

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO



CRÍTICA A LA PELIGROSIDAD COMO CRITERIO DE INVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA
MEDIDA DE SEGURIDAD DE INTERNAMIENTO APLICABLE A PERSONAS CON
DEFICIENCIAS PSICOSOCIALES

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado que presenta el bachiller:
JULIO ALBERTO RODRIGUEZ VÁSQUEZ

Asesor
DR. YVÁN MONTOYA VIVANCO

Lima, 2016

ÍNDICE

ÍNDICE.....	2
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO 1: Identificación del problema desde el desarrollo histórico de la individualización judicial de la medida de seguridad de internamiento aplicable a personas con deficiencias psicosociales	11
1. Cuestiones previas	11
1.1. Medida de seguridad y proceso de individualización	11
1.2. Medida de seguridad e inimputabilidad generada por deficiencias psicosociales....	12
1.3. Las deficiencias psicosociales desde el modelo social de la discapacidad	14
2. Evolución histórica de la individualización judicial de la medida de seguridad de internamiento	16
2.1. Antecedentes históricos de la medida de seguridad penal de internamiento.....	16
2.1.1. Antigüedad.....	16
2.1.2. Edad Media y Moderna	17
2.1.3. Edad Contemporánea.....	19
2.1.4. Modelos de discapacidad en los antecedentes de la medida de seguridad de internamiento	19
2.2. Factores que impulsaron el nacimiento de la medida de seguridad de internamiento	20
2.2.1. Crisis del Derecho penal clásico	20
2.2.2. Franz Von Liszt y el Programa de la Universidad de Marburgo de 1882.	21
2.2.3. La escuela positivista italiana.....	22
2.2.4. Desarrollo de la psiquiatría como ciencia.....	23
2.3. El nacimiento de la medida de seguridad de internamiento.....	24
2.3.1. El modelo de Stoos y Anteproyecto del Código Penal suizo de 1893.....	24
2.3.2. Aparición de la medida de seguridad de internamiento predelictual	26
2.3.3. Influencia del modelo de Stoos en la legislación peruana.....	27
2.3.4. Modelos de discapacidad en la individualización judicial de la medida de seguridad de internamiento en su modelo original.....	29
3. Consolidación de la medida de seguridad de internamiento en el sistema penal	30
3.1. Críticas al sistema dualista puro o tradicional de sanciones penales.....	30

3.2.	Consolidación de la medida de seguridad de internamiento en el nuevo sistema vicarial de sanciones penales utilizado por el ordenamiento jurídico peruano.....	32
3.2.1.	Sistema vicarial.....	32
3.2.2.	Fin preventivo compartido.....	33
3.2.3.	Garantías penales compartidas.....	33
3.2.4.	¿Y la peligrosidad como criterio de individualización?.....	35
4.	Conclusión y planteamiento del problema	38
CAPÍTULO 2: El fin de la medida de seguridad de internamiento aplicable a personas con deficiencias psicosociales dentro del modelo social de la discapacidad.....		
41		
1.	Cuestiones previas	41
1.1.	La relevancia de preguntarnos por los fines de la medida de seguridad de internamiento	41
1.2.	El Estado Constitucional de Derecho como premisa	42
2.	El fin del Derecho penal en un Estado Constitucional de Derecho	45
3.	Estado de la cuestión: fin de la medida de seguridad de internamiento	47
3.1.	Fines de la pena en la doctrina penal	47
3.1.1.	Los fines absolutos	48
3.1.2.	Los fines relativos o preventivos	49
3.1.2.1.	Prevención especial.....	49
3.1.2.2.	Prevención general	50
3.1.2.2.1.	Prevención general negativa o intimidatoria.....	50
3.1.2.2.2.	Prevención general positiva	51
3.1.2.3.	La teoría dialéctica de la unión	53
3.2.	Fin de la medida de seguridad de internamiento de acuerdo a la doctrina mayoritaria y jurisprudencia.....	54
3.2.1.	La doble finalidad alternativa: curación y neutralización	54
3.2.2.	La primacía del fin neutralizador	55
4.	Propuesta de fin de la medida de seguridad de internamiento.	59
4.1.	La invalidez del fin terapéutico y del fin neutralizador de la medida de seguridad de internamiento	59
4.1.1.	Invalidez del fin terapéutico de la medida de seguridad de internamiento.	59
4.1.2.	Invalidez del fin neutralizador de la medida de seguridad de internamiento.	64
4.2.	Toma de postura: el fin de la medida de seguridad de internamiento en un centro de salud mental.....	67

4.2.1.	El internamiento en un centro de salud mental en el modelo social de la discapacidad.....	67
4.2.2.	La doble finalidad copulativa: prevención general positiva y prevención de castigos informales y arbitrarios/ apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica	69
CAPÍTULO 3: La invalidez de la peligrosidad como criterio para la individualización judicial de la medida de seguridad de internamiento: crítica y propuesta a partir del modelo social de la discapacidad.....		
1.	Cuestiones Previas	73
1.1.	Concepto de peligrosidad	73
1.2.	Regulación de la peligrosidad en el ordenamiento jurídico-penal	75
2.	La peligrosidad y su análisis como método científico para pronosticar la comisión de delitos.	76
2.1.	Método clínico puro o no estructurado.....	76
2.1.1.	Descripción del método clínico puro o no estructurado.....	76
2.1.2.	Críticas al método clínico puro o no estructurado	78
2.2.	Método estadístico o actuarial	81
2.2.1.	Descripción del método estadístico o actuarial	81
2.2.2.	Críticas al método estadístico o actuarial.....	83
2.3.	Método clínico estructurado o clínico actuarial.	84
2.3.1.	Descripción del método clínico estructurado o clínico actuarial	84
2.3.2.	Críticas al método clínico estructurado o clínico actuarial.....	87
3.	Propuesta normativista	91
3.1.	Premisas de la postura normativista	91
3.1.1.	Imposibilidad de pronosticar de manera certera la comisión futura de delitos .	91
3.1.2.	Imposibilidad de eliminar la peligrosidad del Derecho penal preventivo	92
3.2.	La peligrosidad como riesgo ex ante intolerable por la sociedad	93
4.	Toma de Postura	96
4.1.	Premisas: interpretación de un criterio normativo	96
4.2.	La invalidez de la peligrosidad de acuerdo a los fines de la medida de seguridad de internamiento	100
4.2.3.	Propuesta a partir de la doble finalidad copulativa: prevención general positiva y prevención de castigos informales y arbitrarios/ apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica	103
4.2.1.	El modelo de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica.....	103
4.2.2.	La necesidad de un apoyo intenso para ejercer capacidad jurídica como criterio de individualización de la medida de seguridad de internamiento	108

4.2.3. Consecuencias de la propuesta y salvaguardas aplicables	112
CONCLUSIONES	116
BIBLIOGRAFÍA.....	123
Libros	123
Artículos.....	127
Tesis	132
Documentos.....	133
Jurisprudencia Nacional e Internacional	134



INTRODUCCIÓN

Durante mucho tiempo la sociedad ha sido construida a partir de un prototipo ideal de individuo racional, capaz de sentir, comunicarse y decidir sobre su vida sin algún tipo de asistencia. La consecuencia de este paradigma ha sido que aspectos importantes de la vida como la educación, la arquitectura, la información y señalización, el trabajo, el lenguaje, las relaciones familiares, el arte y el Derecho han sido elaborados pensando en este ideal de ser humano¹.

En este esquema, los individuos cuyo cuerpo o mente no funcionan de igual manera que en la mayoría de personas son excluidos de la vida social y de la capacidad de ejercer sus derechos². Especialmente las personas con capacidades de pensar y gestionar aspectos sociales y emocionales distintas al resto son tratados como objetos y no sujetos de pleno derecho³. Estos individuos, llamados usualmente “locos”, “dementes” o “enfermos mentales”, son aislados en instituciones de salud mental en aras de “curarlos” contra su voluntad y de “proteger” a la sociedad de estas personas⁴.

Sin embargo, este paradigma ha sido duramente criticado en los últimos años. Más aún, las propias personas con funcionalidades distintas a la mayoría han encabezado una lucha por el reconocimiento de sus derechos. Esta lucha se ha sintetizado en un nuevo modelo de discapacidad: el modelo social⁵. Este modelo propone que el eje de la discapacidad ya no descansa en las funcionalidades distintas (llamadas deficiencias), sino en las barreras discapacitantes⁶ construidas a partir del prototipo de ser humano ideal.

Este modelo ha sido recogido por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas (en adelante, la Convención). Instrumento internacional de derechos humanos ratificado por el Perú que entró en vigor el 3 de mayo de 2008. Es preciso recordar que el Tribunal Constitucional de Perú ha señalado que dentro de la pirámide jurídica

¹ JIMENEZ SANDOVAL, Rodrigo. *Derecho y Discapacidad*. San José: Fundación Justicia y Género, 2008, pp. 8-10.

² PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: CINCA, 2008, p.123.

³ QUINN, Gerard y Theresia DEGENER. *Derechos Humanos y Discapacidad*. Nueva York: Naciones Unidas, 2002, p. 11.

⁴ BASAGLIA, Franco. *La institucionalización psiquiátrica de la violencia*. En: SUAREZ, Armando (Coordinador) *Razón, locura y sociedad*. México DF: Siglo XXI, 1979, p. 16.

⁵ PALACIOS, Agustina. Ob. Cit., p.123.

⁶ PALACIOS, Agustina. *Una introducción al modelo social de la discapacidad y su reflejo en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. En: SALMON, Elizabeth y Renata BREGAGLIO (Editoras). *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad*. Lima: Idehpucp, 2015, p. 14.

nacional los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional⁷. Por tanto, todas las normas de rango legal y de rango inferior deben guardar coherencia con las normas contenidas en la Convención. Esto supone la modificación y/o derogación de diversas normas de nuestro ordenamiento que no se condicen con lo establecido en este tratado de derechos humanos.

Sin embargo, muchas normas y figuras penales aún regulan la restricción de derechos a partir de modelos distintos al acogido por la Convención. Dentro este grupo de figuras jurídico-penales se encuentra la “peligrosidad” como criterio para individualizar la medida de seguridad de internamiento en los casos de que una persona con deficiencias psicosociales cometa un hecho delictivo en un estado de inimputabilidad. Así, se mantiene una figura jurídico-penal nacida con la finalidad de garantizar la neutralización de los individuos considerados “locos peligrosos”:

Ante esta incompatibilidad es necesario encontrar una solución que permita que nuestro ordenamiento jurídico-penal se encuentre conforme a las normas de la Convención. Lamentablemente, en la doctrina nacional existen pocas investigaciones especializadas sobre las medidas de seguridad de internamiento y el criterio de peligrosidad⁸. Esto a pesar de que el internamiento involuntario en un centro de salud mental implica una intromisión intensa en la libertad de la persona con deficiencias psicosociales.

Sobre este punto, Foucault señaló que los “manicomios” son centros especializados para observar y controlar a los “anormales”⁹. Más aún, estos centros usualmente permiten la ejecución de actos degradantes y humillantes (situaciones antihigiénicas, prohibición de objetos personales, abusos físicos, internamientos arbitrarios, entre otros)¹⁰. En esta línea, el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penales crueles e inhumanos o degradantes ha indicado que el internamiento involuntario en un centro de salud puede constituir tortura o malos tratos

⁷ De acuerdo al Tribunal Constitucional todo tratado de derechos humanos reconocido por el Perú forma parte del bloque de constitucionalidad. Ver: Exp. 0047-2004-AI/TC. Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 24 de abril de 2006. Fundamento 61. Así también: Exp. 2798-2004-HC/TC. Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 9 de diciembre de 2004. Fundamento 7. Más aún, el artículo 3 de la Constitución garantiza que los derechos reconocidos en la Constitución no excluyen los demás derechos que se fundamenten en la dignidad, como es el caso de los reconocidos por la Convención. Asimismo, la disposición final y transitoria cuarta de la Constitución señala que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú.

⁸ En los últimos años: PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Proceso Penal y Medidas de Internación*. En: *Nuevo Proceso Penal Reforma y Política Criminal*. Lima: Idemsa, 2009, pp. 29-70; ORÉ SOSA, Eduardo y Walter PALOMINO RAMÍREZ. *Peligrosidad Criminal y Sistema Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Lima: Editorial Reforma, 2014.

⁹ FOUCAULT, Michel. *Los anormales*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011. p.53.

¹⁰ GOFFMAN, Erving. *Los internados*. Buenos Aires: Amorrortu, 2001. pp. 25-46.

cuando se hace un uso de la fuerza que trasciende lo estrictamente necesario¹¹. Estas razones llevaron a Basaglia a llamar a los “manicomios” como instituciones de la violencia¹².

En el caso del Derecho penal peruano la peligrosidad es la válvula de entrada que permite que una persona sea internada en un centro de salud mental. De esta forma, Juan Sotomayor ha señalado que “en la realidad los conceptos de enfermo mental y peligroso han estado estrechamente conectado, vinculación que precisamente ha servido para justificar el encierro manicomial del loco”¹³

En vista de estos fundamentos es pertinente preguntarnos lo siguiente ¿es inválido que la individualización judicial de la medida de seguridad de internamiento se realice a través del concepto de peligrosidad? La hipótesis de la presente tesis es que sí. Para demostrar esta hipótesis estudiaremos la literatura especializada en Derecho penal, Derechos Humanos de las personas con discapacidad, psicología forense y criminología. Además, revisaremos las normas nacionales e internacionales pertinentes. Pondremos especial atención al Código Penal y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley General de la Persona con Discapacidad. Por otro lado, analizaremos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la Corte Suprema de Justicia del Perú y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Finalmente, la presente investigación tomará en cuenta los pronunciamientos de las Naciones Unidas y de sus Comités sobre el tema en particular.

Esta tesis está dividida en tres capítulos. En el primer acápite realizaremos un repaso por la historia de las medidas de seguridad de internamiento desde sus antecedentes en la Antigüedad hasta su redacción en el Código Penal de 1991. Veremos así como las personas con deficiencias psicosociales han sido eliminadas o aisladas desde el inicio de la historia humana. Además, ubicaremos el nacimiento de la peligrosidad en el seno del positivismo italiano y la ideología de la defensa social. Y la manera en que este concepto se ha mantenido hasta la actualidad a pesar de las críticas. Este repaso busca servir de base para analizar identificar los modelos de discapacidad que han estado detrás del proceso de consolidación de la peligrosidad y la medida de seguridad. El objetivo principal de esto es proponer con mayor claridad el problema de la presente tesis.

¹¹ Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. A/HC/22/53., párr.70.

¹² BASAGLIA, Franco. Loc. Cit.

¹³ SOTOMAYOR, Juan Oberto. *Inimputabilidad y Sistema Penal*. Bogotá: Temis, 1996, p. 131.

Por otro lado, el capítulo dos iniciará con una aproximación al concepto de Estado Constitucional de Derecho y a los fines que cumple el Derecho Penal dentro de aquel. Esto con la meta de mostrar el marco teórico en el que se desarrollará nuestra investigación. Luego, analizaremos la doctrina penal para comentar las distintas teorías sobre los fines de la pena. Dicho análisis permitirá entender mejor los fines que, de acuerdo a la legislación y la doctrina penal ampliamente mayoritaria, cumplen la medida de seguridad. Finalmente, criticaremos la alternancia entre los fines terapéuticos y neutralizadores que cumplen formalmente la medida de seguridad de internamiento y propondremos un modelo de fines que se corresponden con el modelo social de la discapacidad. El objetivo principal de este capítulo es identificar la justificación teórica que se encuentra detrás del concepto de peligrosidad.

En el capítulo final de la tesis realizaremos el estudio del concepto de peligrosidad. Posteriormente analizaremos las ideas generales y críticas de los distintos métodos para determinar la peligrosidad. Esto con el objetivo de demostrar que no existe ningún método para pronosticar con certeza si una persona con deficiencias psicosociales cometerá un delito en el futuro. Luego expondremos la teoría de Frisch y Ziffer sobre la peligrosidad como criterio de individualización judicial de la medida de seguridad de internamiento. La revisión de esta teoría nos llevará a afirmar que la falta de certeza de la peligrosidad no implica necesariamente su invalidez. Sin embargo, esta revisión también nos permitirá reconocer que el análisis sobre la validez de la peligrosidad deberá retrotraerse a la justificación de la medida de seguridad de internamiento. Es a partir de estas bases que culminaremos la presente investigación criticando la peligrosidad a partir de los fines que busca concretizar y propondremos un modelo alternativo a partir de lo establecido por la Convención.

La presente investigación me ha permitido comprender que ninguno de nosotros podría cumplir sus metas y objetivos sin la asistencia de muchas personas en la toma de decisiones. Por este motivo quiero agradecer a todas las personas que me han apoyado en el desarrollo de la presente tesis. A mis padres, mi abuelita, mi hermana y mis sobrinos, cuyo inmenso amor y apoyo constante han hecho de mí quien soy. A mis amigos del parque, quienes me brindan el soporte y los ajustes necesarios para ser feliz tal como soy. A las pocas personas con quienes converse reiteradas veces sobre mis avances y frustraciones en el desarrollo de esta tesis y que me brindaron la ayuda necesaria para culminar este trabajo. A mis amigos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos, especialmente al profesor Yvan Montoya y a Cristina,

quienes me han mostrado que vivir conforme a nuestras convicciones es posible. Muchas gracias a todos.



CAPÍTULO 1: Identificación del problema desde el desarrollo histórico de la individualización judicial de la medida de seguridad de internamiento aplicable a personas con deficiencias psicosociales

1. Cuestiones previas

1.1. Medida de seguridad y proceso de individualización

La medida de seguridad constituye una clase específica de consecuencia jurídico-penal regulada por nuestro ordenamiento. La medida de seguridad se aplica a los inimputables o imputables relativos que han cometido un hecho punible y que son considerados peligrosos. Se considera peligroso a quien presenta un pronóstico positivo de volver a cometer ilícitos penales¹⁴.

De acuerdo al artículo 71 del Código Penal peruano existen dos tipos de medidas de seguridad: la medida de seguridad de internamiento y la medida de seguridad de tratamiento ambulatorio. Por un lado, la medida de internamiento restringe la libertad ambulatoria del inimputable que ha cometido un hecho delictivo grave. De esta manera, el inimputable es internado en un centro hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado para cumplir con fines terapéuticos o de custodia¹⁵. Por otro lado, la medida de tratamiento ambulatorio, contenida en el artículo 76 del Código Penal, consiste en someter al imputable relativo a un régimen de atención médico, psicológico o de cualquier naturaleza que el estado personal del sentenciado lo requiera¹⁶. En la presente investigación nos centraremos en la medida de seguridad de internamiento.

La individualización judicial¹⁷ es el proceso de concreción de la sanción abstracta. De esta forma, el juez determina la duración de la consecuencia jurídica y la clase de medida penal que se va

¹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN. Derecho Penal Parte General 7ª Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 52.

¹⁵ HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SALDARRIAGA. *Manual de Derecho Penal Parte General. Tomo II*. Lima: Idemsa, 2011, p. 390.

¹⁶ Ídem, pp. 391-392.

¹⁷ La individualización se divide en tres fases: individualización legal (fijación general y abstracta de la pena), individualización judicial (proceso a través del cual el juez determina consecuencia jurídica del delito aplicable y su duración); y la individualización penitenciaria (realizada durante la ejecución de la consecuencia jurídico-penal). TERRADILLOS BASOCO, Juan y Borja MAPELLI CAFFARENA. *Las consecuencias jurídicas del delito. 3ª edición*. Madrid: Civitas 1996, pp. 188-191. En la presente investigación utilizaremos la palabra individualización como sinónimo de individualización judicial.

aplicar¹⁸. La individualización judicial de la medida de seguridad consiste en que el juez decida dos aspectos: i) la elección entre una medida de internación y una medida de tratamiento ambulatorio; y ii) la determinación del plazo de dicha consecuencia jurídico penal.

¿Qué criterio utiliza el juez para individualizar la medida de seguridad? La medida de seguridad se individualiza, principalmente, a partir de la ponderación entre la libertad restringida al sujeto infractor y el grado de peligrosidad¹⁹. Nuestro ordenamiento jurídico ha reconocido este razonamiento a través del artículo 73 del Código Penal, que indica que las medidas de seguridad deben ser proporcionales con la peligrosidad delictual. Asimismo, la doctrina nacional también indica que la medida de seguridad debe ser adecuada a la peligrosidad del agente²⁰. Esta peligrosidad se identifica a través de un juicio de prognosis futura de comisión de delito realizada a partir de la personalidad del infractor.

1.2. Medida de seguridad e inimputabilidad generada por deficiencias psicosociales

La inimputabilidad penal es, en muchas ocasiones, el puente entre las deficiencias psicosociales y la medida de seguridad. La imputabilidad penal, o capacidad para delinquir, se establece cuando a un sujeto, al momento de cometer un delito concreto, se le exige comprender la ilicitud de su comportamiento y se le exige, además, comportarse de acuerdo a dicha comprensión para evitar incurrir en dicho delito²¹. En sentido negativo, la sociedad niega la capacidad penal cuando un sujeto comete un hecho delictivo en un estado de afectación de la realidad que le impide comprender la ilicitud de su acto o actuar según dicha comprensión²². Esto no quiere decir que el inimputable actúe de forma irracional o defectuosa. El juicio de inimputabilidad se limita a señalar que el sujeto cometió un delito bajo un orden racional y una comprensión de la realidad distinta a la que la sociedad exige²³. Esta comprensión distinta de la realidad puede ser originada por factores culturales, biológicos y/o sociales.

¹⁸ Ídem, p. 189.

¹⁹ ROXIN, Claus. *Fin y justificación de la Pena y de las medidas de seguridad*. En: MAIER, Julio (Compilador) *Determinación judicial de la pena*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1993, p.44.

²⁰ HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SALDARRIAGA. Ob. Cit., p. 395.

²¹ MEINI, Iván. *Lecciones de Derecho Penal Parte General. Teoría Jurídica del Delito*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, pp. 116-122.

²² Ob. Cit., p. 122.

²³ BUSTOS RAMIREZ, Juan. *La Imputabilidad en un Estado de Derecho*. En: *Obras Completas. Volumen I*. Lima: ARA, 2004, p. 162.

Dentro de los factores que pueden llevar a la inimputabilidad se encuentran las deficiencias psicosociales, conocidas desde el modelo médico de la discapacidad como enfermedades mentales²⁴. La deficiencia psicosocial es la funcionalidad distinta de la mente que produce un desarrollo de la capacidad de pensar y de gestionar los aspectos sociales y emocionales²⁵ diferente al de la mayoría de personas. En este sentido, las deficiencias psicosociales pueden generar alteraciones de la realidad y, por lo tanto, un estado de inimputabilidad penal. De esta manera, “medida de seguridad aplicable a inimputables” y “deficiencia psicosocial” son conceptos relacionados. En relación a este punto, el artículo 20.1 del Código Penal señala lo siguiente:

“Está exento de responsabilidad penal (...) el que por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión”.

Es preciso aclarar que la sola deficiencia (llamada anomalía psíquica por el Código Penal) no puede ser, a priori, una causal de inimputabilidad²⁶. Existen muchas deficiencias psicosociales que no anulan la capacidad de culpabilidad, y por lo tanto permiten que la sociedad reconozca la decisión tomada por el individuo al momento de cometer el hecho antijurídico. Sobre este punto, Benavides López señala lo siguiente:

“(...) las eximentes y atenuantes no deben estar basadas directa o indirectamente en la discapacidad o las deficiencias y han de redefinirse en términos neutrales relativos a las situaciones que impiden comprender la ilicitud de los actos (...)”²⁷

²⁴ QUINN, Gerard y Theresia DEGENER. Ob. Cit., p. 22.

²⁵ NATIONAL MENTAL HEALTH CONSUMER & CARER FORUM 2011. *Unravelling Psychosocial Disability*. Camberra: NMHCCF, 2011, p.16. Disponible en: http://www.nmhccf.org.au/documents/NMHCCF_Psychosocial%20disability_Booklet_Web%20version_27Oct11.pdf. Revisado el 13 de mayo de 2014.

²⁶ ALIANZA DE LAS ORGANIZACIONES LATINOAMERICANAS. *Aportes a la elaboración de la Observación general sobre el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Lima: 2014. Disponible en: www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/CELSArt12_sp.doc. Revisado el 13 de mayo de 2014.

²⁷ BENAVIDEZ LÓPEZ, Alvaro Fernando. *Modelos de capacidad jurídica: una reflexión necesaria a la luz del art. 12. de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad*. Tesis de Doctorado en Derecho. Madrid: Universidad Carlos III / Facultad de Derecho, 2003. Disponible en: http://earchivoc3m.es/bitstream/handle/10016/18264/Alvaro_Benavides_tesis.pdf?sequence=1. Revisado el 09 de mayo de 2016.

De esta manera, la persona con deficiencia psicosocial actúa en un estado de inimputabilidad cuando, al momento de cometer un delito, su deficiencia le genera una alteración de la realidad que no le permite comprender el carácter delictuoso de su acto conforme a los parámetros que la mayoría establece. Como veremos en el capítulo 3, este análisis implica una valoración de la situación y no de un rasgo de identidad (como puede ser la presencia de una deficiencia intelectual o psicosocial).

1.3. Las deficiencias psicosociales desde el modelo social de la discapacidad

En la línea antes trazada, las personas con deficiencias psicosociales pueden llegar a cometer hechos delictivos en un estado de inimputabilidad. Es en esta medida que estas personas suelen ser los sujetos pasivos de las medidas de seguridad de internamiento. Las deficiencias están estrechamente relacionadas al concepto de discapacidad. Hablar de deficiencias implica, en la mayoría de los casos, hablar de discapacidad. Por este motivo es necesario aclarar el concepto de discapacidad. Existen tres modelos de la discapacidad: modelo de prescindencia, modelo rehabilitador y modelo social.

En primer lugar se encuentra el modelo de prescindencia. Las características principales de este modelo de la discapacidad son la justificación religiosa de la discapacidad y la consideración de que la persona no tiene nada que aportar a la comunidad²⁸. El modelo de prescindencia se puede subdividir a la vez en dos sub-modelos: eugenésis y marginación²⁹. El sub-modelo de eugenésis mira a la discapacidad como una situación de desgracia, al punto que la vida es concebida como indigna y meritoria de no ser vivida³⁰. De otro lado, el sub-modelo de marginación incluye a las personas con discapacidad en un grupo de marginados³¹. En este orden de ideas, el núcleo del sub-modelo de marginación es la exclusión y subestimación de las personas con deficiencias psicosociales³².

Por otro lado, el modelo rehabilitador (también conocido como médico) tiene como característica principal el considerar a la discapacidad como un problema de la persona, ocasionado exclusivamente por la condición de salud del individuo. Esta visión de la discapacidad ha

²⁸ PALACIOS, Agustina. Ob.Cit.,p. 37.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ídem*, p. 39.

³¹ *Ídem*, pp. 55-57.

³² *Ídem*, p.54.

generado que varias políticas públicas estén orientadas a normalizar a las personas en situación discapacidad³³. El médico y la medicina son los principales actores en este proceso de erradicación de las diferencias. Ellos se pronuncian no solo sobre la terapia, sino también sobre el destino de la persona y la determinación de sus derechos. En esta línea, Foucault consideró que el modelo rehabilitador (llamado por Foucault modelo de inclusión de apestados) está ligado fuertemente con el avance de técnicas positivas de intervención y transformación que reemplazaron las técnicas negativas de exclusión y rechazo con el objetivo de lograr la normalización de los anormales³⁴.

El modelo de prescindencia y el modelo rehabilitador estuvieron orientados a erradicar y/u ocultar las diferencias presentes en las personas en situación de discapacidad³⁵. Estos enfoques permitieron que las personas con deficiencias sean tratadas como objetos y no como sujetos de pleno derecho³⁶. En este contexto surge en Estados Unidos y el Reino Unido un tercer modelo de la discapacidad: el modelo social. El modelo social parte por diferenciar el concepto de deficiencia y el concepto de discapacidad. Así, mientras la deficiencia implica la “característica de la persona consistente en un órgano, función o un mecanismo del cuerpo o de la mente que no funciona, o que no funciona de igual manera que en la mayoría de las personas”³⁷; la discapacidad está conformada por “los factores sociales que restringen, limitan o impiden a las personas con diversidad funcional, vivir una vida en sociedad”³⁸. Con otras palabras, el colectivo de personas en situación de discapacidad es tomado como víctima de una sociedad discapacitante más que como víctimas individuales de las circunstancias³⁹.

El modelo social ha sido reconocido por la Convención. Este instrumento distinguió una serie de principios que son una expresión del enfoque social de discapacidad. Específicamente, su artículo 2 reconoce principios que se traducen en tres valores: dignidad, autonomía e independencia⁴⁰. Estos deben ser utilizados para interpretar toda norma que verse sobre los derechos de las personas en situación de discapacidad⁴¹.

³³ Ídem., p. 98

³⁴ FOUCAULT, Michel. Ob. Cit., pp.56-57.

³⁵ PALACIOS, Agustina. Loc. Cit.

³⁶ QUINN, Gerard y Theresia DEGENER. Ob. Cit., p. 11.

³⁷ PALACIOS, Agustina. Ob. Cit., p.123.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ PALACIOS, Agustina y Francisco BARIFI. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*. Madrid: CINCA, 2007, p. 57.

⁴⁰ PALACIOS, Agustina y Francisco BARIFI. Ob. Cit., p. 74.

⁴¹ *Ibidem*.

Los valores antes señalados han sido acogidos por el Perú en el momento en que este ratificó la Convención; la misma que entró en vigor el 3 de mayo de 2008. Por este motivo, el Perú se encuentra obligado a cumplir con las normas contenidas en dicho instrumento internacional y a asumir el modelo social de la discapacidad. Además, en diciembre del año 2012, el Congreso de la República promulgó la Ley N 29973, titulada Ley General de la Persona con Discapacidad (en adelante, la Ley). Esta también reconoció el modelo social de la discapacidad y el fin de protección y promoción de los derechos de las personas en situación de discapacidad; así como su inclusión económica y social.

Como analizaremos más adelante, los principios asumidos por el nuevo modelo social de la discapacidad generan una visión crítica frente a un internamiento médico involuntario. Ello en la medida de que este supone una restricción intensa en la esfera de autonomía de la persona con deficiencia, construyéndose muchas veces como una herramienta jurídica discapacitante.

A lo largo del presente capítulo se detallará la evolución histórica de la medida de seguridad de internamiento, los criterios utilizados para su individualización y los modelos de discapacidad que expresan. Ello nos permitirá identificar el problema que buscará ser resuelto en la presente investigación.

2. Evolución histórica de la individualización judicial de la medida de seguridad de internamiento

2.1. Antecedentes históricos de la medida de seguridad penal de internamiento.

2.1.1. Antigüedad

En la antigüedad las deficiencias psicosociales fueron miradas desde el punto de vista sobrenatural y demoniaco, toda vez que se las consideró una respuesta de los dioses ante la violación de determinadas normas⁴². Por este motivo, los pueblos tribales se defendían ante estas personas a través de la expulsión de la comunidad y/o la eliminación⁴³.

