante su plena participación y a un costo que la comunidad y el país puedan soportar, en todas y cada una de las etapas de su desarrollo con un espíritu de autorresponsabilidad y autodeterminación. La atención primaria forma parte integrante tanto del sistema nacional de salud, del que constituye la función central y el núcleo principal, como del desarrollo social y económico global de la comunidad”⁸⁸⁶.

Del mismo modo, ese documento estableció la distribución equitativa de este tipo de atención primaria en el territorio de los países, de tal forma que sea accesible a toda la población, y atribuye además a esta instancia la responsabilidad por las cuestiones psiquiátricas, colocando los demás dispositivos de intervención en la salud mental como unidades de apoyo a la atención primaria. En ese momento, se traslada el protagonismo del hospital en la

⁸⁸³ PIOVESAN, F. op. cit. (Ações afirmativas e direitos humanos), 2006, pág. 39.

⁸⁸⁴ MONTEIRO SANTANA, V., op. cit. (Enfermedad mental, crimen y dignidad humana), 2015, págs. 24.

⁸⁸⁵ OMS. *Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud*. Alma-Ata, URSS: OMS, 1978, pág. 1.

⁸⁸⁶ *Ibidem*.

intervención en salud mental, hacia el ámbito comunitario, espacio en el que la atención pasa a ser interdisciplinaria.

A continuación, la Resolución No 46/119 de 1991 de la Asamblea General de la ONU publicó los *Principios para la Protección de las Personas con Enfermedades Mentales y el Mejoramiento de la Atención en Salud Mental*. Los 25 principios expuestos⁸⁸⁷ en ese Instrumento “son entendidos por la comunidad internacional como derechos inviolables de las personas con enfermedad mental”⁸⁸⁸. El texto evidencia la necesidad del respeto a la dignidad humana de las personas con trastorno mental, principio del cual parten los demás. Entre ellos, merecen destacarse los siguientes: la prohibición de discriminación de cualquier naturaleza, el derecho a vivir y trabajar en la comunidad, la relevancia del rol de la comunidad y del respeto por la tradición cultural del paciente, como aspectos fundamentales para el tratamiento, la necesidad de protección de cualquier daño, de otros pacientes o del mismo personal técnico (e incluso los daños y perjuicios que puedan resultar del uso injustificado de medicamentos).

Además, se establecen las características de un tratamiento digno a la persona que padece de trastorno mental, tanto desde el punto de vista médico como jurídico, definiendo que este debe tener como fin “lograr que el paciente desarrolle el más alto nivel de independencia posible y no que se dirija a la progresiva –y, a veces irreversible– institucionalización”⁸⁸⁹. Conviene subrayar también la aplicación de estos principios a las personas con trastorno mental que cometieron delitos (Principio 20), de forma que se define el derecho de todas las personas

⁸⁸⁷ ONU. *Principios para la Protección de las Personas con Enfermedades Mentales y el Mejoramiento de la Atención en Salud Mental*. Nueva York: Asamblea General de Naciones Unidas, 1991. Principio 1 – Libertades fundamentales y derechos básicos; Principio 2 – Protección de Menores; Principio 3 – Vida en la comunidad; Principio 4 – Determinación de un trastorno mental; Principio 5 – Examen Médico; Principio 6 – Confidencialidad; Principio 7 – El papel de la comunidad y de la cultura; Principio 8 – Padrón de asistencia; Principio 9 – Tratamiento; Principio 10 – Medicación; Principio 11 – Consentimiento para el tratamiento; Principio 12 – Información sobre los derechos; Principio 13 – derechos y condiciones de vida en establecimiento de salud mental; Principio 14 – Recursos disponibles en los establecimientos de salud mental; Principio 15 – Principios para admisión; Principio 16 – Admisión Involuntaria; Principio 17 – Cuerpo de Revisión; Principio 18 – Salvaguardias procesales; Principio 19 – Acceso a la Información; Principio 20 – Los Infractores de la Ley; Principio 21 – Reclamaciones; Principio 22 – Monitoreamiento y mecanismo de intervención; Principio 23 – Implementación; Principio 24 – Alcance principios relacionados a los establecimientos de salud mental; Principio 25 – Protección de los derechos existentes.

⁸⁸⁸ MONTEIRO SANTANA, V., op. cit. (Enfermedad mental, crimen y dignidad humana), 2015, pág. 59.

⁸⁸⁹ MONTEIRO SANTANA, V., op. cit. (Enfermedad mental, crimen y dignidad humana), 2015, pág. 60.

a recibir la mejor asistencia a la salud mental disponible, en concordancia con el derecho a la igualdad y la no discriminación⁸⁹⁰.

La inversión de prioridades en la práctica psiquiátrica es un marco de este documento, como evalúa BERTOLOTE: “Los términos de estos principios claramente invierten el orden habitual de esta práctica, poniendo el interés del tratamiento adelante del valor social de la hospitalización. En otras palabras, la internación en un hospital no debe tener valor en sí misma, sino solamente cuando es funcional dentro de algo superior como el tratamiento y no al revés”⁸⁹¹.

Paralelamente, en el mismo año (1991), la OMS publicó la obra *Reestructuración de la atención psiquiátrica: Bases conceptuales y guías para su implementación*, redactada por GONZÁLEZ UZCÁTEGUI-LEVAV, en la cual se sintetiza la crítica al hospital psiquiátrico en cuatro ejes principales:

“Ético-jurídico: que hace referencia a las posibles violaciones al sistema de los derechos humanos.

Clínico: el cual evidencia la ineficacia terapéutica del hospital psiquiátrico y le atribuye un rol como *ente patogénico* y “cronificante” de la enfermedad mental.

Institucional: que denuncia el carácter cerrado de la institución, el imperio de las relaciones de sumisión, y las prácticas de violencia física y psicológica.

Sanitarista: establece las distorsiones en los sistemas para la atención de la salud mental, enfocándose en la deficiencia para la asignación de recursos humanos y financieros, que generan una centralización de los recursos, afectando negativamente a los servicios descentralizados y ambulatorios”⁸⁹².

⁸⁹⁰ Principio 20 Delincuentes 1. El presente principio se aplicará a las personas que cumplen penas de prisión por delitos penales o que han sido detenidas en el transcurso de procedimientos o investigaciones penales efectuados en su contra y que, según se ha determinado o se sospecha, padecen una enfermedad mental. 2. Todas estas personas deben recibir la mejor atención disponible en materia de salud mental, según lo estipulado en el principio 1 supra. Los presentes Principios se aplicarán en su caso en la medida más plena posible, con las contadas modificaciones y excepciones que vengan impuestas por las circunstancias. Ninguna modificación o excepción podrá menoscabar los derechos de las personas reconocidos en los instrumentos señalados en el párrafo 5 del principio 1 supra. 3. La legislación nacional podrá autorizar a un tribunal o a otra autoridad competente para que, basándose en un dictamen médico competente e independiente, disponga que esas personas sean internadas en una institución psiquiátrica. 4. El tratamiento de las personas de las que se determine que padecen una enfermedad mental será en toda circunstancia compatible con el principio 11 supra. ONU. *Principios para la Protección de las Personas con Enfermedades Mentales y el Mejoramiento de la Atención en Salud Mental*. Nueva York: Asamblea General de Naciones Unidas, 1991.

⁸⁹¹ BERTOLOTE, J.M. «Legislação relativa à saúde mental: revisão de algumas experiências internacionais.» *Revista de Saúde Pública* 29, nº 2 (1995), pág. 154.

⁸⁹² GONZÁLEZ UZCÁTEGUI, R., y LEVAV, I. *Reestructuración de la atención psiquiátrica: Bases conceptuales y guías para su implementación*. Washington DC: OPS-OMS, 1991, pág. 148.

Por otro lado, la Organización Panamericana de la Salud (OPS)⁸⁹³ publicó en 1990 la *Declaración de Caracas*, en el marco de la Conferencia de Reestructuración de la Atención Psiquiátrica en América Latina, celebrada en la ciudad de Caracas, Venezuela. Esta declaración, así como los demás documentos, parte de una contundente crítica a la psiquiatría tradicional para proponer un nuevo estándar en el cual se concrete el respeto a los derechos humanos de estas personas, reconociendo su especial situación de vulnerabilidad, el abandono y la impotencia ante las instituciones.

Esta Declaración se constituyó como una referencia en la atención de la salud mental a nivel internacional, puesto que reconoce la internación psiquiátrica tradicional como incompatible con el respeto a los derechos humanos de los pacientes, afirmando concretamente que el sometimiento de las personas a esta forma predominante de tratamiento no contribuye con su resocialización, mas, por el contrario, disminuye la capacidad de individuo para vivir en sociedad. En efecto, de acuerdo con el discurso de apertura de la Declaración se ratifica “que el hospital psiquiátrico como el único tipo de atención, no permite la consecución de los objetivos mencionados, al: a) aislar al paciente del medio social, generando así, una mayor discapacidad social; b) crear condiciones desfavorables que ponen en peligro los derechos humanos y civiles de los enfermos; c) exigir a la mayoría de los recursos humanos y financieros a los países a los servicios de salud mental y, d) proporcionar una educación insuficiente vinculada con las necesidades de salud mental de las poblaciones, los servicios de salud y otros sectores”⁸⁹⁴.

Sobre la base de esta potente crítica, la declaración propone un nuevo modelo de atención que respete los derechos de los pacientes y fomente su permanencia en la comunidad.

⁸⁹³ La Organización Panamericana de la Salud (OPS) es el organismo especializado de salud creado en 02 de diciembre de 1902. Es parte del sistema interamericano, encabezado por la Organización de los Estados Americanos (OEA), y también está afiliada a la Organización Mundial de la Salud (OMS), desde 1949, de manera que forma parte igualmente del sistema de las Naciones Unidas. Tiene 51 países y territorios, entre ellos países que están fuera de las Américas: Francia, Países Bajos y Reino Unido, todos como estados participantes desde 1951; España y Portugal, como Estados observadores desde 1980 y 1986, respectivamente.

⁸⁹⁴ OMS-OPS. «Declaración de Caracas, Conferencia sobre la Reestructuración de la atención psiquiátrica en América Latina dentro de los Sistemas Locales de Salud (SILOS).» Caracas: OMS-OPS, 1990, párr. 2, numeral 2.

Más de 10 años después, en 2001, la Organización Mundial de la Salud presentó el *Informe sobre la Salud en el Mundo. Salud mental: nuevos conocimientos, nuevas esperanzas*, documento que complementa la perspectiva innovadora sobre la intervención en salud mental que ya se venía desarrollando. Se trata de un documento detallado que realiza un examen exhaustivo de los conocimientos sobre la carga actual y futura que plantean los trastornos mentales y los principales factores que contribuyen a ellos, además del análisis de los tratamientos más eficaces en la actualidad⁸⁹⁵.

Vale la pena enfatizar la importancia del cambio de paradigma en relación con la atención de la salud mental, mucho más dirigida a la inclusión social de aquellos que sufren de enfermedades mentales, sobre todo si comparamos ese Informe con los diez principios básicos mencionados anteriormente. Se establece que las personas que sufren de cualquier enfermedad, física o mental, deben ser tratadas de la manera menos restrictiva posible y el tratamiento debe ser realizado en la comunidad, teniendo acceso a la atención de salud mental en la atención primaria, así como a los medicamentos más modernos⁸⁹⁶.

El documento citado define que la atención a la salud mental debe realizarse en la comunidad, sosteniendo que su objetivo es proporcionar las funciones de protección y tratamiento de las instituciones hospitalarias, pero sin perpetuar los aspectos negativos de las mismas⁸⁹⁷. En cuanto a los aspectos negativos mencionados, el documento se expresa en el sentido de que entre los fracasos de las instituciones de hospitalización es posible mencionar los repetidos casos de maltrato a los pacientes, el aislamiento geográfico y de las instituciones y de su personal, las irregularidades en los procedimientos de presentación de informes y la contabilidad, la mala gestión e ineficiencia administrativa, la distribución incorrecta de los recursos financieros, la falta de formación del personal y las deficiencias de los procedimientos de inspección y control de calidad.

El cambio de paradigma que propone la OMS tiene como fundamento la evolución de la ciencia médica como tal, en lo que se refiere al conocimiento y tratamiento de las enfermedades mentales, así como la actividad del movimiento internacional para el

⁸⁹⁵ MONTEIRO SANTANA, V., op. cit. (Enfermedad mental, crimen y dignidad humana), 2015, pág. 62.

⁸⁹⁶ OMS. Informe sobre la Salud en el Mundo 2001. Salud Mental: nuevos conocimientos, nuevas esperanzas. Ginebra: OMS, 2001, págs. 59-63.

⁸⁹⁷ *Ibidem*.

reconocimiento de los derechos humanos de todas las personas, sin excepción. En ese contexto, el Informe define la atención comunitaria bajo la siguiente composición⁸⁹⁸:

- Servicios situados cerca del domicilio, incluidos atención hospitalaria general para ingresos agudos y residencias para estancias largas en la comunidad;
- Intervenciones relacionadas con las discapacidades además de con los síntomas;
- Tratamiento y asistencia específicos para el diagnóstico y las necesidades de cada individuo;
- Una amplia gama de servicios que respondan a las necesidades de las personas con trastornos mentales y conductuales;
- Servicios coordinados entre los profesionales de salud mental y los organismos comunitarios;
- Servicios ambulatorios antes que residenciales, incluidos los que permitan el tratamiento a domicilio;
- Cooperación con los cuidadores y respuesta a sus necesidades;
- Legislación en apoyo de los aspectos citados.

En lo que toca a las personas con trastorno mental que se encuentran en instituciones correccionales, el informe establece la necesidad de trasladarlos a instituciones donde puedan recibir tratamiento adecuado. No obstante, esto no implica proceder a su reubicación en los Hospitales de Custodia y Tratamiento Psiquiátrico (Brasil) u Hospital (o Centro) Psiquiátrico Penitenciario (España), como es el caso de los países que poseen estas instituciones, ya que la Organización Mundial de la Salud, al mismo tiempo, aboga por el “cierre de los hospitales custodiales” y "de las instituciones psiquiátricas que perpetúan y refuerzan el estigma, la prestación de servicios de salud mental en la comunidad y la aplicación de leyes para proteger los derechos de los enfermos mentales"⁸⁹⁹.

⁸⁹⁸ OMS, op. cit. (Informe sobre la Salud en el Mundo 2001), 2001, págs. 47-64.

⁸⁹⁹ OMS, op. cit. (Informe sobre la Salud en el Mundo 2001), 2001, págs. 98 y 113.

En pocas palabras, se puede enunciar que las principales recomendaciones del informe para los países son: dispensar tratamiento en la atención primaria de salud; asegurar la disponibilidad de medicamentos psicotrópicos; prestar el cuidado a la salud mental en la comunidad; educar a la población en general; involucrar a las comunidades, las familias y los usuarios; establecer políticas, programas y legislación de alcance nacional; desarrollar los recursos humanos; establecer vínculos con otros sectores; supervisar la salud mental de las comunidades; y, apoyar nuevas investigaciones en el área.

Más recientemente, en el 2013, la OMS publicó el *Plan de acción sobre la Salud Mental 2013-2020*, de impacto global y en vigencia, como respuesta a la Resolución WHA65.4, adoptada por la Asamblea Mundial de Salud en mayo de 2012, sobre la carga mundial de trastornos mentales. Resáltese que, en el 2019 el Plan fue confirmado por la Asamblea Mundial de la Salud a través de la Decisión A72/76 2019 y tuvo su vigencia ampliada para el periodo 2013-2020-2030, alineando este documento con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Asimismo, el plan parte del reconocimiento de que la salud mental no solamente es determinada por las características individuales de las personas afectadas, sino agrega otros elementos de impacto como “factores sociales, culturales, económicos, políticos y ambientales tales como las políticas nacionales, la protección social, el nivel de vida, las condiciones laborales o los apoyos sociales de la comunidad”⁹⁰⁰.

El Plan se basa en principios y enfoques transversales como la existencia de un sistema de salud que cuente con cobertura universal; el respeto a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de las personas con trastorno mental; la actuación en toda la extensión del ciclo vital, con especial atención a los momentos de atención prioritaria, como la lactancia, infancia y ancianidad; la necesidad de implementación de una actuación multisectorial, como medio de responder de forma integral a la demanda de atención en salud mental, sea preventiva o reactivamente; y, el hecho de que toda la intervención debe estar orientada a que las personas con trastornos mentales puedan emanciparse.

En lo que toca a este último aspecto, se verifica que toda intervención debe buscar la emancipación de los pacientes para que puedan alcanzar sus aspiraciones y metas personales. En este contexto, la atención se dirige a una escucha atenta y respetuosa del paciente, actuando

⁹⁰⁰ OMS. *Plan de Acción sobre Salud Mental 2013-2020*. Ginebra: OMS, 2013, pág. 9.

en conjunto con él, en plan de igualdad, ofreciendo alternativas en lo que toca al tratamiento, y posibilitando el encuentro y el apoyo de otras personas en situación semejante. Al efecto, el Plan enfatiza la necesidad de una respuesta integral con un enfoque multisectorial que integre los pacientes y las organizaciones de la sociedad civil para que se garanticen sus derechos humanos.

Esto implica, según observa el propio Plan, el reconocimiento de la especial situación de vulnerabilidad y marginalidad en que se encuentran estas personas en relación con los diversos ámbitos y oportunidades de vida. De tal forma, se plantea como primer objetivo del Plan reforzar un liderazgo y una gobernanza eficaces en el ámbito de la salud mental, con el objetivo de contrarrestar el mencionado contexto de exclusión social, con una atención prioritaria, en la cual se recate el paciente en su rol protagónico como sujeto de derechos. En este punto, se sugiere la incorporación de mecanismos de supervisión y de fomento, para lo que se insta a los países que hasta el 2020 se cuente con una actualización de su legislación en salud mental.

Asimismo, los demás objetivos del Plan son:

- Proporcionar en el ámbito comunitario servicios de asistencia social y de salud mental completos, en los cuales estén integradas la atención primaria y la especializada, con continuidad y capacidad de respuesta. Al efecto, es relevante que la atención se vincule con el primer objetivo, o sea, que sea una forma de promover una vida independiente, con metas personales y respeto a la individualidad, a través de la participación activa del paciente, lo que implica empoderarlo (a la inversa de la postura paternalista de “protección” y tutela).
- Poner en práctica estrategias de promoción y prevención en el campo de la salud mental, para lo cual es relevante combatir la estigmatización y la discriminación que, entre otros factores, impiden que se busque atención temprana a los problemas de salud mental;
- Fortalecer los sistemas de información, los datos científicos y las investigaciones sobre la salud mental, estableciendo indicadores para que sea posible evaluar su avance.