⁴² LEAL MEDINA, Julio. *La problemática existente para la aplicación de las medidas de seguridad*. Tesis de doctorado en Derecho. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 1999, p. 30. Disponible en: <http://eprints.ucm.es>. Revisado el 15 de marzo de 2014

⁴³ Ídem. p. 29

En el caso griego, toda deficiencia era vista como un castigo por algo que había ocurrido⁴⁴. Las personas con deficiencias psicosociales fueron sometidas a métodos de “readaptación social”⁴⁵. Sin embargo, sino no era posible la readaptación se procedía a la eliminación del sujeto por ser considerado “peligroso”⁴⁶. El hecho de que la mayoría de deficiencias psicosociales eran “incurables” provocó la eliminación constante de los “locos peligrosos”. De manera similar, en la antigua Roma las deficiencias eran vista como una advertencia de los dioses de algo malo que iría a acontecer⁴⁷. En respuesta, el Derecho romano consideraba a las personas con deficiencias psicosociales como enemigos, incluyéndolos en el grupo de los “hostis alienígena”; sujetos extraños y desconocidos que inspiraban desconfianza y resultaban sospechosos, toda vez que eran molestos o indisciplinados⁴⁸. Frente a ellos se aplicaba métodos de reinserción y de eliminación. La eliminación ocurría cuando la reinserción en la sociedad no era posible⁴⁹. En estos casos, las personas con deficiencias psicosociales eran consideradas “perros rabiosos” o “bueyes díscolos”⁵⁰. De esta manera, las personas con deficiencias psicosociales eran parte del grupo de sujetos molestos que eran eliminados⁵¹.

Como vemos, los griegos y los romanos veían al “loco” como una bestia o animal cuya propia naturaleza legitimaba su eliminación⁵². En este sentido, los métodos de eliminación o transformación se determinaban a partir de la identificación de la deficiencia psicosocial y se fundamentaban en el temor que la sociedad sentía frente a ella.

2.1.2. Edad Media y Moderna

En la Edad Media la respuesta social frente a las personas con deficiencias psicosociales era de exclusión-caridad⁵³. La práctica común era que las personas con estas deficiencias sean vigiladas por sus familias⁵⁴. No obstante, en estos casos estos individuos eran mantenidos en situaciones indignas (sin tratamiento adecuado y con sistemas de contención como el

⁴⁴ PALACIOS, Agustina. Ob.Cit., p. 39.

⁴⁵ LEAL MEDINA, Julio. Ob. Cit., p. 31.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ PALACIOS, Agustina. Ob.Cit., p. 48.

⁴⁸ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Ob.Cit., p. 34.

⁴⁹ LEAL MEDINA, Julio. Ob. Cit., p. 31..

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Ob.Cit., p. 51.

⁵² FERREIRÓS MARCOS, Carlos-Eloy. *Salud mental y derechos humanos: la cuestión del tratamiento ambulatorio involuntario*. Madrid: CERMI, 2007, p. 20.

⁵³ PALACIOS, Agustina. Ob.Cit., p. 62.

⁵⁴ FERREYROS MARCOS, Carlos-Eloy. *Loc. Cit.*

encadenamiento)⁵⁵. Por otro lado, las personas que carecían de familia se transformaban en “locos errantes” marginados de la vida social y víctimas de la malnutrición, falta de cuidados y malos tratos de la comunidad⁵⁶. Sin embargo, las personas con graves deficiencias psicosociales tenían un destino peor. Ellas eran víctimas del temor de la sociedad⁵⁷, que vinculaba la “locura grave” con la influencia diabólica⁵⁸. De esta manera, estas personas eran internadas en establecimientos carcelarios por el mero hecho de ser consideradas “locas peligrosas”, sin que exista un factor adicional que determine y limite dicho encarcelamiento⁵⁹.

Como hemos señalado en el párrafo precedente, las posibilidades legales que tenía una persona con deficiencias psicosociales en la Edad Media eran la prisión o la custodia familiar⁶⁰. La cárcel era el lugar donde se internaba a “los locos y dementes”, quienes estaban bajo la custodia de los miembros de la Iglesia⁶¹.

Durante mucho tiempo la medida de internamiento impuesta a las personas con deficiencias mentales no se diferenciaba, legalmente, de las penas⁶². Sin embargo, en el tránsito del siglo XIII al XIV esta medida dejó de formar parte del Derecho Penal⁶³. El internamiento se constituyó entonces como una medida de prevención policial aplicada por los órganos de seguridad⁶⁴. Como consecuencia, las reglas a partir de las cuales se internaba a una persona con deficiencias psicosociales que cometía hechos delictivos pertenecían al Derecho de policía (Derecho Administrativo)⁶⁵. Por este motivo la cárcel ya no podía ser el lugar donde se cumplía el internamiento de las personas con deficiencias psicosociales. Así, surgen los “hospitales” dirigidos por la Iglesia⁶⁶. El fin primordial de este tipo de centros de internamiento no era terapéutico. Sino eran lugares de caridad en el que se encerraba a la persona con deficiencias

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ PALACIOS, Agustina. *Ob.Cit.*, p. 65.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ FERREYROS MARCOS, Carlos-Eloy. *Ob.Cit.*, p.21.

⁶⁰ *Ídem.*, p. 22.

⁶¹ LEAL MEDINA, Julio. *Ob. Cit.*, p. 35.

⁶² ZIFFER, Patricia. *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 35.

⁶³ ZIFFER, Patricia. *Ob.Cit.*, p. 35.

⁶⁴ *Ídem.*, p. 34.

⁶⁵ ZIFFER, Patricia. *Ob.Cit.*, p. 262.

⁶⁶ En 1409 Fray Juan Gilbeabert Jofré, religioso valenciano de la Orden de la Merced, fundó el primer hospital de inocentes destinado para la atención de “enfermos locos”. (Ver: PILEÑO MARTÍNEZ, María Elena y otros. *El Enfermo Mental. Historia y Cuidados desde la Época Medieval*. En: Cultura de los cuidados. Revista de Enfermería y Humanidades. Año VII. N° 13. Primer semestre de 2003., p. 30). En el Perú, recién en 1552 se fundó el Hospital de San Andrés, destinado a la “enfermería para aquellos perturbados de la mente que la sociedad limeña quería eliminar” (Ver: STUCCHI PORTOCARRERO, Santiago. *Loquerías, manicomios y hospitales psiquiátricos de Lima*. Lima: Universidad Peruana Cayetano Heredia, 2012, p. 19.) .

psicosociales⁶⁷, en el que se ejercía un poder que, lejos de estar amparado en razonamientos médicos, se afianzaba en ideas teológicas⁶⁸. En otras palabras, las personas con deficiencias psicosociales, consideradas a priori peligrosas, eran simplemente apartadas de la sociedad ya que eran víctimas del temor de la comunidad. A este sistema Michel Foucault denominó modelo de exclusión de leprosos⁶⁹.

2.1.3. Edad Contemporánea

A pesar de lo antes dicho, no es hasta finales del siglo XVIII que el internamiento en centros de salud mental se consolida como forma de tratamiento⁷⁰. Ello se debió a que la psiquiatría se constituyó como ciencia, de manera que la deficiencia psicosocial comenzó a ser estudiada como enfermedad mental⁷¹. El médico y la medicina –y ya no el sacerdote y la religión– fueron los protagonistas del proceso de erradicación de las diferencias. Ellos se pronunciaban no solo sobre la terapia, sino también sobre el destino de la persona y la determinación de sus derechos. Para ello fue necesario el fortalecimiento del hospital psiquiátrico, institución especializada en el internamiento, vigilia y control de los llamados seres “anormales”. Michel Foucault calificó al modelo antes descrito como sistema de “inclusión de apestados”, toda vez que estaba orientado a normalizar a los “locos” a través de las modernas técnicas psiquiátricas de intervención y transformación⁷². Las personas con deficiencias psicosociales comenzaron a ser presas de un poder continuo y vigilante, que no los excluyó, sino que los mantuvo en una constante “cuarentena”⁷³. En estos casos, las personas sufrieron muchas veces un tratamiento “psiquiátrico” cruel e inhumano que, en ciertas ocasiones, terminó en la muerte de la persona⁷⁴.

2.1.4. Modelos de discapacidad en los antecedentes de la medida de seguridad de internamiento

Como hemos mostrado, durante gran parte de la historia el temor de la sociedad frente a la deficiencia psicosocial provocó que estas personas sean internadas (a cargo de su familia, de la

⁶⁷ HEGGLIN, María Florencia. *Los enfermos mentales en el derecho penal. Contradicciones y falencias del sistema de medidas de seguridad*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, p. 11.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ FOUCAULT, Michel. Ob. Cit., pp. 51-53

⁷⁰ FERREYROS MARCOS, Carlos-Eloy. Ob.Cit., p. 21. De manera similar: HEGGLIN, Maria Florencia. Ob.Cit., pp. 10-17.

⁷¹ *Ibidem*, p. 12.

⁷² FOUCAULT, Michel. Ob.Cit., pp. 56-57.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ LEAL MEDINA, Julio. Ob.Cit., p. 45.

iglesia o de un psiquiatra) y/o eliminadas (social o materialmente). Estas consecuencias se individualizaban a partir de la sola presencia de la deficiencia psicosocial. ¿Qué enfoque de discapacidad se encontraba detrás de este tipo de ordenamientos y prácticas? Por un lado, la eliminación del “loco peligroso” y/o del “loco demoníaco”, a través de su muerte o del aislamiento, respondía al modelo de prescindencia de la discapacidad. Por otro lado, las medidas que buscaban transformar y normalizar a la persona con deficiencias psicosociales a través del internamiento religioso y luego del internamiento psiquiátrico respondían al modelo terapéutico.

La presencia del modelo de prescindencia y el modelo terapéutico explica que el Derecho no tomó en cuenta a la persona con deficiencia psicosocial. Lo único relevante e importante era el temor y las expectativas de la mayoría social. En definitiva, el internamiento y/o eliminación de la persona que cometiera un hecho prohibido en un estado de alteración de la realidad causado por una deficiencia psicosocial respondía a un proceso completamente contrario al modelo social.

2.2. Factores que impulsaron el nacimiento de la medida de seguridad de internamiento

2.2.1. Crisis del Derecho penal clásico

Hasta el siglo XIX el Derecho penal asumía la premisa retributiva de que “si no existe libertad no existe responsabilidad”⁷⁵. De acuerdo a ella, la pena se fundamentaba en el reconocimiento del libre albedrío del hombre⁷⁶. En palabras de Francesco Carrara, el imputarle una acción a una persona tenía como primer requisito que el hecho le sea imputable moralmente⁷⁷; este requisito suponía que el acto le sea reprochable al infractor en virtud de su calidad de ser moralmente libre⁷⁸. De este modo, las personas con deficiencias psicosociales que cometían hechos delictivos en un estado de alteración de la realidad no eran moralmente libres y no tenían responsabilidad. Por este motivo eran irrelevantes para la justicia penal.

Como correlato, la medida de internamiento impuesta contra las personas con deficiencias psicosociales no formaba parte del Derecho penal⁷⁹. De esta manera, hasta fines del siglo XIX el

⁷⁵ SOTOMAYOR, Juan Oberto. *Inimputabilidad y Sistema Penal*. Ob.Cit., p. 37.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte General Volumen I*. Bogotá: Temis, 1956, p. 37.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ ZIFFER, Patricia. Ob.Cit., p. 35.

Derecho penal disponía de la pena como único medio de respuesta al delito⁸⁰. Esta era una pena retributiva, que se imponía en razón de la culpabilidad; elemento que a su vez se justificaba en el libre albedrío.

Durante el siglo XIX la criminalidad fue en aumento⁸¹. El origen de este fenómeno fue el incremento del índice de desocupación causado por el maquinismo y la concentración industrial⁸². La miseria, los antagonismos sociales y la nueva criminalidad generaron escepticismo en el Derecho penal clásico⁸³. De esta manera, se planteó reemplazar el Derecho penal clásico por un sistema normativo que permita mayores intervenciones en la esfera privada⁸⁴. En este marco histórico surge la teoría positivista como defensora de un Derecho penal más eficaz que tome en cuenta la peligrosidad de la persona.

2.2.2. Franz Von Liszt y el Programa de la Universidad de Marburgo de 1882.

El planteamiento de Von Liszt se desarrolló en el Programa de la Universidad de Marburgo en 1882. En él se decía que la pena, lejos de estar fundamentada en una mera reacción retributiva (inspirada en valores abstractos como el libre albedrío), es una acción instintiva adecuada a un fin: la protección de bienes jurídicos⁸⁵. Von Liszt señaló que la pena se orienta a la protección de bienes jurídicos a través de la corrección, la intimidación y la inocuización del criminal⁸⁶. Estas orientaciones corresponderán a tres categorías de delincuentes: delincuentes incorregibles, para los que corresponderán una acción inocuizadora; delincuentes necesitados de corrección, para los que corresponderán acciones correctivas, y delincuentes ocasionales, para quienes finalmente corresponderá una orientación intimidadora.

Como podemos ver, lo trascendental de la propuesta de Von Liszt yace en que la pena se debería determinar no por el hecho individual, sino por las características de la personalidad del

⁸⁰ GARCIA PABLOS, Antonio. *Introducción al Derecho Penal*. Madrid: Ramón Areces, 2005, p. 135.

⁸¹ HEGGLIN, María Florencia. Ob.Cit., p. 9. Así también: PAVARINI, Massimo. *Control y Dominación*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2008, pp. 55-56.

⁸² PAVARINI, Massimo. Ob.Cit. p. 56.

⁸³ HEGGLIN, María Florencia. Ob.Cit., p. 10.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ VON LISZT, Franz. *La idea del Fin del Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo, 1882*. Granada: Comares, 1995, pp. 62-68.

⁸⁶ ZIFFER, Patricia. Ob.Cit., pp. 83-90.

autor⁸⁷. Con este planteamiento apareció la idea incipiente de la “peligrosidad” como criterio para fundamentar y determinar las consecuencias jurídico-penales⁸⁸.

2.2.3. La escuela positivista italiana

Sin bien Von Liszt fue un pionero en la teoría positivista, el aporte más grande provino de la escuela italiana⁸⁹. Esta escuela planteó que la función punitiva del Estado consiste en organizar de modo jurídico la defensa social ante la delincuencia⁹⁰. Para ello era necesario que el Derecho penal utilice un método interpretativo que parte del delincuente como persona peligrosa⁹¹. Los criterios de responsabilidad moral serían reemplazados por un criterio que tome en cuenta la peligrosidad real del delincuente⁹². Así, Rafael Garófalo formuló por primera vez el concepto de peligrosidad a través de la expresión temibilitá⁹³. La temibilitá se entendió como “la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad del mal previsto que hay que temer por parte del mismo delincuente”⁹⁴.

Posteriormente, Enrico Ferri profundizó el concepto de peligrosidad⁹⁵. Para él la función de defensa social del Derecho penal se lograba a través de la defensa preventiva y represiva⁹⁶. La función preventiva consiste en que la autoridad policial disponga medidas positivas (asistencia y beneficencia) o negativas (disciplina o eliminación) a las personas genéricamente peligrosas para el orden y la tranquilidad pública⁹⁷. En cambio, la defensa represiva era impartida por la autoridad judicial y exigía, como requisito previo, que el individuo cometa un hecho delictivo que manifieste su peligrosidad⁹⁸.

Además, Ferri indicó que a cada tipo de defensa le corresponde un concepto de peligrosidad. La defensa social preventiva se asocia a la peligrosidad social, la cual se refiere a la anormalidad

⁸⁷ Ídem., p. 33.

⁸⁸ Ibídem.

⁸⁹ SOTOMAYOR, Juan Oberto. *Ob. Cit.*, p. 117. Así también: HEGGLIN, María Florencia. *Ob.Cit.*, p. 10.

⁹⁰ Ídem.,p.50

⁹¹ FERRI, Enrico. *Principios de Derecho Criminal*. Madrid: Reus, 1933, p.50.

⁹² Ídem.,p. 50,

⁹³ SOTOMAYOR, Juan Oberto. *Ob. Cit.*, p. 120.

⁹⁴ GAROFALO, Rafael. *La criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*. Madrid: La España Moderna, 1890, p. 286

⁹⁵ SOTOMAYOR, Juan Oberto. *Ob. Cit.*, p. 121.

⁹⁶ FERRI, Enrico. *Principios de Derecho Criminal*. *Ob. Cit.*, p.11.

⁹⁷Ídem, p.12.

⁹⁸Ídem, p.13

fisio-psíquica del individuo que le hace inadaptable a la vida libre⁹⁹. Esta peligrosidad no exige la comisión previa de un hecho delictivo¹⁰⁰. Por otro lado, la defensa social represiva se refiere a la peligrosidad criminal, definida esta como la probabilidad de la comisión de otro delito¹⁰¹.

La propuesta de la escuela positivista italiana no consideraba relevante saber si el sujeto que cometió el hecho delictivo es “normal-libre o anormal”, ya que la responsabilidad se basaba en vivir en sociedad con normas con imperio absoluto para todos y no el “libre albedrío”¹⁰². En este orden, todo individuo considerado peligroso social (muchas personas con deficiencias psicosociales se encontraban en este supuesto¹⁰³) debía ser sujeto a una medida de policía en razón de la defensa social preventiva. En cambio, toda persona que cometa un hecho delictivo sería sujeta a una medida jurídico-penal que se individualizaba según la peligrosidad criminal. En síntesis, el proceso de individualización de la medida de seguridad (única sanción penal en el sistema positivista italiano) se guiará de acuerdo a la graduación de la peligrosidad del sujeto¹⁰⁴.

Es importante hacer hincapié en el hecho de que el concepto de peligrosidad, como criterio de individualización de la medida de seguridad, nace con el positivismo italiano. Así, la peligrosidad responde a un modelo teórico que toma al Derecho penal como una herramienta de defensa social frente a la delincuencia.

2.2.4. Desarrollo de la psiquiatría como ciencia

Como ya hemos señalado, desde el siglo XVIII la psiquiatría experimentó su primera etapa de desarrollo. Sin embargo, es recién a mediados del siglo XIX que la medicalización de la “locura” se acentuó¹⁰⁵. Esto se produjo a través de la teoría de la degeneración. De acuerdo a esta postura de la psiquiatría, las deficiencias psicosociales implican una “desviación enfermiza del

⁹⁹Ídem, p.272.

¹⁰⁰Ídem, pp. 272-276. Ferri llamó a esta peligrosidad peligro de delito.

¹⁰¹ Ferri la llamó *peligro de reincidencia*. Ver. FERRI, Enrico. *Ob. Cit.*, p.386.

¹⁰² Ídem, p. 272.

¹⁰³Recordemos que la discapacidad psicosocial ha estado ligado históricamente al perjuicio de persona peligrosa. DEL AGUILA UMERES, Luis Miguel. *El concepto de discapacidad y su importancia filosófica*. Tesis de licenciatura en Filosofía. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Letras y Ciencias Humanas, 2007, p. 116. Disponible en: <http://tesis.pucp.edu.pe> Revisado el 26 de marzo de 2014. Así también: JIMENEZ SANDOVAL, Rodrigo. *Ob. Cit.*, p.11.

¹⁰⁴Ídem. 285.

¹⁰⁵ HEGGLIN, María Florencia. *Ob.Cit.*, p. 12.

tipo normal de humanidad”¹⁰⁶. Con otras palabras, las deficiencias psicosociales eran lesiones orgánicas específicas¹⁰⁷ que producían síntomas y respondían a causas¹⁰⁸.

La presente investigación no pretende profundizar en las diversas teorías psiquiátricas. No obstante, consideramos relevante remarcar la relación entre la teoría de la degeneración y la consolidación del centro de salud mental como lugar en donde se realiza el tratamiento destinado a identificar y atacar las causas de la “desviación enfermiza”¹⁰⁹. Para lograr este fin el centro de salud mental se transformó, reorganizando sus espacios, cambiando sus reglamentos y racionalizando el encierro de acuerdo a los distintos tipos de internos¹¹⁰. Álvarez Uría indica lo siguiente sobre este periodo:

“El loco ya no es una fiera salvaje que debe ser separada del mundo de los hombres y custodiada por los amantes de la caridad (...) Ahora los especialistas médicos, que definen al loco como un enfermo y como un menor, instaurarán una relación de tutela humanitaria y científica y lo asilarán en un espacio terapéutico en el que será sometido a tratamientos científicos capaces de devolverle la pérdida de la razón”¹¹¹.

Como vemos, durante la segunda mitad del siglo XIX hubo grandes avances en la psiquiatría. A consecuencia de ello el positivismo contó con la base científica que le permitió tener la influencia en las legislaciones penales.

2.3. El nacimiento de la medida de seguridad de internamiento.

2.3.1. El modelo de Stoos y Anteproyecto del Código Penal suizo de 1893

De lo dicho líneas atrás se desprende que la escuela positiva planteó un sistema de individualización de la sanción penal que toma en cuenta las características personales del infractor. Esta evaluación se realizaba a partir del criterio de peligrosidad. Este concepto jurídico

¹⁰⁶ FERREYROS MARCOS, Carlos-Eloy. Ob.Cit., p. 51.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ HEGGLIN, María Florencia. *Loc. Cit.*

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ ALVAREZ URÍA, Fernando. *Miserables y locos. Medicina mental y orden social en la España del siglo XIX*. Citado por: HEGGLIN, María Florencia. *Loc. Cit.*

implicó en su origen la probabilidad de cometer un delito (peligrosidad social) o de reincidir en la comisión de un delito (peligrosidad criminal).

Sin embargo, la propuesta positivista fue duramente criticada. La escuela retribucionista señaló que el positivismo italiano privilegió la defensa social sobre los límites clásicos del Derecho penal¹¹². De esta forma la peligrosidad como criterio de individualización era un mecanismo que, por su indeterminación, permitía cualquier intervención en la vida de los individuos y la transgresión del límite trazado por el principio de culpabilidad¹¹³ y el principio de legalidad. Sobre esto, Bustor Ramirez señaló lo siguiente:

“(...) considerando que de lo que se trataba era de defender el orden social frente al peligroso social, concepto por lo demás vago y amplio, tambalearía hasta el mismo principio de legalidad (...) Las medida de seguridad podrían imponerse frente a cualquier conducta que se estimaría molesta socialmente (...) La base de la reacción social ya no sería hecho realizado por el autor, sino el mismo autor (...)”¹¹⁴

Frente a estas críticas se elaboró un sistema legislativo mixto. Carl Stoos propuso formalmente un sistema “moderno” de doble vía a través del Anteproyecto suizo de 1893¹¹⁵. Así elaboró un ordenamiento penal en el que se prevé una pena adecuada a la culpabilidad –imputación moral de un hecho a partir del libre albedrío- y una consecuencia jurídico-penal impuesta de acuerdo a la peligrosidad del autor: la medida de seguridad. En este sistema dualista de sanciones penales; la pena y la medida de seguridad están claramente diferenciadas. La pena se encargaría de la retribución y la medida de seguridad de la mera defensa¹¹⁶. Con otras palabras, la pena sería un medio de producir sufrimiento al culpable que busca retribuir el hecho delictivo, mientras que la medida de seguridad sería un medio preventivo que no tiene como fin el sufrimiento al sujeto¹¹⁷.

¹¹² HEGGLIN, María Florencia. Ob.Cit., p.21.

¹¹³ Ibidém.

¹¹⁴ BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Las medidas de seguridad*. En: *Obras Completas. Volumen I*. Lima: ARA, 2004, p. 722.

¹¹⁵ ZIFFER, Patricia. Ob.Cit., p. 34. Si bien se reconoce que las medidas de seguridad penales tuvieron como antecedentes legislativos a la ley belga de 1891 sobre vagabundos y peligrosos, el Código Penal italiano de 1989 y la ley francesa 1885 sobre reincidencia múltiples; la doctrina especializada admite que el primer hito importante fue el Anteproyecto del Código Penal suizo de 1893. HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SALDARRIAGA. *Ob. Cit*, p. 382.

¹¹⁶ GARCIA PABLOS, Antonio. Ob.Cit., p. 357.

¹¹⁷ SOTOMAYOR, Juan Oberto. Ob.Cit., 1996, p. 97.

El inimputable -individuo sin culpabilidad- ya no quedaría liberado de las consecuencias penales, sino que sería internado en aras de proteger y salvaguardar la seguridad pública¹¹⁸.

Como señala Wolfgang Frish, en la medida de seguridad el centro de análisis ya no será el hecho, sino el estado del autor, su peligrosidad o necesidad de tratamiento¹¹⁹. El hecho solo será un síntoma de ese criterio personal¹²⁰. Esta diferencia entre las finalidades de ambas consecuencias penales justificó un sistema acumulativo puro o de aplicación complementaria¹²¹; en el cual la ejecución de la pena se le podría sumar el cumplimiento de una medida de seguridad y, a su vez, a la ejecución de la medida de seguridad se le podía adicionar el cumplimiento de una pena.

2.3.2. Aparición de la medida de seguridad de internamiento predelictual

El modelo de Stoos no contenía medidas de seguridad predelictuales; sin embargo, el concepto de peligrosidad social aportado por el positivismo italiano permitió que algunos ordenamientos incluyan la medida de seguridad predelictual¹²². Estas consecuencias jurídicas, supuestamente penales, se imponían en razón de la peligrosidad social y sin necesidad de que el individuo haya cometido un hecho delictivo¹²³. Dentro de estas normas destacó la ley española de Vagos y Maleantes de 1933 (que luego sería sustituida por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970¹²⁴) y el Código Penal peruano de 1924. De esta manera, la medida de seguridad se convirtió en la respuesta del Derecho penal aplicable a las siguientes personas de acuerdo a su peligrosidad¹²⁵:

- i) Personas culpables y peligrosas que cometen un hecho delictivo en un estado de imputabilidad. En este caso, se aplicaba la pena y la medida de seguridad, toda vez que la primera sanción es insuficiente para responder a la peligrosidad criminal del sujeto.

¹¹⁸ FRISCH, Wolfgang. *Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias Jurídicas del Derecho penal*. Barcelona, Indret (Revista para el Análisis del Derecho), 2007, p. 5. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/450_es.pdf. Revisado el 20 de enero de 2014.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ GARCIA PABLOS, Antonio. *Ob.Cit.*, p. 356.

¹²² TERRRADILLOS BASOCO, Juan. *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*. Madrid: Akal, 1981, p.131.

¹²³ GARCÍA –PABLOS, Antonio. *Ob.Cit.*, p. 138.

¹²⁴ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. Barcelona: Reppertor, 2011, p. 792

¹²⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General. Las Teorías de la pena y de la ley penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, p. 138.

- ii) Personas que no han cometido un hecho delictivo pero que tienen determinadas características que hacen probable que puedan cometer un delito. Aquí estamos ante la aplicación del concepto de peligrosidad social (peligro de cometer un delito), característica que se expresó en las medidas de seguridad predelictuales. Esta figura avaló el internamiento de personas con deficiencias psicosociales por el mero hecho de tener una deficiencia psicosocial; esto reprodujo el prejuicio de que tener deficiencias psicosocial es sinónimo de ser violento y/o peligroso¹²⁶.
- iii) Personas que cometen un hecho delictivo pero de forma no culpable, esto es, en estado de inimputabilidad, supuesto en el que se encuentran las medidas de seguridad impuestas a personas que cometen un hecho delictivo en un estado de inimputabilidad.

La presente investigación no analizará las medidas de seguridad para imputables y las medidas de seguridad predelictuales; estudiaremos la individualización de la medida de seguridad de internamiento impuesta a personas con deficiencias psicosociales inimputables. Como hemos visto, desde el planteamiento original el criterio de individualización o determinación de la medida de seguridad de internamiento para personas con deficiencias psicosociales calificadas como inimputables ha sido la peligrosidad criminal. De esta forma, si bien se exigía la comisión de un delito previo, el internamiento se determinaba de acuerdo a las características personales que develaran un pronóstico futuro de reincidencia.

2.3.3. Influencia del modelo de Stoos en la legislación peruana.

El modelo de Stoos tuvo bastante acogida en la legislación internacional. Un ejemplo de ello fue la ley alemana de 1933 conocida como “Ley contra delincuentes habituales peligrosos y sobre medidas de seguridad y corrección”¹²⁷; otro ejemplo fue la regulación del Código Penal peruano de 1924. Este cuerpo normativo fue el producto final de un movimiento de reforma que designó como autor del proyecto al jurista Víctor Maurtua¹²⁸.

¹²⁶ JIMÉNEZ SANDOVAL, Rodrigo. Ob.Cit., pp. 11-12.

¹²⁷ FRISCH, Wolfgang. Ob.Cit., p. 6.

¹²⁸ HURTADO POZO, José. *La ley importada*. Lima: Cedys, 1929. p. 20.

Como bien advierte Hurtado Pozo, la influencia de los proyectos suizos de Código Penal fue evidente y de gran importancia para la incorporación del sistema dualista de penas y medidas de seguridad¹²⁹. La propia exposición de motivos revela esta influencia al momento de señalar que “el proyecto peruano organizó, siguiendo el proyecto suizo, las medidas de seguridad respecto de los delincuentes irresponsables y de otras categorías”¹³⁰. Así, el Perú se transformó en uno de los primeros países latinoamericanos que adoptó el sistema dualista o de doble vía¹³¹. De esta forma, el artículo 10 del Código Penal de 1924 señalaba que las “penas y medidas de seguridad que pueden imponerse son las de internamiento, penitenciaria, relegación, prisión, expatriación, multa e inhabilitación”.

El llamado Código de Maúrtua contenía varias medidas de seguridad. En relación al internamiento en centros de salud mental, la exposición de motivos del Código Penal de 1924 señaló lo siguiente: “El delincuente irresponsable eximido de pena que ofrece peligro para la seguridad pública debe ser internado en un hospital o en un hospicio”¹³². Así aparece el concepto de peligrosidad en el ordenamiento nacional. En la misma línea, el artículo 89 del Código Penal de 1924 disponía lo siguiente:

“Si el delincuente eximido de pena ofrece peligro para la seguridad o el orden públicos y se hace necesario internarlo en un hospital o en un hospicio, el juez ordenará este internamiento. Si por otros motivos, el estado del delincuente irresponsable exige que sea tratado o colocado en un hospital o en un hospicio, el juez ordenará este tratamiento o esta hospitalización”.

Esta medida de seguridad de internamiento, de acuerdo al inciso 1 del artículo 85, le correspondía a la persona con deficiencias psicosociales que cometiera un hecho delictivo en un estado de inimputabilidad. Asimismo, y de acuerdo al artículo 91, esta medida de seguridad era también aplicable para aquellas personas cuya alteración de la realidad no implicaba una eximente de pena, sino un supuesto de “responsabilidad restringida”. Finalmente, la exposición de motivos indicaba que la medida de seguridad de internamiento era indeterminada, pudiendo cesar solo a partir de la disposición judicial, previo dictamen pericial, que considere que ha desaparecido la causa de peligrosidad.