Para estos objetivos, se suscita que se involucren en la promoción de la salud mental a los diversos sectores sociales, como las diversas instancias de organismos internacionales para el desarrollo, las instituciones académicas y de investigación, y la sociedad civil, con especial

énfasis en las organizaciones de personas con trastornos mentales, sus familias, asociaciones de profesionales de la salud mental, entre otros.

Finalmente, cabe hacer referencia a la Conferencia Democracia y Salud Mental Comunitaria, celebrada por la OMS en 2018 en Trieste, Italia, en la cual estuvieron expertos de más de treinta países y se rechazó frontalmente el Proyecto de Protocolo Adicional al Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad de la persona (Convenio de Oviedo o Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina). Esto en virtud de que, en ese documento se proponían normas para el internamiento y tratamiento involuntario de las personas con discapacidad psicosocial, de forma contraria a los estándares de la Convención, como explicita la Confederación Salud Mental España⁹⁰¹. En el mismo sentido, advierte el CRPD a España en las Observaciones a los Informes periódicos, sobre todo en el último, del año 2019⁹⁰², así como en los informes del Comité de Bioética de España (CBE) sobre el uso de contenciones mecánicas y farmacológicas y sobre la necesidad de adaptar la legislación española al CRPD, según evidencia INCHAUSPE ARÓSTEGUI⁹⁰³.

2. Salud Mental en España y Sistema Penitenciario

Una vez expuestos los estándares internacionales de derechos humanos de las personas con trastorno mental, que se desarrollan tanto en el ámbito de los mecanismos convencionales y no convencionales de derechos humanos cuanto, a través del trabajo de la Organización Mundial de Salud, es necesario por lo menos identificar los efectos de éstos en el ordenamiento jurídico español. Así, partimos de los anteriormente visto en este trabajo, toda vez que ha realizado un amplio recorrido histórico sobre las concepciones de la locura, el desarrollo de la psiquiatría y la concepción de peligrosidad criminal en el Derecho penal español, desde la

⁹⁰¹ Confederación SALUD MENTAL España. Informe sobre el estado de los DERECHOS HUMANOS de las personas con trastornamental en España, 2018. págs. 78, 88-89. Disponible en: https://sid.usal.es/idocs/F8/FDO27494/derechos_salud_mental.pdf

⁹⁰² CRPD, Observaciones finales sobre los Informes periódicos segundo y tercero combinados de España. Naciones Unidas, 2019, párr. 28.

⁹⁰³ INCHAUSPE ARÓSTEGUI, J.A. «Actualidad en coerción y asistencia en salud mental: de la pugna declarativa al impulso a alternativas.» *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 2019, pág. 11.

dogmática penal, su previsión en el Código Penal y en el contexto de los principios penales en el Estado Social y Democrático de Derecho. Sobre esta base, en este momento se buscará reconocer brevemente el trayecto y el Estado actual del tratamiento de las personas con trastorno mental en el sistema de salud, en qué medida están incorporados los estándares antes referidos a la legislación sanitaria española y verificar si este estándar se aplica a los inimputables por anomalía o alteración psíquica para lograr la finalidad constitucional de las medidas de seguridad, es decir, la resocialización de estas personas.

Posteriormente a la reinauguración de la democracia en 1978, ya contando con una nueva constitución, y después de la elección del 1982, tuvo inicio un proceso de cambios paulatinos, una vez que el nuevo orden constitucional necesitaba referentes actuales y que sean coherentes con el nuevo modelo de Estado. Estos esfuerzos culminaron con la Orden 27 de 1983, que creó la “Comisión de Expertos para la Reforma Psiquiátrica”, que presentó su informe en 1985⁹⁰⁴. Varios miembros de la junta directiva de la AEN fueron miembros de esta comisión y manifestaron en su informe final los elementos que fueron, posteriormente, la base del futuro modelo psiquiátrico español.

El informe reconoció que el modelo vigente no había incorporado las directrices de la OMS en el campo de la salud mental, lo que conllevaba a “(...) la discriminación del enfermo psíquico en cuanto a su protección asistencial y sus derechos civiles, la multiplicidad de redes paralelas desvinculadas de la red general, el modelo de servicios en torno al hospital psiquiátrico, la práctica inexistencia de programas de rehabilitación y la precariedad de recursos asistenciales comunitarios”⁹⁰⁵.

A partir de estas observaciones, algunos de los principales puntos de las recomendaciones de la Comisión fueron los siguientes⁹⁰⁶:

⁹⁰⁴ Por Orden del 27 de julio de 1983, se creó la Comisión Ministerial para la Reforma Psiquiátrica, que se constituyó 17 meses después, el 14 de diciembre de 1984. Esta Comisión, formada por: Valentín Corcés, José García, José Guimón, Federico Menéndez, Merce Pérez, José Rallo y Francisco Torres, además de los vocales natos, Director General de Planificación Sanitaria, Director General de Farmacia, Director General del INSALUD, Director General de Salud Pública y el Subdirector General de la AISN, ha elaborado este informe técnico. Actuó como Secretario José Antonio Espino.

⁹⁰⁵ Comisión Ministerial para la Reforma Psiquiátrica. «Documento General y Recomendaciones para la Reforma Psiquiátrica y la Atención a la Salud Mental.» *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 1985, pág. 205.

⁹⁰⁶ *Ibidem*.

- 1) *Ámbito territorial definido y participación de los diversos agentes comunitarios;*
- 2) *Potenciación de las acciones de protección de la salud mental y atención psiquiátrica dentro del entorno social propio de la población en riesgo;*
- 3) *Desarrollo de programas de rehabilitación para el enfermo mental y establecimiento de unas condiciones mínimas para el mismo en todos los casos (incluyendo al enfermo crónico y los pacientes institucionalizados);*
- 4) *Reducción de las necesidades de hospitalización por causas psíquicas y, por tanto, la reducción progresiva del número total de camas;*
- 5) *Incremento de las posibilidades de externación de la población hospitalizada mediante el desarrollo de programas interdisciplinares de rehabilitación y reinserción social que faciliten su vuelta al medio sociofamiliar o su integración en los nuevos recursos sociales y sociosanitarios con que se vaya dotando la sociedad para la protección y soporte de estas personas;*
- 6) *Formación y reciclaje de los profesionales movilizandolos recursos humanos y orientándolos hacia otras actividades y unidades asistenciales.*

DESVIAT expresa que, como resultado de un largo proceso, con la coincidencia de la existencia de “una demanda social, voluntad política y un grupo de técnicos preparados para llevarla a cabo”⁹⁰⁷, en abril de 1986 la Ley General de Sanidad (LGS) fue instituida. Esta norma buscó responder al mandato de los artículos 43 y 49 de la Constitución⁹⁰⁸, marcando el inicio de la reforma psiquiátrica española y concretando las aspiraciones sociales y las luchas del colectivo profesional (los psiquiatras democráticos), que desde los años 70 intentaban cambiar los parámetros asistenciales en el país. Por consiguiente, se comenzó a implementar un sistema nacional de salud que privilegia la atención universal, equitativa y descentralizada, en donde la

⁹⁰⁷ DESVIAT, M. et al. «Los avatares de una ilusión: la reforma psiquiátrica en España.» *Cuadernos de Trabajo Social*, 2010, pág. 255.

⁹⁰⁸ Artículo 43.1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio. Artículo 49. Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.

salud mental sufre una “transformación de la asistencia psiquiátrica en base a un modelo comunitario y desinstitucionalizador y su total integración en la sanidad general desplazarán el eje de la atención desde la asistencia hospitalaria a la atención primaria, preventiva y promotora de salud”⁹⁰⁹.

En particular, los puntos más relevantes de la LGS en materia de salud mental fueran los que siguen:

- 1) La plena integración de los servicios psiquiátricos en el sistema sanitario general;
- 2) La atención en el ámbito comunitario mediante la potenciación de los recursos asistenciales a nivel ambulatorio y de los sistemas de hospitalización parcial y atención a domicilio para reducir al máximo posible la necesidad de hospitalización;
- 3) La realización de la hospitalización en las Unidades Psiquiátricas de los Hospitales Generales;
- 4) El desarrollo de los servicios de rehabilitación y reinserción social necesarios para una adecuada atención integral de los problemas de las personas con enfermedad mental, buscando la necesaria coordinación con los servicios sociales.

El movimiento antipsiquiátrico español fue, antes de nada, un movimiento con un fuerte perfil activista que estuvo por muchos años limitado y controlado por la psiquiatría oficial franquista. Sin embargo, se destaca la experiencia de GONZÁLEZ DURO en su labor en el Sanatorio de los Prados, así como en su condición de vicepresidente de la AEN, al lado de otro gran nombre del movimiento, VALENTÍN CORCÉS, que actuó como presidente de la asociación. Por otro lado, los psiquiatras españoles fueron miembros del “Grupo Internacional del Mapa de la Vergüenza”, que documentó y denunció las prácticas de la psiquiatría en Francia, Portugal, Alemania, España e Italia, al lado de todos los grandes nombres de la antipsiquiatría en estos países, como da a conocer FERREIRÓS MARCOS⁹¹⁰.

⁹⁰⁹ DESVIAT, M. et al. «La reforma psiquiátrica 25 años después de la Ley General de Sanidad.» *Revista Especializada en Salud Pública* 85, 2011, pág. 428.

⁹¹⁰ FERREIRÓS MARCOS, C.E. op. cit. (Salud Mental y derechos humanos), 2007, pág. 92.

Particularmente, se destaca en el texto de la LGS el artículo 20⁹¹¹ que trata específicamente de la salud mental en la comunidad, con el uso de recursos ambulatorios para que se reduzcan al máximo las hospitalizaciones. También menciona la atención en el domicilio, además de servicios de rehabilitación y reinserción social además de la prevención de los problemas de salud mental en la atención primaria de salud.

A partir de este momento, lo establecido por la LGS significó un punto de inflexión en la historia de la atención a la salud mental en España, una vez que se inició el movimiento de renovación de la legislación nacional para el reconocimiento de derechos en algunos ámbitos, como fueron la Ley 41/2002, sobre la autonomía del paciente, la Ley 16/2003, para la cohesión y la calidad del sistema nacional de salud, la Ley 51/2003, para la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, la Ley 39/2006, sobre autonomía personal. Posteriormente, con la ratificación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad en 2008, se impuso un nuevo movimiento de adaptación del ordenamiento jurídico español para la incorporación del nuevo modelo convencional (Ley 33/2011, la Ley 26/2011, el Real Decreto 26/2011, Real Decreto 1/2011 y la Ley 14/2018). De igual forma, DESVIAT subraya que se adecuó la formación de los psiquiatras en la residencia médica y se generó tanto las especialidades de psicología clínica como de enfermería en salud mental para ajustar la formación al nuevo modelo asistencial⁹¹².

De otra parte y, según la LGS, desde la década de los 80 se deberían ir cerrando los Hospitales Psiquiátricos en la medida que se incorpore la atención en los hospitales generales, con el fin de reducir al máximo la hospitalización. Sin embargo, de acuerdo con DESVIAT solamente en las Comunidades Autónomas de Andalucía, Asturias y Navarra, se han cerrado

⁹¹¹ CAPÍTULO III De la salud mental artículo veinte. Sobre la base de la plena integración de las actuaciones relativas a la salud mental en el sistema sanitario general y de la total equiparación del enfermo mental a las demás personas que recursos asistenciales a nivel ambulatorio y los sistemas de hospitalización parcial y atención a domicilio, que reduzcan al máximo posible la necesidad de hospitalización. 1. La atención a los problemas de salud mental de la población se realizará en el ámbito comunitario, potenciando los recursos asistenciales a nivel ambulatorio y los sistemas de hospitalización parcial y atención a domicilio, que reduzcan al máximo posible la necesidad de hospitalización. Se considerarán de modo especial aquellos problemas referentes a la psiquiatría infantil y psicogeriatría. 2. La hospitalización de los pacientes por procesos que así lo requieran se realizará en las unidades psiquiátricas de los hospitales generales. 3. Se desarrollarán los servicios de rehabilitación y reinserción social necesarios para una adecuada atención integral de los problemas del enfermo mental, buscando la necesaria coordinación con los servicios sociales. 4. Los servicios de salud mental y de atención psiquiátrica del sistema sanitario general cubrirán, asimismo, en coordinación con los servicios sociales, los aspectos de prevención primaria y la atención a los problemas psicosociales que acompañan a la pérdida de salud en general.

⁹¹² DESVIAT, M. et al. op. cit. (La reforma psiquiátrica 25 años después de la Ley General de Sanidad), 2011, pág. 429.

totalmente dichas instituciones y han sido sustituidas por el conjunto de servicios de salud ⁹¹³. En efecto, el desarrollo de servicios comunitarios y psicosociales es muy distinto en las 17 Comunidades Autónomas, por lo que CARMONA CALVO-DEL RÍO NORIEGA ponderan que “las desigualdades en las distintas regiones que componen el Estado español, han condicionado que no exista un único modelo asistencial”⁹¹⁴.

No obstante, DESVIAT sostiene que la reforma psiquiátrica española fue reconocida internacionalmente por su mayor logro: el desarrollo de la atención primaria de calidad e integrada en los distintos niveles de la asistencia⁹¹⁵. En efecto, los resultados de la reforma española se pueden evidenciar a través de muchos estudios realizados a lo largo de estos 34 años, con una intensa década dedicada a ajustes normativos representativos (2001-2011). Como ejemplo, el mismo autor expone, en un estudio realizado en 1993 en las poblaciones de Leganés y Pinto, cerca de Madrid se observó lo siguiente: “(...) a los dos años del cierre del manicomio de Leganés y ocho de comienzo del plan de reforma para esta zona del sur metropolitano de la Comunidad de Madrid, se halló un cambio en el discurso social paralelo a los cambios asistenciales producidos, en especial en aspectos como la peligrosidad, el internamiento, y en general la expresión de una mayor normalización y aceptación del trastorno mental (...) Los cambios hallados en el discurso social reflejan un proceso que se ha producido en paralelo a los cambios producidos por la reforma psiquiátrica de la zona en los últimos diez años. Importa destacar la modificación positiva de las opiniones sobre peligrosidad y necesidad de instituciones manicomiales” ⁹¹⁶.

Estos importantes cambios ponen de manifiesto los logros de la reforma psiquiátrica española, los cuales, como se podrá ver más adelante, lamentablemente no se reflejaron en un trato distinto a las personas con discapacidad psicosocial en el sistema penal.

⁹¹³ DESVIAT, M. et al. op. cit. (La reforma psiquiátrica 25 años después de la Ley General de Sanidad), 2011, pág. 433.

⁹¹⁴ CARMONA CALVO, J., y DEL RÍO NORIEGA, F. «Análisis Histórico de la Reforma Psiquiátrica Andaluza: los Inicios y el Proyecto» *Estudios de Psicología*, 2011, pág 329.

⁹¹⁵ DESVIAT, M. et al. op. cit. (La reforma psiquiátrica 25 años después de la Ley General de Sanidad), 2011, pág. 430.

⁹¹⁶ DESVIAT, M. et al. «Morbilidad psiquiátrica en población general en Leganés y Pinto (Madrid). Uso de servicios de salud mental y opiniones y actitudes de la población hacia la enfermedad mental.» *Psiquiatría Pública*, 1997, págs. 324-325.

2.1. El tratamiento de las personas con enfermedad mental en el sistema penal español

Como se pudo observar, después de la democratización y de la nueva Constitución española, fueron incorporados un sin número de cambios legislativos en materia penal y penitenciaria, y en el área de la salud mental, que, tal como si fueran dos líneas paralelas, avanzan juntas, pero no se tocan ni se cruzan. En efecto, como se constató en la segunda parte de este trabajo, el avance en el campo de la inimputabilidad y la peligrosidad de las personas con trastorno mental, 34 años después, no superó el cambio inicial desde la peligrosidad pre delictual y social para la peligrosidad criminal post delictual, persistiendo la aplicación de la medida de seguridad de internación que, aunque existen otras alternativas, continúa siendo protagonista casi absoluta en la práctica forense.

Así como hemos evidenciado, la legislación penal y penitenciaria sigue reproduciendo el modelo manicomial, aun cuando la Constitución dispone un mandato de resocialización, conservando normas e instituciones que son contrarias al marco jurídico nacional e internacional. En este sentido, todavía sigue vigente el artículo 11 de la Ley Orgánica 1/1979 Ley General Penitenciaria (LGP) en el cual se prevén los establecimientos penitenciarios especiales, entre los cuales se encuentran los centros psiquiátricos. Eso en un contexto en que el preámbulo de la misma LGP expone, como recuerda ZABALA BAÑOS que se “pone de manifiesto la función resocializadora de la pena, considerando a la persona penada como un miembro activo que forma parte de la sociedad, bajo un régimen particular en respuesta al cumplimiento de dicha pena, con el objetivo de prepararle para su vuelta a la sociedad desde la libertad plena”⁹¹⁷.

En este contexto, vale destacar que el sistema penitenciario español, en su objetivo de conciliar la custodia con la rehabilitación de los internos, posee, de acuerdo con ZABALA BOLANÑOS, cinco principios básicos que son: la individualización del régimen de acuerdo a las características personales y la historia de cada persona; la progresión de grado, realizada por un equipo interdisciplinario y que determina el régimen de cumplimiento y su progresión; el tratamiento para la reinserción social; el cumplimiento en cercanía con el local de origen

⁹¹⁷ ZABALA BAÑOS, C. Prevalencia de Trastornos Mentales en Prisión: Análisis de la Relación con Delitos y Reincidencia. Madrid: SGIP, 2016, pág. 46.

para la manutención del arraigo social; y, la posibilidad de comunicación con el exterior y los permisos de salida⁹¹⁸.

De otra parte, el Reglamento Penitenciario 190/1996 (RP), define la existencia de los establecimientos y unidades psiquiátricas penitenciarias; los primeros son los hospitales psiquiátricos penitenciarios (HPP), en los cuales se cumplen las medidas de seguridad privativas de libertad⁹¹⁹. De forma breve, vale la pena hacer referencia a la descripción de las principales características que el RP prevé para los mencionados hospitales: a) las instituciones deben estar ubicadas en todo territorio para que se posibilite la manutención de los vínculos sociales, relevantes para el proceso de rehabilitación (artículo 191, RP); b) las instalaciones deben contar con suficiente espacio para las actividades terapéuticas, de rehabilitación, esparcimiento y ocio (artículo 191, RP); c) a cada seis meses el equipo multidisciplinar debe enviar informe del seguimiento de la situación y acompañamiento de la persona al Ministerio Fiscal; d) deben ser realizados planes de rehabilitación individualizados, y, en este marco, se planificará el contacto con el exterior (frecuencia, duración, con quien se puede comunicar, condiciones de la comunicación, posibilidad o no de salidas).