¹²⁹ HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SALDARRIAGA. Ob.Cit., p. 22.

¹³⁰ Ídem, p. 386.

¹³¹ FIGUEROA ESTREMADOYRO, Hernán. *Código Penal Comentado y Concordado*. Lima: Inkari, 1975, p. 18.

¹³² *Ibidem*.

La regulación del Código Penal se complementó luego con el Código de Procedimientos Penales de 1940. Este cuerpo normativo identificó los mecanismos para determinar la inimputabilidad. De esta manera, el artículo 189 señaló que esta se identificaba a partir de dos pericias psiquiátricas. De acuerdo a San Martín Castro, estas pericias también fueron utilizadas para determinar el pronóstico del nivel de peligrosidad delictual¹³³. Como vemos, durante casi todo el siglo XX la regulación nacional de la medida de seguridad de internamiento se correspondió al modelo de doble vía de Stoos.

2.3.4. Modelos de discapacidad en la individualización judicial de la medida de seguridad de internamiento en su modelo original

El nacimiento de la medida de seguridad penal de internamiento se dio de la mano de los avances de la psiquiatría. De ahí que la medida de seguridad de internamiento planté que la solución ante una persona considerada “peligrosa” y con deficiencias psicosociales sea su aislamiento y tratamiento en un centro de salud mental. Podemos observar que el discurso que fundamentó el nacimiento de la medida de seguridad de internamiento se corresponde con el modelo rehabilitador de discapacidad. Y es que la medida de seguridad de internamiento sería legítima en tanto permitía que el médico utilice los métodos científicos necesarios para eliminar la “desviación” que hacía al paciente peligroso.

Sin perjuicio de ello, no podemos negar que el modelo de prescindencia de la discapacidad mantuvo sus efectos en el ordenamiento penal. Toda vez que el internamiento, sea a través de una medida policial o una medida penal, significaba el aislamiento y la eliminación social de la persona con deficiencias psicosociales. En este esquema, la peligrosidad como criterio de individualización de la medida de seguridad jugó un rol importante debido a que se constituyó como el criterio que permitía que el médico inicie el proceso de “rehabilitación” o “transformación” del “loco peligroso”.

No obstante, la dificultad que desde un inicio significó determinar la peligrosidad de una persona con deficiencias psicosociales permitió que se utilice el estereotipo de “loco peligroso” para aislar

¹³³ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Proceso penal, anomalía síquica grave y delito*. En: II Congreso Internacional de Derecho Penal. Pontificia Universidad Católica del Perú. Consecuencias Jurídicas del Delito. Lima: ARA, 1997., p. 38.

indeterminadamente a estar personas¹³⁴. Sobre las características de este concepto ahondaremos en el capítulo 3. Por ahora es importante afirmar que la peligrosidad como criterio de individualización es el eje que permitió, desde los orígenes de la medida de seguridad, la concreción del modelo de presidencia en el internamiento penal.

3. Consolidación de la medida de seguridad de internamiento en el sistema penal

3.1. Críticas al sistema dualista puro o tradicional de sanciones penales

El sistema dualista tradicional de sanciones penales fue criticado desde varias aristas. Dentro de esta llamada crisis del sistema dualista (conocida como crisis de la doble vía) se elaboró opiniones desfavorables a la regulación de la medida de seguridad de internamiento¹³⁵. Muñoz Conde señala que estas críticas se muestran con claridad en dos puntos¹³⁶:

En primer lugar, la crítica al sistema de la doble vía denunció que la pena y la medida de seguridad no se pueden diferenciar. Ya que en la práctica ambas cumplen el mismo papel y tienen la misma finalidad. Según esta postura, es incorrecto afirmar que solo la medida de seguridad se orienta a la prevención especial. Así, la pena se dirige no solo a la prevención general del delito, sino que cumple también con un fin preventivo especial. Del mismo, no se puede negar el efecto de intimidación general y que la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico se robustece con la existencia de medidas de seguridad aplicables a inimputables¹³⁷. Tal como indica Patricia Ziffer, la privación de la libertad coercitiva, sea a través de una pena o a través de una medida de seguridad, tiene de facto un efecto preventivo general¹³⁸. En el capítulo 2 ahondaremos más en los fines que cumple la medida de seguridad de internamiento. Por el momento solo queda por decir que la primera crítica frente al sistema dualista consistió en señalar que la pena y la medida de seguridad cumplen los mismos fines preventivos.

¹³⁴ SOTOMAYOR, Juan Oberto. *Ob.Cit.*, pp.138-141.

¹³⁵ GARCÍA PABLOS, Antonio. *Ob.Cit.* p. 367.

¹³⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Penas y Medidas de Seguridad. Monismo "versus" Dualismo*. En: *Derecho Penal y Control Social. Monografía Jurídicas 98*. Bogotá: Temis, 2004, pp. 47-51. En el mismo sentido: BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal Español. Parte General*. Barcelona; Ariel, 1984., p.7.

¹³⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Penas y Medidas de Seguridad. Monismo "versus" Dualismo*. *Ob. Cit.*, p. 5.

¹³⁸ ZIFFER, Patricia. *Ob.Cit.*, p. 48

La segunda crítica al sistema dualista se enfocó en la flexibilización y posterior violación de garantías penales que sufren las personas sujetas a la medida de seguridad de internamiento. Esta comprende las siguiente sub-críticas:

- i) El sistema acumulativo: la imposición conjunta de una pena limitada por la culpabilidad y una medida de seguridad supuestamente limitada por la peligrosidad constituye una burla a los principios y garantías del Estado de Derecho¹³⁹. Así, la imposición de ambas consecuencias jurídico-penales de forma conjunta permitió al Estado una intervención radical y casi ilimitada en la esfera de libertad del individuo¹⁴⁰.
- ii) El indeterminabilidad del concepto de peligrosidad y su aptitud como criterio de individualización: la crítica a la peligrosidad como criterio indeterminable es una de las más antiguas¹⁴¹. De acuerdo a esta crítica, el juez y el psiquiatra son incapaces de pronosticar con certeza si un sujeto delinquirá en el futuro¹⁴². En esta línea, Bustos Ramírez indicó que la peligrosidad es tan indemostrable como el libre albedrío¹⁴³. Sin embargo, lo que sucede en la práctica es que la persona que determina la peligrosidad decide en base a estereotipos y prejuicios. Esto se evidencia en el hecho de que la deficiencia psicosocial es equiparada a pronóstico de peligrosidad, a pesar de ser conceptos distintos¹⁴⁴. En el capítulo 3 ahondaremos sobre las críticas al concepto de peligrosidad.
- iii) La duración del internamiento: se criticó fuertemente la duración de la medida de seguridad de internamiento, ya que muchos ordenamientos no fijaban un plazo temporal. En esta línea, la crítica señaló que la supuesta finalidad curativa del internamiento no podría justificar una consecuencia jurídica que no garantice la seguridad jurídica¹⁴⁵. Ello en la medida de que la duración indeterminada solo permitía la prescindencia y eliminación social de las personas con deficiencias psicosociales¹⁴⁶.

¹³⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Penas y Medidas de Seguridad. Monismo "versus" Dualismo*. Ob. Cit., p. 46.

¹⁴⁰ SOTOMAYOR, Juan Oberto. Ob.Cit., p. 100.

¹⁴¹ Ídem, p. 138.

¹⁴² Íbidem.

¹⁴³ BUSTOS RAMIREZ, Juan. Loc. Cit.

¹⁴⁴ SOTOMAYOR, Juan Oberto. Ob.Cit., p. 139.

¹⁴⁵ Ídem, p. 185.

¹⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta, 2005, p. 182.

A continuación veremos que la crítica de esta regulación penal generó un cambio que intentó solucionar la mayoría de los problemas denunciados. No obstante, en las líneas siguientes también veremos que los cambios realizados no tuvieron éxito absoluto, toda vez que la peligrosidad se mantuvo a pesar de las críticas.

3.2. Consolidación de la medida de seguridad de internamiento en el nuevo sistema vicarial de sanciones penales utilizado por el ordenamiento jurídico peruano.

3.2.1. Sistema vicarial.

El primer cambio trascendental luego de las críticas planteadas al sistema original de medidas de seguridad fue la sustitución del modelo acumulativo por el modelo vicarial. Este modelo es el que se encuentra ahora presente en la mayoría de las legislaciones¹⁴⁷. De acuerdo a este diseño normativo, la medida de seguridad es ejecutada antes de la pena. Además, la ejecución previa de la medida de seguridad es computada a los fines del cumplimiento de la pena¹⁴⁸. Sobre esta característica, Claus Roxin señala lo siguiente:

“(…) en el caso de disponerse simultáneamente una pena privativa de libertad y una medida de seguridad que priva de la libertad, la internación en el hospital psiquiátrico (…) será ejecutada antes de la pena, y computada en ella, de modo tal que en numerosos casos la pena ni siquiera necesita ser cumplida en un establecimiento penitenciario.”¹⁴⁹

Legislaciones penales como la alemana y la austriaca remplazaron el modelo dualista de aplicación acumulativa por un sistema vicarial¹⁵⁰. Lo mismo se produjo en el sistema español. La reforma de 1983 del Código Penal español de 1973 implicó el abandono un modelo dualista tradicional extremo y adopción de un sistema vicarial¹⁵¹. Bajo la influencia de esta norma penal, el legislador del Código Penal de 1991 se alejó de un modelo dualista puro e incorporó el modelo vicarial que no permite que ambas consecuencias jurídico penal se ejecuten

¹⁴⁷Ídem, p.122. Así también: ARGANGO DURLING, Virginia. *Las medidas de seguridad en los códigos penales de España y Panamá*. En: CANCINO, José Antonio (Editor). *El Derecho penal español de fin de siglo y el Derecho penal Latinoamericano. Homenaje a Enrique Bacigalupo*. Santa Fe de Bogotá: Ibáñez. ,p. 107.

¹⁴⁸ FRISCH, Wolfgang. Loc. Cit.

¹⁴⁹ ROXIN, Claus. *Fin y justificación de la Pena y de las medidas de seguridad*. Ob.Cit., p.46.

¹⁵⁰ FRISCH, Wolfgang. Ob. Cit, p. 7.

¹⁵¹ Este sistema fue confirmado por el artículo 99° del código penal español de 1995. GARCÍA PABLOS, Antonio. *Ob. Cit*, p.386.

acumulativamente¹⁵². De esta manera, el artículo 456 del Código Penal identifica las vías de acceso procesal al procedimiento de seguridad a través del cual solo se podrá imponer una medida de seguridad.

3.2.2. Fin preventivo compartido.

Junto con el sistema vicarial hubo un cambio en la diferencia entre los fines de la medida de seguridad y de la pena. Tal como señaló Quintero Olivares, el estado actual de la sociedad exigió que cada vez más la pena cumpla fines preventivos especiales¹⁵³. Además, como ya lo dijimos, la medida de seguridad genera una mayor confianza de la sociedad en el ordenamiento, cumpliendo claramente un fin preventivo general.

Sobre el tema de los fines de la medida de seguridad profundizaremos en el capítulo 2. Ahora basta con decir que en la posición mayoría la pena y la medida de seguridad comparten fines preventivos¹⁵⁴. Esto ha sido reconocido por artículo IX del Título Preliminar del Código Penal peruano de 1991.

3.2.3. Garantías penales compartidas.

Actualmente los ordenamientos jurídicos reconocen que las garantías penales del Estado Constitucional son irrenunciables¹⁵⁵. Como correlato, los principios generales del Derecho penal son aplicables a las penas y a las medidas de seguridad. En este sentido, Mapelli Caffarena y Terradillos Bassoco reconocen que los principios garantistas que históricamente han sido olvidados respecto de la medida de seguridad son los siguientes: legalidad, lesividad, derecho penal de hecho y jurisdiccionalidad¹⁵⁶.

De esta manera, la regulación de las medidas de seguridad deberá de respetar el principio de legalidad, el cual proscribire la existencia de tipos abiertos y medidas de seguridad con duración indeterminadas¹⁵⁷. Además, el principio de lesividad, proscribire las medidas de seguridad pre-

¹⁵² HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SALDARRIAGA. Ob. Cit., p. 395.

¹⁵³ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General de Derecho Penal*. Navarra: Aranzadi, 2010, pp. 655-656.

¹⁵⁴ ROXIN, Claus. Ob.Cit., p. 44.

¹⁵⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Ob.Cit., p.655.

¹⁵⁶ MAPELLI CAFFARENA, Borja y Juan TERRADILLOS BASOCO. Ob.Cit., p. 208.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

delictuales guiadas por la peligrosidad social¹⁵⁸. Por otro lado, el principio del Derecho penal de hecho prohíbe el derecho penal de autor, exigiendo siempre que el infractor cometa un hecho ilícito. Finalmente, el principio de jurisdiccionalidad requiere un proceso tutelado por el juez en el cual se pueda probar la comisión de delito¹⁵⁹. En esta línea, el Código Penal de 1991 establece un ordenamiento penal que reconoce los siguientes principios del Derecho Penal¹⁶⁰:

- i) Derecho penal de hecho: el artículo II del Título Preliminar del Código Penal señala que nadie será sometido a una medida de seguridad por acto no previsto como delito por la ley vigente al momento de su comisión. Con ello no solo se intenta respetar el Derecho penal de hecho, sino también el principio de legalidad, toda vez que no se podrá someter a una medida de seguridad no establecida previamente.
- ii) Legalidad y Lesividad: el artículo III señala que no está permitida la analogía para calificar como delito, definir un estado de peligrosidad o determinar la medida de seguridad. El principio de legalidad exige además que las medidas de seguridad tengan una duración determinada¹⁶¹. Esto se ha visto reflejado en el artículo 75 del Código Penal peruano al momento de exigir como límite máximo de la medida de seguridad el plazo de pena abstracta que le correspondería al infractor. En misma línea, la Corte Suprema ha emitido un precedente vinculante de acuerdo al cual la duración de la medida de internación no puede ser indeterminada, no pudiendo superar los límites de la pena privativa de libertad que se hubiera aplicado al procesado si hubiera operado en un estado de imputabilidad¹⁶².

Lo señalado por el Código Penal y el precedente vinculante ha sido confirmado por la “Circular sobre determinación y duración de la medida de seguridad de internación”¹⁶³ emitida por el Poder Judicial. Sin embargo, esta circular no solo confirma la necesidad de una medida de seguridad con tiempo limitado, sino que además reconoce la posibilidad que el internamiento varíe o cese dependiendo de su idoneidad. En este sentido, la circular del Poder Judicial permite al juez variar la

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SALDARRIAGA. *Ob. Cit*, p. 392.

¹⁶¹ MAPELLI CAFFARENA, Borja y Juan TERRADILLOS BASOCO. *Ob. Cit*, p. 208.

¹⁶² R.N. N° 104-2005. Ejecutoria Suprema emitida el 16 de marzo de 2005 por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema

¹⁶³ Resolución Administrativa N° 336 -2011-PJ emitida el 20 de setiembre del 2011.

medida de internamiento por una medida de tratamiento ambulatoria, variación que no era reconocida por el Código Penal.

- iii) Jurisdiccionalidad y Control Judicial: el artículo V del Título Preliminar del Código Penal señala que solo el juez puede imponer medidas de seguridad de acuerdo a lo establecido legalmente. Asimismo, el precedente vinculante contenido en el Recurso de Nulidad 104-2005 dispone que “la medida de internación solo puede ser impuesta en la sentencia y luego de que en juicio se haya acreditado la realización del delito por inimputable y su estado de peligrosidad”

En este mismo sentido, el Código Procesal Penal del 2004 regula el proceso de seguridad, el cual establece el procedimiento que se le sigue a una persona con miras a determinar la necesidad de imponer una medida de seguridad¹⁶⁴. Este proceso busca darle al juez las herramientas para identificar la comisión del hecho delictivo, el estado de inimputabilidad del infractor y el llamado criterio de peligrosidad. La determinación de la inimputabilidad y la peligrosidad se intenta realizar de acuerdo a la conclusión del informe pericial y el examen que realiza el juez¹⁶⁵.

Como podemos observar, las críticas a la regulación original de las medidas de seguridad ha fomentado la creación de un sistema jurídico más garantista. En esta línea, el Código Penal peruano de 1991, la jurisprudencia nacional y el Código Procesal Penal del 2004 reconocen una serie de normas que están dirigidas a tutelar los principios de legalidad, lesividad, derecho penal de hecho y jurisdiccionalidad de las medidas de seguridad de internamiento. A pesar de ello, la regulación del proceso de individualización de las medidas de seguridad aún mantiene la peligrosidad como principal criterio de individualización de la medida de seguridad de internamiento. Este tema será analizado a continuación.

3.2.4. ¿Y la peligrosidad como criterio de individualización?

En los ordenamientos jurídicos actuales la diferencia entre la medida de seguridad y la pena ya no radica en los fines generales que cumplen cada consecuencia penal, sino en el criterio que

¹⁶⁴ SANCHEZ VELARDE, Pablo. *El Nuevo Proceso Penal*. Lima: Idemsa, 2009, p.378.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

limita su individualización¹⁶⁶. La pena es concebida como un castigo delimitado por la culpabilidad, principio de esencia retributiva. En cambio, la medida de seguridad es una privación de bienes jurídicos que sigue estando determinada por la peligrosidad del autor¹⁶⁷. En este sentido, la medida de seguridad se individualiza a partir de la ponderación entre la libertad restringida al sujeto infractor y el grado de peligrosidad¹⁶⁸. Ello a pesar de las críticas planteadas en contra del concepto de peligrosidad.

En relación al ordenamiento jurídico penal peruano, el artículo 73 del Código Penal indica que las medidas de seguridad deben ser proporcionales con la peligrosidad delictual del agente, la gravedad del hecho cometido y la gravedad de los delitos que el agente pudiera cometer en el futuro en el caso de no ser tratado. Cabe recordar que la peligrosidad, de acuerdo a nuestro Código Penal, se determina a través de un juicio de pronóstico futuro de comisión de delito realizada a partir de la personalidad del infractor.

Podemos verificar que nuestro ordenamiento señala más de un criterio para individualizar la medida de seguridad. A pesar de ello, la peligrosidad o pronóstico futuro de comisión de delitos es el criterio preponderante a la hora de individualizar judicialmente la medida de seguridad. A manera de ejemplo, una reciente Ejecutoria Suprema indica lo siguiente:

“Que el encausado (...) no solo padece de esquizofrenia paranoide crónica, en tanto trastorno de carácter orgánico. Tal condición permanece y la necesidad de tratamiento médico, por su peligrosidad –alta probabilidad de comisión de delitos–, que se evidencia con el hecho típicamente antijurídico cometido y el propio mal que padece obliga a la imposición de una medida de seguridad de internación”¹⁶⁹

Asimismo, la Sala Penal Nacional ha impuesto una medida de seguridad de internamiento de 17 años tomando en cuenta lo siguiente:

“(...) se deberá imponer al acusado Gutierrez Herrada la medida de seguridad de internación, dado que concurren los presupuestos establecidos para su aplicación de

¹⁶⁶ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Ob.Cit., p.143.

¹⁶⁷ GARCIA PABLOS, Antonio. Ob.Cit., p. 137.

¹⁶⁸ ROXIN, Claus. Ob.Cit., p.44.

¹⁶⁹ R.N. N° 3608-2014. Ejecutoria Suprema emitida el 27 de marzo de 2015 por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 del Código Penal, dado que conforme a lo establecido en las pericias psiquiátricas y psicológica, su personalidad permite presumir que de estar sin tratamiento, le pondría llevar a cometer nuevos delitos tan graves como el juzgado en el presente proceso penal de seguridad (...)¹⁷⁰

Del mismo modo, la jurisprudencia vinculante en la materia dice lo siguiente:

“(...) el examinado presenta un trastorno mental que tiene dos componentes: uno orgánico, es decir, que tiene lesión orgánica cerebral demostrables, y dos, tiene alteraciones en el funcionamiento del cerebro como consecuencia de dicha lesión, esta persona tiene el cerebro con alteraciones donde se juntan los dos componentes, tiene alterado no solo el pensamiento, porque se siente perseguido, acosado, etc., sino también tiene alterado la percepción porque ve o escucha cosas donde no las hay (...)
Por eso el procesado es una persona peligrosa que debe recibir un tratamiento en una institución especializada para que el daño no sea mayor”¹⁷¹.

No obstante, el criterio de peligrosidad presenta serios inconvenientes. No se señala los factores concretos que el juez debe valorar para determinar la peligrosidad del infractor¹⁷². Así, nuestro ordenamiento no ha definido dicho concepto, y se ha limitado a decir que la peligrosidad se determinará a partir de la personalidad del autor. Para ello se deberá contar con una pericia psiquiátrica. Lamentablemente la peligrosidad es un concepto que no pertenece a la psiquiatría¹⁷³. Esto ha provocado que los jueces manifiesten sus prejuicios y homologuen la peligrosidad con la deficiencia psicosocial. En esta línea, Prado Saldarriaga señala que las medidas de seguridad de internación han sido aplicadas solo en atención a la verificación de la deficiencia psicosocial¹⁷⁴. Formulando con otras palabras, toda persona con deficiencia psicosocial es considerada peligrosa por el mero hecho de tenerla, a pesar de que este sea un perjuicio sin base psiquiátrica o criminológica¹⁷⁵.

¹⁷⁰ Exp. N° 26-2009-SPN. Sentencia emitida por la Sala Penal Nacional el 07 de octubre de 2011, p. 122

¹⁷¹ R.N. N° 104-2005. Ejecutoria Suprema emitida el 16 de marzo de 2005 por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

¹⁷² Ídem. , p. 393

¹⁷³ ANDRÉS PUEYO, Antonio y Santiago REDONDO ILLESCAS. *Predicción de la violencia: Entre la peligrosidad y la valoración del riesgo*. En: Papeles del Psicólogo, 2007, Vol.28 (3) p. 162. Disponible en: <http://www.papelesdelpsicologo.es/vernumero.asp?id=1500>. Revisado el 08/09/2014.

¹⁷⁴ HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SALDARRIAGA. Ob.Cit., p. 396.

¹⁷⁵ MAPELLI CAFFARENA, Borja y Juan TERRADILLOS BASOCO. Ob.Cit., p. 204.

Esta crítica será analizada más detalladamente en el capítulo 3 de esta investigación. Sin embargo, es importante señalar que el uso de este concepto ha servido para justificar que las personas con deficiencias psicosociales sean internadas y aisladas de la sociedad en aras de la defensa social. Sobre este punto, Juan Oberto Sotomayor indica lo siguiente:

“(…) se puede afirmar que la realidad que se oculta bajo el imbricado de las relaciones sociales, económicas y jurídicas que se teje sobre los sujetos catalogados de “enfermos mentales” internados, consiste más bien en una protección del cuerpo social contra una serie de personas a las que a priori considera peligrosas (…)”¹⁷⁶

Es evidente que esta regulación obedece a un modelo de la discapacidad distinto al modelo social. Así, el ordenamiento actual sigue manifestando, a través del concepto de peligrosidad, el modelo de prescindencia y el modelo terapéutico. Esto se hace particularmente evidente en el hecho de que la peligrosidad permite que la sociedad excluya al “loco” que ha sido etiquetado de peligroso por un espacio temporal extenso. La persona con deficiencias psicosociales es separada de la sociedad como un objeto peligroso. Más aún, la peligrosidad es vista como una característica de la persona con deficiencia psicosocial que debe ser curada, expresando así una manifestación del modelo rehabilitador de discapacidad. Este punto será analizado al detalle en los capítulos 2 y 3.

4. Conclusión y planteamiento del problema

La medida de seguridad de internamiento nace como una respuesta del Estado ante las demandas sociales de prevención y represión de actos delictivos cometidos por individuos que no estarían inmersos en los supuestos del Derecho penal clásico. Sin embargo, de lo visto a lo largo de este capítulo se desprende que el Derecho penal de peligrosidad y la medida de seguridad de internamiento han sido sujetos de diversas críticas desde su origen.

En este sentido, no se puede hablar de que exista una “crisis de la medida de seguridad”, toda vez que la medida de seguridad de internamiento es una institución que nunca ha sido pacíficamente aceptada. La medida de seguridad de internamiento ha nacido, se ha desarrollado y se mantiene en un estado de permanente crítica. Y esta crítica se ha focalizado en su proceso de individualización a partir de la peligrosidad.

¹⁷⁶ SOTOMAYOR, Juan Oberto. Ob.Cit., p. 131.

¿Cómo se explica que una institución jurídica que ha sido criticada desde su nacimiento permanezca aún vigente? A nuestro entender, ello se debe a que el proceso de individualización no ha fracasado, sino que ha permitido alcanzar los objetivos buscados por la medida de seguridad de internamiento. En este punto debemos recordar el contexto en el que nace la medida y el concepto de peligrosidad. Como ya dijimos, durante la segunda mitad del siglo XIX surgió la necesidad de contar con un Derecho penal más represivo. Un Derecho penal que supere el límite trazado por el principio de culpabilidad y que pueda vigilar y controlar a los “locos peligrosos”. El afianzamiento de la psiquiatría y la idea de un Derecho penal que maximice la defensa social (pensamiento liderado por el positivismo) dieron respuesta a estas exigencias. De esta manera, con la legitimidad de la psiquiatría y el apoyo ideológico del positivismo nace la medida de seguridad de internación y el concepto de peligrosidad.

En este contexto podemos ver que la medida de seguridad de internamiento en un centro de salud psicosocial se origina como una institución dirigida exclusivamente para proteger a la sociedad de estos individuos considerados peligrosos. Nicolás García Rivas señala al respecto lo siguiente:

“(…) el sistema dualista ha sido la puerta por la que se ha colado un Derecho de medidas que representan una nueva fórmula de control social, ajenas a las garantías (…)”¹⁷⁷

Esta función de defensa social requería de un concepto como la peligrosidad para individualizar la medida de seguridad de internamiento. Dicho con otras palabras, era imperioso contar con un instrumento flexible que permita al juez proteger más eficientemente a la sociedad. La medida de seguridad de internamiento será más eficiente si permite que más “locos peligrosos” sean internados por espacio prolongados de tiempo. Toda vez que, como veremos en el capítulo 2, permitirá neutralizar a estas personas consideradas peligrosas.

De esta forma el concepto jurídico de peligrosidad ha jugado un papel importante. La indeterminación del concepto de peligrosidad ha sido un instrumento para que el juez y el especialista en salud psicosocial cuenten con la libertad suficiente para ordenar intervenciones

¹⁷⁷ GARCÍA RIVAS, Nicolás. *La Libertad Vigilada y el Derecho Penal de Peligrosidad*. En: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Director). *Derecho Penal y Neurociencias*. Madrid: EDISOFER, 2013., p.618.

intensan en la persona con deficiencias psicosociales. Como bien señala Juan Oberto Sotomayor, la falta de claridad y objetividad que caracteriza al concepto de peligrosidad hace posible que todo lo que pone en tela de juicio el orden social establecido sea considerado peligroso¹⁷⁸. En estos términos, la naturaleza elástica del concepto de peligrosidad permite que el juez, a través de los prejuicios sociales, homologue la deficiencia psicosocial con la peligrosidad.

Como vemos, el concepto de peligrosidad toleró que el juez determine la intensidad y duración del internamiento a partir de la etiqueta de peligroso. Y que la medida de seguridad de internamiento le sea impuesta por un espacio prolongado de tiempo a toda persona con deficiencia psicosocial que comete un hecho delictivo. De esta forma esta consecuencia jurídica penal se ha constituido como un mecanismo efectivo de control y vigilancia de las personas con deficiencias psicosociales que cometen hechos delictivos.

Sin embargo, el modelo social de la discapacidad acogido por la Convención obliga a abandonar un sistema de individualización de medidas de seguridad de internamiento que tome a la persona con deficiencias psicosociales como un “objeto peligroso” exento de los derechos y garantías. La individualización de la medida de seguridad debe analizar al infractor como una persona sujeto de derechos. Formulada con otras palabras, este modelo exige que la persona con deficiencias psicosociales, en vez de ser tratado como un “objeto”, sea considerado una persona con derechos y garantías.

Es aquí donde surge el siguiente problema, ¿es inválido que la individualización judicial de la medida de seguridad de internamiento se realice a través del concepto de peligrosidad? La hipótesis de la presente investigación es que sí, toda vez que contraviene el modelo social de la discapacidad contenido por la Convención (norma que en nuestro ordenamiento jurídico tiene rango constitucional¹⁷⁹). Así, la presente investigación buscará demostrar que la medida de seguridad de internamiento no debe estar determinada por la prognosis futura de comisión de delitos, sino por otro criterio que sea acorde con el modelo social de la discapacidad.

¹⁷⁸ SOTOMAYOR, Juan Oberto. Ob.Cit., p. 144.

¹⁷⁹ De acuerdo al Tribunal Constitucional, todo tratado de derechos humanos reconocido por el Perú forma parte del bloque de constitucionalidad. Ver: Exp. 0047-2004-AI/TC. Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 24 de abril de 2006. Fundamento 61. Así también: Exp. 2798-2004-HC/TC. Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 9 de diciembre de 2004. Fundamento 7. Más aún, el artículo 3 de la Constitución garantiza que los derechos reconocidos en la Constitución no excluyen los demás derechos que se fundamentan en la dignidad, como es el caso de los reconocidos por la Convención. Asimismo, la disposición final y transitoria cuarta de la Constitución señala que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú.

CAPÍTULO 2: El fin de la medida de seguridad de internamiento aplicable a personas con deficiencias psicosociales dentro del modelo social de la discapacidad

1. Cuestiones previas

1.1. La relevancia de preguntarnos por los fines de la medida de seguridad de internamiento

Como ya vimos, la individualización judicial de la medida de seguridad es el proceso por el cual el juez determina la intensidad y duración de esta consecuencia jurídico-penal. Actualmente, la peligrosidad es el criterio principal para individualizar la medida de seguridad de internamiento. Sin embargo, la hipótesis de esta investigación es que este criterio es inválido.

Con el fin de alcanzar este objetivo, debemos partir por reconocer los fines que cumple la medida de seguridad de internamiento. Ya que la validez de la peligrosidad dependerá de que esta permita que la individualización sea un proceso que satisfaga los fines de la medida de seguridad de internamiento. Por este motivo, el objetivo central del presente capítulo es analizar los fines que debe cumplir la medida de seguridad de internamiento en un ordenamiento constitucional que acoge el modelo social de discapacidad.

Ahora bien, preguntarnos por los fines de la medida de seguridad de internamiento exige, a su vez, partir del fin que cumple el Derecho penal en un modelo de Estado en particular. Así, María José Falcón y Tella y Fernando Falcón y Tella señalan lo siguiente:

“Cada uno de los modelos de Estado (...) ha supuesto una peculiar fundamentación del Derecho Penal y, en consecuencia, determinadas posibilidades de concebir la función de la sanción penal, lo que confirma la verdad de la aserción de que la fundamentación y finalidad del castigo estatal depende de la función que se atribuye al Estado”¹⁸⁰.

La relación entre la individualización de la medida de seguridad y el modelo de Estado tienen una relación medio-fin. Ello en la medida de que la medida de seguridad es un instrumento que busca alcanzar los fines del Derecho penal, el cual a su vez es un instrumento destinado a alcanzar determinados objetivos de un modelo de Estado en particular. Por este motivo, en las

¹⁸⁰ FALCÓN Y TELLA, María José y Fernando FALCÓN Y TELLA. *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?* Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 216-217.

líneas siguientes nos aproximaremos al modelo del Estado Constitucional de Derecho que utilizaremos como premisa de análisis. Luego expondremos el fin de del Derecho Penal en el cual está inmersa la medida de seguridad de internamiento. Esto nos permitirá analizar los fines que debe cumplir esta consecuencia jurídico-penal.

1.2. El Estado Constitucional de Derecho como premisa

La presente investigación se realizará bajo las pautas marcadas por una política criminal limitada por un Derecho Penal de un Estado Constitucional de Derecho. El Estado Constitucional de Derecho surge ante la perversión del Estado Legislativo de Derecho durante la primera mitad del siglo XX¹⁸¹. En este periodo los sistemas totalitarios de Europa se valieron de la ley y del poder de las mayorías para legitimar las violaciones de los derechos y las libertades de algunas minorías¹⁸². En esta medida, este sistema estatal nació como un modelo que busca proteger los derechos y las libertades de las mayorías (empoderadas a través del poder parlamentario) y, sobre todo, de las minorías.

Para lograr esta finalidad, el ordenamiento jurídico se constitucionalizó al punto que la Constitución se transformó en una norma invasora, entrometida, capaz de condicionar al legislador, al juez, a la doctrina, a todos los actores políticos y de intervenir en las relaciones sociales¹⁸³. De acuerdo a Ferrajoli el Estado Constitucional se caracteriza por los siguientes cambios en el ordenamiento y la cultura jurídica¹⁸⁴:

- En primer lugar, la validez de las leyes ya no solo depende de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales¹⁸⁵. Una ley adoptada por la mayoría en el sistema democrático sería formalmente válida, pero sustancialmente inválida si entra en conflicto con normas constitucionales¹⁸⁶. De este modo la llamada “rematerialización” constitucional implica la construcción de

¹⁸¹ BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Madrid; Civitas, 1985, p. 48. Es preciso señalar que Otto Bachof reconoce que el cambio en la relación entre el hombre y la ley se originó también por otros factores como el devenir del Estado Social y el aumento de la carga legal en el Parlamento.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ GUASTINI, Riccardo. *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. En: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Trotta, 2009, p. 49.

¹⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*. En: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Trotta, 2009, pp.18-20.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p.18.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

barreras infranqueables que limitan las esferas de decisión del legislador¹⁸⁷. Así, la ley pasa a asumir una relación de adecuación y subordinación a lo establecido en la Constitución¹⁸⁸. En el Perú el Tribunal Constitucional ha señalado que el Estado Constitucional implica lo siguiente:

“(…) la soberanía del pueblo –y por tanto de su principal representante, el Parlamento– no es absoluta sino relativa pues se encuentra limitada por la Constitución en tanto norma jurídica suprema, de modo que las mayorías parlamentarias no pueden desconocer las competencias y los límites formales y materiales establecidos en dicha norma”¹⁸⁹.

- En segundo lugar, no solo se disciplina las formas de producción legislativas, sino que se impone prohibiciones y obligaciones de contenido¹⁹⁰. Estas obligaciones están relacionadas a la protección de los derechos fundamentales de las personas. En el Perú la Constitución reconoce una serie de derechos fundamentales, principalmente en el artículo 2. Además, conforme al artículo 3 y según lo antes visto antes, los derechos de las personas con discapacidad reconocidos en la Convención (que como vimos anteriormente forman parte del bloque de constitucionalidad¹⁹¹) también forman parte del bloque de derechos fundamentales.
- El Estado Constitucional de Derecho se caracteriza porque la labor jurisdiccional implica aplicar la ley solo si es constitucionalmente válida¹⁹². En todo caso, el juez debe aplicar de manera directa las normas constitucionales y preferir siempre la interpretación de las leyes conforme la Constitución¹⁹³. Este cambio faculta al operador de justicia a acceder

¹⁸⁷ PRIETO SANCHIS, Luis. *Neoconstitucionalismo y Ponderación judicial*. En: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismos*. Ob. Cit., p. 130

¹⁸⁸ ZAGREBELZKY, Gustavo. *El Derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2011, p. 34.

¹⁸⁹ Exp. 0005-2007-PI/TC. Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 26 de agosto de 2008I. Fundamento 15.

¹⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*. Loc. Cit.

¹⁹¹ De acuerdo al Tribunal Constitucional, todo tratado de derechos humanos reconocido por el Perú forma parte del bloque de constitucionalidad. Ver: Exp. 0047-2004-AI/TC. Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 24 de abril de 2006. Fundamento 61. Así también: Exp. 2798-2004-HC/TC. Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 9 de diciembre de 2004. Fundamento 7. Más aún, el artículo 3 de la Constitución garantiza que los derechos reconocidos en la Constitución no excluyen los demás derechos que se fundamentan en la dignidad, como es el caso de los reconocidos por la Convención. Asimismo, la disposición final y transitoria cuarta de la Constitución señala que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú.

¹⁹² FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*. Loc. Cit.

¹⁹³ GUASTINI, Riccardo. Ob. Cit., pp. 54.56.

a la Constitución de manera directa y ya no a través del legislador¹⁹⁴. De esta manera, la labor jurisdiccional cumple un rol de garante constitucional y protector de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente al poder político¹⁹⁵. En este contexto, el artículo 138 de nuestra Constitución le otorga al juez la facultad de realizar un control constitucional difuso, prefiriendo siempre la norma constitucional sobre cualquier otra de rango inferior.

- Finalmente, este modelo de Estado representa un límite y complemento de la democracia. En este sentido, el paradigma del constitucionalismo rígido implica el reconocimiento de dos esferas: la esfera de lo decidible, todo lo que la Constitución permite que sea consensuado y decidido por las mayorías a través de procedimientos democráticos; y la esfera de lo indecidible, todo lo que la Constitución excluye del consenso de las mayorías, especialmente los derechos y garantías que protegen a las minorías¹⁹⁶. La esfera de lo indecidible implica el reconocimiento de barreras sustanciales a la ley.

En síntesis, el Estado Constitucional supone la sujeción de todos los poderes a las formas y a los contenidos de la Constitución¹⁹⁷. Ello con el objetivo de garantizar la protección de las libertades de todos. Teniendo en cuenta estas premisas, el presente capítulo analizará el fin del Derecho penal en un Estado Constitucional. Luego realizaremos un repaso de los fines de la pena postulados por la doctrina penal con el objetivo de entender mejor las finalidades que persigue la medida de seguridad de internamiento. Así, en el acápite 3 mostraremos los fines de esta consecuencia jurídico-penal. Luego criticaremos estos fines a partir del modelo social de la discapacidad. En la parte final de este capítulo postularemos los fines que debe cumplir la medida de seguridad de internamiento en un esquema constitucional que asume el modelo social de la discapacidad.

¹⁹⁴ PRIETO SANCHIS, Luis. Loc. Cit.

¹⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y Democracia*. Ob. En: CARBONELL, Miguel (Ed). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2010, p. 211.

¹⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *La esfera de lo indecidible y la división de poderes*. En: CARBONELL, Miguel (Ed). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2010, pp. 104-107,

¹⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*. Ob. Cit. 13

2. El fin del Derecho penal en un Estado Constitucional de Derecho

Quando hablamos del fin del Derecho penal estamos haciendo referencia al “deber ser” del Derecho penal. No nos ubicamos en el plano descriptivo de la función (referido al “ser”), sino en un plano prescriptivo del fin¹⁹⁸. Esta distinción entre el “deber ser” y el “ser” obliga a que la justificación del Derecho penal no pueda ser sustentada a partir de una explicación de la realidad¹⁹⁹. A manera de ejemplo, sería falaz decir que el Derecho penal debe cumplir una finalidad de retribución ética porque en la realidad así sucede. A este tipo de falacia se le conoce como falacia naturalista²⁰⁰. Sin embargo, tampoco es válido asumir que una función es satisfecha de hecho porque la doctrina normativa así lo propone²⁰¹. De esta manera, es inválido afirmar que la resocialización se cumple solo porque la norma dice que este es un fin que debe cumplirse. Esto es conocido como falacia normativista²⁰².

Para evitar caer en los errores antes planteados, el fin del Derecho penal no puede recogerse de manera directa de la función que cumple el sistema penal en la realidad²⁰³. Además, el fin del Derecho penal tampoco puede sustentarse en un “deber ser” empíricamente irrealizable²⁰⁴. Estos dos requisitos impedirán que el fin del Derecho penal propuesto caiga en una falacia naturalista y/o en una falacia normativista.

Ahora bien, el fin del Derecho penal debe circunscribirse al modelo de Estado Constitucional de Derecho; el cual busca garantizar el desarrollo, tan amplio como sea posible, de los derechos y libertades fundamentales de las mayorías y las minorías²⁰⁵. En este sentido, no se puede acoger un fin del Derecho penal que proponga la máxima utilidad posible de la mayoría no desviada sin tomar en cuenta el sufrimiento de la minoría desviada. Por este motivo, el Derecho penal cumple con la labor de minimizar los ataques más graves a los derechos y libertades de todas las personas, mayorías y minorías²⁰⁶. Así, el artículo 1 de nuestra Constitución señala que la defensa de la persona y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado.

¹⁹⁸FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta, 2005, p. 322.

¹⁹⁹ Ídem, p. 329.

²⁰⁰ Ídem, p. 323.

²⁰¹ Ídem p. 329.

²⁰² Ídem, p. 323.

²⁰³ Ídem, pp. 326-327.

²⁰⁴ Ídem.

²⁰⁵ TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Sistema Penal y Estado de Derecho*. Lima: Ara, 2010, p. 22.

²⁰⁶ Ídem.

Los ataques a los que hemos hecho referencia se expresan paradigmáticamente a través de los delitos cometidos por los sujetos desviados²⁰⁷²⁰⁸. No obstante, estos ataques también pueden provenir de las reacciones vengativas de la sociedad y de los sistemas policiales que actúan de manera arbitraria²⁰⁹. Frente a ello, el Estado Constitucional no puede desconocer la dignidad del sujeto infractor y la necesidad de evitar ataques ilegítimos contra sus derechos y libertades²¹⁰. Así pues, al Derecho penal le interesa reducir tanto los ataques desplegados por los delitos, como los ataques producidos por la venganza popular salvaje y los poderes policiales arbitrarios. Esta perspectiva garantiza los derechos y libertades de las minorías y las mayorías frente a todo ataque ilegítimo a sus libertades y derechos fundamentales. Ferrajoli describe esta perspectiva de la siguiente manera:

“Así, el derecho penal aparece configurado como una técnica de tutela finalizada a la utilidad de todos, según la lógica universalista de los derechos fundamentales: no solo a la utilidad de los no desviados sino también a la de los desviados, mediante la prevención de las lesiones de los derechos fundamentales de los primeros, representadas por los delitos, como los derechos fundamentales de los segundos, representadas por los castigados arbitrarios”²¹¹

En esta misma línea, Silva Sánchez señala lo siguiente:

“(…) la concreta configuración del sistema del Derecho penal se muestra como el producto entre una relación dialéctica entre el interés de eliminar la violencia social extrapenal y el interés en disminuir la propia violencia del sistema penal”²¹².

Si esto es así, es indispensable que un Estado Constitucional cuente con un Derecho penal que proteja los derechos y libertades de todos, aun en contra de los intereses de la mayoría e incluso cuando esto suponga la protección de los derechos del infractor²¹³. Prevención de delitos y

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ Utilizaremos la categoría de desviado para referirnos a todo aquel que realiza un comportamiento que desvirtúa las reglas impuestas por la mayoría. Ver: BECKER, Howard. *Outsiders*. México DF: Siglo XXI, 2012.

²⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Garantías y Derecho penal*. En: SOTOMAYOR, Juan Oberto (Coord.) *Garantismo y Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 2006, p. 5.

²¹⁰ TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Loc. Cit.*

²¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *El paradigma del Derecho penal mínimo*. En: SOTOMAYOR, Juan Oberto. *Ob. Cit.*, p. 62.

²¹² SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 186.

²¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. *Ob. Cit.*, pp. 335-336.

prevención de castigos informales y arbitrarios son dos caminos que el Derecho penal debe recorrer a la vez, sino este sería contrario al Estado Constitucional²¹⁴.

El reconocimiento de estas dos dimensiones es relevante, toda vez que un Derecho penal que cumple solo un fin de prevención de delitos podría legitimar un terrorismo punitivo que solo proteja las libertades y derechos de las mayorías no desviadas²¹⁵. Y esto, como ya vimos, es contrario a un Estado Constitucional en donde las leyes (incluyendo la penal) son válidas siempre que su contenido este conforme a los derechos fundamentales de las mayorías y las minorías. Así, el Derecho penal le garantiza al infractor que sus derechos fundamentales y garantías serán respetados.

El cumplimiento de los fines antes trazados permite que el Derecho penal se pueda constituir como mal menor, ya que busca satisfacer los intereses de la mayoría no desviada provocando el mínimo sufrimiento necesario en la minoría desviada²¹⁶. En conclusión, el fin del Derecho penal de un Estado Constitucional de Derecho es reducir la violencia; es decir, reducir los ataques contra las libertades y derechos de las mayorías no desviadas y las minorías desviadas. Por esto hablamos de una doble prevención: prevención de delitos y prevención de castigos informales y arbitrarios. Esta doble finalidad es válida toda vez no se fundamenta en un hecho fáctico, ni tampoco propone un fin inalcanzable en la realidad. La presente investigación se realizará bajo el marco teórico de un Derecho penal con las características antes descritas.

3. Estado de la cuestión: fin de la medida de seguridad de internamiento

3.1. Fines de la pena en la doctrina penal

A lo largo del tiempo se han identificado una serie de fines de la pena. Algunos de estos fines han sido aplicados a la medida de seguridad de internamiento. Por este motivo consideramos relevante aproximarnos brevemente a estos fines para luego analizar las finalidades específicas que cumple la medida de seguridad de internamiento de acuerdo a la doctrina nacional e internacional y la jurisprudencia. Es importante señalar que la descripción realizada a continuación no implica nuestra toma de postura sobre los fines que cumple la pena.

²¹⁴ TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Ob. Cit, pp. 22-23.

²¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *El paradigma del Derecho penal mínimo*. Ob. Cit., p. 64.

²¹⁶ *Ibidem*.

3.1.1. Los fines absolutos

Según las teorías absolutas, la pena cumple el fin de retribuir o expiar la culpabilidad del autor²¹⁷. Estas teorías son consideradas absolutas porque se desvinculan de todo fin preventivo o efecto social de la pena²¹⁸, y se fundamentan en un valor abstracto de justicia o moral. Así, el mal de la pena es una retribución del mal causado por el delito²¹⁹.

Dentro de estas teorías absolutas destacan las posturas de Kant y Hegel. El primero considera que la pena no puede tener un fin preventivo, como tratar al infractor o servir de ejemplo a la sociedad; toda vez que esto sería tratar al delincuente como un medio o una cosa y no como un fin en sí mismo²²⁰. Esto es contrario a la dignidad inherente a todo ser humano²²¹. Por este motivo, la pena solo se puede interponer al criminal por una razón: porque el delinquir lo hace merecedor de la pena²²².

Los seres racionales deben obrar de manera que puedan querer que su comportamiento se convierta en ley universal²²³. Si esto es así, una persona que comete un delito asume este delito como ley válida y universal²²⁴. Dicho a manera de ejemplo, si uno mata asume como ley válida el matar. En esta medida, la pena es un imperativo categórico que exige que el delincuente sufra aquella máxima de comportamiento considerada como el mismo como ley general²²⁵. Es decir, la ley del Talión es la pena más justa para el infractor. Ya que su imposición es la única manera de plantear una pena que reconozca a la persona como un ser racional y moral.

De otro lado, Hegel, a diferencia de Kant, no desarrolla su teoría a partir de críticas morales sino desde su teoría del Estado²²⁶. Según este filósofo, la voluntad general de las personas se plasma en el ordenamiento jurídico, por lo que no puede ser desconocida por el infractor²²⁷. Sin embargo, cuando este delinque emite un juicio disparatado que niega los valores del

²¹⁷ MEINI, Iván. *La pena: función y presupuestos*. En: Derecho Pucp. Revista de la Facultad de Derecho. N° 71, 2013., p. 145

²¹⁸ *Ibidem*

²¹⁹ *Ibidem*.

²²⁰ *Ídem*, p. 146.

²²¹ FEIJOO, Bernardo. *Retribución y Prevención General*. Buenos Aires: BdeF, 2007, p. 72.

²²² *Ibidem*.

²²³ *Ídem*, p. 147.

²²⁴ *Ibidem*.

²²⁵ *Ibidem*.

²²⁶ *Ídem*, p. 103.

²²⁷ *Ibidem*.

ordenamiento jurídico y, con ello, la voluntad general de las personas²²⁸. Ante este mensaje se da una respuesta comunicativa por parte del Esto; esta respuesta contradice el juicio disparatado del infractor con el dolor simbólico representado por la sanción penal²²⁹. Es decir, la pena niega la negación del ordenamiento jurídico y lo reivindica²³⁰. De este modo, el fin de la pena es el restablecimiento del orden jurídico²³¹.

Como vemos, Hegel legitima la coacción contra un comportamiento delictivo en la medida de que el primero es una segunda coacción que consiste en neutralización de la primera²³². Así, Hegel señala que el delito, como segunda coacción, honra al delincuente como un ser racional²³³. Más adelante veremos cómo esta idea tiene efectos en la visión que tiene el funcionalismo sistémico de las medidas de seguridad para inimputables.

3.1.2. Los fines relativos o preventivos

Las teorías que le asignan a la pena un fin de utilidad social se conocen como teorías relativas²³⁴. Esta finalidad generalmente es la prevención del delito y según a quienes se dirige se distinguen en prevenciones especiales, si se pretende evitar que el condenado vuelva a delinquir, y prevención general, si se busca prevenir que terceros no cometan delitos²³⁵.

3.1.2.1. Prevención especial

Como ya vimos en el capítulo anterior, Von Liszt fue el impulsor de la prevención especial a través del Programa de la Universidad de Marburgo en 1882. Von Liszt consideraba que la pena tenía por finalidad la protección de bienes jurídicos²³⁶. Para lograr esta finalidad, la pena debía provocar la corrección, la intimidación o la inocuización del criminal²³⁷. Cada una de estas

²²⁸ HEGEL, Friedrich. *Filosofía del Derecho*. Citado por: JAKOBS, Gunther. *El Fundamento del Sistema Jurídico Penal*. Lima: Ara, 2005, pp. 40-43.

²²⁹ *Ibidem*.

²³⁰ MEINI, Iván. *La pena: función y presupuestos*. Loc. Cit.

²³¹ *Ibidem*.

²³² JAKOBS, Gunther. *Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de medida de seguridad complementaria a la pena*. InDret. Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona: febrero de 2009, p. 7. Disponible en: www.indret.com. Revisado el 23 de julio de 2015.

²³³ *Ibidem*.

²³⁴ MEINI, Iván. *La pena: función y presupuestos*. Ob. Cit., p. 148.

²³⁵ *Ibidem*.

²³⁶ VON LISZT, Franz. Ob. Cit., pp. 62-68.

²³⁷ ZIFFER, Patricia. Ob. Cit., pp. 83-90.

orientaciones se correspondía con las categorías de delincuente necesitado de corrección, delincuente ocasional y delincuente incorregible respectivamente.

De esta manera, el fin preventivo especial se dirige al criminal. Ferrajoli señala que la prevención especial transita entre la corrección y la eliminación; ya que busca transformar las personalidades desviadas de acuerdo a determinado proyecto moral o, alternativamente, neutralizar al infractor mediante técnicas de amputación y saneamiento social²³⁸. A la perspectiva de corrección se le conocerá como prevención especial positiva, mientras que a la perspectiva de eliminación o neutralización prevención especial negativa. Más adelante veremos cómo estas finalidades son utilizadas para legitimar las medidas de seguridad de internamiento.

3.1.2.2. Prevención general

Las teorías de la prevención general orientan sus efectos a los ciudadanos no infractores o a la sociedad en general²³⁹. Existen dos versiones de estas teorías: por un lado, la negativa o intimidatoria; por otro lado, la positiva o integradora²⁴⁰. Las particularidades de ambas teorías ameritan que sean analizadas por separado.

3.1.2.2.1. Prevención general negativa o intimidatoria

La prevención general negativa fue postulada por Feuerbach a principio del siglo XIX. De acuerdo a este emblemático penalista, la coerción física es insuficiente para impedir lesiones jurídicas, toda vez que esta funciona satisfactoriamente solo cuando se puede anticipar a la lesión o cuando la reparación o reposición de la injuria es posible²⁴¹. Frente a esta realidad, es necesario que el Estado ejerza coerción psicológica. Así, el Derecho busca cancelar los impulsos que llevan a la comisión de un acto delictivo provocando que cada uno sepa que a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor al disgusto generado por no satisfacer su impulso²⁴². De este modo, la prevención general negativa se manifiesta a través del diálogo

²³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Ob. Cit., pp. 264-265.

²³⁹ FEIJOO, Bernardo. *Retribución y Prevención General*. Ob. Cit., p. 127.

²⁴⁰ *Ibidem*.

²⁴¹ VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 59.

²⁴² *Ídem*, p. 60.

entre la norma penal y su destinatario, en la que la primera trata de disuadir a la sociedad de realizar comportamientos prohibidos²⁴³.

3.1.2.2.2. Prevención general positiva

Esta teoría plantea que el Derecho penal tiene por finalidad la integración social a través del reforzamiento de la fidelidad al Estado y al Derecho²⁴⁴. Así, la misión del Derecho penal se proyecta fundamentalmente sobre el fuero interno de los ciudadanos; a quienes se trata de generar una actitud de convencimiento o fidelidad al Derecho²⁴⁵.

Dentro de las doctrinas de la prevención general positiva destaca la posición de Hassemer. De acuerdo a él, la sanción penal se integra a un conjunto de sistemas (familia, escuela, etc.) orientados al control social²⁴⁶. Estos sistemas buscan asegurar el comportamiento correcto concebido por la sociedad²⁴⁷. En este marco, el delito es un acto que ataca normas de comportamiento fundamentales que hacen posible la convivencia social²⁴⁸. Por eso es necesario que los aparatos de control social preserven las normas de convivencia y refuercen las nociones del bien y el mal existentes.

Sin embargo, los sistemas de control social informal (familia, escuela, etc.) son insuficientes para consolidar, en estos casos, la noción del bien. Por esta razón, la sanción penal, como mecanismo de control social formal, tiene por finalidad confirmar y asegurar aquellas normas de convivencia indispensables²⁴⁹. Es decir, la pena es una herramienta de control social que tiene por finalidad reforzar los valores fundamentales de una sociedad.

Por otro lado, desde hace algunas décadas la teoría general positiva que ha alcanzado mayor difusión es la propuesta por Gunther Jakobs²⁵⁰. Este autor tiene por premisa que la sociedad es

²⁴³ SILVA SANCHEZ, Jesús María. Ob. Cit., p. 212.

²⁴⁴ FERAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Ob. Cit., p. 275.

²⁴⁵ SILVA SANCHEZ, Jesús María. Ob. Cit., p. 231.

²⁴⁶ HASSEMER, Winfried y Francisco MUÑOZ CONDE. *Introducción a la criminología y a la política criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 215.

²⁴⁷ Ídem, p. 218.

²⁴⁸ HASSEMER, Winfried. *¿Por qué y con qué fin se aplican las penas?* En: *Persona, Mundo y Responsabilidad*. Bogotá: Temis, 1999, p. 111.

²⁴⁹ HASSEMER, Winfried y Francisco MUÑOZ CONDE. *Introducción a la criminología y a la política criminal*. Ob. Cit, p. 217-219.

²⁵⁰ SILVA SANCHEZ, Jesús María. Ob. Cit p. 227.

comunicación²⁵¹. Así, las relaciones sociales requieren de la existencia de normas que comuniquen la forma en que las personas se deben orientar al momento de contactarse con otros²⁵². Y es que sin estas normas sería difícil orientarse en la vida social, toda vez que se tendría que contar en todo momento con cualquier conducta inesperada de otros seres humanos²⁵³. La norma permite entonces que la persona confíe en la norma y tenga mayores posibilidades de contacto social.

¿Qué papel juega la pena en este esquema teórico? La pena se produce cuando los bienes jurídicos ya han sido lesionados, por lo que nunca podrán ser recompuestos²⁵⁴. En cambio, la pena servirá para restablecer la vigencia de la norma que ha sido defraudada en el momento en que se cometió el delito. Es decir, el delito comunica desautorización a la norma; y genera un conflicto social, ya que se pone en tela de juicio el modelo de orientación social²⁵⁵. Ante ello, la pena emite un segundo mensaje comunicativo: el mensaje del infractor (esto es, el delito) no determina la orientación social²⁵⁶. Resulta conveniente citar en este punto a Jakobs.

“Misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma”²⁵⁷.

Es importante dejar en claro que para Jakobs, el fin de la pena no consiste en absoluto en una seguridad completa frente a los delitos, sino el alcanzar la vigencia del ordenamiento jurídico²⁵⁸. Como veremos posteriormente, esta afirmación es relevante para entender la postura de Jakobs sobre las medidas de seguridad de internamiento.

²⁵¹JAKOBS, Gunther. *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o configuración de la norma?* En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coordinador). *Libro Homenaje al profesor Gunther Jakobs. El Funcionalismo en Derecho penal*. Bogotá: Universidad del Externado, de Colombia, 2003, p.54.

²⁵² MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *Estudio introductorio a la obra de Gunther Jakobs*. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coordinador). *Libro Homenaje al profesor Gunther Jakobs. El Funcionalismo en Derecho penal*. Bogotá: Universidad del Externado, de Colombia, 2003, p.24.

²⁵³ FEIJOO, Bernardo. *Retribución y Prevención General*. Ob. Cit, p. 456.

²⁵⁴ JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 12.

²⁵⁵ *Ibidem*.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 13.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 14.

²⁵⁸ JAKOBS, Gunther. *El Fundamento del Sistema Jurídico Penal*. Ob. Cit.,p. 49.

3.1.2.3. La teoría dialéctica de la unión

La teoría dialéctica de la unión o teoría unificadora preventiva fue elaborada por Claus Roxin. Su teoría tiene como premisa que el fin de la pena en la actualidad solo puede ser de tipo preventivo²⁵⁹. Ello en la medida de que la norma penal está justificada siempre que implique la protección de la libertad individual y responda a un orden social que está a su servicio²⁶⁰. A partir de esta fundamentación Roxin buscó una persecución simultánea de prevención especial y prevención general²⁶¹.

Como primera idea clave, Roxin señala que no siempre se puede contar con el condenado para una ejecución resocializadora de la pena²⁶². Así, en la medida de que una “socialización forzosa” no tiene posibilidad de éxito ni es admisible en Derecho, será necesario recurrir a la prevención general²⁶³. Además, la prevención especial también implica pensar en los efectos desocializadores de la pena²⁶⁴. Sin embargo, el interés en evitar la desocialización del infractor tampoco debe llevar al punto de que la sanción se reduzca hasta que la comunidad no la tome en serio y se produzca el quebrantamiento de la confianza en el ordenamiento jurídico²⁶⁵. Por tanto se debe sopesar los fines preventivos especiales y generales²⁶⁶.

La segunda idea clave del planteamiento de Roxin consiste en señalar que los fines de la pena tienen una acentuación diferenciada en los estadios de la realización del Derecho penal²⁶⁷. De esta forma, en la etapa de las conminaciones penales la pena tendrá puramente un función preventivo general (efecto intimidador y de aprendizaje)²⁶⁸. Por otro lado, en la imposición de la pena destacará un fin preventivo general-especial²⁶⁹. Así, en los delitos graves la prevención general exigirá una sanción más grave, ya que la confianza en el ordenamiento jurídico y la paz jurídica así lo exige; mientras que en los delitos leves y de mediana gravedad podrá practicarse

²⁵⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General. Tomo I*. Madrid: Civita, 1997, p. 95.

²⁶⁰ *Ibidem*.

²⁶¹ *Ibidem*.

²⁶² *Ídem*, pp. 95-96

²⁶³ *Ibidem*.

²⁶⁴ *Ídem*, p. 96.

²⁶⁵ *Ídem*, p. 97.

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ ROXIN, Claus. *Cambios de la teoría de los fines de la pena*. En: ROXIN, Claus. *Teoría del Delito*. Lima; Grijley, 2007. p. 72.

²⁶⁸ *Ídem*, p. 82.

²⁶⁹ *Ídem*, p. 83.

más tolerancia cuando esto convenga a intereses preventivo especiales. Finalmente, en la etapa de ejecución penal se deberá buscar únicamente la resocialización²⁷⁰.

3.2. Fin de la medida de seguridad de internamiento de acuerdo a la doctrina mayoritaria y jurisprudencia.

3.2.1. La doble finalidad alternativa: curación y neutralización

La doctrina y jurisprudencia mayoritaria proponen dos fines alternativos de la medida de seguridad de internamiento. Esta doble finalidad consiste en i) neutralizar, a través de la custodia en un centro de salud mental, a la persona con deficiencia psicosocial “peligrosa” para asegurar que no vuelva a cometer delitos; o, ii) “curar” a la persona con deficiencia psicosocial para que deje de ser “peligrosa”.

Esta postura es mayoritaria en la doctrina penal internacional y nacional. En efecto, Roxin indica que respecto del internamiento en hospitales psiquiátricos coexisten la finalidad de seguridad con la finalidad de resocialización²⁷¹. En la doctrina peruana, Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga señalan lo siguiente:

“La medida de seguridad de internación (...) restringe la libertad ambulatoria del sentenciado, quien debe permanecer en un centro hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado, con fines terapéuticos o de custodia. Por tanto, su función es eminentemente curativa y aseguradora”²⁷².

De manera semejante, Villavicencio Terreros indica lo siguiente:

“A las medidas de seguridad se les atribuye una función general que es la prevención especial, es decir, prevenir el delito ante sujetos considerados peligrosos; y otras

²⁷⁰ Ídem, pp. 84-85.

²⁷¹ ROXIN, Claus. *Fin y Justificación de la pena y las medidas de seguridad*. Ob. Cit., p. 43-44. En sentido semejante: GRACIA MARTIN, Luis. *Las medidas de seguridad y reinserción social*. En: *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 413-415; LUZON PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal Parte General I*. Madrid: Universitas, 2004, p. 55; ZIFFER, Patricia. Ob.Cit., p. 241.

²⁷² HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SALDARRIAGA. Ob. Cit., p. 390. En sentido similar: MEINI, Iván. *La pena: función y presupuestos*. Ob.Cit., p. 158.

funciones más específicas de acuerdo con el tipo de medidas de seguridad: si se trata de internar al penado, será la neutralización y la resocialización”²⁷³.