Actualmente, existen dos Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios en España, uno en Alicante, en la Comunidad Valenciana (Hospital Fontcalent, creado en 1984) y en Sevilla, en Andalucía (creado en 1990). Nótese que ambas instituciones fueron extrañamente creadas en medio al proceso de democratización del país, del sistema de salud y de la reforma psiquiátrica⁹²⁰. El primer hospital atiende a la mayor parte de España (con excepción de Extremadura, Canarias, Cataluña, Ceuta y Melilla y Andalucía), en lo que toca a los internos varones, y cuenta con capacidad de 371 camas. En el caso de las demás Comunidades Autónomas, el Hospital de Sevilla cuenta con capacidad de 158 camas, conforme exponen CEREZO DOMÍNGUEZ-DÍAZ SÁNCHEZ⁹²¹. En estas instituciones, no existe el sistema de clasificación en grados, por lo que no están vigentes los mismos criterios de régimen y los parámetros para progresión y salida, así como, vale repetir, no existe una previsión de limitación temporal impuesta por el juez, que guarde alguna proporción o razonamiento lógico

⁹¹⁸ ZABALA BAÑOS, C., op. cit., (Prevalencia de Trastornos Mentales en Prisión), 2016, págs. 47-48.

⁹¹⁹ Según el artículo 184, RP también pueden acceder a estos hospitales los presos provisorios o detenidos para observación e informe y los penados a los cuales sobrevenga un trastorno mental.

⁹²⁰ En Brasil, por ejemplo, los “Manicomios Judiciales” fueron creados en finales del siglo XIX, momento hegemónico del pensamiento positivista y en que se establecía la Escuela de Defensa Social.

⁹²¹ CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I., y DÍAZ SÁNCHEZ, D. op. cit. (El enfermo mental en el medio penitenciario español), 2016, págs. 6-7.

con el delito en concreto, sino un límite abstracto establecido por el legislador de que la medida de seguridad no puede tener mayor duración que el máximo de la pena abstractamente aplicable al delito (artículo 6.2, CP). En este sentido, ZABALA BAÑOS considera que estas particularidades de los HPP se deben a que su objetivo principal es “(...) conseguir la estabilización psicopatológica de los internos y la reducción de su peligrosidad, así como garantizar una atención especializada, todo ello, como paso previo a una posible sustitución de la medida de seguridad privativa de libertad por una medida de tratamiento que le permita continuar con el tratamiento y seguimiento en el seno de la comunidad”⁹²².

Esto exige un alto grado de coordinación con las instituciones de la red de atención comunitaria, que serían los encargados del seguimiento del “paciente”. Sin embargo, según los datos del último Informe General sobre las Instituciones Penitenciarias del 2016, existen 529 personas cumpliendo medida de seguridad privativa de libertad en el país, estando 397 en los hospitales psiquiátricos penitenciarios de Sevilla y Alicante y 132 internos en centros penitenciarios ordinarios, según exponen CEREZO DOMÍNGUEZ-DÍAZ SÁNCHEZ y el SGIP⁹²³.

De otro lado, según el estudio de CEREZO DOMÍNGUEZ-DÍAZ SÁNCHEZ, realizado en el mismo periodo, de las personas que se encuentran en centros penitenciarios comunes, el 78,4% eran semiimputables y el 11,8% inimputable. Entre estos internos, que se encuentran en una especie de limbo, la situación es particularmente preocupante, ya que no hay una estructura terapéutica. El estudio demuestra que el 49% de estos sujetos concluyeron el cumplimiento de las medidas de seguridad en estas condiciones, y los otros 51% lograron ser transferidos a los hospitales, y apunta la exigua utilización de la sustitución de la medida de internamiento por la de carácter ambulatorio (8%). Para los mencionados autores, se identifica al final una “mala praxis judicial” que conlleva a que “las condiciones de cumplimiento de los semiimputables que cumplen pena y medida de seguridad en el mismo centro son deplorables, más gravosas que las del resto de internos, ya que mientras se encuentran cumpliendo la medida de seguridad no pueden disfrutar de los beneficios penitenciarios propios del sistema de individualización

⁹²² ZABALA BAÑOS, C. op. cit. (Prevalencia de Trastornos Mentales en Prisión), 2016, pág. 51.

⁹²³ SGIP. *Informe General 2016*. Madrid: Ministerio del Interior, 2016, pág. 25.; CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I., y DÍAZ SÁNCHEZ, D. op. cit. (El enfermo mental en el medio penitenciario español), 2016, pág. 12.

científica, puesto que, al no tratarse de penados, se les suspende la clasificación en grado de tratamiento”⁹²⁴.

Este mismo informe realizado por CEREZO DOMÍNGUEZ-DÍAZ SÁNCHEZ identifica factores de vulnerabilidad como que, a pesar de que el 44,4% tiene diagnóstico de esquizofrenia, 33,3% de trastornos de personalidad y 22,2% de retraso mental (un total de 99,9% de los internos), solamente el 13,7% de ellos había tenido antecedentes de internamiento en algún servicio de salud mental. A esto se debe agregar el hecho de que los hospitales no cuentan con personal médico y asistencial adecuado, además de que el personal de vigilancia y seguridad no cuenta con perfil asistencial, lo que imprime en estas instituciones la vieja cultura de custodia y control que tanto se busca actualizar, modificar y desaparecer, por ser comprobadamente atentatoria de los derechos humanos y obstaculizadora del fin terapéutico. Así, los autores analizan que estas instituciones se asemejan más a la cárcel que a un hospital, una vez que “el elemento clave es el predominio del criterio judicial de ingreso y de alta en estas instalaciones lo que, en definitiva, actúa como un factor de empobrecimiento en la calidad de la asistencia a los pacientes y, en última instancia, favorece el problema de reubicación en el ámbito social de estas personas, debido a la escasez de recursos externos de apoyo para la continuidad asistencial del paciente mental”⁹²⁵.

Finalmente, es pertinente analizar el documento final del Consenso de las Comisiones de Análisis de Casos de Personas con Enfermedad Mental Sometidas a Penas y Medidas de Seguridad, convocadas por la Coordinación de Sanidad Penitenciaria, parte del SGIP, último estudio de esta naturaleza. El documento parte del reconocimiento de que “no está resuelta la forma de acceso a tratamiento y cuidados en la red normalizada de Salud Mental de pacientes psiquiátricos sometidos a medidas de seguridad impuestas por los juzgados penales”⁹²⁶. Así, los resultados de la investigación son los siguientes:

⁹²⁴ CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I., y DÍAZ SÁNCHEZ, D. op. cit. (El enfermo mental en el medio penitenciario español), 2016, pág. 18.

⁹²⁵ CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I., y DÍAZ SÁNCHEZ, D. op. cit. (El enfermo mental en el medio penitenciario español), 2016, pág. 19.

⁹²⁶ SGIP. *Documento de consenso de las comisiones de análisis de casos de personas con enfermedad mental sometidas a penas y medidas de seguridad*. Madrid: Comisión de Transversalidad de la Estrategia de Salud Mental del Ministerio de Sanidad Servicios Sociales e Igualdad, 2012, pág. 7.

En la etapa anterior a la sentencia⁹²⁷:

- No existen garantías de que una persona con trastorno mental, al entrar en contacto con el sistema judicial, sea identificada como tal, por lo que no recibe la asistencia debida (jurídica y sanitaria).
- Hay escasez de recursos socio-sanitarios para personas con enfermedad mental que necesitan mayor atención en el contexto comunitario (personas con enfermedad mental con escaso control ambulatorio, nula o baja conciencia de enfermedad, escasa o nula red social, bajo nivel económico y necesidad de servicios asistenciales muy especializados).
- Hay una falta de mecanismos de detección temprana y de evaluación del riesgo, antes de que personas con enfermedad mental entre en contacto con el sistema judicial.

En la etapa de condena a la medida de seguridad⁹²⁸:

- Escasez de recursos específicos para personas con enfermedad mental que necesitan mayor atención (enfermos con escaso control ambulatorio, nula o baja conciencia de enfermedad, escasa o ya agotada red social, bajo nivel económico y necesidad de servicios asistenciales muy especializados).
- No existen protocolos de derivación para coordinar estas medidas con los órganos judiciales, con la red de Sanitaria y Social que gestiona los recursos necesarios para las personas discapacitadas, enfermas mentales o con adicciones, y con las entidades sociales que desarrollan actividades de apoyo y atención a estas personas.

En la etapa de reinserción⁹²⁹:

- No existe un entendimiento y coordinación entre las administraciones involucradas, la de justicia, la administración socio-asistencial y la penitenciaria, ni se atiende el

⁹²⁷ SGPI, op. cit., (*Documento de consenso de las comisiones de análisis de casos de personas con enfermedad mental*), 2012, págs. 15 -18.

⁹²⁸ SGPI, op. cit., (*Documento de consenso de las comisiones de análisis de casos de personas con enfermedad mental*), 2012, págs. 18-21.

⁹²⁹ SGPI, op. cit., (*Documento de consenso de las comisiones de análisis de casos de personas con enfermedad mental*), 2012, págs. 24-28.

punto de vista del usuario o los agentes sociales que lo representan, a la hora de establecer mecanismos adecuados de reinserción.

- No existe un adecuado protocolo de medidas de seguimiento tras la salida, y antes de que termine la condena, donde se evalúe el ajuste del tratamiento y la adecuación del recurso, pilares fundamentales para evitar la reincidencia o recaída.
- No hay una suficiente aplicación de actuaciones de reinserción enfocadas a la normalización funcional y social previas al fin de la condena, como permisos y otras actividades en libertad, en los internos con enfermedad mental grave.

Este estudio del SGIP también trae datos epidemiológicos de la prevalencia de personas con enfermedad mental en el sistema penitenciario. Así, del universo de personas ingresadas en el periodo de investigado, a nivel nacional: 87,5% cumplen medidas de seguridad privativa de libertad, 5,3% fueron penados y 7,2% fueron presos preventivos. La población es compuesta mayoritariamente de hombres (97,3%), jóvenes (62,5% entre 21-30 años), con una alta prevalencia de psicosis como diagnóstico (76,8%) y del abuso o dependencia de drogas (30,8% alcohol, 33,4% heroína y cocaína, 4,1 % cannabis – total de 68,3%). Son muy bajas las tasas de condiciones para alta del hospital psiquiátrico (30%) y aún menores las oportunidades en que se hace el cambio al tratamiento ambulatorio (2,2%), en un periodo de investigación de 1 año⁹³⁰.

Así las cosas, se observa que, además de la permanencia de la peligrosidad como un instituto jurídico que, en su misma expresión verbal no disimula su tinte discriminatorio, se siguen manteniendo los Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios, incluso en Andalucía, una de las pocas Comunidades Autónomas en las cuales se reconoce el éxito de la reforma psiquiátrica. Esto evidencia, todavía más, el persistente trato diferenciado que se da a estas personas en el sistema penal, el cual continúa funcionando en contraposición a la lógica del ordenamiento jurídico y al margen de los avances científicos para lograr el efectivo tratamiento y la reinserción social de las personas con discapacidad psicosocial. En este mismo sentido, enseguida se expondrán las Observaciones de la CRPD a los Informes presentados por España.

⁹³⁰ SGPI, op. cit., (*Documento de consenso de las comisiones de análisis de casos de personas con enfermedad mental*), 2012, págs. 43-45.

2.2.Observaciones finales sobre los informes periódicos de España al CRPD.

Como parte del mecanismo de seguimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad estudiada en el capítulo anterior (artículo 35, CDPD), España presentó hasta la fecha tres informes: el informe inicial, analizado en el 2011 y los informes 2 y 3, analizados conjuntamente por el CRPD en el 2019, a través de los documentos CRPD/C/ESP/CO/1 y CRPD/C/ESP/CO/2-3, respectivamente. En esta oportunidad, se hará referencia a las observaciones sobre los derechos pertinentes a esta investigación, utilizando, así como lo hace el CRPD, la lógica de secuencia de los artículos de la Convención.

Ambos informes comienzan resaltando los aspectos positivos de los esfuerzos realizados por el Estado, que consisten en los ajustes legislativos antes mencionados y políticas públicas establecidas en el área de la discapacidad^{931 932}, así como los Planes y Estrategias de largo plazo y, como resultados alcanzados, la incorporación del 78,35% de los niños con discapacidad al sistema de educación tradicional.

Sobre los motivos de preocupación y recomendaciones, llama la atención el CRPD para el hecho de que estas mismas leyes (Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social y Ley de Promoción de la Autonomía Personal, del 2013 y 2006),

⁹³¹ El Primer informe destaca: La ley 26/2011 sobre la adaptación de las normas a la Convención, la modificación de reglamentos y de varias leyes en respuesta a la Convención, y la adopción de importantes medidas positivas en los sectores de la salud, la vivienda y el empleo y en otras esferas; La ley 51/2003 sobre la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la "accesibilidad universal" para las personas con discapacidad, así como de las disposiciones para su aplicación, en particular los reales decretos que establecen las normas básicas de accesibilidad; El III Plan de Acción para las Personas con Discapacidad, que aborda la discapacidad teniendo en cuenta el género, así como la Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad, 2008-2012, incluido su primer plan de acción, que abarca el período 2008-2010; La adopción de su Estrategia a largo plazo para las personas con discapacidad (2012-2020), que incluye objetivos a corto plazo y a plazo medio.

⁹³² El segundo informe evidencia: a) La Ley Orgánica núm. 2/2018 para la modificación de la Ley Orgánica núm. 5/1985 del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad; b) La Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (aprobada por Real Decreto Legislativo núm. 1/2013), cuyo objeto es aumentar el nivel de participación, empleo e inserción social de las personas con discapacidad mediante, entre otras cosas, una mayor oferta de trabajo decente y la lucha contra la discriminación; c) Las enmiendas al texto revisado de la Ley núm. 9/2017 de Contratos del Sector Público, que prevé cuotas de puestos de trabajo para las personas con discapacidad; d) La Ley Orgánica núm. 13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, que refuerza los derechos de las personas con discapacidad a las que se atribuya un hecho punible o que hayan sido detenidas; e) La Ley Orgánica núm. 1/2015, por la que se modifica el Código Penal para adecuarlo a la Convención; f) La Ley Orgánica núm. 1/2017, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones en el jurado del tribunal. 5. El Comité encomia la aprobación por el Estado parte del Plan de Acción de la Estrategia Española sobre Discapacidad 2014-2020 a nivel nacional y de otros planes conexos elaborados por las diferentes comunidades autónomas.

realizadas con el objetivo de adecuarse a la Convención, siguen reproduciendo el modelo biomédico de discapacidad, que concibe las discapacidades concentrándose en las deficiencias y clasifica a las personas sobre la base de su diagnóstico para excluirlas de los derechos establecidos en la CDPD. El Comité recuerda al Estado español que este modelo es contrario a los derechos humanos de las personas con discapacidad, señalando en las Observaciones del 2019, especialmente, que se mantiene “el predominio de un enfoque paternalista y la ausencia de disposiciones basadas en los derechos humanos en los sistemas de salud mental, así como la falta de estrategias explícitas destinadas a garantizar que las personas con discapacidad estén protegidas contra la discriminación y el maltrato”⁹³³.

Asimismo, reitera el Comité en las Observaciones del 2019 la falta de atención a las recomendaciones de la primera observación, una vez que persisten: la permisión de interrupción tardía del embarazo exclusivamente por motivos de discapacidad (Ley 2/2010); la esterilización forzada y el hecho de que se siga obligando a abortar a las mujeres con discapacidad (párr. 33 que refiere a la Ley Orgánica 10/1995), una vez que ambas prácticas violan el derecho a la integridad personal; el proyecto de ley en el cual se permite la eutanasia en caso de persona con discapacidad⁹³⁴.

Sobre el derecho a la vida, el Comité lamenta que persistan los casos de fallecimiento de personas con discapacidad psicosocial por el uso de medios de contención mecánica o tratamiento médico en hospitales psiquiátricos, así como el fallecimiento de personas con discapacidad por falta de asistencia y apoyo profesional⁹³⁵. En este particular, el CRPD llama la atención para la previsión de que, en el régimen de sustitución de las decisiones, “los tutores que representan a personas con discapacidad consideradas “legalmente incapacitadas” puedan legalmente consentir en que se terminen o se suspendan el tratamiento médico, la nutrición u otros medios de sustentación de la vida de esas personas”⁹³⁶.

⁹³³ CRPD. *Observaciones finales sobre los Informes periódicos segundo y tercero combinados de España*. Naciones Unidas, 2019, párr. 6 a.

⁹³⁴ CRPD, op. cit.. (Observaciones finales sobre los Informes periódicos segundo y tercero combinados de España), 2019, párr. 6 b.

⁹³⁵ CRPD, op. cit.. (Observaciones finales sobre los Informes periódicos segundo y tercero combinados de España), 2019, párr. 18 b.

⁹³⁶ CRPD, op. cit.. (Observaciones finales sobre los Informes periódicos segundo y tercero combinados de España), 2019, párr. 18 c.

En este sentido, persiste además la legislación en la cual no existe el derecho de las personas con discapacidad psicosocial al igual reconocimiento como personas ante la ley, una vez que se permite la privación de capacidad jurídica por motivo de discapacidad y se adoptan medios de sustitución en la adopción de decisiones, incluso en lo que respecta a decisiones sobre la propia vida de la persona⁹³⁷. Dichas disposiciones violan, al mismo tiempo, el derecho de igualdad ante la ley (artículo 12), el derecho de acceso a la justicia⁹³⁸, e incluso el derecho a la vida (artículo 10).

Asimismo, se observa la continuidad de previsiones legales que violan el artículo 14 de la Convención (derecho de libertad y seguridad de las personas), una vez que las personas con discapacidad psicosocial están sujetas a internamiento involuntario, que conlleva a tratamiento forzado y uso de medidas de contención mecánica y farmacológica⁹³⁹. Así, este régimen jurídico permite que las personas con discapacidad psicosocial e intelectual, sean objeto de malos tratos en los hospitales psiquiátricos⁹⁴⁰. Se recalca además en el párrafo 29, la existencia de violación a la protección contra la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 15, CDPD) “al Comité le preocupa que el artículo 9 de la Ley de Autonomía del Paciente y el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permitan el empleo de medios de contención física, mecánica y farmacológica, en particular la medicación forzada, la sobremedicación, la terapia electroconvulsiva y otros tratamientos o el internamiento sin el consentimiento libre e informado del afectado. (...) Le preocupa, además, que las personas con discapacidad internadas en instituciones, en especial las personas con discapacidad intelectual, corran el riesgo de ser sometidas a vejaciones o malos tratos”⁹⁴¹.