Esta doble finalidad ha sido reconocida por nuestro ordenamiento jurídico penal. De esta manera, el Código Penal señala en el artículo IX de su Título Preliminar que la medida de seguridad tiene un fin de curación, tutela y rehabilitación. Complementariamente, la Circular sobre Determinación y duración de la medida de seguridad de internación contenida en la Resolución Administrativa 336-2011-P-PJ²⁷⁴ del Poder Judicial indica que la medida de seguridad de internamiento obedece a fines terapéuticos. Es decir, considera como objetivos de la medida de seguridad a la curación del infractor o a la mejora de su estado al punto de que deje de ser “peligroso”. Por otro lado, la circular del Poder Judicial también señala que la medida de seguridad de internamiento cumple un fin de custodia; toda vez que se recluye a la persona con deficiencia psicosocial con la finalidad de asegurar y proteger a la sociedad.

De manera semejante, el Tribunal Constitucional ha señalado que la medida de seguridad de internamiento, desde la perspectiva constitucional, tiene dos finalidades. Por un lado, busca evitar la comisión de futuros delitos. Por otro lado, busca la “recuperación de la persona” a través de un internamiento en un centro hospitalario que cuente con tratamiento médico especializado y adecuado²⁷⁵.

3.2.2. La primacía del fin neutralizador

A pesar de lo señalado, es evidente que el llamado fin curativo o terapéutico no siempre es posible. Más aún cuando la premisa es que la peligrosidad es una característica individual asociada a la deficiencia psicosocial. Dicho con otras palabras, en varios casos es imposible “curar” a una persona con deficiencia psicosocial (la que supuestamente origina la peligrosidad), toda vez que esta es permanente. Entonces, ¿qué sucederá en estos casos? La doctrina mayoritaria afirma de manera contundente que el fin terapéutico solo será efectivo ahí donde sea posible. Por lo tanto, ante la imposibilidad de “curar” al infractor, el internamiento solo cumplirá

²⁷³ VILLAVICENCIO, Felipe. *Derecho Penal Parte General*. Lima: Grijley, 2009, p. 75.

²⁷⁴ Emitida por el Poder Judicial el 20 de diciembre de 2011.

²⁷⁵ Exp. 0346-2008-PHC/TC. Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 26 de agosto de 2010.

con una finalidad aseguradora o neutralizante²⁷⁶. En este sentido, Santiago Mir Puig señala lo siguiente:

“Las medidas terapéuticas (como el internamiento en un centro psiquiátrico o el tratamiento ambulatorio previstos para el enfermo mental) tienen como función básica la curación o mejora de la salud –aunque también pueden tener una finalidad asegurativa, que será la única en el caso de sujeto incurables o no mejorables pero peligrosos”²⁷⁷

En la doctrina peruana, Oré Sosa y Palomino Ramírez indican lo siguiente:

“La internación constituye la medida de mayor gravedad, pues supone el máximo grado de coacción sobre la libertad de la persona, la misma que es internada en un centro de hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado con el fin de llevar a cabo un tratamiento terapéutico o, simplemente, con fines de custodia”²⁷⁸.

Como vemos, el fin asegurativo o neutralizador de la medida de seguridad de internamiento permite justificar formalmente la privación de libertad en aquellos casos en los que la “cura” sea imposible²⁷⁹. Sin embargo, con el pasar del tiempo es cada vez menos frecuente la efectiva “curación” de la persona con deficiencias psicosociales considerada peligrosa. Esto es así porque las deficiencias psicosociales no se “curan”. Más aún, en las décadas de los años sesenta y setenta, la llamada antipsiquiatría evidenció que el internamiento prolongado en un centro de salud mental no genera mejoras en la salud de las personas con deficiencias psicosociales²⁸⁰.

Es por esto que, desde la década de los años ochenta, se ha virado de un Derecho penal terapéutico, caracterizado por medidas de seguridad orientadas a lograr prioritariamente la curación del sujeto, a un Derecho penal cuya finalidad es la neutralización del “peligroso”²⁸¹. Este cambio se ha fortalecido por la popularidad de la teoría funcionalista sistémica o normativista.

²⁷⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Granada: Comares, p. 92. En sentido similar: MAURACH, Reinhart. *Derecho Penal. Parte General 2*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, p. 864; STRANTENWERTH, Gunther. *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*. Navarra: Aranzadi, 2000, p. 42.

²⁷⁷ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. Ob.Cit., p. 93.

²⁷⁸ORÉ SOSA, Eduardo y Walter PALOMINO RAMÍREZ. Ob. Cit., p. 16.

²⁷⁹ HEGGLIN, María Florencia. Ob. Cit., p. 187

²⁸⁰ BASAGLIA, Franco. Ob. Cit.,pp. 15-20,

²⁸¹HEGGLIN, María Florencia. Ob. Cit., p. 186

Así, la tesis liderada por Jakobs considera que la medida de seguridad aplicable a un inimputable tiene por finalidad la eliminación de peligros²⁸².

Según esta corriente, la medida de seguridad de internamiento en un hospital psiquiátrico priva los derechos del inimputable para neutralizarlo como “fuente de peligro”²⁸³. Pero esta afirmación debe ser circunscrita a la teoría propuesta por Jakobs. Y es que en este modelo la finalidad de la medida de seguridad solo puede ser entendida en oposición a la finalidad de la pena. Recordemos que para Jakobs la pena tiene por finalidad comunicar el restablecimiento de la vigencia de la norma defraudada por el delito, y así confirmar los esquemas de orientación social. Esto se fundamenta en que el autor es una persona portadora de derechos y deberes; dentro de estos últimos se encuentra el deber de restablecer la vigencia de la norma²⁸⁴. Por este motivo, podemos decir que la coacción ejercida por la pena es “autoadministración” por mano ajena; ya que el infractor no es tomado como una fuente de peligros, sino como una persona que tiene el deber de reparar lo provocado por sus actos²⁸⁵. Este deber es el que finalmente legitima el dolor causado por la pena²⁸⁶.

Sin embargo, esto no ocurre cuando el individuo no presta la mínima garantía para ser tratado como portador de derechos y deberes²⁸⁷. En concreto, en los casos en el que la persona no “domina su libertad interna” (como sucede, supuestamente, con las personas con deficiencias psicosociales) no se puede hablar de un deber de responsabilizarse por su propio hecho²⁸⁸. Por lo tanto, la pena no tendrá fundamento. Además, aquí el Derecho penal no se puede limitar a restablecer la norma, toda vez que ella ha perdido su fuerza orientadora²⁸⁹. En consecuencia, será necesario que el Derecho penal actúe ya no para afirmar las formas de orientación social (la norma), sino para neutralizar una fuente de peligro. Esta manifestación del Derecho penal será la medida de seguridad. Jakobs indica lo siguiente:

“(…) la medida de seguridad compensa la pérdida de libertad interna del autor y ha de

²⁸² JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Ob. Cit., p. 41. En el mismo sentido: RAGUES I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 1999, pp. 397-398.

²⁸³ JAKOBS, Gunther. *Coacción y personalidad*. Ob.Cit., p. 10.

²⁸⁴ JAKOBS, Gunther. *El Fundamento del Sistema Jurídico Penal*. Ob. Cit., pp.50-52.

²⁸⁵ *Ibidem*.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 51.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 64.

²⁸⁸ JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Ob. Cit., p. 39.

²⁸⁹ JAKOBS, Gunther. *Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de medida de seguridad complementaria a la pena*. Ob. Cit., p.9.

justificarse precisamente a causa de dicha pérdida: quien ya no domina en absoluto su libertad interna, dirigida por la propia determinación ética (como ocurre con los enfermos mentales) (...) no puede pretender la libertad social completa”²⁹⁰

Es en esta medida que se dice que ya no estamos ante una “autoadministración” por mano ajena, sino ante una heteroadministración²⁹¹. Es decir, la coacción ya no se basa en los deberes de la persona infractora, sino que la despersonaliza y se basa en la necesidad social de eliminar fuentes de peligro²⁹². Estos argumentos han sido recogidos por la Corte Suprema de Justicia en la siguiente jurisprudencia:

“(...)uno de los fundamentos de las medidas de seguridad radica en que existen sujetos que no ofrecen la fiabilidad cognitiva para ser tratados como personas en derecho, o como sujetos que no muestran en conjunto una línea de vida que permita concluir que serán fieles al derecho, en este sentido, la necesidad de heteroadministrar, implica que la persona portadora de derechos y deberes incumple de manera obstinada determinados deberes, por lo que, ya no puede ser tratada como tal ni igual que a los demás, no significando ello que se genere una discriminación, sino que se le priva de derechos para neutralizarla como fuente de peligro, esto es, "heteroadministración de la existencia que se produce en el caso de internamiento en un hospital psiquiátrico, un centro de deshabitación o en custodia de seguridad", [JAKOBS Günther. Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena, InDret, Barcelona, febrero dos mil nueve, página diez y siguientes]”²⁹³

En síntesis, la tendencia actual es que la medida de seguridad de internamiento tenga por finalidad material neutralizar a los individuos “anormales” considerados fuentes de peligro por el Derecho. Es decir, la medida de seguridad de internamiento cumple formalmente dos fines preventivos; sin embargo, en la realidad el fin que prima es el de proteger a la sociedad de una persona con deficiencias psicosociales considerada peligrosa a partir de su neutralización en un

²⁹⁰JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Loc. Cit.

²⁹¹ JAKOBS, Gunther. *Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de medida de seguridad complementaria a la pena*. Ob. Cit., p.8.

²⁹² Ídem, pp. .9-10.

²⁹³ R.N. 2375-2009. Ejecutoria suprema emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 26 de enero de 2010.

centro de salud mental. Ante esta realidad, el llamado fin terapéutico sirve como un “ropaje garantista” que oculta un verdadero fin asegurador²⁹⁴ o neutralizador.

4. Propuesta de fin de la medida de seguridad de internamiento.

4.1. La invalidez del fin terapéutico y del fin neutralizador de la medida de seguridad de internamiento

Como hemos dicho antes, los fines se encuentran en el plano del “deber ser”. En el caso de la medida de seguridad de internamiento, ella debe cumplir un fin acorde al Derecho penal vigente en un Estado Constitucional de Derecho. Esto supone a su vez tener en cuenta el modelo social de la discapacidad que, al haber sido reconocido en la Convención y versar sobre derechos humanos, forma parte del bloque de constitucionalidad que impera aún frente a los deseos de las mayorías. De este modo, en el presente acapite mostraremos cómo el fin terapéutico y el fin neutralizador de la medida de seguridad de internamiento carece de legitimidad en el Derecho penal de un Estado Constitucional de Derecho irradiado por el modelo social de discapacidad.

4.1.1. Invalidez del fin terapéutico de la medida de seguridad de internamiento.

El fin terapéutico consiste en utilizar el internamiento en un centro de salud mental como mecanismo para “curar” a la persona con deficiencias psicosociales considerada peligrosa. El fin terapéutico ha sido criticado respecto a la legitimación de la pena. De esta manera, Ferrajoli señala que esta finalidad, al concebir el poder punitivo como bien y al delito como enfermedad, es la doctrina más antiliberal y antigarantista de la historia, toda vez que justifica modelos de Derecho penal ilimitados²⁹⁵. Y es que ¿por qué limitar al Derecho penal si es un bien que cura al desviado? Es en este sentido que Foucault consideró que la cárcel es muchas veces una máquina de modificar los espíritus²⁹⁶. Así, el fin de terapéutico de la pena es considerado incompatible con el respeto al principio de autonomía que envuelve al Estado Constitucional²⁹⁷.

Como consecuencia de estas críticas, el Derecho penal para imputables actual (el sistema de penas) ha desterrado a este tipo de fines como forma de legitimación. Entonces, ¿por qué se

²⁹⁴ VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Temis, 2004, p. 123.

²⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Ob. Cit, p. 270.

²⁹⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigilar y Castigar*. México DF: Siglo XXI, 2010, p.147.

²⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Ob. Cit, p. 272.

mantiene esta finalidad respecto a las medidas de seguridad aplicables a personas con deficiencias psicosociales? El fin terapéutico de la medida de seguridad de internamiento solo puede ser aceptado bajo un modelo rehabilitador de la discapacidad. Como vimos en el capítulo 1, éste considera que el problema es producido únicamente por la “anormalidad” de la persona y por esto es necesario un tratamiento médico en el que el personal de salud cure al individuo, aun cuando esto suponga la sustitución de su voluntad²⁹⁸. Desde el campo del Derecho esto se legitima en la división entre capacidad jurídica y la capacidad para ejercer los derechos (capacidad para obrar) creada por el modelo rehabilitador²⁹⁹. En esta medida, si bien se reconoce que las personas con deficiencias son titular de derechos, se construyen restricciones y limitaciones para que estas ejerzan sus derechos con autonomía (especialmente las intelectuales y psicosociales). De esta manera, el ejercicio de los derechos y la toma de decisiones personas se encuentran en manos de un tercero, que puede ser un médico, un familiar u otro curador designado³⁰⁰. Este modelo, conocido como de sustitución de voluntades, será analizado más profundamente en el capítulo 3.

Sin embargo, se debe señalar que el modelo social de la discapacidad obliga a desterrar este tipo de fines como justificación de la medida de seguridad de internamiento para personas con deficiencias psicosociales. Así, el artículo 3 de la Convención³⁰¹ señala:

“Los principios de la presente Convención serán:

- a) El respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas (...)”

Los principio de dignidad, autonomía y libertad implican que la persona con deficiencias psicosociales tiene la posibilidad de tomar decisiones, elegir su forma de vida y equivocarse como lo hacen las personas sin deficiencias³⁰². En este sentido, estos principios son la base del

²⁹⁸ PALACIOS, Agustina. *Una introducción al modelo social de la discapacidad y su reflejo en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Ob.Cit., pp. 12-13

²⁹⁹ CUENCA GOMEZ, Patricia. *La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del art. 12. De la CIDPD en el Ordenamiento jurídico español*. Getafé: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, s/f, p. 7. Revisado el 10 de octubre de 2015. Disponible en: <http://www.articulo12.org.ar/>.

³⁰⁰ Ídem, p. 7.

³⁰¹ El artículo 3° de la Convención ha sido reproducido por el artículo 4° de la Ley.

³⁰² DE ASIS, Rafael. *Sobre la discapacidad y derechos humanos*. Madrid: Dykinson, 2013, pp. 48-50.

artículo 12.1³⁰³ que reconoce el derecho a la personalidad jurídica de la personas con discapacidad. Dicho artículo indica lo siguiente:

“Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derechos en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

El reconocimiento de la personalidad jurídica es fundamental; toda vez que constituye el paso previo al reconocimiento de la capacidad jurídica de estas personas. De esta manera, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas (en adelante el Comité) indica lo siguiente:

“En el artículo 12, párrafo 1, se reafirma que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. Esto garantiza que todo ser humano sea respetado como una persona titular de personalidad jurídica, lo que es un requisito previo para que se reconozca la capacidad jurídica de la persona”³⁰⁴.

En esta línea, el artículo 12.2. de la Convención reconoce que las persona con discapacidad “tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”. Así, las personas con deficiencias psicosociales cuentan no solo con personería jurídica, sino también con el derecho a ejercer su capacidad jurídica. Sobre esto, el Comité señala lo siguiente:

“el desequilibrio mental y otras denominaciones discriminatorias de la discapacidad psicosocial no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica (ni la capacidad legal ni la legitimación para actuar). En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica”³⁰⁵.

De esta manera, ninguna discapacidad (incluida la que sufren las personas con deficiencias psicosociales) será motivo para negarle, a priori, capacidad jurídica a una persona con

³⁰³ El artículo 12 de la Convención ha sido reproducido en el artículo 9 de la Ley.

³⁰⁴ Comité de los derechos de las personas con discapacidad. CRPD/C/11/4, párr.9

³⁰⁵ Comité de los derechos de las personas con discapacidad. Observación General sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley. CRPD/C/11/4, párr.12.

deficiencias psicosociales³⁰⁶. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado sobre este punto lo siguiente:

“La discapacidad mental no debe ser entendida como una incapacidad para determinarse, y debe aplicarse la presunción de que las personas que padecen de este tipo de discapacidades son capaces de expresar su voluntad (....)”³⁰⁷

Conforme a lo antes señalado, el modelo social de la discapacidad y la Convención plantean que la persona con deficiencias psicosociales no solo tiene derecho a la capacidad jurídica propiamente dicha (ser titulares de derechos), sino también a la capacidad de ejercer derechos y tomar decisiones por su cuenta. En este sentido, Gerard Quinn señala que la capacidad jurídica es una herramienta para el progreso de la personalidad, toda vez que permite dos cosas: por un lado, es la vía a través de la cual las personas construyen su propio universo jurídico, mediante la libre expresión de su voluntad; por otro lado, la capacidad jurídica funciona como un escudo para que las personas se defiendan de otros que piensan que saben más que ellas³⁰⁸. Si esto es así, la persona con deficiencias psicosociales tiene, en principio, la capacidad de actuar según su voluntad sin que otras personas decidan por ellas.

Entonces, el reconocimiento de la capacidad jurídica (incluida la capacidad para ejercer sus derechos) de las personas en situación de discapacidad implica aceptar que ellas pueden tomar decisiones sin intervenciones ajenas, aún cuando estas provengan del personal médico³⁰⁹. Consecuentemente, no puede hacerse un verdadero bien a estas personas sin el correspondiente respeto de su autonomía. Ignorar la voluntad de la persona con discapacidad implicaría una intromisión en su autonomía no tolerada por la Convención y, por lo tanto, por el ordenamiento constitucional peruano³¹⁰. En este sentido, el modelo social de la discapacidad se opone al internamiento involuntario como medida terapéutica. Dicho con otras palabras, el internamiento involuntario en un centro de salud mental implica una intervención en la autonomía de las personas con discapacidad que no puede ser justificada a partir del supuesto bienestar de la persona³¹¹.

³⁰⁶ Comité de los derechos de las personas con discapacidad. CRPD/C/11/4, párr.10.

³⁰⁷ Corte IDH. Caso Ximenes Lopes vs Brasil, de 4 de julio de 2006, párr. 130.

³⁰⁸ QUINN, Gerard. Ob. Cit., p.12.

³⁰⁹ DEL AGUILA, Luis Miguel. *La autonomía de las personas con discapacidad como principio rector*. En: SALMON, Elizabeth y Renata BREGAGLIO. Ob. Cit, p. 62.

³¹⁰ Ídem, p. 63

³¹¹ Íbidem.

En esta línea, el Comité se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la invalidez de las medidas judiciales que, en aras de la salud mental, ordenan el internamiento involuntario. Así, el Comité, en una recomendación hecha a Australia en el año 2013 instó a dicho Estado a que no aplique programas de medidas alternativas para recluir a personas en centros de salud mental u obligarlas a participar en programas de salud mental que no tomen en cuenta el consentimiento libre e informado³¹². Asimismo, en el año 2014 el Comité indicó a Dinamarca que el internamiento es una sanción de control social que no se ajusta a las salvaguardas que debe recibir todo procedimiento penal y que debe sustituirse por penas oficiales ante la ocurrencia de un delito³¹³. En esta misma línea, el Comité señaló a Bélgica en el año 2014 lo siguiente:

29. El Comité recomienda (...) que no se aplique ningún programa de intervención extrajudicial que derive a los individuos a sistemas de internamiento en instituciones de salud mental o les imponga la obligación de recibir servicios de salud mental, ya que estos servicios deben proporcionarse sobre la base del consentimiento libre e informado de la persona”³¹⁴.

De manera similar el Relator Especial sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha hecho hincapié en que la finalidad terapéutica del internamiento sin consentimiento es un peligro para los derechos de las personas con deficiencias psicosociales. Así, el Relator Especial indicó lo siguiente:

“(...) los tratamientos médicos de carácter invasivo o irreversible, en caso de que carezcan de finalidad terapéutica, pueden constituir tortura y malos tratos si se aplican o administran si en el consentimiento libre e informado del paciente. Este es el caso especialmente cuando se somete a tratamientos invasivos, irreversibles y no consentidos a pacientes que pertenecen a grupos marginados, como las personas con discapacidad, independientemente de las alegaciones de buenas intenciones o de necesidad médica que se puedan realizar(...)”³¹⁵

³¹² Comité de los derechos de las personas con discapacidad. CRPD/C/AUS/CO/1, párr.29.

³¹³ Comité de los derechos de las personas con discapacidad. CRPD/C/DNK/CO/1, párr.34.

³¹⁴ Comité de los derechos de las personas con discapacidad. CRPD/C/BEL/CO/1, párr.29. En un sentido similar: Comité de los derechos de las personas con discapacidad. CRPD/C/ECU/CO/1, párr.28-29.

³¹⁵ Informe del Relator Especial sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. A/HRC/22/53 párr. 32.

Finalmente, el Comité ha manifestado recientemente su desconformidad con las medida de seguridad de internamiento que conlleven tratamiento médico-psiquiátrico forzado. De este modo, el Comité ha recomendado al Ecuador “eliminar las medidas de seguridad que implican forzosamente tratamiento médico-psiquiátrico en internamiento” y “velar por que se presten todos los servicios de salud mental con el consentimiento libre e informado de la persona afectada”³¹⁶.

En conclusión, el fin “terapéutico” que permite la medida de seguridad de internamiento en un centro de salud mental es inválido porque contradice el derecho a la capacidad jurídica de las personas con deficiencias psicosociales reconocido por la Convención y, por lo tanto, por el ordenamiento constitucional.

4.1.2. Invalidez del fin neutralizador de la medida de seguridad de internamiento.

Como dijimos previamente, el fin neutralizador consiste en eliminar una persona que es considerada “fuente de peligro” a través de técnicas de “amputación” y “saneamiento social”³¹⁷. Ahora bien, es indispensable comenzar este acápite recordando que un fin no puede caer en la falacia naturalista. Esta advertencia es especialmente importante al momento de analizar la propuesta hecha por el sector de la doctrina que sostiene que la medida de seguridad tiene por finalidad neutralizar a las “fuentes de peligro”. Si es esto es así, es inválido afirmar que la medida de seguridad de internamiento tiene una finalidad de neutralizar fuentes de peligro solo por el hecho de que esto sucede en la realidad. Todo fin de la medida de seguridad debe plantearse de manera prescriptiva y no descriptiva de la realidad. Si bien podemos llegar a reconocer que el Derecho penal ha tratado desde hace bastante tiempo a las personas con deficiencias psicosociales como enemigos o meras fuentes de peligros que deben ser neutralizadas, esto no significa que este hecho de realidad legitime automáticamente un fin meramente neutralizador o asegurativo³¹⁸. Por tanto, la medida de seguridad de internamiento debe ser coherente, desde el plano del deber ser, con el modelo de Derecho penal asumido por un Estado Constitucional de Derecho. Sobre esto, Ferrajoli señala lo siguiente:

³¹⁶ Comité de los derechos de las personas con discapacidad. CRPD/C/ECU/CO/1, párr.29.

³¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Ob. Cit., pp. 264-265.

³¹⁸ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *El enemigo en el Derecho Penal*. Ob. Cit., p. 212.

“Es la falacia realista la que lastra buena parte de la filosofía política y jurídica, que cambia lo que acontece por lo que, política o jurídicamente, es justo o legítimo que suceda, ocultando así su carácter ilícito y criminal. Dicho sin rodeos, se trata de la autolegitimación como derecho de las prácticas coarctadas con el modelo normativo de Derecho penal”³¹⁹

Dicho esto, debemos recordar que, conforme a lo visto en el capítulo 1 y en el acápite 3.1.2.1 del presente capítulo, los fines preventivos especiales negativos nacieron con los planteamientos positivistas de Von Lizst y la escuela positivista italiana. De esta manera, responden a un Derecho penal de mayorías cuya única finalidad es la defensa social. No obstante, como ya se dijo anteriormente, el Derecho penal ha cambiado y actualmente se circunscribe a un Estado Constitucional caracterizado por la protección de libertades y derechos de las mayorías y las minorías. En el caso del Derecho penal eso supone que este también está orientado a prevenir castigos informales y arbitrarios en contra de la minoría desviada. Al ser esto un axioma del Derecho penal actual, queda proscrito todo tratamiento utilitarista que vea al infractor como un mero objeto sacrificable en nombre de la seguridad de la mayoría. Es por este motivo que es infrecuente que la doctrina penal hable del fin preventivo especial negativo como fin de la pena.

Sin embargo, hemos visto que la neutralización es planteada como un fin importante para la medida de seguridad de internamiento. Esto se debe a que se asume a la persona con deficiencias psicosociales como alguien que puede ser tratada como objeto y, por lo tanto, ser eliminada o segregada en aras de proteger a la mayoría (modelo de prescindencia de la discapacidad). El motivo de esta argumentación parte de considerar que la dignidad humana solo le pertenece a aquellas personas que tienen determinada capacidad de razonar, sentir y comunicarse³²⁰.

Lo antes dicho será desarrollado con mayor detenimiento en el capítulo 3. Por ahora solo debemos decir que este modelo de identidad a través del cual se imputa la dignidad ha perdido vigencia³²¹. Y es que, como bien indica Gerard Quinn, la idea del hombre racional que decide siempre racionalmente y sin apoyo de otros es una ficción jurídica; toda vez que en la realidad la

³¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *El derecho penal del enemigo y la disolución del Derecho penal*. En: *Democracia y garantismo*. Ob. Cit., p. 236

³²⁰ DE ASÍS, Rafael. Ob. Cit., p. 44. De la misma manera: PALACIOS, Agustina y Francisco Bariffi. Ob. Cit., p. 75.

³²¹ DE ASÍS, Rafael. Ob. Cit., p. 44. De la misma manera: PALACIOS, Agustina y Francisco Bariffi. Ob. Cit., p. 75.

mayoría de nosotros, la mayoría del tiempo, pensamos y actuamos irracionalmente³²². Por tanto, “aquella persona completamente irracional no es menos persona”³²³. Y por lo tanto no tiene menos dignidad que una personas sin deficiencias psicosociales.

En este orden de idas, el artículo 3³²⁴ de la Convención citado anteriormente reconoce la dignidad de estas personas. Palacios y Bariffi señalan que este reconocimiento implica que las personas en situación de discapacidad son fines en sí mismas³²⁵. Esto queda finalmente confirmado con el artículo 12.1, toda vez que el reconocimiento como persona equivale a decir que las personas con discapacidad no pueden ser tratadas como objetos³²⁶.

Por estos motivos, no es valido “neutralizar” a una persona con deficiencia psicosocial por el mero hecho de ser considerado “fuente de peligro”. Es más, la persona con deficiencia psicosocial no es una “fuente de peligro”, sino una persona cuya dignidad impide que el Estado la trate como un objeto sacrificable. En esta línea Florencia Hegglin indica lo siguiente:

“(…) el límite de la dignidad humana reconocido en el artículo 10.1 de la Constitución Española (en el caso del Perú el artículo 1 de la Constitución) impide considerar a la persona como un mero medio, como un objeto o como algo que se puede eliminar o neutralizar de cualquier manera para salvaguardar a la sociedad del peligro que aquella representa”³²⁷.

En esta línea, la finalidad neutralizadora no es propia de un Estado Constitucional que asume el modelo social de discapacidad y que protege tanto a las mayorías como a las minorías³²⁸. Por el contrario, es parte de un Estado autoritario que sigue un modelo que prescindencia que permite la eliminación social de las personas con deficiencias psicosociales en aras de proteger a la mayoría.

³²² QUINN, Gerard. Ob. Cit., 4-5.

³²³ Ídem., p. 5.

³²⁴ El artículo 3° de la Convención ha sido reproducido por el artículo 4° de la Ley.

³²⁵ PALACIOS, Agustina y Francisco Bariffi. Ob. Cit, p. 74.

³²⁶ QUINN, Gerard. *La personalidad y la capacidad jurídica. Perspectivas sobre el cambio de paradigma del Artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Cambridge: 2010, p.1. Disponible en: www.nuigalway.ie/ddlp/staff/gerard_quinn.html Revisado el 30 de mayo de 2013

³²⁷ HEGGLIN, María Florencia. Ob. Cit., p. 298.,

³²⁸ VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. Loc. Cit.

4.2. Toma de postura: el fin de la medida de seguridad de internamiento en un centro de salud mental

4.2.1. El internamiento en un centro de salud mental en el modelo social de la discapacidad

Ya hemos visto en el acápite 4.1.1. que el Comité se ha pronunciado en reiteradas ocasiones en contra del internamiento involuntario en un centro de salud mental, toda vez que transgrede el derecho a la capacidad jurídica de las personas con deficiencias psisociales. Ahora bien, el derecho a la capacidad jurídica se ha manifestado en el derecho a vivir de forma independiente y no verse obligado a vivir en un sistema de vida específico. Y es que la capacidad de elegir significa no ser obligado a vivir en un lugar y bajo las reglas de terceros³²⁹. En esta línea, el artículo 19 de la Convención³³⁰ dispone lo siguiente:

“Artículo 19. Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad

Los Estados Partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad asegurando en especial que:

- a) Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con los demás, y no se vean obligadas a vivir sin arreglo a un sistema de vida específico”

De esta manera, la persona con discapacidad tiene derecho a vivir en comunidad y elegir dónde y con quién vivir. Con otras palabras, las personas en situación de discapacidad tienen derecho a vivir con las mismas opciones y oportunidades que los demás y, por lo tanto, no pueden ser obligados a desarrollar su vida en una institución³³¹. Por este motivo el Relator Especial sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes del Consejo de Derechos

³²⁹VASQUEZ, Alberto. *La vida en comunidad*. En: SALMON, Elizabeth y Renata BREGAGLIO. Ob. Cit., p. 158.

³³⁰ El artículo 12 de la Convención ha sido reproducido en el artículo 11 de la Ley.

³³¹ VASQUEZ, Alberto. Loc. Cit.

Humanos de las Naciones Unidas ha recomendado la sustitución del internamiento por servicios de comunidad de la siguiente manera:

“(…) sustituir el tratamiento y el internamiento forzados por servicios en la comunidad. Esos servicios deben satisfacer las necesidades expresadas por las personas con discapacidad y respetar, la autonomía, opciones, dignidad y privacidad de la persona, haciendo hincapié en otras opciones distintas al modelo médico de salud mental (…)”³³²

Esto también ha sido confirmado por el Comité, al recomendar al Estado del Ecuador lo siguiente:

“Elaborar un plan integral que permita la desinstitutionalización de las personas que se encuentran en el Hospital Psiquiátrico Julio Endara proporcionándoles condiciones de seguridad personal y de garantías para que puedan ejercer su derecho de ser incluidas en la comunidad”³³³.