Además, se identifica la imposición a las personas con discapacidad psicosocial, como requisito para acceder a apoyo y vivienda, el uso obligatorio de medicación⁹⁴². Si se añade a esta circunstancia el hecho de que la población con discapacidad está, en su mayor parte, en un

⁹³⁷ CRPD, op. cit.. (Observaciones finales sobre los Informes periódicos segundo y tercero combinados de España), 2019, párrs. 22 y 23.

⁹³⁸ CRPD, op. cit.. (Observaciones finales sobre los Informes periódicos segundo y tercero combinados de España), 2019, artículo 13, párr. 21 b.

⁹³⁹ CRPD, op. cit.. (Observaciones finales sobre los Informes periódicos segundo y tercero combinados de España), 2019, párr. 26.

⁹⁴⁰ CRPD, op. cit.. (Observaciones finales sobre los Informes periódicos segundo y tercero combinados de España), 2019, párr. 35.

⁹⁴¹ CRPD, op. cit. (Observaciones finales sobre los Informes periódicos segundo y tercero combinados de España), 2019, párr. 29.

⁹⁴² CRPD, op. cit. (Observaciones finales sobre los Informes periódicos segundo y tercero combinados de España), 2019, párr. 26.

contexto de pobreza, especialmente las mujeres, por el débil acceso al mercado laboral, los bajísimos ingresos que registran y la falta de medidas de apoyo⁹⁴³, la medida que obliga a la medicalización es una coerción que viola los derechos a la integridad física y la igualdad ante la ley.

De otra parte, el Comité recuerda las constantes violaciones al derecho a la privacidad de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial, que se producen en las instituciones, entre las cuales están la instalación de cámaras de vigilancia en espacios privados, además de estar limitadas completamente del contacto con el mundo exterior, con régimen de visitas estricto y limitado⁹⁴⁴.

Así, el CRPD da cuenta, en diversas ocasiones, de la persistencia de los prejuicios y estereotipos presentes en la conducta del personal del sector de la justicia, salud y servicios sociales, en relación con las personas con discapacidad⁹⁴⁵; de la misma forma que constata la permanencia de la institucionalización de las personas con discapacidad psicosocial e intelectual, tanto de adultos como de niños⁹⁴⁶, la cual sigue exponiendo a las personas institucionalizadas a explotación, violencia y abuso, incluida la violencia sexual⁹⁴⁷.

A esta situación se suma la inexistencia de datos concretos sobre dichos casos de violencia, además de una estrategia para prevenir y detectar los casos⁹⁴⁸. Esta falta de registro y datos oficiales sobre la violencia y la discriminación que sufren las personas con discapacidad es lo que produce la invisibilidad de la realidad vivida por estas personas frente al público en general y a los profesionales del Derecho penal, así como la desconexión entre la legislación y los principios sanitarios, los estándares de derechos humanos y el sistema jurídico-penal.

⁹⁴³ CRPD, op. cit. (Observaciones finales sobre los Informes periódicos segundo y tercero combinados de España), 2019, párr. 52.

⁹⁴⁴ CRPD, op. cit. (Observaciones finales sobre los Informes periódicos segundo y tercero combinados de España), 2019, párr. 41.

⁹⁴⁵ CRPD, op. cit. (Observaciones finales sobre los Informes periódicos segundo y tercero combinados de España), 2019, párr. 43.

⁹⁴⁶ CRPD, op. cit. (Observaciones finales sobre los Informes periódicos segundo y tercero combinados de España), 2019, párr. 12.

⁹⁴⁷ CRPD, op. cit. (Observaciones finales sobre los Informes periódicos segundo y tercero combinados de España), 2019, párr. 31.

⁹⁴⁸ *Ibidem*.

V. VALORACIÓN PERSONAL

Como se pudo evidenciar en el presente capítulo, los distintos modelos de comprensión de la discapacidad generaron distintas respuestas sociales y jurídicas, cada una de ellas con características propias relacionadas con las distintas épocas en que tuvieron protagonismo. No obstante, así como ocurrió con las distintas concepciones del principio de igualdad revisadas en el capítulo anterior, estos modelos no han sido superados, sino que se encuentran yuxtapuestos. En efecto, recién se están implementando los estándares de la Convención y, en la mayor parte de los Estados, recién inicia la socialización y comprensión del denominado modelo de barreras sociales, sus consecuencias y efectos. De esta forma, el proceso de cambio del paradigma biomédico rehabilitador al de barreras sociales, apenas comienza, y, por este motivo, es de suma relevancia identificar y contrastar las lógicas y estrategias características de cada modelo, a fin de realizar un adecuado análisis acerca del tratamiento jurídico que se da a las personas con discapacidad psicosocial.

Así, de forma sintética, la evolución de los modelos de concepción de la discapacidad, acompañada por distintos status legales atribuidos a las personas que poseen diferencias funcionales, sean de naturaleza física, psíquica o sensorial, transitaron desde la idea de la prescindencia social de estas personas □en la cual fue lícito darles muerte o excluirlas□, pasó por el paradigma rehabilitador y su obsesión por la normalización; y, siguió con el estándar de la incapacidad jurídica y la consecuente necesidad de utilizar mecanismos de tutela y “protección”. Este proceso culminó hace pocos años, con la adopción normativa del modelo de barreras sociales, en el sistema universal de derechos humanos.

En ese sentido, observamos que el modelo de prescindencia, hegemónico en la antigüedad y en la edad media, tuvo algunas versiones distintas de acuerdo con la época en que se implementó, como las variantes del submodelo eugenésico que estuvo presente también en la historia de occidente, especialmente en el período de la inquisición durante la edad media, y en los programas eugenésicos de Alemania y Estados Unidos en el siglo XX. En relación con este último, la persistente práctica legal de Esterilización forzada de mujeres con discapacidad psicosocial en distintos países en desarrollo es una herencia nefasta. De otra parte, el submodelo de marginación, basado en el paternalismo y la caridad, característico de la baja edad media,

exhibe hasta los días actuales una suerte de tolerancia piadosa que mantiene a las personas con discapacidad en un lugar de dependencia e incapacidad, y que se refleja en el tratamiento médico y jurídico paternalista; para el cual, es más fácil generar bonos y ayudas económicas que independencia, autonomía e inclusión.

Por otro lado, el modelo biomédico rehabilitador basado en la dicotomía salud-enfermedad, reproduce otras dicotomías que inciden, hasta los días actuales, en el tratamiento médico y jurídico de las personas con discapacidad: para los recuperables (los normales), implicó una valiosa oportunidad de recuperación, debido a los avances de la medicina, la farmacología y la tecnología. De otra parte, para los considerados no recuperables, es decir los que padecen alguna condición crónica, no pasible de cura o rehabilitación, la situación no fue tan esperanzadora, pues esa condición de anormales y su reconocimiento, provocaron el robustecimiento de las viejas instituciones productoras y reproductoras de más enfermedades y exclusión. El protagonismo de la deficiencia en este modelo, produjo un sinnúmero de terminologías legales como los minusválidos, discapacitados, impedidos, disminuidos, incapacitados, deficientes, etc. Estos calificativos sustantivados, fueron tan repetidos que pasaron a normalizarse, a ser expresiones casi naturales para encarnar a las personas que no encajan en el padrón de normalidad física, psíquica o sensorial. Su utilización es el fiel reflejo de la mirada de la sociedad hacia las personas con discapacidad en vigencia del modelo biomédico rehabilitador.

El Sistema Universal de Derechos Humanos, tal como el modelo rehabilitador, es fruto de las grandes guerras mundiales. Como devela su nombre, el sistema de Naciones Unidas estuvo creado y avanzó por muchos años bajo una lógica y un lenguaje universal, que se pensaba resultaba suficiente para garantizar la igualdad y la dignidad inherente que promulgaba. Hechas estas apreciaciones, vemos con claridad que los documentos de soft law que se sucedieron para tratar el tema de las personas con discapacidad, reflejan el lenguaje y el tratamiento paternalista y excluyente del modelo rehabilitador. A ellos se suma la contribución de la “neutralidad y universalidad” de diversos documentos de hard law de ese periodo. Sin embargo, entre la promulgación de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y la CDPD (2006), los cinco documentos de soft law fueron generando pequeños avances que abrieron espacio para que sea posible el cambio paradigmático que propone la Convención.

Así, en 1950 se trataba a las “personas físicamente impedidas”, una concepción acuñada para las personas mutiladas en la guerra; en 1971 se progresa y se pasa a distinguir de este precedente a las personas con discapacidad psicosocial, con la consideración de la necesidad de tratamiento, educación, ocupación y rehabilitación de los “retrasados mentales”. En 1975, el término “impedidos” volvería a aglutinar a las personas con discapacidad física y mental, equiparando discapacidad a impedimento para una vida independiente. Sin embargo, de forma novedosa se resalta el derecho a la igualdad y a la no discriminación, la dignidad humana, la autonomía, la necesidad de ayudas y de consulta a las organizaciones sociales de los “impedidos”. Posteriormente, en 1982, un documento redactado con la participación de las organizaciones de las personas con discapacidad marca el inicio del decenio de Naciones Unidas para las personas con discapacidad y visibiliza la necesidad de prevención, rehabilitación, igualdad de oportunidades y una vida en comunidad con independencia. Luego, en 1993 se inaugura la utilización del término “personas con discapacidad” y la distinción entre deficiencia y discapacidad, característica del modelo de barreras sociales, en un documento que fue elaborado con amplia participación social. Así, se trazó en el sistema universal de derechos humanos, el camino de visibilización de las personas con discapacidad y sus necesidades, toda vez que la neutralidad de la tradicional fórmula de igualdad ante la ley, se muestra especialmente dañina para este colectivo, para el cual el reconocimiento de la diferencia constituye la base para un adecuado tratamiento. No obstante, destacamos que incluso en la actualidad, las personas con discapacidad, especialmente si se trata de diferencias psicosociales, no gozan, siquiera, de esta igualdad formal ante la ley.

Es así que, en contraste y en reacción al modelo biomédico rehabilitador, el modelo social o de barreras sociales parte de la constatación de que las discapacidades son parte de la diversidad humana (no necesariamente enfermedades), y del reconocimiento de que la dignidad e igualdad de los seres humanos debe implicar la inclusión social real de todas las diferencias. El cambio producido por esta reflexión es de 180 grados: el énfasis no está en las limitaciones, sino en las posibilidades de cada persona. Estas posibilidades dependen directamente de las barreras encontradas para el desarrollo pleno de la persona, de forma que quien debe ser objeto de “arreglo” es la sociedad y no las personas con discapacidad. Por esta razón, se plantea una importante distinción entre la deficiencia, psíquica o física, que afecta a la persona, y la discapacidad, de naturaleza social y política. Desde esta mirada, la finalidad de la normativa y de las posibles intervenciones médicas no es la “protección”, sino la generación de vidas

independientes, autónomas y dignas; y cualquier medio o intervención, de naturaleza mecánica, química o jurídica, que tenga por fin o resultado coartar este derecho, constituye una violación de la dignidad humana.

Dicho lo anterior, concordamos con el análisis de Degener y Quinn, realizado en 2002, en el que afirman que la evolución de las políticas en relación con los derechos de las personas con discapacidad se ha desarrollado en tres fases: (i) la legislación para las discapacidades físicas de la posguerra, (ii) la extensión de los servicios de rehabilitación de las personas que no estuvieron en la guerra a partir de los años 60; y, (iii) la legislación contra la discriminación. No en tanto, pasados casi 20 años desde su emblemático informe, debemos agregar otro importante hito, la CDPD de 2006 que entró en vigencia en el 2008, y el momento actual, o sea, el proceso de adaptación continua a los estándares de la CDPD por los Estados.

En este contexto, la CDPD se afilia al modelo social de comprensión de la discapacidad, marcando el distanciamiento de los modelos anteriores, lo que implica la superación de la comprensión biomédica patologizante de las discapacidades, y sus consecuencias para la vida de las personas con discapacidad. Finalmente, el gran pleito defendido por Ed Roberts en los años 60, referido a la desvinculación entre discapacidad y enfermedad vino a la luz. Así, a partir del reconocimiento de que la discapacidad es un concepto históricamente construido, que es parte de la diversidad humana y que el sistema universal de protección de derechos humanos no brinda protección suficiente, ni adecuada a las personas con discapacidad, se plantea una reinterpretación de los derechos humanos para la superación, no de las deficiencias o diferencias, sino de las barreras sociales y jurídicas que todavía se imponen a estas personas.

El derecho de Igualdad y no discriminación aparece de forma transversal en la CDPD y está entrelazado con el goce de todos los demás derechos. Como ya me mencionó ampliamente en este trabajo, la persistencia de prácticas y normas discriminatorias contra las personas con discapacidad denuncia la insuficiencia de la mera afirmación de la igualdad ante la ley. Es necesario reconocer un lugar social para el amplio abanico de la diversidad humana y establecer mecanismos de protección efectiva contra las diversas formas de discriminación. En este particular, el CRPD ha profundizado la comprensión de las formas de discriminación, verticalizando la comprensión de las categorías clásicas y ampliando la mencionada tipología.

De esta forma, podemos sistematizar las siguientes formas de discriminación por motivos de discapacidad: la discriminación directa, indirecta, la denegación de ajustes razonables, la discriminación intersectorial, el acoso, por asociación, por motivo percibido y por discapacidad presunta o percibida. Específicamente, en lo que toca a las personas diversas psicosocialmente y su tratamiento en el sistema penal, destacamos en este momento la aplicación de las cuatro primeras formas, sin desconocer la relevancia de las demás. En este sentido, rescatamos que ocurre discriminación cuando una acción u omisión tiene el objetivo de afectar el goce de algún derecho en virtud de la discapacidad (directa); o, cuando una acción o norma universal afecta desproporcionalmente los derechos de las personas con discapacidad (indirecta). Es relevante notar que, para el CRPD, la previsión legal de evaluación de la capacidad jurídica de las personas como requisito para gozar de derechos, es considerada una forma de discriminación legal directa a las personas con discapacidad. Igualmente, que el modelo biomédico es incompatible con la Convención, una vez que perpetua la exclusión y las violencias contra las personas con discapacidad.

De igual forma, ocurre discriminación si se deniegan ajustes razonables de manera injustificada, toda vez que estos deben ser solicitados por el particular que los necesita. Llamamos la atención para la distinción necesaria entre estos ajustes y los ajustes legales o de procedimiento, derivados del derecho de acceso a la justicia y de las obligaciones asumidas por los Estados signatarios, los cuales no necesitan ser solicitados individualmente y son directamente exigibles. Asimismo, reconociendo con BARATA y ZAFFARONI el carácter selectivo de la intervención estatal en materia penal, vale la pena subrayar la relevancia de la discriminación intersectorial en relación a mujeres, niños, niñas y adolescentes, así como otros componentes que potencializan dicha discriminación, como son la etnia, nacionalidad, orientación o identidad sexual, etc.

Como contenido lógico del derecho de igualdad, la Convención pone al desnudo la sistemática invisibilidad de la discriminación legal sufrida por las personas con discapacidad, al afirmar en el artículo 12 el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley, después de exactos 58 años de la afirmación jurídica de que todas las personas son iguales en dignidad y derechos. En este contexto, es evidente que las personas con discapacidad psicosocial son las que padecen, en mayor medida, la afectación de este derecho que, de un lado está íntimamente

ligado a la dignidad en su origen y, del otro, es un supuesto para el goce tanto de los derechos civiles como de los derechos sociales.

De esta forma, resulta muy didáctica la identificación de dos “partes” del derecho a la capacidad jurídica que realiza la CRPD, como lo son la capacidad de ser titular de un derecho (o capacidad jurídica formal) y la capacidad para ejercer este derecho (capacidad jurídica material o capacidad de hecho). Así, entendiendo con el Comité que la capacidad de derecho y la de hecho son inseparables, cabe analizar particularmente lo ocurrido con las personas con discapacidad psicosocial que, aunque formalmente están reconocidas como iguales ante la ley, son impedidas de ejercer materialmente este derecho, debido a la existencia de un sinnúmero de obstáculos legales y sociales para la aceptación de su ejercicio pleno.

En nuestro objeto de estudio se encuentra el tema más recurrente, el tratamiento médico involuntario, toda vez que, sea impuesto por la familia, el psiquiatra, las instituciones de salud, el juez penal o civil, es entendido por el CRPD como una práctica discriminatoria lamentablemente normalizada que constituye privación de libertad forzosa y arbitraria. Consecuentemente, esta práctica viola, de manera simultánea, los derechos a la salud, a la integridad de la persona, a la protección contra la tortura, la violencia, la explotación y el abuso. Cabe resaltar que, según el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, las obligaciones que están relacionadas con el ejercicio de dichos derechos, como lo es la igualdad ante la ley, no se someten a la efectividad progresiva, sino que son obligaciones de exigibilidad inmediata.

En el mismo sentido, el derecho al acceso a la justicia en igualdad de condiciones tiene un contenido amplísimo y transversal, que se extiende todavía más si se consideran todas las posibilidades de interacción entre la justicia y la diversidad de las personas con discapacidad. Sin embargo, a partir de la revisión de la jurisprudencia del CRPD, notamos que los mayores ejemplos para nuestro tema de investigación están relacionados específicamente con los derechos de libertad y seguridad, en lo que toca a tres temas específicos: a) la prohibición absoluta de reclusión en razón de la discapacidad; b) la inimputabilidad y la reclusión involuntaria en institución carcelaria o de salud; y c) las condiciones de reclusión de las personas con discapacidad.

En este sentido, el derecho a gozar de libertad y a no ser recluso por su discapacidad, íntimamente vinculado con los derechos anteriormente analizados, es un presupuesto natural

para posibilitar el goce de los demás derechos. Acompañamos al Comité en el sentido de que el sistema universal de derechos humanos y la Convención no admiten excepciones al derecho de igualdad, y las legislaciones, de naturaleza civil, penal o de salud mental, no están autorizadas para contemplarlas. En este sentido, el tratamiento involuntario por un presunto peligro a sí mismo o a un tercero, es considerada una práctica violatoria del derecho de libertad y seguridad, y considerada, una especie de detención arbitraria. Así, como ya advertimos en los capítulos anteriores en relación al proceso penal, el Comité observa que tal proceso no puede girar alrededor de la discapacidad psicosocial del imputado, sino que debe manifestar concretamente el acceso a la justicia en igualdad de condiciones, especialmente en relación con el desarrollo y efectivo cumplimiento de todos los hitos procesales.