Es así que el modelo social de la discapacidad conlleva el abandono de políticas que favorezcan la atención en instituciones³³⁴. En otras palabras, la desinstitutionalización es una meta del modelo social³³⁵. En este sentido, la institucionalización en un hospital psiquiátrico conlleva la restricción del derecho a la vida en comunidad de las personas con discapacidad. Frente a esta realidad, la Convención propone el cambio de un modelo de institución por un modelo basado en los servicios de la comunidad. Así, el artículo 19 de la Convención en su literal b) señala lo siguiente:

- b) Las personas con discapacidad tengan acceso a la variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta;(…)

³³² Informe del Relator Especial sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. A/HRC/22/53

³³³Comité de los derechos de las personas con discapacidad. CRPD/C/ECU/CO/1, párr.29

³³⁴VASQUEZ, Alberto. Ídem, p. 160.

³³⁵ Ibídem.

Más adelante desarrollaremos mejor el concepto de apoyo. Por ahora concluiremos indicando que el traslado a un centro de salud mental de manera involuntaria es una intromisión a la autonomía de las personas con deficiencias psicosociales, toda vez que limita su capacidad jurídica y su derecho a vivir en comunidad. Sin embargo, como veremos a continuación, la comisión de un hecho delictivo hace necesaria y legítima la intervención del Derecho penal; siempre que esta respete los límites trazados por los principios del Estado Constitucional de Derecho y, con él, los del modelo social de la discapacidad.

4.2.2. La doble finalidad copulativa: prevención general positiva y prevención de castigos informales y arbitrarios/ apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica

Como ya vimos, la persona con deficiencias psicosociales tiene derecho de decidir sobre su vida y de desarrollarse en comunidad, por lo que no puede ser obligado a vivir en un centro de salud mental. Sin embargo, ¿qué sucede cuando una persona con deficiencias psicosociales comete un hecho delictivo grave en un estado de inimputabilidad? ¿puede el Derecho penal negarse a intervenir frente a este tipo de actos?

Desde nuestro modo de ver las cosas, el Derecho penal debe reaccionar frente a estas transgresiones de la libertad, toda vez que de no hacerlo perdería su legitimidad como aparato de control social formal. Es decir, si el Derecho penal no reacciona frente a los actos cometidos por personas con deficiencias psicosociales en estado de inimputabilidad, la mayoría no desviada dejaría de sentirse protegida por el Derecho penal. Por este motivo es indispensable que el Derecho penal cumpla con el fin de prevención general positiva y asegure que la ciudadanía mantenga su confianza y convencimiento en el Derecho³³⁶. De este modo, Muñoz Conde reconoce acertadamente que la existencia de medidas de seguridad para inimputables “robustece” la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico³³⁷.

Ahora bien, si la ciudadanía pierde la confianza en el Estado Constitucional de Derecho, sería lógico esperar que se empiece a recurrir a mecanismos de autotutela. Así, las víctimas y la sociedad mayoritaria aplicarían mecanismos alternativos al Derecho penal para solución de conflictos. Estos mecanismos se manifestarían en castigos informales y arbitrarios que transgredirían los derechos fundamentales de las personas con deficiencias psicosociales

³³⁶ SILVA SANCHEZ, Jesús María. Ob. Cit., p. 231.

³³⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Penas y Medidas de Seguridad. Monismo “versus” Dualismo*. Ob. Cit., p. 5.

(como vimos en el capítulo 1, la eliminación del sujeto o su encierro perpetuo en lugares degradantes han constituido históricamente formas de reaccionar frente a estas personas). En consecuencia, la prevención general positiva también evita la comisión de castigos arbitrarios e informales en contra de las personas con deficiencias psicosociales.

Los dos fines antes descritos no deben ser separados, toda vez que como hemos indicado están fuertemente entrelazados. Por este motivo, consideramos que la primera finalidad que tiene el traslado a un centro de salud mental (que no implica la obligación de vivir en esa institución) es mantener la confianza de la ciudadanía en el Derecho (prevención general positiva) y evitar la comisión de castigos arbitrarios e informales en contra de las personas con deficiencias psicosociales.

Sin embargo, como bien lo ha señalado la “teoría de la unión”, los fines de una consecuencia jurídico-penal se materializan de manera distinta en los diferentes momentos en los que opera el Derecho penal³³⁸. Así, el fin de “prevención general y prevención de castigos informales y arbitrarios” se producirá en la etapa previa a la comisión del hecho delictivo. Dicho con otras palabras, la norma penal que regula la medida de seguridad de traslado a un centro de salud mental le comunicará a la sociedad que el Derecho penal reaccionará frente a los actos graves contra las libertades ajenas cometidos por los inimputables. Por lo que confirmará el sentimiento de seguridad y confianza en el ordenamiento jurídico. Y así evitará los castigos arbitrarios e informales.

Por otro lado, en los momentos de determinación y ejecución de la medida de seguridad se ven recubiertos por otro fin. A primera vista podría parecer que ese otro fin es el terapéutico. Sin embargo, hemos visto ya que este fin resulta inválido por ser contrario a la Convención. Por esta razón es necesario optar por otro mecanismo de integración social. Sobre esto, Terradillos Basoco indicó en 1984 lo siguiente:

“(…) es un paso imprescindible renunciar a la ideología del tratamiento de origen psiquiátrico, reemplazándola por un modelo social científico. Si el tratamiento en establecimiento es, por su propia naturaleza, artificial e ineficaz, debe ser sustituido por el concepto de comunidad que resuelve problemas. Se trata de un intento superador de la vieja concepción lombrosiana del delincuente como el otro, que no puede ser ignorado

³³⁸ ROXIN, Claus. *Cambios de la teoría de los fines de la pena*. Loc. Cit.

si se quiere que la resocialización o, mucho más frecuentemente, la socialización, sea verdadero medio de integración y no tosco instrumento de control”³³⁹

Esta segunda finalidad consiste en el apoyo a la capacidad jurídica. En este sentido, es preciso recordar que el modelo social de la discapacidad supone tener en cuenta que el ejercicio de la autonomía de todas las personas (incluyendo las personas sin discapacidad) requiere de asistencia y apoyos³⁴⁰. Así, Quinn afirma que los apoyos son necesarios para permitimos disfrutar nuestra capacidad jurídica³⁴¹. El sistema de apoyos no debe ser confundido con el de sustitución de la voluntad, toda vez que aquel a diferencia de este tiene por finalidad permitir y facilitar la toma de decisiones por parte de la personas en situación de discapacidad. De esta manera, el elemento que define al modelo de apoyos es el respeto a la voluntad y preferencias de la persona³⁴². Al respecto, la Convención establece lo siguiente en el artículo 12. 3:

“Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”:

¿Qué se entiende por apoyo desde el modelo social de discapacidad? El apoyo, a diferencia de la sustitución de voluntad, consiste en la asistencia que tiene por objetivo asegurar que la persona con deficiencias psicosociales puede llegar a toma decisiones³⁴³. Así, se permitirá el ejercicio de la capacidad jurídica de estas personas. Como vemos, el servicio médico brindado en el centro de salud mental no se orienta a curar a la persona y sustituir su voluntad hasta que este proceso concluya; por el contrario, supone asistir a la persona de manera que pueda superar la crisis (y no curarse) para que así puede ejercer su capacidad jurídica. En este sentido, el traslado a un centro de salud mental tiene que constituir un apoyo destinado a soporte psicosocial³⁴⁴. En otras palabras, la asistencia temporal en el centro de salud mental debe ayudar a la persona con deficiencias psicosociales a ejercer su capacidad jurídica del mismo modelo que lo hace una prótesis con una persona con deficiencias físicas³⁴⁵.

³³⁹ TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Sistema Penal y Estado de Derecho*. Ob. Cit., p. 26.

³⁴⁰ VASQUEZ, Alberto. Ob. Cit., p. 153

³⁴¹ QUINN, Gerard. Ob. Cit., p. 12.

³⁴² BARRIFFI, Francisco José. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. Madrid: Cermi, 2014, p. 368

³⁴³ Ídem, p. 369

³⁴⁴ CONDIÑO SOPA, José. *Un modelo de apoyos a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. En: CERMI. *Derecho y discapacidad*. In *Memoriam José Soto García- Camacho*. Madrid: Cermi, 2012, p. 206.

³⁴⁵ DE ASIS, Rafael. *Sobre la discapacidad y derechos humanos*. Ob. Cit., p. 104.

Lo antes señalado implica que el traslado a un centro de salud mental debe sujetarse a las características de una medida de apoyo. Así, se deberá ser capaz de respetar al máximo la autonomía de la persona con deficiencias psicosociales (especialmente ante tratamientos); ser permeable a los distintos tipos de deficiencias y a las circunstancias concretas de la persona; tener la menor duración posible y ser revisada periódicamente; y sacrificar en el menor grado posible los derechos de la persona³⁴⁶. En el capítulo 3 profundizaremos en el modelo de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica.

Por ahora podemos concluir que el fin de la medida de seguridad de traslado a un centro de salud mental debe tener una finalidad de prevención general positiva/ prevención de castigos arbitrarios e informales en contra de las personas con deficiencias psicosociales (que se concentra en la fase previa a la comisión del acto delictivo) y finalidad de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con deficiencias psicosociales (que se concentra en la fase de determinación y ejecución). Estamos ante una finalidad copulativa y no alternativa. Toda vez que sin la comisión de un hecho delictivo no se puede trasladar de manera involuntaria a una persona con deficiencias psicosociales a un centro de salud mental. Así, la comisión de un hecho delictivo genera la necesidad de cumplir una finalidad preventivo general positiva/ preventiva de castigos arbitrarios e informales. Sin embargo, el traslado al centro de salud no puede ser un mecanismo terapéutico de sustitución de voluntades, sino que debe estar limitado y enmarcado en el sistema de apoyo reconocido por la Convención.

³⁴⁶ Ídem, p. 105.

CAPÍTULO 3: La invalidez de la peligrosidad como criterio para la individualización judicial de la medida de seguridad de internamiento: crítica y propuesta a partir del modelo social de la discapacidad

1. Cuestiones Previas

1.1. Concepto de peligrosidad

La peligrosidad es reconocida como el motor del sistema penal para inimputables³⁴⁷. Sin embargo, el concepto de peligrosidad ha sido objeto de varias críticas. Así, Sotomayor señala que es una “noción misteriosa³⁴⁸”; mientras que Exner indica que la peligrosidad es un concepto “peligroso”³⁴⁹. Pero, ¿qué es la peligrosidad?

Como examinamos en el primer capítulo 1, la peligrosidad nació con el positivismo italiano. De esta manera, Garófalo llamó “temebilitá” a la perversidad constante y activa del delincuente que debía ser temida³⁵⁰. Posteriormente Ferri diferenció entre la peligrosidad social y la peligrosidad criminal³⁵¹. Como vimos antes, la peligrosidad social servía para identificar a los sujetos que tenían una “anormalidad fisiopsíquica” que, supuestamente, los hacía inadaptados para vivir libremente en comunidad³⁵². Esta peligrosidad no exigía comisión de delito, por lo que Ferri la llamó “peligro de delito”³⁵³. En cambio, la peligrosidad criminal se refería a la probabilidad de que un sujeto cometiera otro delito. Por este motivo Ferri la llamó “peligro de reincidencia”³⁵⁴.

Posteriormente, como consta en el capítulo 1, la peligrosidad social desapareció junto con las medidas de seguridad predelictuales y la aplicación del principio de legalidad a este tipo de consecuencias jurídicas. En esta medida, y hasta el día de hoy, la dogmática penal entiende a la peligrosidad como la probabilidad de que una persona vuelva a cometer hechos delictivos en el futuro³⁵⁵.

³⁴⁷ SOTOMAYOR, Juan Oberto. Ob. Cit., p. 136.

³⁴⁸ *Ibidem*.

³⁴⁹ ZIFFER, Patricia. Ob. Cit., p. 138.

³⁵⁰ GAROFALO, Rafael. Loc. Cit.

³⁵¹ FERRI. Ob. Cit., pp. 227-273.

³⁵² *Ibidem*, p. 272.

³⁵³ *Ibidem*, p. 276.

³⁵⁴ *Ibidem*

³⁵⁵ ZIFFER, Patricia. Ob. Cit., p. 137

No obstante, el concepto jurídico de peligrosidad antes visto no es el único. Sobre este punto, el psicólogo forense Andrés-Pueyo señala que la peligrosidad es un concepto riesgosamente polisémico, en tanto que tiene tres significados: probabilidad de reincidir (concepto jurídico); estado patológico (concepto forense) y gravedad del delito (criminología)³⁵⁶. Esta característica ha generado problemas en la aplicación de la peligrosidad, toda vez que el evaluador entremezcla muchas veces los conceptos antes mencionados³⁵⁷.

La presente investigación hará referencia a la peligrosidad como noción jurídica, excluyendo el concepto forense y criminológico. Este concepto tiene tres elementos importantes³⁵⁸. En primer lugar, se refiere a una cualidad de la persona. Es decir, una persona en particular es la que presenta la condición de peligroso³⁵⁹. En segundo lugar, es una calidad de la persona que se expresa como probabilidad de que se cometa un hecho en el futuro³⁶⁰. Finalmente, el hecho esperado es un comportamiento calificado como delito³⁶¹. La presente investigación no tiene por finalidad ahondar en lo que se debe entender por hecho delictivo en un sistema penal de inimputabilidad. Sin embargo, seguiremos la línea trazada por Silva Sánchez. Este autor señala lo siguiente:

“(…) el concepto de antijuricidad que constituye el presupuesto de la imposición de medidas de seguridad no presupone, como requisito necesario, la concurrencia efectiva de elemento subjetivo alguno (ni la voluntariedad de la acción, ni el dolo, ni otros elementos subjetivos); puede configurarse, pues, de modo estrictamente objetivo”³⁶²

Así, el concepto de delito aplicable a las medidas de seguridad será distinto al aplicable a las penas, ya que tiene un carácter puramente objetivo (se determina por la lesión objetivamente típica y no justificada de un bien jurídico penal)³⁶³. Esto es lógico, en la medida que estamos ante

³⁵⁶ ANDRÉS PUEYO, Antonio. *Peligrosidad Criminal: Análisis crítico de un concepto polisémico*. En: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Director). *Derecho Penal y Neurociencias*. Madrid: EDISOFER, 2013, pp. 492.

³⁵⁷ *Ibidem*.

³⁵⁸ HEGGLIN, María Florencia. *Ob. Cit.*, p. 93.

³⁵⁹ *Ibidem*.

³⁶⁰ *Ibidem*.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 95.

³⁶² SILVA SANCHEZ, Jesús María. *¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distintos de la imputabilidad?* En: *Normas y acciones en Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, pp. 128-129.

³⁶³ *Ibidem*, p. 127.

una consecuencia jurídica que supone la inimputabilidad y, por otro lado, porque tiene fines distintos a los de la pena³⁶⁴.

En resumen, para la presente investigación entenderemos por peligrosidad la probabilidad de que una persona vuelva a cometer un hecho delictivo en el futuro. Este concepto es conforme a lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; ente jurisdiccional internacional que señaló en el caso “Fermín Ramírez vs Guatemala” que la peligrosidad implica la apreciación del juzgador sobre la probabilidad de que el imputado cometa hechos delictivos en el futuro³⁶⁵.

1.2. Regulación de la peligrosidad en el ordenamiento jurídico-penal

La peligrosidad está regulada como presupuesto y criterio de individualización de la medida de seguridad. De este modo el artículo 72 del Código Penal señala que la medida de seguridad tendrá como requisito, además de la comisión del hecho delictivo, que del hecho y la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos. Por otro lado, el artículo 73 indica que las medidas de seguridad deben ser proporcionales con la peligrosidad delictual del agente, la gravedad del hecho antijurídico cometido y del que se podría cometer. Sin embargo, como ya vimos en el capítulo 1, la peligrosidad es el principal (y único en la realidad) criterio de determinación de la medida de seguridad de internamiento utilizado por la jurisprudencia³⁶⁶.

Ahora bien, el Código Procesal Penal de 2004 regula las vías de acceso y el procedimiento a través del cual se ordena una medida de seguridad. Este procedimiento recibe el nombre de proceso de seguridad. En este sentido, el numeral 2 del artículo 427 regula la importancia del perito, quien emitirá un informe sobre el estado de salud psicosocial del imputado. De acuerdo a Prado Saldarriaga, este informe pericial permite determinar la peligrosidad potencial del procesado³⁶⁷. Asimismo, el artículo 457 indica en su numeral 10 que la sentencia versará sobre la absolución o sobre la aplicación de una medida de seguridad. Si bien el texto legal es escueto,

³⁶⁴ Ídem., p. 129.

³⁶⁵ Corte IDH. Caso Fermín Ramírez vs Guatemala, de 20 de junio de 2005, párr. 95.

³⁶⁶ Ver: R.N. N° 3608-2014. Ejecutoria Suprema emitida el 27 de marzo de 2015 por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema/ Exp. N° 26-2009-SPN. Sentencia emitida por la Sala Penal Nacional el 07 de octubre de 2011, p. 122/ R.N. N° 104-2005. Ejecutoria Suprema emitida el 16 de marzo de 2005 por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

³⁶⁷ . PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Proceso Penal y Medidas de Internación*. Ob. Cit., p.62.

la doctrina reconoce que esta norma exige al juez pronunciarse sobre el pronóstico de peligrosidad derivado de la personalidad del autor³⁶⁸.

En las líneas anteriores hemos perfilado el concepto y la regulación nacional de la peligrosidad. Visto eso, el presente capítulo analizará las distintas formas de determinar la peligrosidad. También mostraremos las críticas hechas a estos métodos por su falta de certeza. Luego, describiremos la postura normativista encabezada por Ziffer y Frisch. Finalmente, tomaremos posición sobre la validez o invalidez de la peligrosidad como criterio de individualización de la llamada medida de seguridad de internamiento.

2. La peligrosidad y su análisis como método científico para pronosticar la comisión de delitos.

Desde las ciencias empíricas existen tres métodos a través de los cuales se puede pronosticar la comisión futura de delitos: el método clínico puro o no estructurado, el método clínico estructurado y el método estadístico o actuarial. En las líneas siguientes expondremos los rasgos principales de estos métodos de análisis. Cabe señalar que la descripción realizada no implica toma de postura alguna.

2.1. Método clínico puro o no estructurado

2.1.1. Descripción del método clínico puro o no estructurado

En primer lugar, el método clínico puro o no estructurado es un procedimiento que consiste en la predicción de peligrosidad realizada por un experto basándose únicamente en su conocimiento y experiencia personales sin sujetarse a ningún protocolo estable o norma fija³⁶⁹. De esta manera, el especialista tiene la libertad para valorar los factores que considere importantes y adecuados³⁷⁰. Dicho con otras palabras, su premisa es la discrecionalidad del evaluador al realizar la pericia y al emitir su diagnóstico³⁷¹.

³⁶⁸ Idem. p. 63.

³⁶⁹ MARTINEZ GARAY, Lucía. *La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad*. En: Revista para el Análisis del Derecho, Indret. Barcelona, Abril de 2014. Disponible en: www.indret.com. Revisado el 10 de junio de 2015, p.15. Así también: ZIFFER, Patricia. Ob. Cit., p. 157.

³⁷⁰ MARTINEZ GARAY, Lucía. Loc. Cit.

³⁷¹ ZIFFER, Patricia. Loc. Cit.

Se pueden identificar dos clases de métodos clínicos no estructurados a partir de las herramientas utilizadas:

- Método intuitivo: el juicio se realiza por un especialista, quien emite un diagnóstico basado en su impresión subjetiva y su experiencia, sin efectuar un análisis detallado de los diversos factores analizables³⁷².
- Método clínico no estructurado en sentido estricto: estudio detallado del sujeto a través de tests u otros instrumentos objetivos de evaluación pero sin seguir un protocolo, regla o estándar objetivo³⁷³. Así, el especialista dice qué herramientas utilizó y qué elementos analizó a partir de su experiencia como evaluador³⁷⁴.

Los peritos que utilizan el método clínico no estructurado en sentido estricto usualmente se valen de dos estrategias para determinar la peligrosidad: la técnica clínico-forense y la técnica de clasificación tipológica realizada por medio de perfiles delictivos³⁷⁵. La primera técnica determina la peligrosidad a partir de un diagnóstico médico que toma en cuenta dos aspectos: la capacidad criminal y la inadaptación social³⁷⁶. La capacidad criminal consiste en identificar que el sujeto tenga capacidad de hacer daño (llamada nocividad) y ausencia de miedo de hacer daño (llamada intimidabilidad)³⁷⁷. Este aspecto se determina a través de la presencia de cuatro rasgos en la personalidad del individuo: agresividad, indiferencia afectiva, egocentrismo y labilidad afectiva³⁷⁸. Por otro lado, la inadaptación social se registra a través de la valoración del nivel de ajuste personal al entorno familiar, escolar, laboral y social en general³⁷⁹. De esta manera, la evaluación de estos dos aspectos en el individuo permite al perito identificar la peligrosidad y, así, abrir paso a la aplicación de la medida de seguridad³⁸⁰. Como vemos, este método no cuenta con ningún protocolo o guía que explique al evaluador cómo analizar la personalidad del agente y su

³⁷² MARTINEZ GARAY, Lucía .Loc. Cit.

³⁷³ *Ibidem*.

³⁷⁴ *Ibidem*.

³⁷⁵ ANDRÉS PUEYO, Antonio y Enrique ECHEBURÚA. *Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación*. En: *Psicothema* 2010. Vol. 22, n3, p. 404. Así también: ANDRES PUEYO, Antonio. *Evaluación del riesgo de violencia*. Madrid: CEJ, 2007, p. 14. Disponible en: [http://www.ub.edu/geav/contenidos/vinculos/publicaciones/public1_6/publicac_pdf/1_1%20Andr%C3%A9s%20Pueyo,%20A%20y%20Echeburria,%20E%20\(2010\).pdf](http://www.ub.edu/geav/contenidos/vinculos/publicaciones/public1_6/publicac_pdf/1_1%20Andr%C3%A9s%20Pueyo,%20A%20y%20Echeburria,%20E%20(2010).pdf). Revisado el 01 de setiembre de 2015.

³⁷⁶ *Ibidem*.

³⁷⁷ *Ibidem*.

³⁷⁸ *Ibidem*.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 14-15.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 15.

adaptación social. Será el evaluador quien determine, a partir de su experiencia, la metodología a seguir.

Como señalamos en el párrafo anterior, la otra estrategia empleada es la clasificación a partir de perfiles delictivos. Esta técnica es muy popular, a pesar de su poca predictibilidad³⁸¹. A través de ella, el evaluador revisa un perfil delictivo que manifiesta un modelo prototípico de agresor o delincuente (el perfil del agresor sexual, del agresor de pareja, etc.)³⁸². Este perfil está compuesto por determinadas características psicológicas, sociales y biográficas que, supuestamente, le pertenecen a determinado perfil criminal³⁸³. Así, cuando el evaluador se enfrenta a un caso concreto solo debe identificar las características que le pertenecen a determinado perfil criminal³⁸⁴. Aquí tampoco se tiene reglas explícitas o protocolos que indiquen cómo procesar la información³⁸⁵.

2.1.2. Críticas al método clínico puro o no estructurado

El método clínico no estructurado le proporciona al perito libertad para elegir los mecanismos y métodos para evaluar la peligrosidad. Esto ha provocado que la peligrosidad se determine a partir de perfiles delictivos y métodos poco rigurosos. Estos métodos han sido duramente criticados por la psicología forense. A continuación nos aproximaremos a esas críticas.

La primera crítica es que estas fórmulas para evaluar la peligrosidad se centran en el individuo y su personalidad. Este error es respaldado por legislaciones como la nuestra que señalan que la peligrosidad se obtiene del hecho (evaluado por el juez) y la personalidad del autor (evaluado por el perito)³⁸⁶. El efecto inmediato de esta premisa es que se utilicen mecanismos imprecisos que se centren en la personalidad del delincuente (como la técnica clínico forense) y que, por tanto, vuelvan difusos los límites con las deficiencias psicosociales³⁸⁷. En este sentido, tal como hemos visto en el capítulo 1, nuestra jurisprudencia, avalada en pericias realizadas a través del método clínico no estructurado, suelen homologar deficiencia psicosocial con peligrosidad.

³⁸¹ ANDRÉS PUEYO, Antonio y Enrique ECHEBURÚA. Loc. Cit.

³⁸² ANDRÉS PUEYO, Antonio. *Evaluación del riesgo de violencia*. Loc. Cit.

³⁸³ *Ibidem*.

³⁸⁴ *Ibidem*.

³⁸⁵ *Ibidem*.

³⁸⁶ Esta idea ha sido plasmada en el artículo 72 del Código Penal

³⁸⁷ ANDRÉS PUEYO, Antonio. *Peligrosidad Criminal: Análisis crítico de un concepto polisémico*. Ob. Cit., p. 496.

En efecto, el método clínico no estructurado suele ignorar el hecho de que la violencia (elemento que, a fin de cuentas, se busca predecir con la peligrosidad) es un fenómeno interpersonal y social que exige analizar factores individuales estáticos y factores dinámicos y sociales con la misma profundidad³⁸⁸. Además, la focalización en criterios individuales de la persona permite que la peligrosidad sea tomada como una característica inmutable³⁸⁹. Es decir, al ser muchos de los criterios individuales inmodificables (las deficiencias psicosociales; sobre todo), se considera que el sujeto es latente y perpetuamente peligroso. Cabe señalar que esto se agrava por el hecho de que los resultados de este método son del tipo todo/nada, toda vez que alguien es considerado peligroso o no peligroso³⁹⁰. En tal sentido, la peligrosidad, al pertenecer a la personalidad del individuo, se transforma en un criterio que lo define, en una sinécdoque.

Asimismo, el subjetivismo que caracteriza a este método provoca efectos estigmatizantes³⁹¹. Así, al considerarse que la peligrosidad es un atributo estático de la persona, la atribución negativa se dirige a la misma persona³⁹². De esta manera, el método clínico no estructurado permite que el estereotipo de que las personas con deficiencias psicosociales son malvadas, violentas y peligrosas³⁹³ se perpetúe en el tiempo. En esta línea, Arbach y Andrés-Pueyo indican lo siguiente:

“En la actualidad un aspecto central del estereotipo de enfermedad mental es la peligrosidad y resulta clave para el estigma y la discriminación que sufren las personas con trastornos mentales. Muchas personas atribuyen a las personas con trastorno mental un elevado riesgo de comportamiento violento, se las percibe como impredecibles y peligrosas, propensas a manifestar comportamiento impulsivo, agresivos y socialmente inadecuados (...)”³⁹⁴

³⁸⁸Ibidem, p.497.

³⁸⁹Ibidem.

³⁹⁰ ANDRÉS PUEYO, Antonio y Enrique ECHEBURÚA. Loc. Cit.

³⁹¹ ANDRÉS PUEYO, Antonio. *Peligrosidad Criminal: Análisis crítico de un concepto polisémico*. Ob. Cit, p. 500.

³⁹² Ibidem.

³⁹³MUÑOZ, Manuel; PÉREZ SANTOS, Eloisa; CRESPO, María; y Ana Isabel GUILLÉN. *Estigma y enfermedad mental. Análisis del rechazo social que sufren las personas con enfermedad mental*. Madrid: Editorial Complutense, 2009, p. 13. Así también: JIMENEZ SANDOVAL, Rodrigo. Ob. Cit.,p.11.

³⁹⁴ ARBACH, Karin y Antonio ANDRÉS PUEYO. *Valoración del riesgo de violencia en enfermos mental con el HCR-20*. En: Papeles del Psicólogo, 2007. Vol. 28 (3), p. 175. Disponible en: www.cop.es/papeles Revisado el 13 de julio de 2015.

Un tercer problema que presentan estos métodos es su difícil operatividad³⁹⁵. En esta medida, Andrés Pueyo señala que este problema se debe a que ni el juez ni el psiquiatra ni el psicólogo saben qué debe entenderse por peligrosidad³⁹⁶. Eso provoca que el modo de proceder del perito sea muy subjetivo³⁹⁷. Andrés Pueyo, citando a Steadman, señala lo siguiente:

“Se cree que los perfiles de personalidad, los síntomas psicopatológicos, la biografía de inadaptación social y los antecedentes delictivos identifican sin error a los delincuentes peligrosos, pero esta creencia no es muy realista y hoy está cada vez más cuestionada”³⁹⁸.

Asociado a lo antes dicho, Andrés Pueyo cita varios estudios recientes que revelan que los niveles de acierto de los juicios clínicos no estructurados de peligrosidad superan al azar en porcentajes muy reducidos (del 8 al 10 %) ³⁹⁹. En el caso del uso de perfiles delictivos esto se produce porque muchos individuos que reinciden en un hecho delictivo determinado no se ajustan al perfil prototípico⁴⁰⁰. Por este motivo, esta estrategia es una de las que ocasiona más errores. Así, Andrés Pueyo señala que “el éxito aparente de esta estrategia contrasta con su baja precisión predictiva y no es muy recomendable su uso”⁴⁰¹.

Dicho con otras palabras, la determinación de la peligrosidad a través del método clínico puro implica una capacidad de predicción limitada y origina dos tipos de errores: falsos negativos, sujetos que son valorados como no peligrosos pero luego cometen un conducta violenta, y falsos positivos, sujetos considerados como peligrosos que nunca llegan a cometer conductas violentas⁴⁰².

Como vemos, la legitimidad del método clínico puro o no estructurado depende de la experiencia del experto clínico que realiza la valoración de manera subjetiva; esto ha producido que la fiabilidad del método sea baja y que produzca errores y efectos estigmatizantes⁴⁰³.

³⁹⁵ ANDRÉS PUEYO, Antonio. *Peligrosidad Criminal: Análisis crítico de un concepto polisémico*. Ob. Cit., p. 498.

³⁹⁶ *Ibidem*.

³⁹⁷ *Ibidem*.

³⁹⁸ *Ibidem*.

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 499.

⁴⁰⁰ ANDRÉS PUEYO, Antonio. *Evaluación del riesgo de violencia*. Loc. Cit.

⁴⁰¹ *Ibidem*.

⁴⁰² ANDRÉS PUEYO, Antonio y Enrique ECHEBURÚA. Ob. Cit. , p. 404.

⁴⁰³ Esto implicaría la violación de la obligación del Estado de luchar contra los estereotipos y prejuicios nocivos para las personas con discapacidad. Esta obligación se encuentra en el artículo 8.b. de la Convención

2.2. Método estadístico o actuarial

2.2.1. Descripción del método estadístico o actuarial

En segundo lugar se encuentran los métodos estadísticos o de valoración actuarial. Estos métodos no trabajan con el concepto de peligrosidad, toda vez que este es considerado confuso y no científico⁴⁰⁴. Así, sustituyen la peligrosidad por la valoración del riesgo de violencia⁴⁰⁵. Este concepto, a diferencia de la peligrosidad, no lleva a resultados “todo o nada” (o es peligroso o no es peligroso), sino a resultados graduables y re-evaluables⁴⁰⁶.

Asimismo, este método reconoce que la violencia es un fenómeno heterogéneo. Es decir, hay varios tipos de violencia que se pueden clasificar de acuerdo a diferentes criterios; tales como la manera en qué se ejerce la violencia (física, psicológica, sexual, económica), las características del agresor (joven, adulto, mujer, niño), de la víctima (género, maltrato infantil, robo violento, etc.), de la relación entre agresor y víctima (bullying, laboral, familiar ,etc.)⁴⁰⁷. En esta línea, el método actuarial diseñará procedimientos específicos para predecir comportamientos violentos específicos en una sociedad determinada⁴⁰⁸.