En este sentido, cobra especial relevancia lo manifestado por el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, órgano ligado al ejercicio de derecho de las personas privadas de libertad y no al CRPD, que afirma taxativamente que está prohibido el internamiento involuntario o por razón de la existencia de una discapacidad real o percibida, en particular sobre la base de la discapacidad psicosocial o intelectual, y establece obligaciones claras y concretas de prevenir y reparar los daños causados por los internamientos involuntarios. La reparación se da a nivel personal, con la soltura inmediata y el pago de indemnizaciones. En nivel colectivo, con el cierre sistémico de los hospitales y el establecimiento de servicios de asistencia en la comunidad. Además, son muy relevantes los ajustes procesales y sustantivos para garantizar que las personas diversas psicosocialmente gocen de todos los derechos y garantías en igualdad de condiciones con las demás personas.

Además de estas consideraciones, es necesario subrayar que también el CRPD ya se pronunció sobre lo que denomina como “declaración de incapacidad en el sistema de justicia penal”, o sea, la inimputabilidad. Así, la inimputabilidad en sí misma es entendida como un trato discriminatorio a una persona en el sistema penal, una vez que implica una denegación de acceso a las mismas garantías que tienen las demás personas imputables, en razón de la discapacidad. Entendemos con el Comité que, de igual forma, el tratamiento forzoso que resulta de la inimputabilidad también constituye una violación per se de los derechos humanos de estas personas, además de hacerlos vulnerables a un sin número de otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, así como a prácticas de tortura.

En este particular, subrayamos el entendimiento de que ni el “interés superior” ni tampoco el supuesto “peligro para sí mismo y para terceros”, son reconocidos como justificaciones legítimas para el tratamiento forzoso, toda vez que la misma previsión legal del “peligro” tiene naturaleza discriminatoria. Adicionalmente, las privaciones de libertad por tiempo indefinido son consideradas como generadoras de daños irreparables que constituyen, además, un trato inhumano y degradante.

De esta forma, en todo momento e incluso para personas que se encuentran en reclusión por sentencia penal, el tratamiento de salud mental debe ser consentido, a través de la utilización de apoyos efectivos y comprensibles para tomar una decisión informada y consciente, no se debe limitar a contar con documentos de sustitución de voluntad, tales como formularios o contratos de adhesión, entre otros. La decisión a ser tomada debe tener opciones médicas y no médicas, terapéuticas o no, pero debe ser tomada siempre en la comunidad.

En lo que toca a los derechos sociales, como son el derecho a una vida independiente y en la comunidad, el derecho a la salud, a las habilitación y rehabilitación tratados, anteriormente destacamos su estrecha relación con los derechos de igualdad y no discriminación, capacidad jurídica, el derecho de libertad y seguridad, conforme consideran el CRPD y el Relator especial de Naciones Unidas. Así, los internamientos por la presunta peligrosidad están relacionados con la mala atención a la salud mental, así como con la denegación de capacidad jurídica que conlleva a los internamientos forzados. De tal manera que el Relator especial llama la atención para la necesidad de tomar en cuenta ambos estándares conjuntamente, el de la OMS y el de Derechos Humanos, para la atención a la salud mental. La atención a la salud para las personas con discapacidad psicosocial está lamentablemente ligada al derecho de libertad e integridad personal, como no ocurre en ninguna otra área médica, y el derecho penal tiene un rol importante en esta conexión. Hasta el presente, este papel se ha dirigido a garantizar la perpetuación de la internación forzada como sanción penal y no, como es su rol fundamental, a servir de garantía al ciudadano frente a la posibilidad de tamaña intervención estatal.

En el mismo sentido, el Comité entiende que son consecuencias del derecho a una vida independiente, de naturaleza privada e individual, y del derecho a vivir en comunidad, de naturaleza pública o social: a) la obligación de liberar a todas las personas privadas de libertad en los servicios de salud mental; b) la proscripción de todas las formas de tutela; c) la

implementación de los servicios de salud mental en la comunidad, al lado de los servicios de asistencia personal para garantizar la independencia y la autonomía; d) la necesaria intervención en la comunidad y en las familias, para viabilizar la inclusión de las personas con discapacidad psicosocial, con medidas de desarrollo, información y sensibilización.

Finalmente, es posible ponderar que, tanto el texto de la Convención como el trabajo del CRPD, a través de las Observaciones Generales, los Dictámenes y las observaciones a los informes presentados por los Estados, corroboran la incompatibilidad del contenido del principio de igualdad y la no discriminación, con la previsión legal de inimputabilidad de las personas con trastorno mental. Del mismo modo, ratifican la calificación del tratamiento forzoso impuesto por la justicia penal a través de la medida de seguridad, como reclusión involuntaria que caracteriza discriminación legal, en razón de la discapacidad de la persona. Como se pudo apreciar, este mecanismo equivale a una privación de libertad arbitraria incompatible con la dignidad humana de las personas con discapacidad y equivale a un trato cruel y degradante.

En el mismo sentido, aunque de forma menos específica, el Sistema Europeo, tanto en el ámbito del Consejo de Europa como en el de la Carta Social Europea (sobre todo después de la revisión el 1996) establece, sobre todo en relación con la vigencia de los artículos 3 y 5 de la CEDH, que las personas con trastorno mental se encuentran en situación de especial vulnerabilidad. Sobre el tema, destacamos tres hitos del desarrollo jurisprudencial de la Corte: primero, la necesidad de una atención médica adecuada; después, la exigencia de que cualquier detención de persona con trastorno mental debe tener un propósito terapéutico; y, finalmente, el condicionamiento de la legalidad de la detención de las personas con trastorno mental a la idoneidad del tratamiento a suministrar.

A partir de estos parámetros, se puede realizar la siguiente pregunta: ¿cuál, entonces, es este tratamiento idóneo o la atención médica adecuada, como exige la Corte Europea, respetuoso de los derechos humanos como alerta la CRPD y que, al mismo tiempo, logre la superación de la peligrosidad conforme exige el Código Penal, como criterio para suspensión de la medida de seguridad aplicada (arts. 6, 1. y 2.; y 97, b))? Esta es la pregunta que intentaremos contestar a continuación, sobre la base de los estándares de salud mental internacionales y nacionales.

Para comenzar a contestar esta pregunta, a partir de lo expuesto, se puede identificar que, en lo que toca al estándar internacional de salud mental, la OMS, desde su fundación ha aportado a la evolución del tratamiento sobre la base de la evidencia científica, impulsando importantes cambios en el tratamiento médico de las personas con trastorno mental. En definitiva, esto no implica que no existan críticas, por ejemplo, al excesivo esfuerzo en el incremento cada vez mayor de las posibilidades diagnósticas, reflejadas en el notorio crecimiento del DSM, así como al protagonismo de la medicalización⁹⁴⁹. Sin embargo, es flagrante su mayor adecuación a los parámetros de derechos humanos analizados en el capítulo anterior, además de la comprobada efectividad. Eso en consecuencia no solamente de su origen común en la segunda posguerra, como del continuo proceso de especialización por el cual ha transitado tanto el área de salud como la tutela de los derechos humanos.

Sobre este particular, vale la pena rescatar, así como lo hicimos en el epígrafe anterior sobre los derechos humanos, los principales documentos y sus rasgos más destacados, que señalarán el camino recorrido por la salud mental en el ámbito de la OMS. Así, en 1953 la primera publicación del Comité de Expertos en Salud Mental, propuso la humanización del hospital psiquiátrico, a través de mejores instalaciones y relaciones interpersonales. A su turno, en 1978 ya se marca una distancia de aquella primera concepción al plantear la atención de salud mental como parte de la atención primaria en el territorio, estimulando la autorresponsabilidad y la autodeterminación del paciente.

En el comienzo de la década de los 90 tres documentos perfilan un cambio definitivo en el paradigma internacional, alejándose del modelo hospitalocéntrico, de forma cercana al giro desde del modelo rehabilitador hacia el modelo de barreras sociales que se consolidaría paulatinamente en la misma década del siglo XX. Así, en un primer momento, la OPS identificó, en 1990, las múltiples vulneraciones de derechos humanos provocadas por el modelo psiquiátrico manicomial y propuso una reestructuración de la atención de salud mental en América Latina. Posteriormente, en 1991 la Asamblea General de Naciones Unidas se pronunció sobre la atención en salud mental, vinculándola por primera vez a los derechos humanos, de forma que se afirman los derechos de igualdad y no discriminación y, a la vez, la finalidad de la atención médica como generadora independencia y combatir la tendencia a la

⁹⁴⁹ BRAUNSTEIN, N. *Clasificar en Psiquiatría*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013, págs. 7-17.

institucionalización, que no debe tener un valor en sí misma. Finalmente, fue el turno de la OMS establecer su posición sobre el tema, con la publicación de un documento que plantea nuevas bases ético jurídicas, clínicas, institucionales y sanitarias para la atención psiquiátrica, partiendo de una fuerte crítica al hospital psiquiátrico y su carácter iatrogénico y cronificante de las enfermedades, para proponer una mejor distribución de los recursos disponibles para la atención ambulatoria y descentralizada.

En la misma dirección, pero de forma mucho más detallada, en 2001 la OMS presentó un Informe sobre la Salud Mental en el Mundo, en el cual exponía los “fracasos” de las instituciones de hospitalización psiquiátrica, así como la tendencia ascendente de la carga planteada por los trastornos mentales, al tiempo en que ponderó el estado del conocimiento científico sobre salud mental. Desde este enfoque, se propone principalmente, el tratamiento individualizado en la comunidad, dirigido a la inclusión social y por un equipo multidisciplinario. Más adelante, en el 2013, la OMS publicó un Plan de acción sobre la salud mental en el cual se destaca la preocupación por los determinantes socio culturales, económicos y políticos de la salud mental, y la demanda por una actuación intersectorial. Además, cabe subrayar la insistencia en una atención de salud mental que respete los instrumentos internacionales de derechos humanos, reconociendo el lugar de vulnerabilidad, discriminación, estigmatización y exclusión en que se encuentra la persona con trastorno mental y promoviendo una reacción integral por parte de los Estados para una vida independiente.

En este contexto, vale la pena recordar el icónico Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre Salud mental y Derechos Humanos de 2017, ya analizado en el capítulo anterior, en el que se evalúan los problemas que enfrentan las personas con trastorno mental desde el análisis del contenido del derecho a la salud, entre los cuales se encuentra el tratamiento forzoso, la medicalización forzosa, la sobremedicación y las distintas prácticas nocivas en el curso de la privación de libertad en el sistema sanitario. Este documento cobra especial relevancia una vez que plantea una unificación de enfoques, enlazando el derecho a la salud mental con el modelo de barreras sociales de la CDPD. Bajo este influjo, en el 2018 la conferencia democracia y salud mental de la OMS va a reafirmar la necesidad de adaptar los sistemas de salud mental a los estándares de la CDPD en Europa, oponiéndose al Convenio de Oviedo.

De tal forma, es posible reconocer que el estándar internacional de salud mental, se ha convertido en un espacio para el cual confluyen de forma cada vez más evidente los diversos mecanismos de derechos humanos y los de salud. Además, dicho modelo fue progresivamente complejizándose, alejándose cada vez más del enfoque estrictamente biomédico para contemplar distintas variables que reclaman una intervención multidisciplinar e intersectorial. Asimismo, en lo que toca al tratamiento, observamos que todos los instrumentos analizados a partir de la década de los 90 del siglo XX son unísonos en los siguientes puntos: el tratamiento tradicional de internación en un hospital psiquiátrico no constituye un medio idóneo para el tratamiento de la salud mental, debido a su carácter patogénico y cronificante; y, se evidencia la persistencia de las prácticas de violencia física y psicológica continuamente denunciadas e identificadas por las instituciones ciudadanas nacionales y organismos internacionales, muchas veces asociadas a la práctica de tortura, trato cruel y degradante, y hasta la muerte, como evidencian los informes expuestos.

A la par con este movimiento, merece destacarse que España, como parte del movimiento internacional por la psiquiatría democrática y de los organismos internacionales de derechos humanos y salud, incorporó en gran medida a la legislación y a las prácticas de salud mental, de forma gradual, los estándares expuestos, incluso con anterioridad a la redemocratización. En este sentido, subrayamos que el artículo 20 de la Ley General de Sanidad se constituye, al mismo tiempo, en el resultado de años de labor teórico y activismo de profesionales y colectivos de usuarios y familiares, y en el inicio de un proceso de reforma del sistema de salud mental, con los muchos ajustes normativos subsecuentes, los cuales cobrarían nuevo aliento con la firma de la CDPD.

Como principales puntos a recalcar, la LGS implementa un sistema desinstitucionalizado de atención psiquiátrica en el territorio, a través de la atención primaria de salud, ambulatoria y a domicilio. Al efecto, no solamente se reestructuró el sistema de atención, como la formación del personal de salud mental. Con todo, también es necesario hacer notar que este modelo presenta algunas limitaciones prácticas y contradicciones, por el hecho de no haber sido implementado de manera uniforme en las distintas Comunidades Autónomas, así como la denegación de la implementación de estos estándares a las personas declaradas inimputables.

En relación al primer punto, es ponderamos que, a pesar de los muchos logros de la reforma psiquiátrica española, este no es un modelo inmune a las críticas y apreciaciones, como lo manifiestan las Observaciones de la CRPD. Particularmente, rescatamos las observaciones recientes que reflejan la manutención en el ordenamiento jurídico de un enfoque paternalista a través de institutos jurídicos que permean la propia legislación de discapacidades, de salud, civil y penal: se permiten todavía el tratamiento forzoso, el uso de medios de contención mecánica, física y química, la privación de capacidad jurídica y medios para la sustitución en las decisiones, aun cuando se trata de decidir sobre la vida de la persona; todas previsiones legales declaradas como incompatibles con los derechos humanos. Asimismo, el CRPD expone el perjuicio y las discriminaciones a que están sujetas las personas con discapacidad tanto en el sector de la justicia como en el de salud, y critica la falta de registro de dichas violencias, que refuerza la invisibilidad de las personas con discapacidad psicosocial. En síntesis, se destacan en las observaciones finales del 2019, violaciones a los siguientes derechos: vida, acceso a la justicia, integridad personal, igualdad y no discriminación, igualdad ante la ley (capacidad jurídica plena), protección contra la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes, protección contra explotación, violencia y abuso, privacidad, vida independiente y en la comunidad.

De otra parte, es menester insistir que, en lo que toca a nuestro objeto de investigación, el aludido sistema de salud mental previsto en la LGS, con sus logros y límites, dista mucho del tratamiento que reciben las personas con trastorno mental en el sistema penal. En efecto, siguen todavía vigentes los Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios para estas personas, lo que lleva al forzoso reconocimiento de que existen, no solamente dos tipos de Derecho penal, como bien reflexiona ZAFFARONI, como dos modelos de atención a la salud mental. En consecuencia, esta situación no se puede conciliar tanto con los principios de resocialización e igualdad y no discriminación, como con el artículo 20 de la Ley General de Sanidad de España. En definitiva, la disposición del mencionado artículo de la LGS de “que se reduzcan al máximo posible la necesidad de hospitalización” no puede excluir, y de hecho en su texto no excluye a las personas inimputables.

Si observamos los datos del sistema penitenciario español, se observa que el total de las personas que cumplían medida de seguridad a la fecha del último estudio publicado, fue de 523, en cuanto en el mismo periodo la población carcelaria imputable fue de 51.784 reclusos (total

de la población 52.307)⁹⁵⁰. Esto implica que el 0,99% de la población reclusa del país es compuesta por personas inimputables por anomalía o alteración psíquica. A dicho análisis se puede agregar, el contraste de las tasas de reincidencia obtenidas en el proyecto de Brasil: por un lado la tasa en el Proyecto PAI-PJ, con la aplicación de los estándares de salud mental de atención en la comunidad a los inimputables por anomalía o alteración psíquica, de 2% en 10 años (sin delitos violentos); y por otro, la tasa media de reincidencia del sistema carcelario brasileño en el mismo periodo, de 70% según el Sistema Nacional de Información⁹⁵¹.

En base a lo expuesto, es posible cuestionar la compatibilidad de la peligrosidad de las personas con trastorno mental con el sistema jurídico, desde los estándares internacionales de derechos humanos y de salud mental, y desde los principios del Estado Social y Democrático de Derecho y el sistema de salud mental español; tanto si consideramos la peligrosidad como presunción legislativa *a priori*, como si miramos a su concepción como fundamento de las medidas de seguridad y pronóstico de reincidencia. Concretamente, se puede evaluar que el binomio peligrosidad-medida de seguridad logra violar, a la vez, los principios jurídicos más caros al Estado Social y Democrático de Derecho, las normas de salud mental y los tratados internacionales de derechos humanos.

⁹⁵⁰ SGIP. *Informe General 2016*. Madrid: Ministerio del Interior, 2016.

⁹⁵¹ Según el Sistema de Informaciones estadísticas del Sistema Penitenciario brasileiro del Ministerio de Justicia, en el mismo periodo 4.600 personas cumplían Medidas de Seguridad en Brasil. Ese total representa 0,97% de la población carcelaria brasileira, de los 470.000 detenidos en el 2010. Ministerio de Justiça e Segurança Pública. *Departamento Penitenciário Nacional*. 09 de 06 de 2019. <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>.

CONCLUSIONES

PRIMERA

Desde la apreciación de la trayectoria histórica de la peligrosidad penal se pudo observar en la llamada Edad Clásica, cuna de la modernidad, la confluencia entre el racionalismo y el creciente capitalismo lanzó las bases para un cambio estructural en la percepción de la pobreza, de la locura y de las discapacidades de forma general. En común, los sujetos incluidos en estas categorías estaban asociados a la incapacidad laboral y a la imposibilidad de integración social, a través del modelo de prescindencia de la concepción de la discapacidad, bajo el submodelo de la marginación. En este contexto, el surgimiento de los hospitales en lo que FOUCAULT llamó de “la gran internación” implicó un camino sin vuelta atrás para el movimiento de asociación de la locura con la agresividad y la consecuente necesidad de confinamiento.

Posteriormente, sobre aquellas bases se observó la consolidación de la asociación del concepto de peligro a la idea de locura, en el contexto del fortalecimiento paralelo del paradigma preventivo positivista en el siglo XIX y de la psiquiatría como campo autónomo de la medicina. De un lado PINEL, ESQUIROL y MOREL tuvieron éxito en el establecimiento de la psiquiatría, sobre todo en el ámbito forense, generando una creciente mezcla entre interés y miedo de los alienados, la monomanía homicida, la locura sin delirio, los degenerados. De otra parte, Lombroso, FERRI y GARÓFALO idealizaron un criminoso nato constitutivamente anormal, un ser inadaptado a la vida en sociedad debido al atavismo, en fin, peligroso e irrecuperable. En ambos casos, la intervención superaría los alcances de la teoría clásica del derecho penal, la idea de responsabilidad, de castigo y las garantías.

Así, se justificó el fortalecimiento gradual de una estrategia de defensa social que necesitó adaptar el sistema jurídico para permitir las medidas de seguridad, sin límite legal, con el único fin de proteger la sociedad. Estaban lanzadas las bases que permitirían que se establezca en el siglo XX un régimen de excepción dentro del sistema jurídico penal que se perpetúa sin cuestionamientos, aun en el seno de un Estado constitucional.

SEGUNDA

En el siglo XX los caminos de la psiquiatría y del derecho penal, en lo que toca a la peligrosidad de las personas con trastorno mental, comienzan en el mismo rumbo trazado por el positivismo, pero tendrán, a partir de mitad del siglo, direcciones opuestas. En efecto, la psiquiatría comienza el siglo XX sometida al positivismo, con propuestas eugenistas, utilizada como instrumento para el holocausto por el Nazismo y como coadyuvante en la tortura de presos políticos en la Unión Soviética, y concluye el siglo con una resignificación de su rol seguida de la reorientación de su praxis, nutrida por los avances científicos y la propuesta de respeto a la dignidad de los pacientes.

Frutos de este proceso son las diversas reformas psiquiátricas que ocurrieron al interior de muchos países, cada una de acuerdo con las particularidades locales, como lo son el tipo de cobertura a la salud, de financiación, el modelo de Estado (minimalista o garantista), la cultura y la tradición teórica a la cual se acercan. De esa forma, algunos países eligieron transformar el modelo de asistencia, pero mantuvieron el hospital psiquiátrico como apoyo, aunque reformulado; en cuanto otros optaron por el cierre completo de estas instituciones. En común, las diversas reformas psiquiátricas establecen unísonamente que el hospital psiquiátrico no es un medio eficaz para el tratamiento de los trastornos mentales, que no tienen capacidad resocializadora y, mucho menos, curativa, y que la atención a la salud mental debe desarrollarse preventiva y reactivamente, por medio del modelo comunitario de asistencia.

De otra parte, el Derecho penal transitó entre la escuela de la defensa social, el derecho penal de autor, el derecho penal del enemigo y la “moderna” custodia de seguridad, reflejada en las diversas reformas al Código Penal Español de 95. En este trayecto, la peligrosidad sufrió un primero proceso de expansión, con Código Penal de 1944, la Ley de Vagos y Maleantes y la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970, en el cual se llegó a admitir un amplio catálogo de sujetos peligrosos, incluso por analogía. Posteriormente, la vuelta a la democracia impuso un proceso de depuración de las posibilidades de peligrosidad, que culminó en la peligrosidad criminal postdelictual de los inimputables por anomalía o alteración psíquica y su consecuencia jurídica, la medida de seguridad, como única excepción al sistema garantista de raíces en la escuela clásica, el sistema culpabilidad – pena.

TERCERA

En lo que toca al desarrollo dogmático del instituto jurídico de la peligrosidad, dos percepciones son muy evidentes: i) la peligrosidad de las personas con diagnósticos psiquiátricos parece estar suficientemente naturalizada para no suscitar cuestionamientos en la inmensa mayoría de autores; ii) este hecho se va a reflejar en la escasa producción académica sobre un concepto tan amplio (y peligroso) como el de peligrosidad. Consecuentemente, después de cotejar algunas posibilidades conceptuales y tipologías, el trabajo se concentró en la definición legal y el estudio de sus presupuestos: el injusto penal, la inimputabilidad por anomalía o alteración psíquica y el pronóstico de reincidencia.

Sobre el injusto, este implica un primero ejercicio de evaluación del hecho previsto como delito, como signo de la peligrosidad post delictual que actúa como indicio de la peligrosidad. Al efecto, es imprescindible que se demuestre a cabalidad la materialidad y la autoría del injusto en el proceso penal, con el goce de todas las garantías consecuentes al debido proceso, lo que incluye la prueba no solamente de la tipicidad mas también de la antijuridicidad del hecho, así como el vínculo entre el injusto y la supuesta peligrosidad.

La inimputabilidad por anomalía o alteración psíquica, aunque no se trate, manifiestamente, de formulación que no pertenece a una categoría medico psiquiátrica, implica, en el proceso penal en la determinación por parte de un perito de un diagnóstico psiquiátrico específico, en el marco de las clasificaciones internacionales pertinentes. Esta base psicopatológica, una vez comprobada, deberá implicar en la presencia del elemento normativo o psicológico, la afectación cognitiva o volitiva del sujeto para que se vea perjudicada la capacidad de culpabilidad.

Finalmente, el tercero requisito, el pronóstico de reincidencia se constituye en un elemento distintivo de la peligrosidad en relación a la culpabilidad, una vez que no emite un juicio sobre el hecho pasado, sino constituye un juicio predictivo del comportamiento humano. Entre los diversos métodos analizados, de los cuales depende el magistrado para decidir sobre nada menos que la libertad y la vida, son muchos los cuestionamientos sobre la rigurosidad y los bajos grados de precisión que se comprueban en las altas tasas de falsos positivos, a través de, en el mejor de los casos, un cálculo de tendencia de comportamiento de una población.

CUARTA

En lo que toca al análisis enmarcado en el Estado Social y Democrático de Derecho, es forzoso reconocer que el *ius puniendi* se origina y se limita en su estricta obediencia a los principios constitucionales y a los tratados internacionales, externamente, e, internamente, en atención al mismo contenido principiológico desarrollado en el Código Penal. En este contexto, se pudo observar, al confrontar el instituto de la peligrosidad con los principios del Estado Social y Democrático de Derecho lo siguiente:

a) La imprecisión conceptual de la peligrosidad penal, la incertidumbre de los pronósticos, el alto porcentaje de falsos positivos de los mismos y la indeterminación temporal de las medidas de seguridad apuntan en el sentido de una afectación sustancial producida por el binomio peligrosidad - medida de seguridad a la previsibilidad, componente medular del principio de legalidad y a la seguridad jurídica, en su mandato de determinación.

b) La reproducción automática y acrítica del modelo de peligrosidad de las personas con trastorno mental, en virtud de su naturalización ha producido un solapamiento del principio de intervención mínima, una vez que no se observa el intento previo de medida de intervención menos grave. Al revés, el sistema jurídico recoge los adelantos científicos de forma selectiva y tendenciosa, al incorporar con profusión los novedosos métodos estadísticos de predicción de reincidencia, a pesar de los altos riesgos que implican los falsos positivos, y se mantiene invidente en lo que toca a los informes, observaciones y documentos internacionales de la Organización Mundial de Salud y de los sistemas de protección de derechos humanos.

c) Si se considera el principio de culpabilidad, la existencia de la previsión legal de una evaluación de peligrosidad dirigida a un grupo específico de personas conlleva a un régimen jurídico excepcional en el cual se admite la violación de diversos otros principios, como la proporcionalidad y la humanidad de las penas. Esta violación del principio de igualdad implica una discriminación *ex ante* de legislador que se refleja en una sanción penal atípica y que no goza de las mismas garantías del Estado Social y Democrático de Derecho.

d) Como consecuencia de la excepción generada a través de la supresión del límite ofrecido al sistema penal por el principio de culpabilidad, las medidas de seguridad resultan en una sanción penal especialmente desproporcionada. Cómo se pudo averiguar en la parte 3 de la investigación, los estándares internacionales y nacionales de tratamiento de salud mental son

unánimes en apuntar: que el internamiento psiquiátrico no se constituye en medio necesario al tratamiento en salud mental, una vez que existen, tanto en la experiencia española como en la internacional otras opciones de intervención menos gravosas con efectividad comprobada; y peor, el internamiento psiquiátrico, como tratamiento involuntario es una forma de privación arbitraria de la libertad por parte de los Estados, no se constituyendo tampoco en medio idóneo, mas al revés, es comprobadamente productor de daños que pueden ser permanentes y no trata sino cronifica la enfermedad. En este sentido, queda evidente que, además existe una desproporción entre la gravedad de la respuesta penal y la finalidad de la medida, o sea, la utilidad preventiva.

e) Asimismo, la medida de seguridad sigue careciendo de límite concreto de conformidad a la individualización de la pena y, en este particular, sigue conservando a las personas con trastorno mental en una posición inferior de garantía de derechos en relación a las demás personas. No está demás recordar que este es exactamente el concepto de discriminación directa que establece el CRPD: “cuando, en una situación análoga, las personas con discapacidad reciben un trato menos favorable que otras personas debido a su condición personal diferente”.

f) La falta de confiabilidad de los instrumentos de medición de la peligrosidad, debido a su inexactitud y a las altas tasas de falsos positivos afectan, además el principio de presunción de inocencia y la individualización de las penas, una vez que los métodos estadísticos no son una metodología individualizada, sino basada en una métrica estadística poblacional. De otra parte, el injusto penal no siempre resta comprobado a cabalidad, en virtud de la negativa de aceptación de excluyentes de tipicidad y antijuridicidad en el proceso penal, lo que evidencia el desequilibrio causado por sesgo que el instituto de la peligrosidad de las personas con trastorno mental como otra forma de vulneración del principio de presunción de inocencia.

g) El binomio peligrosidad-medida de seguridad implican una violación al principio de igualdad y no discriminación y a la dignidad de la persona, al constituirse en un mecanismo de etiquetamiento que produce el tratamiento excepcional de las personas con discapacidad psicosocial por el Estado de acuerdo a un estándar más bajo de derechos en el sistema penal.

h) De esta forma, se produce un mecanismo de trato diferenciado en razón de la discapacidad que afecta de forma desproporcionada a estas personas, discriminándolas de tal

forma que se infringe al principio de humanidad de las penas y al principio de resocialización en virtud de la inidoneidad terapéutica del tratamiento psiquiátrico forzoso y de constituirse fácilmente en mecanismo de tortura, y tratos inhumanos y degradantes.

QUINTA

De acuerdo a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, así como en el estándar desarrollado por el CRPD se puede recoger que:

a) La previsión legal de inimputabilidad de las personas con trastorno mental es incompatible con el contenido del principio de igualdad y no discriminación;

b) La medida de seguridad de internación se constituye como un tratamiento forzoso impuesto por la justicia penal a través de una reclusión involuntaria que caracteriza discriminación legal en razón de la discapacidad de la persona.

c) El tratamiento médico involuntario, aún que por fuerza de una sentencia penal, equivale a una privación de libertad arbitraria incompatible con la dignidad humana de las personas con discapacidad y a un trato cruel y degradante.

Además, la medida de seguridad de internación psiquiátrica pertenece al paradigma biomédico propio del modelo rehabilitador de concepción de las discapacidades que clasifica y excluye a las personas que padecen diferencias funcionales, de naturaleza físico o psíquica, con sus diversos mecanismos jurídicos de exclusión legal, como la incapacidad jurídica y la necesidad de tutela para su “protección”, o exclusión física o social, como la internación psiquiátrica forzosa. En ambos casos se violan frontalmente los derechos de igualdad y no discriminación, el derecho al igual reconocimiento como personas ante la ley, que implica el derecho a la capacidad jurídica y el derecho de obrar, derecho a una vida independiente, a vivir en la comunidad, a la integridad personal, a la salud, entre otros.

Si bien en el ámbito europeo no hay normas vinculantes específicas, la Corte Europea establece la necesidad de una atención médica adecuada, la exigencia de que cualquier

detención de persona con trastorno mental debe tener un propósito terapéutico, y el condicionamiento de la legalidad de la detención de las personas a la idoneidad del tratamiento, criterios que, sumados a los estándares de derechos humanos y de salud mental deberían implicar la proscripción de una intervención médica reconocidamente violadora de derechos y no idónea como tratamiento de salud mental como es la internación psiquiátrica.

SEXTA

Finalmente, se puede afirmar que es posible un tratamiento idóneo o la atención médica adecuada, y que logre la superación de la “peligrosidad”, en respeto a los derechos humanos en base al estándar internacional de tratamiento de salud mental. Es imperiosa la superación de un tratamiento de carácter yatrogénico y cronificante, y que posibilite prácticas de violencia física y psicológica reconocidas tanto por instituciones ciudadanas españolas como por organismos internacionales.

Dichos estándares ya se encuentran vigentes en la legislación y a las prácticas de salud mental en España, aunque con críticas y observaciones de la CRPD y de forma heterogénea en las Comunidades Autónomas. Sin embargo, lamentablemente este modelo no encontró resonancia en el sistema jurídico penal y penitenciario una vez que las personas con trastorno mental siguen internadas en los Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios. Concretamente, esta situación es incompatible con los principios de resocialización e igualdad y no discriminación, una vez que se excluye a las personas inimputables del tratamiento dirigido a las demás personas de acuerdo a la Ley General de Sanidad.

Este trabajo intentó interrogar sobre la compatibilidad misma de esta presunción de peligrosidad de las personas con trastorno mental. De tal forma, se devela que, superando los prejuicios que nos ciegan, es posible distinguir que existe un tratamiento idóneo a la resocialización de personas de la diversidad psicosocial, en la comunidad, cuestionando el *status quo* y, a la vez, vislumbrar un horizonte posible de igualdad mediante una intervención penal democrática, mínima y efectiva.

BIBLIOGRAFÍA

- ACIOLI BOMFIM, E. *Razão Multilada: Ficção e Loucura em Breno Accioly*. Mació: UFAL, 2005.
- ACNUDH. *Oficina del Alto Cominsariado de las Naciones Unidas*. 20 de 11 de 2019. Disponible en: <https://indicators.ohchr.org/>.
- AGUADO DÍAZ, A.L. *Historia de las Deficiencias*. Madrid: Escuela Libre Editorial, 1995.
- AMARANTE, P. *Loucos pela vida: a trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995.
- . «Uma aventura no Manicomio: a trajetoria de Franco Basaglia.» En *Manguinhos I*, n° julio (1994): 61-77.
- ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C. «Habituales y Reincidentes.» En *Revista de Derecho Penal*, n° Lex Nova (2007): 78.
- ANDRÉS-PUEYO, A. «La peligrosidad criminal: análisis crítico de un concepto polisémico.» En *Neurociencias y Derecho Penal*, de D. Crespo y M. Maroto, 483-503. Madrid: Edisofer, 2013.
- . *Evaluación del riesgo de violencia: instrumentos y aplicación, HGR-20 y SVR-20, casos prácticos*. En: Estudios Jurídicos, 2007.
- ANDRÉS-PUEYO, A, y ECHEBURÚA, E. «Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación.» En *Psicothema* 22, n° 3 (2010): 403-409.
- ANDRÉS-PUEYO, A., y REDONDO ILLESCAS, S. «Predicción de Violencia: Entre la peligrosidad y la Valoración del Riesgo de Violencia.» En *Papeles del Psicólogo* 28, n° 3 (2007): 157-173.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, La psiquiatría desde el punto de vista de los derechos humanos, Anistía Internacional, ACT 75/03/95/s, 1995, Disponible en: <https://www.amnesty.org/download/Documents/172000/act750031995es.pdf>
- APA. *Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais: DSM-V*. Porto Alegre: ArtMed, 2014.
- APA, *Actualización del DSM-5 Suplemento del Manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales, quinta edición*, APA, 2018, Disponible en: https://psychiatryonline.org/pb-assets/dsm/update/DSM5Update_octubre2018_es.pdf
- APREDA, G.A. *Hacia una Integración del estatuto espistemológico de la psiquiatría*. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2004.
- ARMAZA ARMAZA, E. J. *El tratamiento penaL del delinciente imputable peligrosos/* Tesis de Doctorado. Bizkaia: Universidad del País Vasco, 2011.
- ÁVILA SANTAMARÍA, R., Ecuador, «Estado Constitucional de Derechos y Justicia» En Ávila, R: *La Constitución del 2008 en el contexto andino: Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2008.
- JIMÉNEZ DE ASÚA. *La ley y el delito*. 7a. Buenos Aires: Sudamericana, 1976.
- BACIGUALUPO ZAPATER, E. *Derecho Penal y el Estado de Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

- BALBUENA PÉREZ, D.E. *La libertad vigilada en la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal de 1995/* Tesis de Doctorado. Castellón: Universitat Jaume I, 2014.
- BARATTA, a. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociología jurídico-penal.* Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2004.
- BECCARIA, C. *Tratado de los delitos y de las penas.* Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015.
- BERCHERIE, P. *Os fundamentos da clínica: história e estrutura do saber psiquiátrico.* Rio de Janeiro: Zaar , 1989.
- BERGALLI, R. *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella.* Barcelona: Sertesa, 1977.
- BERISTAIN IPIÑA, A. «Axiomas fundamentales de la Criminología ante la globalización y la multiculturalidad.» En *Eguzkilore*, nº 17 (2003): 89 - 105.
- BERLIN, I. «Dos conceptos de libertad.» En *Cuatro Ensayos sobre Libertad*, de I. Berlin, 187-205. Madrid: Alianza, 2005.
- BERTOLOTE, J.M. «Legislação relativa à saúde mental: revisão de algumas experiencias internacionais.» En *Revista de Saúde Pública* 29, nº 2 (1995): 152-156.
- BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral, Vol. 1.* São Paulo: Saraviva, 2012.
- BLANCO LOZANO, C. *La eximente de anomalía o alteración psíquica.* Madrid: Dykinson, 2000.
- BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS, Desigualdad, exclusión y globalización: hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia, En *Igualdad u no discriminación. El reto de la diversidad.* Quito, Ministério de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010 pág. 3-51
- BRAUNSTEIN, N. *Clasificar en Psiquiatría.* Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013.
- BRUNONI, N. *Ilegitimidade do direito penal do autor à luz do principio de culpabilidade.* 19 de 12 de 2007. Disponible en: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm (último acceso: 11 de 10 de 1017).
- BURSTOW, B. *Antipsychiatry Revisited: toward greater clarity.* Toronto: Mas in Amedica, 2014, disponible en <https://www.madinamerica.com/2014/10/antipsychiatry-revisited-toward-greater-clarity/>
- . «Mad in Brasil.» 16 de 06 de 2017. Disponible en: <http://madinbrasil.org/2017/06/antipsiquiatria-diz-o-que/> (último acceso: 20 de 09 de 2017).
- CAIROLI MARTÍNEZ, M. «La capacidad de imputabilidad y su exclusión (inimputabilidad).» En *Arroyo, L.; Gómez, I*, de Vol 1. En homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, 895-906. Cuenca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2001.
- CANCIO MELIÁ, M. «Armajurídicas contra un nuevo enemigo.» En *El País*, 22 de octubre de 2010.