Conforme a lo antes mencionado, los métodos estadísticos parten de la creación de instrumentos de valoración del riesgo de conductas violentas específicas⁴⁰⁹. Por tanto, la explicación de estos métodos implica la aproximación a dos momentos: la creación de los instrumentos de medición y la aplicación de dichos instrumentos.

La creación de los instrumentos actuariales inicia con el desarrollo de investigaciones empíricas en grupos de personas que han reincidido en la comisión de determinado hecho violento⁴¹⁰. En estas investigaciones, se identifican factores o elementos que están presentes en este grupo de personas. Cabe indicar que no se busca encontrar las causas del riesgo de violencia, sino la presencia de un factor o suma de factores que están presentes en los sujetos que conforman la

⁴⁰⁴ HEGGLIN, María Florencia. Ob. Cit., p. 80.

⁴⁰⁵ ANDRÉS PUEYO, Antonio y Enrique ECHEBURÚA. Loc. Cit.

⁴⁰⁶ *Ibidem*.

⁴⁰⁷ ANDRÉS PUEYO, Antonio y Santiago REDONDO ILLESCAS. Ob.Cit. p. 160.

⁴⁰⁸ ANDRÉS PUEYO, Antonio y Enrique ECHEBURÚA. Ob. Cit., p. 405.

⁴⁰⁹ ANDRÉS PUEYO, Antonio. *Evaluación del riesgo de violencia*. Ob. Cit.,p. 16.

⁴¹⁰ ANDRÉS PUEYO, Antonio y Enrique ECHEBURÚA. Ob. Cit., p. 404. Así también: ANDRÉS PUEYO, Antonio. *Evaluación del riesgo de violencia*. Ob. Cit. p. 16.

muestra⁴¹¹. El motivo por el cual no se buscan las razones de la violencia es que se asume que esta es multicausal⁴¹². Es decir, esta se produce de acuerdo a un número incierto de variables que no pueden ser identificadas. Sin embargo, sí es posible identificar los factores de riesgo asociados a determinado tipo de violencia⁴¹³. Los factores de riesgo pueden dividirse en externos e internos⁴¹⁴. Los externos están compuestos por pérdidas o ausencias significativas y la falta de soportes o apoyos⁴¹⁵. El riesgo aumentará cuanto más aguda sea la pérdida o falta de soportes (por ejemplo: pérdida de familia, ausencia de amigos y de terapeuta). En cambio, los factores de riesgo interno incluyen las condiciones que disminuyen el control de conductas impulsivas (consumo de drogas, deficiencias intelectuales y, especialmente, psicosociales en general)⁴¹⁶. A estos se agregan también las creencias particulares del sujeto (por ejemplo, creencias religiosas)⁴¹⁷.

Ahora bien, este método parte de considerar que estos factores están asociados estadísticamente (y no causalmente) con el riesgo de volver a cometer hechos violentos. Estos factores son colocados en una tabla a manera de ítems⁴¹⁸. Cada factor recibe un peso o valor probabilístico⁴¹⁹. Por último, se crean protocolos que señalan cómo obtener la información en el caso individual⁴²⁰. Es decir, pautas para que el evaluador pueda decir si determinado ítem está o no presente en el caso concreto⁴²¹.

Ya en la aplicación de los instrumentos, el evaluador debe realizar las entrevistas y la revisión de expedientes⁴²². Aquí, los protocolos elaborados exigen que el psicólogo o psiquiatra realice un registro cuidadoso y detallado de todos los datos relevantes de la historia personal, especialmente de las características contenidas en los listados de factores de riesgo⁴²³. Una vez registrada toda la información en los ítems, se le adjudica a cada característica un valor determinado de acuerdo al protocolo. Finalmente, las cifras son combinadas y mediante un

⁴¹¹ MARTINEZ GARAY, Lucía. Ob. Cit, p. 16.

⁴¹² *Ibidem*.

⁴¹³ ANDRÉS PUEYO, Antonio y Santiago REDONDO ILLESCAS. Ob. Cit., p. 161.

⁴¹⁴ HEGGLIN, María Florencia. Ob. Cit., p. 78.

⁴¹⁵ *Ibidem*

⁴¹⁶ *Ídem*, p. 79.

⁴¹⁷ *Ibidem*.

⁴¹⁸ MARTINEZ GARAY, Lucía. Loc. Cit.

⁴¹⁹ ANDRÉS PUEYO, Antonio y Enrique ECHEBURÚA. Ob. Cit, p. 405.

⁴²⁰ MARTINEZ GARAY, Lucía. Ob. Cit, p. 17

⁴²¹ ANDRÉS PUEYO, Antonio y Santiago REDONDO ILLESCAS. Loc. Cit.

⁴²² ANDRÉS PUEYO, Antonio y Enrique ECHEBURÚA. Ob. Cit, p. 405.

⁴²³ ANDRES PUEYO, Antonio. *Evaluación del riesgo de violencia*. Loc. Cit.

algoritmo estadístico se obtiene un resultado probabilístico determinado⁴²⁴. En palabras de Andrés Pueyo, el diagnóstico final se obtiene de la siguiente manera:

“Así, y por medio de 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”⁴²⁵:

2.2.2. Críticas al método estadístico o actuarial

Los métodos estadísticos o actuariales tienen varias limitaciones. La crítica más importante es realizada en contra de la metodología empleada. Así, autoras como Martínez Garay recuerdan que los métodos estadísticos trasladan resultados obtenidos de investigaciones grupales a la predicción de comportamientos individuales⁴²⁶. Estudios recientes afirman categóricamente que la información aplicada a casos concretos concluye en resultados errados, toda vez que la probabilidad de reincidencia para un individuo concreto no coincide a los valores medios del grupo⁴²⁷. La citada autora recuerda que este problema ha provocado que la jurisprudencia alemana indique que el resultado de los métodos actuariales no puede ser nunca suficiente para concluir que es probable que un sujeto en particular vuelva a cometer un hecho delictivo⁴²⁸.

Lo dicho antes tiene sentido si se toma en cuenta que la elaboración de las tablas actuariales implica que el evaluador elija determinados datos o situaciones sobre otros elementos que quedan excluidos⁴²⁹. Ello sin percatarse que estos elementos, en el caso individual o particular, pueden tener mayor valor. Y es que, en todo caso, los factores seleccionados son solo síntomas generales conductas violentas, y no factores causales⁴³⁰. Este hecho, que como vimos es admitido por los defensores de este método, provoca un severo límite en su aplicación.

⁴²⁴ MARTINEZ GARAY, Lucía. Ob. Cit, p. 16.

⁴²⁵ ANDRES PUEYO, Antonio. *Evaluación del riesgo de violencia*. Loc. Cit.

⁴²⁶ MARTINEZ GARAY, Lucía. Ob. Cit., p. 40.

⁴²⁷ Ídem, pp. 40-41

⁴²⁸ Ibídem, pp. 16-17.

⁴²⁹ HEGGLIN, María Florencia. Ob. Cit., p. 83

⁴³⁰ Ibídem.

Además, desde el plano de la lógica, este tipo de presunción resulta en la falacia de la división⁴³¹. De este modo, se infiere indebidamente que algo es verdadero acerca de una o varias partes de un todo porque es verdadero acerca del compuesto del que forma parte⁴³². Dicho con otras palabras, que un grupo de individuos (como las personas con deficiencias psicosociales, los drogodependientes o las personas en situación de pobreza) tengan una probabilidad más alta de reincidir en la comisión de un delito no implica necesariamente que una persona en particular que forma parte de este grupo va a cometer un hecho delictivo en el futuro.

Finalmente, otro límite es que, como ya vimos, los protocolos actuariales se construyen para determinado comportamiento violento en una población determinada⁴³³. En este sentido, el riesgo de error será mayor cuanto mayor sea la heterogeneidad de los individuos dentro del grupo, lo que suele ocurrir en varios casos⁴³⁴. Esto implica que si se quiere aplicar un método como este en el Perú se debe crear distintos métodos actuariales para distintos grupos sociales y para distintos tipos de violencia; que pueden ser clasificadas por la manera en qué se ejerce (física, psicológica, sexual, económica), las características del agresor (joven, adulto, adulto mayor, varón, mujer, niño, etc.), de la víctima y de la relación entre ambos⁴³⁵. Esto provoca que el método actuarial sea sumamente complejo requiriendo varias investigaciones previas y una alta especialización del perito evaluador.

2.3. Método clínico estructurado o clínico actuarial.

2.3.1. Descripción del método clínico estructurado o clínico actuarial

En tercer lugar se encuentra el método clínico estructurado, también conocido como instrumento de la tercera generación⁴³⁶. Al igual que los métodos actuariales, contienen listas de ítems o factores de riesgo y protocolos sobre la forma en la que se debe analizar la información recogida⁴³⁷. Además, el método clínico estructurado también parte por analizar la violencia como fenómeno analizable; admitiendo que tiene una naturaleza compleja y heterogénea, por lo que

⁴³¹ MARTINEZ GARAY, Lucía. Ob. Cit., p.42.

⁴³² *Ibidem*, p.42.

⁴³³ ANDRÉS PUEYO, Antonio y Enrique ECHEBURÚA. Loc. Cit.

⁴³⁴ *Ibidem*.

⁴³⁵ ANDRÉS PUEYO, Antonio y Santiago REDONDO ILLESCAS. Ob. Cit., p.165.

⁴³⁶ MARTINEZ GARAY, Lucía. Loc. Cit.

⁴³⁷ *Ibidem*.

es difícil su predicción⁴³⁸. Por tanto, es necesario tomar en cuenta criterios estáticos (como la personalidad del individuo), pero también factores dinámicos y sociales⁴³⁹.

Sin embargo, este método tiene una diferencia fundamental con las herramientas meramente actuariales. 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 extraordinaria⁴⁴⁰. En otras palabras, el método clínico actuarial tiene naturaleza mixta, en tanto que los protocolos o guías de valoración del riesgo incluyen tablas de actuarios y pautas sobre el modo en que se debe reunir la información; sin embargo no introducen restricciones ni orientaciones sobre cómo arribar a los resultados finales⁴⁴¹.

Ahora bien, existen una diversidad de guías y protocolos; todas ellas creadas para distintos tipos de personas. ¿Cuál es la aplicable para el caso de personas con deficiencias psicosociales? Según una investigación de Arbach y Andrés Pueyo, la guía HCR-20 (Historal Clinic Risk Management según sus siglas en inglés) es la más idónea para predecir el riesgo de violencia en estos casos⁴⁴². Según estos autores, existe evidencia empírica disponible que permite concluir que las personas con deficiencias psicosociales muestran tasas mayores de conducta violenta que las personas sin estas deficiencias (aunque existen factores como la pobreza que tienen tasas aún mayores)⁴⁴³.

Frente a esta realidad, el HCR-20 constituye un guía aplicable a estas personas⁴⁴⁴. Esta guía permite realizar una evaluación personalizada orientada al manejo preventivo mediante la consideración de veinte factores de riesgo seleccionados por su asociación; a partir de la bibliografía científica y profesional, así como de consultas realizadas a profesionales de la salud mental⁴⁴⁵. El HCR-20 contiene tres escalas de factores o ítems que veremos a continuación⁴⁴⁶:

Ítems que valora el HCR-20

⁴³⁸ ANDRÉS PUEYO, Antonio y Santiago REDONDO ILLESCAS. Ob. Cit., pp. 160-161.

⁴³⁹ Ídem, pp. 164 -165

⁴⁴⁰ MARTINEZ GARAY, Lucía. Loc. Cit.

⁴⁴¹ ANDRES PUEYO, Antonio. *Evaluación del riesgo de violencia*. Ob. Cit. ,p.18.

⁴⁴² ARBACH, Karin y Antonio ANDRÉS PUEYO. *Valoración del riesgo de violencia en enfermos mental con el HCR-20*. Ob. Cit.,p. 175.

⁴⁴³ Ídem., p. 179.

⁴⁴⁴ 180

⁴⁴⁵ 181

⁴⁴⁶ Ibídem.

Ítems Históricos

- H1: Violencia previa
- H2: Edad del primer incidente violento
- H3: Relaciones inestables de pareja
- H4: Problemas relacionados con el empleo
- H5: Problemas con el consumo de sustancias adictivas
- H6: Trastorno mental grave
- H7: Psicopatía
- H8: Desajuste juvenil
- H9: Trastorno de personalidad
- H10: Incumplimiento de supervisión

Ítems Clínicos

- C1: Falta de insight
- C2: Actitudes negativas
- C3: Presencia actual de síntomas de trastorno mental grave
- C4: Impulsividad
- C5: No responde al tratamiento

Ítems de Gestión de Riesgo

- R1: Ausencia de planes de futuro viables
- R2: Exposición de factores desestabilizantes
- R3: Carencia de apoyo social
- R4: Incumplimiento a los tratamientos prescritos
- R5: Estrés

La información antes señalada es obtenida del historial clínico o la documentación disponible, además de las entrevistas realizadas al sujeto. Ahora bien, la administración de esta guía requiere de un entrenamiento específico del evaluador, además de juicio, capacidad profesional y familiaridad con la bibliografía sobre la naturaleza de los métodos clínicos estructurados.

De acuerdo a los autores antes señalados, esta guía ha mostrado validez predictiva⁴⁴⁷. Así, Arbach y Andrés-Pueyo señalan lo siguiente:

⁴⁴⁷ *Ibidem*.

“(....) el HCR-20 alcanzó un porcentaje de sujetos clasificados correctamente que varió entre 75% y 77.5%, lo que permite afirmar que el poder de clasificación es moderado a alto y mejora notablemente la predicción hecha al azar”⁴⁴⁸.

2.3.2. Críticas al método clínico estructurado o clínico actuarial

La propuesta del método clínico estructurado es la que parece tener más aciertos y menor subjetividad. Sin embargo, en una reciente publicación la profesora Lucía Martínez Garay ha mostrado los problemas probabilísticos de estos métodos⁴⁴⁹. Esta autora demuestra a través del análisis de diversas investigaciones que todo método que se base en el sistema actuarial (como la valoración del riesgo realizada con el HCR-20) también tiene limitaciones. Es preciso señalar que las investigaciones realizadas por la profesora Martínez Garay abarcan varias guías de valoración del riesgo, incluyendo el HCR-20⁴⁵⁰.

Los defensores de los métodos clínico actuariales, principalmente en los países anglosajones, consideran que actualmente existen instrumentos modernos que permiten ofrecer estimaciones fiables sobre el peligro de reincidencia⁴⁵¹. Sin embargo, es importante señalar que existe otro sector de la literatura (principalmente alemana) que considera que no estamos hoy mucho mejor en cuanto a la posibilidad de predecir el comportamiento violento o criminal de lo que estábamos hace treinta años⁴⁵².

En esta línea, Martínez Garay indica que los últimos avances en psicología forense, realizados por la aplicación del método clínico estructurado, no radican tanto en una mejora notable de la capacidad predictiva de estos nuevos instrumentos respecto a la capacidad de alcanzar el juicio clínico, sino que ofrecen una fiabilidad, inteligibilidad y transparencia mayores al ser conscientes de las limitaciones y los márgenes de error de sus predicciones⁴⁵³. Es decir, los avances del método clínico estructurado radican en admitir los límites de toda técnica de pronóstico futuro de comisión de delitos: la dificultad de pronosticar un fenómeno complejo y heterogéneo; la

⁴⁴⁸ Ídem. , p.182

⁴⁴⁹ MARTINEZ GARAY, Lucía. *La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad*. Loc. Cit.

⁴⁵⁰ Ídem, p. 38.

⁴⁵¹ Ídem, p. 27.

⁴⁵² Ídem, p. 28.

⁴⁵³ Ibídem.

imposibilidad de encontrar causas y por lo tanto la necesidad de recurrir a factores; y la imposibilidad de dar un resultado todo/nada, lo que lleva a un resultado estimatorio revisable.

A pesar de ello, el método clínico estructurado mantiene serias limitaciones que se traducen en sus resultados. En primer lugar, al utilizar tablas de factores repite el problema ya descrito con el método actuarial. Así, se traslada resultados grupales a la predicción de comportamientos individuales, sin tomar en cuenta que los factores elegidos muchas veces no son relevantes en el caso concreto y que los factores excluidos si pueden ser importantes frente al individuo en concreto. De esta manera, se asume que el método es válido para el caso concreto porque es válido para un grupo de personas.

Por otro lado, se le critica a este método el que su supuesta fiabilidad se basa en el criterio de “sensibilidad” y no en el de “valor predictivo”. La “sensibilidad” es la capacidad del instrumento para detectar a las personas que tienen las características que se buscan (delincuentes que sí reincidan)⁴⁵⁴. Así, la “sensibilidad” mide cuántos sujetos de los que reincidieron o no lo hicieron habían sido identificados correctamente por el instrumento. En otras palabras, la “sensibilidad” se obtiene de la siguiente manera:

- i. Se identifica un grupo “A” de personas que delinquen. 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.

Es decir, el método tendrá una alta “sensibilidad” si acierta en la mayoría de los casos; esto es aplicado por varias guías utilizadas por método clínico no estructurado⁴⁵⁵. En cambio, el “valor predictivo” mide cuántos sujetos de los que el instrumento predijo como futuros reincidentes después lo fueron o no⁴⁵⁶. El proceso para determinar el “valor predictivo” sería el siguiente:

⁴⁵⁴ *Ibidem*.

⁴⁵⁵ *Ibidem*.

⁴⁵⁶ *Ibidem*.

- i. Se identifica un grupo “A” de personas que delinquen. 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 cuando menor sea el porcentaje de personas calificadas erradamente como “peligrosas” o con pronóstico futuro de reincidencia.

La diferencia es trascendente, ya que una alta “sensibilidad” puede coexistir con un bajo “valor predictivo” de instrumentos si se tiende a sobreestimar la peligrosidad⁴⁵⁷. Así, muchas personas son calificadas correctamente como futuros reincidentes, pero esto ocurre con los costos de incluir además a muchos que en realidad no reinciden, resultando un valor predictivo bajo⁴⁵⁸.

Relacionado a lo antes señalado, Martínez Garay identifica una tercera crítica. Así, la referida autora señala que estos métodos tiene un margen de error alto frente a los falsos positivos⁴⁵⁹. Es decir, existen varios casos en los que la calificación de alguien como “peligroso” o con pronóstico positivo de reincidencia es errada, toda vez que la persona no vuelve a delinquir. Y es que en la psicología forense existe una fórmula (llamada fórmula de Bayes) de acuerdo a la cual los falsos positivos serán mayores cuanto la tasa de prevalencia sea menor⁴⁶⁰.

En el caso de los actos violentos, ya hemos dicho que estamos ante un fenómeno poco frecuente. Además, los casos de crímenes cometidos por las personas con deficiencias psicosociales, si bien tienen una prevalencia mayor que la de personas sin deficiencias psicosociales (aunque, como ya dijimos, menor que otros factores como la pobreza), son infrecuentes en general, como los propios defensores del método clínico estructurado admiten⁴⁶¹. En este sentido, es esperable que exista un margen alto de falsos positivos.

Otra crítica consiste en que varios de los estudios de validación de las investigaciones que respaldan este método no han respetado las características esenciales de los estudios

⁴⁵⁷ Ídem, p. 29.

⁴⁵⁸ Íbidem.

⁴⁵⁹ Íbidem..

⁴⁶⁰ Ídem, p. 30.

⁴⁶¹ ANDRÉS PUEYO, Antonio. *Peligrosidad Criminal: Análisis crítico de un concepto polisémico*. Ob. Cit, p. 495.

originales⁴⁶². Esto le resta solidez a argumentos que defienden el método clínico estructurado como técnica certeza medición del riesgo de violencia en el futuro⁴⁶³.

Finalmente, Martínez Garay admite que existen estudios que muestran algunos instrumentos con valores predictivos positivos que superan el azar (0,5), como el HCR-20, cuya mediana respecto al valor predictivo es 0,71⁴⁶⁴. Sin embargo, existen otras investigaciones que consideran que los mismos instrumentos (incluido el HCR-20) alcanzan valores predictivos menores al azar (0,41)⁴⁶⁵. Además, Martínez Garay recuerda que estos métodos utilizan la mediana para estimar su certeza, a pesar de que ello invisibiliza los casos que se encuentran en el margen inferior. Así, guías como el HCR-20 que tienen un alto valor predictivo a partir de su mediana (0,71 de acuerdo a los trabajos más optimistas), llegan a tener en el margen inferior un valor de predictibilidad de 0.55 (45% de margen error, y solo 5% más que el azar)⁴⁶⁶. Esto es sumamente grave, toda vez que la mayoría de casos reales no se ubican en la mediana, sino en los márgenes mínimos y máximos⁴⁶⁷.

Finalmente, la decisión del perito de marcar el punto de corte sobre lo que es considerado riesgo alto o riesgo bajo-moderado responde a una subjetividad y/o a una determinada política criminal⁴⁶⁸. De esta manera, si se busca controlar al máximo el riesgo de posibles víctimas, se asumirán como riesgo alto cifras aún sin tomar en cuenta la inclusión de falsos positivos. En cambio, si se esgrime un derecho penal mínimo gran parte de lo considerado riesgo alto pasará a ser considerado riesgo bajo o moderado. Por este motivo, Martínez Garay concluye lo siguiente:

“(…) todo apunta a que cuando se trata de adoptar medidas sobre sujetos eventualmente peligrosos predomina el deseo de minimizar las omisiones, aunque ello sea a costa de asumir un importante número de falsas alarmas”⁴⁶⁹

⁴⁶²MARTINEZ GARAY, Lucía. Ob. Cit., ,p. 33

⁴⁶³ *Ibidem*.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, p. 38.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 39

⁴⁶⁶ *Ibidem*.

⁴⁶⁷ *Ibidem*.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, p. 31.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 32.

3. Propuesta normativista

En las líneas siguientes analizaremos la postura del Wolfgang Frisch y su discípula Patricia Ziffer. Esta propuesta dogmática, de corte normativista, resulta interesante, toda vez que focaliza la discusión en el fin de la medida de seguridad de internamiento. Debemos señalar que lo expuesto a continuación no implica necesariamente nuestra toma de postura.

3.1. Premisas de la postura normativista

3.1.1. Imposibilidad de pronosticar de manera certera la comisión futura de delitos

Hemos visto que un sector importante de la literatura especializada critica la peligrosidad por su falta de certeza al momento de determinar la probabilidad de que una persona en particular reincida en la comisión de un ilícito. Este punto es compartido por Frisch y Ziffer. Así, esta postura considera que ni los métodos clínicos puros, ni los métodos estadísticos (también conocidos como actuariales) ni los clínicos estructurados ofrecen garantías de pronosis.

Según Ziffer, la principal crítica en contra de los métodos clínicos no estructurados consiste en que, por sus características, se inmuniza frente a todo control metodológico⁴⁷⁰. Es decir, es imposible evaluar la correcta aplicación del método intuitivo porque los criterios utilizados por el evaluador para realizar el pronóstico no son demostrados ni explicitados.

Por otro lado, Ziffer enumera varias críticas de las antes comentadas en contra del método estadístico. En primer lugar, indica que este método tiene naturaleza general y que, por lo tanto, no puede ser utilizado en todos los casos⁴⁷¹. En otras palabras, este método aplica resultados obtenidos de la observación de grupos a casos particulares⁴⁷². En segundo lugar, Ziffer recuerda que el método estadístico tiene un problema particular en los casos del campo medio, esto es, en aquellas situaciones que no se encuentran en el extremo en que no se presenta ningún criterio de valoración del riesgo ni en el extremo en que se encuentran varios o todos los criterios de valoración del riesgo⁴⁷³. En estas situaciones es difícil arribar a un pronóstico positivo o

⁴⁷⁰ ZIFFER, Patricia. Ob. Cit., p.158.

⁴⁷¹ *Ibidem*.

⁴⁷² *Ídem*, pp. 169-160.

⁴⁷³ *Ídem*, p.156.

negativo, por lo que el margen de error es alto⁴⁷⁴. En este sentido, el margen de error solo se reduce en los casos excepcionales ubicados en los extremos⁴⁷⁵. En la misma línea, Ziffer indica que este método le pone atención a unos pocos factores y, por consiguiente, deja de lado otros factores que en un caso individual pueden tener gran importancia⁴⁷⁶. Finalmente, la autora antes mencionada señala que ni la psiquiatría ni la criminología han logrado una identificación precisa de los factores que permiten predecir con certeza la reincidencia⁴⁷⁷.

En relación al método clínico estructurado, Ziffer recuerda que sus evaluaciones tienen el defecto de que se recogen, en muchas ocasiones, solo los datos que son compatibles con las experiencias previas y los prejuicios que el investigador trae consigo⁴⁷⁸. Como ya vimos, esto le resta certeza y objetividad a la prueba; además de provocar el mantenimiento e incremento de la estigmatización de la que son víctimas determinados colectivos (como las personas con deficiencias psicosociales).

Como crítica general, los referidos autores indican que, cualquiera sea el método de prognosis futura, un examen de este tipo es incompatible fácticamente con el proceso penal. Por un lado, porque la evaluación del pronóstico futuro implica, en todo caso, un procedimiento científico extenso y riguroso que no puede ser realizado en el proceso penal, que tiene un claro límite temporal⁴⁷⁹. Por otro lado, porque el análisis de la peligrosidad involucra hacer una exploración en el fuero interno del sujeto; encontrando el análisis un claro límite con la protección de la intimidad en los casos en que la persona infractora se niegue a colaborar con el examen⁴⁸⁰.

3.1.2. Imposibilidad de eliminar la peligrosidad del Derecho penal preventivo

A pesar de lo antes dicho, Ziffer, siguiendo a Frisch, señala que la peligrosidad es una característica propia del Derecho penal preventivo⁴⁸¹. Esta autora indica que un Derecho orientado a un fin social, que vaya más allá de la pura retribución y que se dirija a la prevención de delitos, requiere tomar en cuenta la posibilidad de que el condenado vuelva a delinquir⁴⁸². Es

⁴⁷⁴ *Ibidem*.

⁴⁷⁵ *Ídem*, p. 160.

⁴⁷⁶ *Ibidem*.

⁴⁷⁷ *Ídem.*, p.152.

⁴⁷⁸ *Ídem.*, p.159.

⁴⁷⁹ *Ídem.*, p.154.

⁴⁸⁰ *Ídem*, p. 155.

⁴⁸¹ ZIFFER, Patricia. Ob. Cit., p.140.

⁴⁸² *Ibidem*.

decir, si el Derecho penal quiere proteger a la sociedad a través de la prevención del delito, debe evaluar si el mecanismo utilizado para este fin permite reducir, eliminar o aumentar el peligro de comisión de otros delitos⁴⁸³.

A manera de ejemplo, el pronóstico futuro de comisión de delitos es utilizado en el momento en que se analiza el otorgamiento de un beneficio penitenciario, en la aplicación de una pena alternativa, o en el ordenamiento de una prisión preventiva. En resumen, todo instrumento orientado a la prevención tiene por sustento el pronóstico de peligrosidad⁴⁸⁴. Por este motivo, la peligrosidad solo podría ser abandonada en un Derecho penal retributivo, mas no en un Derecho penal actual orientado a la prevención de crímenes. En palabras de Patricia Ziffer, “el grado de probabilidad de que el condenado vuelva a cometer delitos es un factor ineludible a ser tomado en consideración”⁴⁸⁵. De lo contrario, los instrumentos legales se volverían inefectivos.

3.2. La peligrosidad como riesgo ex ante intolerable por la sociedad

Según lo antes visto, la postura normativista señala que es imposible que un Derecho penal orientado a la prevención de delitos renuncie a la peligrosidad. Sin embargo, estos autores también reconocen que es imposible determinar con certeza la comisión futura de delitos. Bajo las premisas antes planteadas, es evidente que estamos ante un dilema jurídico. ¿Cómo se puede solucionar este problema? De acuerdo a la postura normativista, todo problema de pronóstico inseguro de hechos futuros debe ser solucionado a partir de una interpretación de la ratio legis de la norma en cuestión⁴⁸⁶. Así, Frisch señala lo siguiente:

“(…) en un ordenamiento jurídico concebido con carácter instrumental, un delineamiento y una distinción racionales de los institutos jurídicos solo son posibles, preguntándose tanto por la finalidad de esos institutos como por los instrumentos específicos a los que se recurre para alcanzar la finalidad propuesta”⁴⁸⁷

Este planteamiento implica que en el caso de las medidas de seguridad no se valore a la peligrosidad a partir de investigaciones científicas, sino a través de una interpretación basada en

⁴⁸³ Ídem, p. 143

⁴⁸⁴ Ídem, p. 143.

⁴⁸⁵ Ídem, p. 141.

⁴⁸⁶ ZIFFER, Patricia. Ob. Cit., pp. 181-182

⁴⁸⁷ FRISCH, Wolfgang. Ob. Cit., p. 13.

el fin y objetivo de la norma⁴⁸⁸. De esta manera, sin negar la necesidad de utilizar el método científico más efectivo, Ziffer sostiene que no estamos ante un problema psicológico o psiquiátrico, sino frente a una cuestión eminentemente normativa. Por lo tanto, la solución del dilema planteado debe partir por el abandono de la construcción de la peligrosidad como una cuestión de ciencias empíricas⁴⁸⁹.

Lo antes planteado tiene efectos en la individualización judicial de la medida de seguridad a través de la peligrosidad. Así, cuando el juez decide restringir la libertad de una persona con deficiencia psicosocial a través de la medida de seguridad, lo hace amparado en la ley y no en un pronóstico basado en ciencias empíricas. Por tanto, no es necesario (ni posible) que el juez determine la medida de seguridad a través de una investigación científica, sino que el análisis debe ser eminentemente normativo y partir del fin de esta institución.

De acuerdo a la tesis de Frisch y Ziffer ¿Cuál es fin de la medida de seguridad? Conforme a la postura mayoritaria examinada en el capítulo 2, Frisch sostiene que es una medida orientada a la prevención especial⁴⁹⁰. Así, se busca proteger a la sociedad de posibles riesgos a través de la curación o aseguramiento de la persona con deficiencia psicosocial calificada como peligrosa⁴⁹¹. Concretamente, Frisch señala lo siguiente:

“La finalidad del instituto es la de evitar delitos que amenazan ser cometidos por una persona en el futuro, no se persiguen otras finalidades (...) ese objeto ha de ser alcanzado quitándole al autor la base de acción para la comisión de delitos, por medio de la privación u otra restricción de la libertad, o curando la enfermedad que origina la peligrosidad del autor, o superando su déficit”⁴⁹².

En este sentido, ¿cómo se debe interpretar la peligrosidad según la postura normativista de Frisch y Ziffer? La medida de seguridad supone que el legislador ha hecho una ponderación entre dos intereses: el interés de la sociedad de protegerse y el interés de la persona con deficiencias psicosociales de no ser internada de manera involuntaria⁴⁹³. Esta ponderación ha

⁴⁸⁸ *Ibidem*.