- CANCIO MELIÁ, M., y GÓMEZ-JARA C. *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer, 2006.
- CAPDEVILA ET AL. «Tasa de reincidencia penitenciaria 2014.» En *Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada*. 03 de marzo de 2015. Disponible en: http://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/recerca/catalog/crono/2015/taxa_reincidencia_2014/tasa_reincidencia_2014_cast.pdf.
- CAPONI, S. «O DSM-V como dispositivo de segurança.» En *Physis Revista de Saúde Coletiva*, 2014: 741-763.
- . «Para una genealogía de la normalidad: la teoría de la degeneración de MOREL.» En *Scientia & Studia* 7, nº 3 (2009): 425-445.
- CARBONELL MATEU, J.C., y GOMEZ COLOMER, J.L. *Enfermedad mental y delito. Aspectos psiquiátricos, penales y procesales*. Madrid, 1987.
- CARDONA LLORENS, J, y SANJOSÉ GIL, A. «Derechos Humanos y personas con discapacidad en el marco de las Naciones Unidas: ¿Hacia un cambio de rumbo?» En *Los Rumbos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Estudios en homenaje al Profesor Antonio Augusto Cancado Trindade, Tomo V*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2005.
- CARMONA CALVO, J., y DEL RÍO NORIEGA, F. «Análisis Histórico de la Reforma Psiquiátrica Andaluza: los Inicios y el Proyecto.» En *Estudios de Psicología*, 2011: 329-339.
- CARRARA, S. *Crime e Loucura, o aparecimento do manicomio judiciario na passagem do século*. São Paulo: EDUSP, 1998.
- CARRASCO GÓMEZ, J.J. «Circunstancias psíquicas que modifican la imputabilidad.» En *IV Congreso Andaluz de Ciencias Penales. Derecho Penal y Psiquiatría Criminal y Forense*, 1998.
- Caso Rooman v. Belgium*. Application no. 18052/11 (European Court of Human Rights, 31 de enero de 2019).
- CASTEJÓN, F., y MARTÍNEZ DE ARIZALA. «Prologo.» En *La Defensa Social y las Transformaciones del Derecho Penal*, editado por A. Prins, 1-11. Madrid: Hijos de Reus Editores, 1912.
- CASTEL, F, CASTEL, R., y LOVELL, A. *La sociedad psiquiátrica avanzada. El modelo americano*. Barcelona: Anagrama, 1980.
- CASTEL, R. *A ordem psiquiátrica: a idade de ouro do alienismo*. Rio de Janeiro: Graal, 1978.
- CASTELLÓ NICÁS, N. *La Imputación Penal del Drogodependiente*, Granada: Comares, 1997
- . «Artículo 20.1.» En *Comentarios al Código Penal*, de Cobo de Rosal. Madrid: Edersa, 1999.
- . «Exención y atenuación de la responsabilidad criminal.» En *Estudios Jurídico-penales y politico-criminales sobre trafico de drogas y figuras afines*. Madrid: Dykinson, 2003.
- CAVALHEIRO DE OLIVEIRA, J. «A perigosidade como justificativa para aplicação de medida de segurança.» En *Revista Jurídica* 58, nº 392 (2010): 175-185.

- CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I., y DÍAZ SÁNCHEZ, D. «El enfermo mental en el medio penitenciario español.» En *International e-Journal of Criminal Science*, 2016: 1-24.
- COBO DEL ROSAL, M. *Fragmentos penales*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2004.
- COE. « Conclusiones 2003 del Comité Europeo de Derechos Sociales, sobre el Informe presentado por Italia.» En *European Social Charter*. 2019. Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter>.
- . *Concil of Europe Portal*. 30 de agosto de 2019. Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/signatures-ratifications>.
- . «Conclusiones 2008 del Comité Europeo de Derechos Sociales, Declaración de interpretación del artículo 15, Párrafo 3.» En *European Social Charter*. 30 de Agosto de 2019. Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter>.
- . «Conclusiones 2012 del Comité Europeo de Derechos Sociales, sobre el Informe presentado por Estonia.» En *European Social Charter*. 30 de Agosto de 2019. Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter>.
- Comisión Ministerial para la Reforma Psiquiátrica. «Documento General y Recomendaciones para la Reforma Psiquiátrica y la Atención a la Salud Mental.» En *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 1985: 204-222.
- Confederación SALUD MENTAL España. Informe sobre el estado de los DERECHOS HUMANOS de las personas con trastornamental en España, 2018. Pág. 78, 88-89. Disponible en: https://sid.usal.es/idocs/F8/FDO27494/derechos_salud_mental.pdf
- CONSEGLIERI, A. «La Introducción de nuevas medidas terapeuticas: entre la laborterapia y el electroshok en el manicomio de Santa Isabel.» En *FRENIA*, 2008: 131-160.
- CONSULTORES RED2RED. *Salud mental e inclusión social: Situación actual y recomendaciones contra el estigma*. Madrid: Confederación Salud Mental España, 2015.
- COOPER, D. *Psiquiatría y Anti-psiquiatría*. Buenos Aires: Locus Hypocampus, 1975.
- CORDOBA RODA, J. *Comentarios al Código Penal Tomo I*. Barcelona: Ariel, 1972.
- CRPD. *Comunicación N° 4/2011, Caso Zsolt Bujdosó y otros vs Hungría*. CRPD/C/10/D/4/2011 (CRPD, 16 de Octubre de 2013).
- . «Declaración acerca del artículo 14 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.» *Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre su 12° período de sesiones*, 2014: Anexo IV.
- . *Dictamen Comunicación Núm. 39/2017 Caso Iuliia Domina y Max Bendtsen vs Dinamarca*. CRPD/C/20/D/39/2017 (CRPD, 21 de Diciembre de 2018).
- . *Dictamen Comunicación 7 2012, Caso Marlon Noble vs Australia*. CRPD/C/16/D/7/2012 (CRPD, 10 de Octubre de 2016).
- . *Dictamen Comunicación 8/2012, Caso X vs Argentina*. CRPD/C/11/D/8/2012 (CRPD, 18 de Junio de 2014).

- . *Directrices sobre el derecho a la libertad y la seguridad de las personas con discapacidad*. Suplemento núm. 55 (A/ 72 / 55), Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Anexo, 2017.
- . *Observación General núm. 1 artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley*. Vol. CRPD/C/GC/1. Nuova York: ONU, 2014.
- . *Observación General núm. 5 Observación general núm. 5 sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad*. Vol. CRPD/C/GC/5. Nuova York: ONU, 2017.
- . *Observación General núm. 6 sobre la igualdad y la no discriminación*. Vol. CRPD/C/GC/6. Nuova York: ONU, 2018.
- . *Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al Informe Inicial de España*. Naciones Unidas, 2011.
- . *Observaciones finales sobre los Informes periódicos segundo y tercero combinados de España*. Naciones Unidas, 2019.
- DA SILVA HERREIRA, A. «Nova Defesa Social.» En *Revista Akropolis* 3, nº n. 12 (1995): 20-25.
- DE ASSIS TOLEDO, F. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5a. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. «El principio de humanidad en el Derecho Penal.» En *Revista Penal*, 2013: 9-20.
- DE MATOS MATTOS, V. *Crime e Psiquiatria*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- DE MORAES RIBEIRO, B. «Defesa Social, Ideologia do Tratamento e o "Direito penal do Inimigo".» En *Revista de Ciências Jurídicas* 6, nº jan.- jun. (2008): 61-90.
- DE SERPA JR., O.D. «O degenerado.» En *História, Ciência , Saúde - Manguinhos* 17, nº 2 (2010): 447-473.
- DE SOUSA, V.S. «Limites e fronteiras da eugenia no Oeste dos Estados Unidos.» En *História. Ciências, Saúde - Manguinhos*, 2007: 363-367.
- DEL CONT, V. «Francis Galton: Eugenia e Hereditariedade.» En *Scienti & Studia* 6, nº 2 (2008): 201-218.
- DESVIAT, M. et al. «Morbilidad psiquiátrica en población general en Leganés y Pinto (Madrid). Uso de servicios de salud mental y opiniones y actitudes de la población hacia la enfermedad mental.» En *Psiquiatría Pública*, 1997: 315-326.
- . «La reforma psiquiátrica 25 años después de la Ley General de Sanidad.» En *Revista Especializada en Salud Pública* 85 (2011): 427-436.
- . «Los avatares de una ilusión: la reforma psiquiátrica en España.» En *Cuadernos de Trabajo Social*, 2010: 253-263.
- . «Panorama internacional de la reforma psiquiátrica.» En *Ciencia y Salud Colectiva* 16 (2011): 4615-4621.
- DÍAZ, E. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid: Cuadernos para el diálogo, Edicusa.1975,
- DÍAZ PALOS, F. *Teoría General de la Imputabilidad*. Barcelona: Bosch, 1969.

- DIÉGUEZ, A., CAMPOS, R. y HUERTAS, R. «Breve Historia de la Psiquiatría.» En *Historia de la Psicofarmacología, tomo I*, de ÁLAMO GONZÁLEZ, C. LÓPEZ-MUÑOZ F, 3-35. Madrid: Médica Panamericana, 2005.
- DÍEZ RIPOLLÉZ, J.L. «El Nuevo Modelo Penal de la Seguridad Ciudadana.» *Revista Electrónica de ciencia Penal y Criminología*, 2004: 03:1-03:34.
- DONNA, E.A. «Capacidad de culpabilidad o imputabilidad.» *Revista Juridica de la Universidad de Palermo* 3N1 (1998): 45-59.
- DORADO MONTERO, P. *Bases para un Nuevo Derecho Penal*. Buenos Aires: Depalma, 1973.
- DURÁN MIGLIARDI, M. «Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos.» En *Revista de Filosofía* 67 (2011): 123-144.
- ESBEC RODRÍGUEZ, E. «El psicólogo forense en el proceso penal.» En *Psicología forense y tratamiento jurídico-penal de la discapacidad*, de E. Esbec, G. Gomez y C. Nevado. Madrid: Edisofer, 2000.
- . «Valoración de la Peligrosidad Criminal (riesgo de violencia) en psicología forense. Aproximación Conceptual e Histórica.» En *Psicopatología Clínica Legal y Forense* 3, nº 2 (2003): 45-64.
- . «Valoración de la peligrosidad criminal en psicología forense. Aproximación conceptual e histórica.» En *Psicopatología Clínica y Legal* 3, nº 2 (2003): 45-64.
- ESPINOSA IBORRA, J. «El enfermo mental en el Nuevo Código Penal.» En *Revista de la Asociación de a Especialización en Neuropsiquiatría* XVII, nº 64 (1997): 607-625.
- ESQUIROL, E. «Da lipemania ou melancolia.» En *Revista Latinoamericana de Psicología Fundamental* 2, nº Año IV (2003): 158-166.
- FAZEL et al. Use of risk assessment instruments to predict violence and antisocial behaviour in 73 samples involving 24827 people: systematic review and meta-analysis. *British Medical Journal*, 345: e4692, Disponible en: <https://www.bmj.com/content/bmj/345/bmj.e4692.full.pdf> .
- FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. *Retribución y Prevención General. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2007.
- FEMENICK, T. R. «No tempo dos descobrimentos - economia e política na península ibérica.» En *Unibero* 4, nº ano, II, agosto 1996 (1996): 175-190.
- FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta, 1995.
- . «Igualdad y Diferencia.» En *Igualdad y No Discriminación: El reto de la diversidad*, de D. y Porras, A. Caicedo, 155-182. Quito: Ministerio de Justicia, 2010.
- FERREIRÓS MARCOS, C.E. *Salud Mental y derechos humanos: la cuestión del tratamiento involuntario*. Madrid: CERMI, 2007.
- FIANDACA, G. y MUSCO, E. *Derecho Penal Parte General*. Bogotá: Temis, 2006.
- FONSECA MORALES, G.M. *Exención y atenuación de la responsabilidad criminal por anomalía o alteración psíquica. Especial referencia a su tratamiento jurisprudencia*. / Tesis de doctorado. Granada: Editorial de la Universidad de Granada, 2007.

- . *La anomalía o alteración psíquica como eximente o atenuante de la responsabilidad criminal*. Madrid: Dykinson, 2009.
- FOUCAULT, M. *El Poder Psiquiátrico*. Madrid: Akal, 2005.
- . *Enfermedad Mental y Personalidad*. Buenos Aires: Paidós, 2008.
- . «Evolución de la noción de individuo peligroso en la psiquiatría criminal del siglo XIX.» En *Estética, ética y hermenéutica*, 37-58. Buenos Aires: Paidós, 1999.
- . *Historia da Loucura na Idade Clássica*. São Paulo: Perspectiva, 1978.
- . *Historia de la Locura*. São Paulo: Perspectiva, 1995.
- . *Vigiar e Punir*. 13. Petrópolis: Vozes, 1996.
- FRAYZE-PEREIRA, J. O que é Loucura? São Paulo: Brasiliense, 1993.
- FREDERICO MARQUES, J. *Tratado de Direito Penal, V. III*. Campinas: Milenium, 1997.
- FREZZATTI JR., W. A. «Haeckel e Nietzsche: aspectos da crítica ao mecanicismo no século XIX.» En *Scienti & Studia* 1, nº 4 (2003): 435-461.
- FRISCH, W. «Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal.» En *InDret*, 2007: 1-52.
- GALTON, F. *Hereditary Genius, an inquiry into laws and consequences*. London: Macmillan, 1978.
- . «Hereditary talent character.» En *Macmillan's magazine*, junio de 1865: 157-166.
- GARCÍA ALONSO, J.V. *E movimiento de Vida Independiente: experiencias internacionales*. Madrid: Fundación Luis Vives, 2003.
- GARLAND, D. *The culture of control*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.
- GARÓFALO, R. *Criminologia*. 3a. Lisboa: Livraria Clássica, 1893.
- GARRABÉ DE LARA, J. *La psiquiatría en el siglo XX*. Madrid, Átopos, 2002.
- GARRABÉ DE LARA, J. «El autismo: Historia y clasificaciones». En *Salud mental*, 35(3), 2012, Disponible en: www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-33252012000300010&lng=es&tlng=es. 257-261.
- GARRABÉ DE LARA, J. «La psiquiatría de la persona». En *Revista Salud Mental*, 2009, pág. 359-363;
- GIMBERNAT ORDEIG, E. «¿Tiene un futuro la dogmática penal?» En *Derecho Penal, Prof. em. José Hurtado Pozo, Université de Fribourg* - Disponible en: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_84.pdf.
- GÓMEZ HERMOSO, M.R. «Informe sobre la eficacia de las predicciones sobre peligrosidad de los informes psicológicos forenses emitidos en los juzgados de vigilancia penitenciaria de Madrid.» En *Colegio oficial de Psicólogos de las Islas Baleares*. 18 de noviembre de 2012. Disponible en: <http://www.copib.es/pdf/Vocalies/Juridica/2012-11-18%20predicciones.pdf>.
- GONZÁLEZ DE CHÁVEZ, M. (coord.). *La transformación de la asistencia psiquiátrica*. Madrid: AEN-Ed Mayoría, 1980.
- GONZÁLEZ DURO, E. *Historia de la locura en España III*. Madrid: Ediciones Temas de Hoy, 1996.

- . *Memoria de un manicomio*. Madrid: Libertarias, 1989.
- GONZÁLEZ TAPIA, M.I. "Derecho Penal de la peligrosidad y neuropredicción: Hacia un Derecho Penal individualizado. En: Estudios jurídicos penales y Criminológicos. Homenaje al profesor Morillas Cueva. Dirs. Suarez-Barquin-Benitez-Jimenez-Sainz-Cantero. Madrid, 2018, págs. 327-351.
- GONZÁLEZ UZCÁTEGUI, R., y LEVAV, I. *Reestructuración de la atención psiquiátrica: Bases conceptuales y guías para su implementación*. Washington DC: OPS-OMS, 1991.
- GOULD, S.J. *A falsa medida do homem*. 3a. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- GUERRA-GARCÍA, Y. M., ÁVILA-MORALES, J.C. y ACUÑA-BARRANTES, H. La búsqueda de la raza perfecta. «Ideas sobre procreación, vejez y eugenesia». En *Revista Eleuthera*, 2015, pág. 64-74.
- HART, S. D. The role of psychopathy in assessing risk for violence, Conceptual and methodological issues. *Legal & Criminological Psychology*, 1998, págs. 121-137.
- HALES, YUDOFKY, y GABBARD. *Tratado de Psiquiatría*. Barcelona/Madrid: Elsevier - Masson, 2009.
- HEGEL, F. *Principios de filosofía do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HEGGLIN, M. F. *Los enfermos mentales en el derecho penal. Contradicciones y falencias del sistema de medidas de seguridad*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.
- HIGUERA GUIMERÁ, J.F., La prueba pericial psiquiátrica en los procedimientos judiciales penales y la medicina forense en España: una respetuosa llamada "urgente" de atención, En *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal* / coord. por Juan Carlos Carbonell Mateu, 2005, pág. 503-530.
- INCHAUSPE ARÓSTEGUI, J.A. «Actualidad en coerción y asistencia en salud mental: de la pugna declarativa al impulso a alternativas.» En *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 2019: 9-15.
- IRIBARREN AZPARREN, A. *Derecho Penal en las Dictaduras en el Siglo XX*. Gipuzcoa: Universidad del País Vasco, 2016.
- JAKOBS, G. *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M. *Direito Penal do Inimigo- Noções e Críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- JESCHECK, H. y WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal, Parte General, Volumen I*. Lima: Instituto Pacífico, 2014.
- JIMENA QUESADA, L. *La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (Sistema de reclamaciones Colectivas Vol I: 1998-2005)*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2007.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *El Estado Peligroso del Delincuente y sus Consecuencias ante el Derecho Penal*. Madrid: Reus, 1920.
- JIMÉNEZ PONCE, F. et al. «Introducción a la Neurocirugía Psiquiátrica.» En *Salud Mental*, 2006: 3013.

- KANT, I. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Buenos Aires: Escuela de Filosofía Universidad ARCIS, 2003.
- LAING, R.D. *El yo dividido: un estudio sobre la salud y la enfermedad*. Madrid: Fondo Cultura Económico, 1973.
- LARDIZABAL y URIBE, M. *Discurso sobre las penas*. Granada: Comares, 1997.
- LEAL MEDINA, J. *La historia de las Medidas de Seguridad. De las instituciones más remotas a los criterios científico penales modernos*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2006.
- . *La problemática existente para la aplicación de las medidas de seguridad/ Tesis de doctorado*. Madrid: Univerisdad Complutense de Madrid, 1999.
- LEVAGGI, A. *El derecho Penal argentino en la historia*. Buenos Aires: EUDEBA, 2016.
- LONIGRO, S. «Del paradigma manicomial al campo de la salud mental. puntuaciones de su historia en Argentina.» En *Lazo social y procesos de subjetivación. Reflexiones desde la época*, 5-20. La Plata: Editorial de la Universidad de La Plata, 2015.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, M. Mirando atrás para seguir avanzando. Una reflexión crítica sobre el pasado y el presente de la atención en salud mental (II) Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, vol. 40, núm. 137, 2020, págs. 33-55.
- LÓPEZ-MUÑOZ, F., y ÁLAMO GONZÁLEZ, C. *Historia de la Psicofarmacología, Tomo I*. Madrid: Médica Panamericana, 2005.
- MACHADO ALVIM, R. C. *Uma pequena história das medidas de segurança: a trajetória da preventividade especial no direito penal (do primitivo banimento à concepção das medidas de segurança)*. São Paulo: IBCCRIM, 1997.
- MACHADO, K. «Como anda a Reforma Psiquiátrica?» En *RADIS* 38, nº octubre (2005): 11-19.
- MAÑAS PEÑALVER, C., LOREDO NARCIANDI, J.C. y LAFUENTE NIÑO, E. «La Historia de la Reforma Psiquiátrica Española de la Democracia a través de una Entrevista a Enrique González Duro sobre su Labor en el Sanatorio de Los Prados (1981-1983)» *Revista de Historia de la Psicología* 37, 2016, págs. 13-21.
- MAQUEDA ABREY, M.L. y LAURENZO COPELLO, P. *El Derecho penal en Casos. Parte general, Teoría y Práctica*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- MARAVAR GÓMEZ, M. «Consideraciones politico-criminales sobre el tratamiento penal de los delincuentes imputables peligrosos.» En *RJUAM* 31 (2015): 283-330.
- MARTÍN MARTÍN, S. *Criminalidad Política y Peligrosidad ocial en España Contemporánea (1870-1970) - Tomo I*. Milano: Giuffrè Editore, 2008.
- MARTÍNEZ GARAY, L. «Errores Conceptuales en la estimación de riesgo de reincidencia. La importancia de diferencias sensibilidad y valor predictivo, y estimaciones de riesgo absolutas y relativas.» En *Reic - Revista Española de Investigación Criminológica*, nº 14 (2016): 1-31.
- . «Imputabilidad y causas de Inimputabilidad. Capítulo 8. » En *Memento Práctico Penal* (Coord. MOLINA FERNÁNDEZ, F.), Madrid: Francis Lefebvre, 2021.
- . «Imputabilidad y elementos del delito.» En *Estudios de Derecho Judicial*, 2007: 93-136.

- . «Aproximación histórica al surgimiento del concepto de imputabilidad subjetiva en la doctrina penal alemana». En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº 8, 2001, págs. 34-126
- . *La imputabilidad penal. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2005.
- . «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad.» En *InDret* 2, 2014: 1-78.
- MARTÍNEZ-PEREDA, J. «La imputabilidad.» En *La Ley*, 1996: 1608-1631.
- MATEO AYALA, E. J. *Los antecedentes de la eximente de anomalía o alteración psíquica*. Madrid: Dykinson, 2005.
- . *La imputabilidad del enfermo psíquico: un estudio de la eximente de anomalía o alteración psíquica en el Código Penal Español*. Madrid: Edersa, 2003.
- . *Los antecedentes de la eximente de anomalía o alteración psíquica*. Madrid: Dykinson, 2010.
- MAZA MARTÍN, J.M. «La anomalía y alteración psíquica en la interpretación jurisprudencial.» En *Estudios Jurídicos: Ministerio Fiscal III-1999. El fiscal y la jurisdicción civil. Penología. Psiquiatría Forense. V.III*. Madrid: Centro de Estudios de la Administración de Justicia, 1999.
- Ministerio de Justiça e Segurança Pública. *Departamento Penitenciário Nacional*. 09 de 06 de 2019. Disponible en: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>.
- MIR PUIG, S. *Derecho Penal, Parte General*. Barcelona: Reppertor, 2016.
- . *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Bosch, 1982.
- . *Bases Constitucionales del Derecho Penal*. Madrid: Iustel, 2011.
- . *Introducción a las Bases del Derecho Penal*. Madrid: Dykinson, 2002
- MONAHAN, J. *The Clinical Prediction on Violent Behavior*. New Jersey: Jason Aronson INC., 1995.
- MONTEIRO SANTANA, V. «Estado constitucional, medida de seguridad y derecho de igualdad y no discriminación en el sistema penal.» En *Estado y Comunes* 2, 2016: 129-150.
- . *Enfermedad mental, crimen y dignidad humana. Un estudio sobre la medida de seguridad en Brasil*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2015.
- MORAES DE ALMEIDA, F. *Fronteiras da Sanidade: Da Periculosidade ao Risco na articulação dos discursos psiquiátrico forense e jurídico no Instituto Psiquiátrico Forense Maurício Cardoso*. Porto Alegre: UFRGS, 2009.
- MOREL, B.A. «Tratado das degenerescências da espécie humana.» En *Revista Latinoamericana de Psicopatología Fundamental* 11, nº 3 (2008): 497-501.
- MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M., «La aplicación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social: dificultades prácticas y aproximación a una solución». En *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 30, Fasc/Mes 1, 1977, págs. 65-82.

- MORILLAS CUEVA, L. «A proposito de la culpabilidad penal.» En *El Derecho Penal de los inicios del siglo XIX en la encruzijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional*, de Colectivo de autores, 40-65. La Habana: ONBC, 2014.
- . *Metodología y Ciencia Penal*. Granada: Ed. Universidad de Granada, 1990.
- . *Sistema de Derecho Penal, Parte General*. Madrid: Dykinson, 2018.
- . *La Función de la Pena en el Estado Social y Democrático de Derecho*. En: *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, no. 4, 2013, 47-72.
- MUÑOZ CONDE, F, y GARCÍA ARÁN M. *Derecho Penal. Parte General*. 6a. Valencia: Tirant lo Blanc, 2019.
- MUÑOZ CONDE, F. «As origens ideológicas do direito penal do inimigo.» En *RIBCCRIM* 83, nº marzo-abril (1983): 93-119.
- . «As reformas da parte especial do direito penal espanhol em 2003: da tolerancia zero ao direito penal do inimigo.» Em *RECJ*, 2005.
- . *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*. 4ª. Edición. Valencia: Tirant lo Blanc, 2003.
- . «La esterilización de los asociales en el Nacionalismo.» En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Vol. 4. Granada: Criminet - Universidad de Granada, 2002.
- . *Teoría General del Delito*. 2a. Valencia: Tirant lo Blanc, 2007.
- NÁQUIRA RIVEROS, J. Imputabilidad, conciencia de lo injusto y contexto situacional normal: de su objeto, contenido y relación. En *Cuadernos de Política Criminal* no. 55, Madrid, 1995, págs. 139-163.
- NAVARRO, D. *Psiquiatría y Nazismo: historia de un encuentro*. Buenos Aires: Madres de la Plaza de Mayo, 2009.
- OMS. *Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud*. Alma-Ata, URSS: OMS, 1978.
- . *Informe sobre la Salud en el Mundo 2001. Salud Mental: nuevos conocimientos, nuevas esperanzas*. Ginebra: OMS, 2001.
- . *Invertir en Salud Mental*. Ginebra: OMS, 2004.
- . *La Carga de los trastornos mentales en la región de las Américas*. Washington: OMS, 2018.
- . *Plan de Acción sobre Salud Mental 2013-2020*. Ginebra: OMS, 2013.
- . *Tabajar en por de la salud: Presentación de la Organización Mundial de la Salud*. Ginebra: OMS, 2006.
- . *Clasificación estadística internacional de enfermedades y problemas relacionados con la salud*. 10a. revisión. Washington, D.C., 1995.
- OMS-OPS. *Declaración de Caracas*, Conferencia sobre la Reestructuración de la atención psiquiátrica en America Latina dentro de los Sistemas Locales de Salud (SILOS). Caracas: OMS-OPS, 1990.
- ONU. *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Nueva York: ONU, 2006.

- . *Declaración de Derechos del Retrasado Mental*. Washington: ONU, 1971.
- . *Declaración Universal de Derechos de los Impedidos*. Washington: ONU, 1975.
- . *Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos*. Washington: ONU, 1966.
- . *Principios para la Protección de las Personas con Enfermedades Mentales y el Mejoramiento de la Atención en Salud Mental*. Nueva York: Asamblea General de Naciones Unidas, 1991.
- . *Resolución 48/96*. Washington: Asamblea General de Naciones Unidas, 1993. (ONU 1975)
- . Asamblea General. *Declaración de los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Resolución 3447. Nueva York: ONU, 1975.
- . *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*. 35º período de sesiones. Nueva York, Consejo de Derechos Humanos, 2017.
- . *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria Principios y Directrices Básicos de las Naciones Unidas sobre los Recursos y Procedimientos relacionados con el Derecho de Toda Persona Privada de Libertad a Recurrir ante un Tribunal*. 30º período de sesiones. Nueva York, Asamblea General de Naciones Unidas, 2015.
- OTONI DE BARROS, F. «Assassinato d'alma: impasses sobre a responsabilidade na leitura de "O crime louco".» Em *Responsabilidades* 3, nº 1 (2013): 23-38.
- . «Genealogia do Conceito de Periculosidade.» Em *Responsabilidades* 1, nº 1 (2011): 37-52.
- . *Por uma Política de Atenção Integral al Louco Infrator*. Belo Horizonte: TJMG, 2010.
- . «Um Dispositivo Conector - Relato da Experiência do PAI-PJ/TJMG, uma política de Atenção Integral al Louco Infrator, em Belo Horizonte.» En *Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano*, 2010: 116-128.
- PACHECO, J. F. *El Código Penal Concordado y Comentado - Tomo I*. 4a. Madrid: Imprenta de la Viuda de Perinat y Compañía, 1870.
- PAES BARRETO, F. «Da psiquiatria à saúde mental.» En *Debates, Psiquiatria hoje* 4, nº jul-ago (2009): 18-27.
- PALACIOS RIZZO, A. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad*. Madrid: CERMI, 2008.
- PASTOR MARTÍN, J. y OVEJERO BERNAL, A. «Historia de la locura en la época clásica y movimiento antipsiquiátrico.» En *Revista de Historia de la Psicología* 30, nº num. 2-3 (2009): 239-299.
- PERIS RIERA, Jaime. *TDAH y responsabilidad penal: anomalía o alteración psíquica y su valoración a efectos de imputabilidad. El trastorno por déficit de atención e hiperactividad y su repercusión en la responsabilidad penal*. Dir. Peris Riera. Dykinson, Madrid, 2017, págs. 65-80.
- PESSOTI, I. *A Locura e as Épocas*. 2a. Rio de Janeiro: 34, 1997.
- PINEL, P. *Tratado médico-psicológico sobre a alienação mental ou a mania*. Porto Alegre: EDIUEFRGS, 2007.

- PIOVESAN, F. «Ações afirmativas e direitos humanos.» Em *Revista USP* 69, nº março-maio 2006 (2006): 36-43.
- PRATS CANUT, J.M. «Imputabilidad y alteración psíquica. Soluciones de Derecho Comparado: Francia, Italia y Alemania.» En *Jornadas de Psiquiatría Forense*, 1994: 169-192.
- REGGIANI, A.H. *Historia mínima de la eugenesia en América Latina*. Ciudad de México, El Colegio de México, 2019.
- ROLDÁN CAÑIZARES, E. Luis Jiménez de Asúa Derecho penal, República, Exilio. Madrid: Dykinson, 2019.
- QUINN y DEGENER. *Derechos Humanos y Discapacidad*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2002.
- QUINTERO OLIVARES, G. *Locos y Culpables*. Pamplona: Aranzadi, 1999.
- . *Parte General del Derecho Penal*. Pamplona: Aranzadi, 2015.
- RAE. «Diccionario de la lengua española.» *Real Academia Española*. 20 de 06 de 2019. Disponible en: <http://www.rae.es/>.
- RAMOS ALVES, C. y M. ARAÚJO SILVA. «A esquizofrenia e seu tratamento farmacológico.» Em *Estudos de Psicologia* 18, nº janeiro-abril (2001): 12-22.
- REALE FERRARI, E. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: RT, 2001.
- REBOLLO, R. A. «O legado hipocrático e sua fortuna no período greco-romano: de Cós a Galeno.» En *Scientiae - studia* 4, nº 1 (2006): São Paulo.
- REOLON, L.C. *A violência do discurso de defesa social e a política criminal do inimigo*. Porto Alegre: PUCRS, 2007.
- REYES ECHANDÍA, A. *Imputabilidad*. Bogotá: Temis, 1997.
- RIQUELME SALDIVIA, K.S. «Igualdad y Personas con Discapacidad: retos para la protección efectiva a nivel internacional.» En *Cuestiones de Interés Jurídico, IDIBE*, 2018: 1-70.
- ROCÍO CANTARERO, R. Responsabilidad penal del menor y teorías clásicas de la culpabilidad, En *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal* / coord. por Juan Carlos Carbonell Mateu, 2005, págs. 171-180.
- ROCHA ALMEIDA DE MORAES, A. *A terceira velocidade do Direito Penal: o "Direito Penal do Inimigo" vol 1*. São Paulo: PUCSP, 2006.
- RODRÍGUEZ DE ASSIS MACHADO, M. «Edmundo Mezger e o Direito Penal do nosso tempo.» *Revista Direito GV* 1, nº 1 (2005): 153-159.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, L. *Criminología*. 23. Mexico: Porrúa, 2003.
- RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, J. *Peligrosidad e Internación en Derecho Penal. Reflexiones desde el modelo social de la discapacidad*. Lima: Indehpucp-PUCPE, 2015.
- ROMEO CASABONA, C.M. *Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo*. Barcelona: Bosch, 1986.

- ROXIN, C. *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*. Madrid: Reus, 1981.
- . *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.
- . *Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 1997.
- RUIZ FUNES, M. La defensa Social contra el Delito y el Peligro, *Revista Trimestral de Cultura Moderna*, Núm. 11, 1948 Disponible en: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/revistaun/article/viewFile/14198/14979>
- RUIZ, R., y SUÁREZ, L. «Eugenesia, herencia, selección y biometría según Galton.» En *ILUIL* 25 (2002): 85-107.
- SAMANIEGO DE GARCÍA, P. *Aproximación a la realidad de las personas con discapacidad en Latinoamérica*. Madrid: CERMI, 2006.
- SCHMITT, C. *El Concepto de lo Político*. Madrid: Alianza Editorial, 1932.
- SERRANO, A.I. *O que é psiquiatria alternativa*. 7. São Paulo: Brasiliense, 1992.
- SGIP. *Informe General 2016*. Madrid: Ministerio del Interior, 2016.
- . *Documento de consenso de las comisiones de análisis de casos de personas con enfermedad mental sometidas a penas y medidas de seguridad*. Madrid: Comisión de Transversalidad de la Estrategia de Salud Mental del Ministerio de Sanidad Servicios Sociales e Igualdad, 2012.
- SLACHEVSKY, A., y OYARZO, F. «Las demencias: historia, concepto, clasificación y aproximación clínica.» En *Tratado de Neuropsicología Clínica*. Buenos Aires: Librería Akadia, 2008.
- SOLÉ ARRONDO, M.E. «La clasificación internacional de los trastornos mentales y del comportamiento.» En *Revista Cubana de Psicología*, V. 19, N. 3, 2002.
- SPENCER, H. *El individuo contra el Estado*. Valencia: Maxtor Ediciones, 2010.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M. *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*. Madrid: Akal Universitaria, 1981.
- TOMÁS y VALIENTE, F. *El derecho penal de la monarquía absoluta*. 2. Madrid: Tecnos, 1992.
- TORÍO LÓPEZ, A. «Las formulas legislativas sobre la enfermedad mental: discusión del concepto de "enejenación".» En *Estudios Jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Victoria Vol.2*, 967-980. Barcelona: Bosch, 1983.
- URRUELA MORA, A. *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica. La capacidad de culpabilidad a la luz de los modernos avances en psiquiatría y genética*. Bilbao-Granada: Comares, 2004.
- VALENTE HEIDRICH, A. *Reforma Psiquiátrica à Brasileira: análises sob a perspectiva da desinstitucionalização*. Porto Alegre: PUCRS, 2007.
- VALLEJO RUILOBA, J. *Introducción a la Psicopatología y a la Psiquiatría*. 7. Barcelona: Elssevier Masson, 2011.
- VEIGA MARRIOTT et al. «Multi/Pluri/Inter/Trans/Metadisciplinaridade.» *Didática e Prática de Ensino na Relação com a Sociedade - livro 3*, 2699-2711. Fortaleza: EDUECE, 2014.

- VIEIRA DA COSTA, P. L. «La expulsión de los extranjeros "sin papeles".» *RJUAM* 21 (2010): 149-168.
- VON LISZT, F. *La Idea de Fin en el Derecho Penal*. Ciudad de México: UNAM, 1984.
- WELZEL, H. *Direito Penal*. Campinas: Romana, 2004.
- ZABALA BAÑOS, C. *Prevalencia de Trastornos Mentales en Prisión: Análisis de la Relación con Delitos y Reincidencia*. Madrid: SGIP, 2016.
- ZAFFARONI, E. R. *La cuestión criminal*. Planeta, 2012.
- . «La Legitimación del control de los "extraños".» En *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*, editado por Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, 1116-1147. Buenos Aires: Euros, 2006.
- . *Código Penal y normas complementaras. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. 2a. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.
- . «Las "Clases Peligrosas": El fracaso del discurso policial prepositivista.» *Sequencia* 51 (2005): 141-168.
- ZAFFARONI, E.R., BATISTA, N., ALAGIO, A. y SLOKAR, A. *Direito Penal Brasileiro*. 2a. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- ZIFFER, P. *Medidas de Seguridad. Pronósticos de Peligrosidad en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.