⁴⁸⁹ *Ídem*, p. 26.

⁴⁹⁰ *Ídem*, p. 11.

⁴⁹¹ ZIFFER, Patricia. Ob. Cit., p. 97-98.

⁴⁹² FRISCH, Wolfgang. Ob. Cit., p. 14

⁴⁹³ ZIFFER, Patricia. Ob. Cit., p.183.

sido resuelta en favor de la mayor seguridad posible de la sociedad⁴⁹⁴. Así, la peligrosidad es un instrumento orientado a proteger a la sociedad a través de los fines preventivos especiales.

En la línea de lo antes dicho, Ziffer señala que el juez no debe hacer afirmaciones sobre el futuro, sino examinar si en el caso concreto existen situaciones de riesgo que la sociedad considera intolerables⁴⁹⁵. A partir de la identificación de estas situaciones, se derivará la conclusión de que la necesidad de seguridad debe ser decidida en contra de la libertad del afectado⁴⁹⁶. En síntesis, la peligrosidad se corresponde con situaciones de riesgo que ex ante son valoradas como no toleradas por la sociedad, independientemente de que estas se concreten en delitos futuros⁴⁹⁷. Así, Ziffer señala lo siguiente:

“(...) lo que entra en consideración no es establecer una probabilidad numérica de que el sujeto volverá a cometer delitos, sino de determinar la existencia de ciertas circunstancias concretas del caso que permiten afirmar que, desde el punto de vista normativo, se plantea una situación en la que correr el riesgo de comisión de un nuevo delito resultaría intolerable”⁴⁹⁸.

No obstante, las circunstancias de riesgo no son meras ficciones legales, sino que implican criterios normativos que describen una forma estandarizada de aquellas situaciones que son habitualmente consideradas criminógenas en una sociedad⁴⁹⁹. En otras palabras, la interpretación teleológica de la medida de seguridad lleva a decir que estamos ante criterios normativos estandarizados cuyo margen de error es asumido por el infractor en virtud del fin preventivo especial de esta consecuencia jurídica.

Siguiendo a Frisch, Ziffer admite que estamos ante un esquema de regla-excepción. Aquí, la excepción hace referencia a supuestos extremos en los que correr el riesgo de comisión de un nuevo delito resultaría intolerable. ¿Cómo se aplica este esquema teórico a la medida de seguridad de internamiento aplicable a personas con deficiencias psicosociales? En el caso de la internación, la regla estará compuesta por los casos dudosos en los que no se puede establecer

⁴⁹⁴ Ídem, p. 181.

⁴⁹⁵ Ídem, p. 170.

⁴⁹⁶ Íbidem.

⁴⁹⁷ Ídem, 171.

⁴⁹⁸ Íbidem, pp. 192-193.

⁴⁹⁹ Ídem, p. 186.

claramente que de la enfermedad mental se derive la peligrosidad. Es en este grupo de casos que el internamiento no tendrá fundamento.

Entonces, la excepción será la internación. Esta excepción se dará cuando sea probable que la enfermedad mental provoque la realización futura de hechos delictivos. Sin embargo, no estamos ante una probabilidad porcentual. Por el contrario, según Frisch y Ziffer la peligrosidad, evaluada normativamente, implicará que el sujeto no esté en condiciones de actuar libremente⁵⁰⁰. De esta manera, la situación de que una persona se encuentre en la “incapacidad de manejarse en la vida social” será valorada socialmente como un riesgo ex ante⁵⁰¹. Es decir, la sociedad no tolerará que una persona con un déficit psicosocial que no le permite “actuar libremente” vuelva a cometer un hecho delictivo.

Este “actuar libre” parece hacer referencia a la inimputabilidad o falta de capacidad penal. Por tanto, es lógico decir que la postura de Frisch y Ziffer supone que toda persona que comete el hecho delictivo en un estado de inimputabilidad (entendida de manera normativa tal como lo vimos en el primer capítulo) debe ser estimada como peligrosa. Sobre este punto, Georg Freund señala que “de la no responsabilidad de una persona puede derivarse su peligrosidad”⁵⁰². Ello en la medida de que no está en condiciones de entender y actuar conforme a la norma que le prohíbe lesionar bienes jurídicos⁵⁰³.

4. Toma de Postura

4.1. Premisas: interpretación de un criterio normativo

Hemos visto que existen tres métodos para pronosticar la comisión futura de delitos, es decir, la peligrosidad. Las principales características de dichos métodos son las siguientes:

Método	¿Qué medios se utiliza para el recojo de	¿Cómo se hace el análisis?	¿Cómo se realiza el resultado final?
--------	--	----------------------------	--------------------------------------

⁵⁰⁰ Ibidem.

⁵⁰¹ Ídem, p. 195

⁵⁰² FREUND, Georg. *Peligros y Peligrosidad en el Derecho penal y en el Derecho de las medidas de seguridad. Contra la parcialidad en el pensamiento y en la actuación*. En: LANDA, Jon-M (Editor). *Delincuentes peligrosos*. Madrid: Trotta, 2014., p.31

⁵⁰³ Ibidem.

	información?		
Clínico Puro	Entrevistas, expedientes, test y otros instrumentos	Se utiliza la experiencia y conocimiento del evaluador	Análisis subjetivo del evaluador
Estadístico	Entrevistas y expedientes	Se identifica la presencia de ítems o factores de violencia	Reglas matemáticas
Clínico Estructurado	Entrevistas y expedientes	Se identifica la presencia de ítems o factores de violencia	Análisis de los ítems por parte del evaluador

Como examinamos, los serios problemas de fiabilidad y subjetividad de los métodos clínicos puros promocionaron la divulgación del uso de los métodos estadísticos y clínico estructurados. Esto implicó un avance en la eficacia de los métodos de pronóstico futuro. Sin embargo, estudios recientes muestran que, hasta el momento, ninguno de los métodos estadísticos ha alcanzado niveles científicos de alta fiabilidad en su aplicación a casos concretos⁵⁰⁴. En esta línea, Juan Sotomayor concluye lo siguiente:

“(...) queda claro que el juicio de peligrosidad tampoco resiste el más mínimo análisis científico, pues la única comprensión en este sentido es la de que, al menos en el nivel actual de la ciencias sociales, es imposible un pronóstico científico de la delincuencia futura y, por tanto, de la peligrosidad”⁵⁰⁵.

De la misma manera, Terradillos señaló hace ya bastante tiempo que “las medidas de seguridad tienen como presupuesto el estado de peligrosidad que se declara mediante un juicio de probabilidad en que la certeza queda, por definición, excluida”⁵⁰⁶. Esta realidad no ha cambiado con los modernos métodos estadísticos; por el contrario, la doctrina especializada señala que la naturaleza misma de todo pronóstico futuro de comisión de delitos hace poco probable que en un futuro la previsibilidad de este juicio de probabilidad mejore sustancialmente⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ MARTINEZ GARAY, Lucia. Ob. Cit. p., 52.

⁵⁰⁵ SOTOMAYOR, Juan Oberto. Ob. Cit. ,p. 139.

⁵⁰⁶ TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Peligrosidad social y Estado de Derecho*. Ob. Cit. ,p. 25.

⁵⁰⁷ MARTINEZ GARAY, Lucia. Loc. Cit.

A partir de esta falta de certeza, se puede pensar que la peligrosidad es un criterio de individualización de la medida de seguridad que carece de validez, toda vez que su aplicación no ofrece las garantías científicas suficientes. Por este motivo, la peligrosidad debe ser eliminada y sustituida por un criterio que ofrezca mayor certeza. Así, Martínez Garay, citando a Streng, indica lo siguiente:

“(…) la incertidumbre que rodea al pronóstico de peligrosidad introduce una notable inseguridad en la comprobación de la relación entre razón de la intervención (hecho, peligro) y gravedad de la misma, y que por ello por razones de seguridad jurídica obligan a tomar en consideración ante todo el hecho cometido, que es el único criterio seguro acerca de la peligrosidad del sujeto”⁵⁰⁸

En una línea semejante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado lo siguiente:

“la falta de precisión del término “peligrosidad” hace “ilusorio” el derecho a la revisión del fallo condenatorio, en la medida en que ante la ambigüedad de dicho término resulta imposible revisar los elementos fácticos y jurídicos⁵⁰⁹ (...) la valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictivos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado⁵¹⁰”.

Sin embargo, nosotros consideramos que el análisis sobre la validez de la peligrosidad no está en su certeza científica. Y es que la peligrosidad es un juicio de probabilidad y no un juicio de certeza⁵¹¹. Toda vez que es imposible determinar sin margen de error la manera en la que una persona se va a comportar en el futuro. Las personas no somos máquinas o seres determinados por criterios; por lo que decir que existe un método de determinación de la peligrosidad certero es defender un determinismo ideológico⁵¹². Por este motivo los métodos científicos prognosis

⁵⁰⁸ Ob. Cit., p. 58.

⁵⁰⁹ Corte IDH. Caso Fermín Ramírez vs Guatemala, de 20 de junio de 2005, párr. 56.

⁵¹⁰ Ídem, párr. 95

⁵¹¹ ZIFFER, Patricia. Ob. Cit., p. 186. En un sentido similar: SANCHEZ Yllera, Ignacio. Citado por: HEGGLIN, María Florencia. Ob. Cit., p. 124.

⁵¹² SOTOMAYOR, Juan Oberto. Ob. Cit., p. 141.

no determinan el juicio de peligrosidad, sino que se limitan a brindarle al juez un instrumento para que él tome finalmente la decisión a partir de un juicio de ponderación.

Así, la doctrina especializada acuerda en señalar que la peligrosidad es un concepto normativo y no científico⁵¹³. Por tanto, su validez no dependerá de criterios científicos, sino de un análisis jurídico. Como señalamos antes, esto no quiere decir que se deba utilizar cualquier método sin importar su fiabilidad científica. Por el contrario, la restricción de derechos fundamentales a partir del concepto de peligrosidad solo se deberá producir con la ayuda del método científico que permita el menor margen de error posible.

No obstante, la aplicación de un juicio de probabilidad como la peligrosidad significa aceptar que existe un margen de error. Ese margen de error será válido solo en los supuestos en los que el juicio de probabilidad sea necesario para permitir que una institución jurídica alcance un fin legítimo constitucionalmente. Cabe recordar que la peligrosidad es un instrumento normativo utilizado por más de una figura del Derecho penal.

Con un ejemplo: la prisión preventiva es una medida cautelar cuya finalidad es garantizar el proceso y el cumplimiento de la futura y eventual pena⁵¹⁴. Así, se busca evitar que el imputado afecte el normal desarrollo del proceso⁵¹⁵. Por este motivo el juez que decide ordenar la prisión preventiva valora la peligrosidad procesal; esto es, el peligro de fuga u obstaculización del proceso (artículos 269 y 270 del Código Procesal Penal). En este caso, la validez de la peligrosidad procesal no depende de su certeza científica. La validez de la peligrosidad procesal depende de que esta es necesaria para que la prisión preventiva cumpla con su finalidad legítima: proteger la eficacia del proceso y, así, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Y es que no es factible pensar en una prisión preventiva efectiva que no tome en cuenta el peligro procesal. Por tanto, el margen de error que trae consigo este juicio de probabilidad se justifica en la importancia del fin legítimo que se busca garantizar.

De la misma manera, la peligrosidad como criterio de individualización de la medida de seguridad de internamiento será válida siempre que se corresponda con el fin legítimo de la

⁵¹³ HEGGLIN, María Florencia. Ob. Cit., p. 125. Así también: ZIFFER, Patricia. Loc. Cit.

⁵¹⁴ ASECIO MELLADO, José María. *La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú*. Lima: INCIPP, 2009, p. 2. Disponible en: <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/regulacionprisionpreventiva.pdf>. Revisado el 11 de octubre de 2015.

⁵¹⁵ Ídem, pp. 25-26.

figura jurídica con la que se relacione (la propia medida de seguridad de internamiento). Por este motivo, analizar la validez de la peligrosidad implica, ante todo, identificar si esta categoría jurídica es necesaria para cumplir un fin constitucionalmente legítimo.

4.2. La invalidez de la peligrosidad de acuerdo a los fines de la medida de seguridad de internamiento

A continuación utilizaremos la propuesta de Ziffer y Frisch para analizar la peligrosidad desde una mirada normativa centrada en su relación los fines de la medida de seguridad de internamiento. Así, conviene iniciar este acápite preguntándonos ¿Qué fin se encuentra debajo de la regulación de la peligrosidad como criterio de individualización judicial de la medida de seguridad de internamiento? Como hemos indicado en el capítulo 2, la doctrina penal concuerda en su mayoría en que la medida de seguridad de internamiento persigue dos finalidades alternativas: la curación y la neutralización. Así, Jescheck y Weigend señalan lo siguiente sobre la medida de seguridad de internamiento:

“En las medidas de seguridad asistenciales, así como el internamiento en un hospital psiquiátrico o en un centro de desintoxicación, la justificación interna del confinamiento reside en la misión del Estado de que personas con defectos corporales o psíquicos que sean criminalmente peligrosas, reciban un tratamiento médico psicoterapéutico o de mantenimiento que mejore, mitigue, o por lo menos neutralice su situación”⁵¹⁶.

La legislación sobre medidas de seguridad se dirige actualmente de manera prioritaria a la neutralización, toda vez que la “curación” es en muchas ocasiones de imposible realización⁵¹⁷. Sobre esto, Fernando Velásquez indica lo siguiente:

“(…) a manera de conclusión se puede afirmar que las medidas de seguridad están afirmadas por un doble discurso cuando se trata de precisar sus funciones. En el plano del deber ser, como función teórica, persiguen la prevención especial y su imposición se hace con miras a lograr la rehabilitación, la resocialización, la curación, etc., y en la

⁵¹⁶ JESCHECK, Han-Heinrich y Thomas WEIGEND. Ob. Cit. p. 92. En la doctrina peruana: VILLAVICENCIO, Felipe. Ob. Cit., p. 75.

⁵¹⁷ HEGGLIN, María Florencia. Ob. Cit., pp. 186-187.

práctica, como función real, y por ende, su verdadera esencia, sigue cumpliendo un cometido (...) preventivo especial negativo”⁵¹⁸

Esta idea no solo ha sido asumida por un sector importante de la doctrina penal, sino que la propia psiquiatría la ha reconocido. En esta línea, ya en la década de los 70’s Franco Basaglia indicaba lo siguiente:

“Curación y custodia del enfermo son los términos de una contradicción (...) Evidentemente el manicomio tal cual lo describimos no está en condiciones para responder a este cuidado, a esta afán, a esta disponibilidad hacia el otro. Pero, junto con esto, la ley no suministra el otro polo del discurso, es decir la custodia. El psiquiatra debe custodiar al enfermo”⁵¹⁹.

Entonces, cabe preguntarnos ¿qué se debe neutralizar a través de la medida de seguridad de internamiento? Es evidente que se deberá neutralizar la peligrosidad de determinadas personas. Es decir, para neutralizar a una persona se debe contar con un criterio de individualización que permita identificar a los individuos que, probablemente, cometan un hecho delictivo en el futuro. En este sentido, la peligrosidad es un criterio de individualización coherente y necesario para alcanzar este fin preventivo especial negativo.

En esta línea, la peligrosidad satisface un interés preponderante para un modelo neutralizador; esto es, garantiza la seguridad plena de los grupos sociales mayoritarios a costa de la libertad de una minoría. Así, Ziffer señala lo siguiente:

“En el marco de la protección del interés preponderante, las restricciones a los derechos personales no pueden basarse en que ciertos derechos (aquí, la libertad) no le corresponden a ciertos individuos, sino en todo caso en que su restricción es necesaria y adecuada para la preservación de ciertos intereses del propio afectado, o de otros, o bien de la propia sociedad. Desde este punto de vista, la sociedad está legitimada, y el individuo obligado a tolerar esta limitación. Esta conjunción de intereses comprometidos se puede percibir claramente en el caso de la internación de enfermos mentales (...) de

⁵¹⁸ VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. Ob. Cit. ,p. 123. De manera similar: SOTOMAYOR, Juan Oberto. Ob. Cit. ,p. 131.

⁵¹⁹ BASAGLIA, Franco. Ob. Cit., p. 20.

un lado la necesidad de seguridad de la sociedad, y de otro, los derechos personales del individuo sobre los cuales ha de producirse la injerencia”⁵²⁰.

De este modo, la medida de seguridad de internamiento traduce la decisión del legislador de asegurar un interés aparentemente preponderante⁵²¹. Este interés es la seguridad social de las mayorías no desviadas que se materializa en el fin neutralizador. Ahora bien, la elección de la seguridad social como valor preponderante supone que el interés de las personas con deficiencias psicosociales de no ser internadas tiene menos peso en el ordenamiento jurídico. Por tanto, las personas con deficiencias psicosociales están obligadas a tolerar la limitación de su libertad a partir del criterio de peligrosidad.

Sin embargo, debemos tomar en consideración que el ordenamiento jurídico que nos rige ha cambiado. En el capítulo 2 hemos indicado que el fin neutralizador, al igual que el terapéutico, es inadmisibles en un ordenamiento jurídico que adopta el modelo social de la discapacidad. Este es el caso de nuestro país que, con la ratificación de la Convención, ha incorporado como norma interna de rango constitucional el reconocimiento del derecho a la dignidad y a la personalidad jurídica de toda persona con discapacidad. Por tanto, la persona con deficiencia psicosocial no debe ser tratada como un mero objeto o fuente de peligro que puede ser sacrificado para salvar un interés social mayoritario.

Por el contrario, el modelo social de la discapacidad exige que sea la sociedad la que se rehabilite, rediseñando sus normas, procedimientos, espacios y relaciones de manera que se pueda hacer frente a las necesidades de todos, eliminando toda barrera contra las personas con discapacidad⁵²². Esta idea está respaldada por la Convención, instrumento que reconoce en su artículo 3.c. que “la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad” de la persona con deficiencias psicosociales es un principio general. Y es que la idea de neutralizar a las personas con deficiencias psicosociales para proteger a la sociedad -construyendo así una barrera social y generando discapacidades- se corresponde con un modelo de prescindencia, Como vimos en los capítulos 1 y 2, este modelo se ha caracterizado por eliminar y marginar a las personas con discapacidad de la dinámica social⁵²³.

⁵²⁰ ZIFFER, Patricia. Ob. Cit., pp-79-80.

⁵²¹ Ídem, p. 80.

⁵²² PALACIOS, Agustina. *Una Introducción al modelo social de discapacidad y su reflejo en la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad*. Ob. Cit., p. 15

⁵²³ Ídem, p. 11.

En esta línea, ya no se puede decir que existe un interés social preponderante o un fin neutralizador legítimo de acuerdo a nuestro ordenamiento interno que avale la existencia de la peligrosidad como criterio de individualización. En otras palabras, la invalidez del fin neutralizador de la medida de seguridad de internamiento hace innecesaria la aplicación y utilización de la peligrosidad y, por tanto, la convierte también en una jurídica inválida.

4.2.3. Propuesta a partir de la doble finalidad copulativa: prevención general positiva y prevención de castigos informales y arbitrarios/ apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica

En el acápite anterior del presente capítulo concluimos que la peligrosidad constituye un fin inválido para determinar la llamada medida de seguridad de internamiento, toda vez que se corresponde con el fin de neutralización. Entonces, ¿qué criterio debería utilizar el juez para individualizar la medida de seguridad de internamiento?

Hemos señalado en el capítulo 2 que los fines que debe cumplir la medida de seguridad de internamiento son tres: prevención general positiva y prevención de castigos arbitrarios e informales en contra de las personas con deficiencias psicosociales (que se concentra en la fase previa a la comisión del acto delictivo); y ser un apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las persona con deficiencias psicosociales (que se concentra en la fase de determinación y ejecución). Es evidente que la etapa de individualización o determinación debe tener un criterio acorde al fin de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. Por este motivo, ahondaremos en este modelo y sus características, para concluir proponiendo un nuevo criterio para individualizar la llamada medida de seguridad de internamiento.

4.2.1. El modelo de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica

En el capítulo 1 describimos los tres modelos de la discapacidad. Señalamos que existen dos modelos de la discapacidad además del modelo social: el modelo de prescindencia (que como vimos fundamenta la medida de seguridad actual y el criterio de peligrosidad) y el modelo rehabilitador o médico. Este último se caracteriza porque considera que la discapacidad es un problema o “anormalidad” de la persona que debe ser curada a través de un proceso médico.

Ahora bien, el modelo rehabilitador se construyó sobre la premisa de que las personas “normales” poseen ciertas características que los transforman en agentes capaces para decidir sobre todos los aspectos de su vida de manera autónoma⁵²⁴. Estas características son la capacidad para razonar, sentir y comunicarse⁵²⁵. Esta premisa tiene un efecto claro en la capacidad jurídica, toda vez que delimita su ejercicio. De este modo, el modelo rehabilitador ha marcado una distinción entre dos dimensiones: la capacidad jurídica y la capacidad para obrar. De un lado, la capacidad jurídica implica el reconocimiento de que alguien es idóneo para ser titular de derechos⁵²⁶. El modelo rehabilitador no ha tenido problemas en reconocer que las personas con discapacidad son titulares de derechos⁵²⁷. Por otro lado, la capacidad para obrar implica poder “ejercer por sí mismos dichos derechos”⁵²⁸. Según Michael Bach esto incluye lo siguiente:

“La capacidad para obrar (...) es el derecho a celebrar actos jurídicos destinados a generar efectos sobre las decisiones y motivaciones personales y que se relacionan con su patrimonio, con los derechos relativos a su vida privada, y responder jurídicamente por las consecuencias de los propios actos en la esfera contractual, de responsabilidad civil, patrimonial y criminal”⁵²⁹.

Como señalamos en el capítulo 2, es en esta dimensión donde la “ideología de la normalización” tiene valor para el modelo rehabilitador. De este modo, este modelo considera que solo las personas que tienen la capacidad de razonar, sentir y comunicarse de acuerdo al patrón estándar ideal pueden ser consideradas capaces de ejercer de manera autónoma sus derechos⁵³⁰. En cambio, a las personas que tienen alguna deficiencia (normalmente intelectual, sensorial o psicosocial) asociada a dificultades para razonar, sentir o comunicarse de manera estándar se les niega la capacidad para obrar⁵³¹. Ellos son considerados incapaces. Por lo tanto es permitida y legítima la intromisión, restricción y limitación de la facultad que les permite ejercer

⁵²⁴ CUENCA GOMEZ, Patricia. Ob. Cit., p. 5.

⁵²⁵ Ibídem. Asimismo: DE ASIS, Rafael. *Sobre la Capacidad*. En: Papeles el tiempo de los derechos. Número 4. Getafé: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, 2009, p. 14. Revisado el 10 de octubre de 2015. Disponible en: www.tiempodelosderechos.es.

⁵²⁶ CUENCA GOMEZ, Patricia. Ob. Cit., p. 5

⁵²⁷ Ídem, p. 7.

⁵²⁸ Ibídem.

⁵²⁹ BACH, Michael. *El derecho a la capacidad jurídica en la Convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad: conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma alternativa*. En: BARIFFI, Francisco y Agustina PALACIOS (Coord.) *Capacidad jurídica, discapacidad, y derechos humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 58.

⁵³⁰ CUENCA GOMEZ, Patricia. Loc. Cit.

⁵³¹ Ibídem.

sus derechos⁵³². En palabras de Rafael de Asís, estas personas no son consideradas sujetos del discurso moral y quedan pendientes de la decisión de los capaces⁵³³.

A la perspectiva que adjudica la capacidad jurídica a quienes tienen determinados rasgos que identifican a una persona o a un grupo de ellas se le conoce como enfoque de la identidad⁵³⁴. Por otro lado, al modelo que permite la intromisión, restricción y limitación de esta capacidad se le conoce como modelo de sustitución en la toma de decisiones⁵³⁵. Estas figuras han permitido que se perpetuó la dependencia de las personas con discapacidad y la vulneración de su dignidad y autonomía; además de simbolizar dos piezas claves para el enfoque rehabilitador⁵³⁶.

Sin embargo, esto ha cambiado con el modelo social de la discapacidad recogido por la Convención. Este instrumento internacional reconoce en su artículo 5⁵³⁷ que las personas con discapacidad tienen derecho a la igualdad y que se prohíbe toda discriminación por motivo de discapacidad. Más aún, el artículo 12.1 señala que las personas con discapacidad gozan del reconocimiento a la personería jurídica. De esta manera, se rechaza la ideología de normalización impuesta por el modelo rehabilitador⁵³⁸. Esta ideología es considerada ahora un mito, toda vez que, como señalamos líneas arriba, el modelo social reconoce que la mayoría de personas adoptamos nuestras elecciones de forma interdependiente (y no de manera autónoma), con el apoyo de los demás y no siempre de manera racional⁵³⁹. En este punto consideramos oportuno recordar las siguientes palabras de Gerard Quinn:

“La mayoría de nosotros, la mayoría del tiempo, pensamos y actuamos irracionalmente. A menudo, enmascaramos nuestro razonamiento en el traje de la racionalidad, pero la fuente de pensamiento y acción se encuentra aún más profunda de lo que parece ser”⁵⁴⁰.

Así, el modelo social reconoce que las personas con discapacidad tienen derecho a la capacidad jurídica, incluida la facultad de ejercer por ellos mismos sus derechos y asumir responsabilidades

⁵³² *Ibidem*.

⁵³³ DE ASIS, Rafael. *Sobre la discapacidad y derechos*. Ob. Cit. , p. 41

⁵³⁴ *Ibidem*, p. 70.

⁵³⁵ CUENCIA GOMEZ, Patricia. Loc. Cit.

⁵³⁶ *Ibidem*, pp. 8-9.

⁵³⁷ El artículo 5 de la Convención ha sido reproducido en el artículo 8 de la Ley.

⁵³⁸ CUENCIA GOMEZ, Patricia. Ob. Cit. ,p. 9.

⁵³⁹ *Ibidem*.

⁵⁴⁰ QUINN, Gerard. Ob. Cit., p. 6.

(capacidad para obrar)⁵⁴¹. En este sentido, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas se ha pronunciado de la siguiente manera:

“(…) los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones y la negación de la capacidad jurídica han afectado, y siguen afectando, muchísimo más a las personas con discapacidades cognitivas o psicosociales. El Comité reafirma que el hecho de que una persona tenga una discapacidad o una deficiencia (incluidas las deficiencias físicas o sensoriales) no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica ni ninguno de los derechos establecidos en el artículo 12⁵⁴².

Como vemos, la capacidad jurídica no puede ser atribuida a través de un enfoque de identidad o status, ni ser adjudicada solo a quienes tienen determinados rasgos o maneras particulares de aprender, razonar y comunicarse⁵⁴³. Por el contrario, el modelo social abandona esta mirada y adopta el enfoque funcional⁵⁴⁴. Según este, la capacidad y la personería jurídica se fundamentan en el reconocimiento social intersubjetivo⁵⁴⁵. Es decir, la capacidad jurídica es un derecho atribuido por la sociedad. Así, Bach indica lo siguiente:

“(…) nuestro derecho moral al reconocimiento igualitario no se fundamenta en una ley natural –que existe solo en un sentido metafísico-, sino que los derechos morales son conferidos a nosotros por las manos de una comunidad de personas. Este acto de conferir es lo que él llama de reconocimiento-social⁵⁴⁶

Actualmente, la Convención ha plasmado la voluntad de distintos actores sociales (incluidas las propias personas con discapacidad) de reconocer la capacidad jurídica sobre una base de igualdad y sin discriminación por discapacidad⁵⁴⁷. Sin embargo, esto no supone negar que determinadas personas no puedan gozar de pleno ejercicio de su capacidad jurídica con el mero reconocimiento absoluto del artículo 12⁵⁴⁸. La Convención y el modelo social entienden que en

⁵⁴¹ BACH, Michael. OB. Cit., p. 59.

⁵⁴² Comité de los derechos de las personas con discapacidad. CRPD/C/11/4, párr.9

⁵⁴³ Ídem, p. 66. En el mismo sentido: CUENCIA GOMEZ, Patricia. Ob.Cit. ,p. 12.

⁵⁴⁴ BACH, Michael. Ob. Cit, p. 65.

⁵⁴⁵ Ídem.p., p.80. En doctrina penal y sobre la capacidad de obrar referida a asumir responsabilidad penal: FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Culpabilidad Jurídico Penal y Neurociencias*. En: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Director). *Derecho Penal y Neurociencias*. Madrid: Edisofer, 2013, pp. 292-293.

⁵⁴⁶ BACH, Michael. Ob. Cit., p.82.

⁵⁴⁷ Ídem, pp. 82-83.

⁵⁴⁸ BARRIFFI, Francisco. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos*. Tesis de doctorado en Derecho

estos casos es necesario disponer de herramientas de apoyo. Así, el artículo 12.3 indica lo siguiente:

“Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley

(...)

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”.

En esta línea, el Comité ha indicado lo siguiente:

“En el artículo 12, párrafo 3, se reconoce el derecho de las personas con discapacidad a recibir apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica. Los Estados no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que puedan necesitar para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos”⁵⁴⁹.

Este artículo es una norma revolucionaria, toda vez que supone el reemplazo del sistema de sustitución de la voluntad por el de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica⁵⁵⁰. El apoyo significa “desarrollar una relación y formas de trabajar con otra u otras personas que haga posible que una persona se exprese por sí misma y comunique sus deseos”⁵⁵¹. De esta forma, el modelo de apoyo supone que un tercero no sustituye la voluntad de la persona con discapacidad, sino que lo asiste o le presta un servicio o ayuda para que pueda ejercer su capacidad jurídica⁵⁵².

Así, el apoyo se caracteriza porque no niega la capacidad jurídica de la persona con deficiencias psicosociales. Por el contrario, este modelo considera que la capacidad jurídica es el

Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Getafe: Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, 2014, p. 471. Disponible en: <http://e-archivo.uc3m.es>. Revisado el 10 de octubre de 2015.

⁵⁴⁹ Comité de los derechos de las personas con discapacidad. CRPD/C/11/4, párr.14.

⁵⁵⁰ VILLAREAL LOPEZ, Carla *El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y su incompatibilidad con los efectos jurídicos de la interdicción y curatela: Lineamientos para la reforma del Código Civil y para la implementación de un sistema de apoyos en el Perú*. Tesis para obtener el grado de Magister en Derechos Humanos. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, p. 29. En el mismo sentido: DE ASIS, Rafael. *Sobre la Capacidad*. Ob. Cit., p. 8.

⁵⁵¹ BARIFFI, Francisco. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos*. Ob. Cit., p. p. 473.

⁵⁵² Ídem, p. 477.

presupuesto y la aspiración que se busca alcanzar a través de la asistencia necesaria⁵⁵³. Dicho de otra manera, el apoyo se realizará “para” ayudar a la persona con deficiencias psicosociales a decidir, no “en vez de” la persona con deficiencias psicosociales⁵⁵⁴”.

De esta manera, toda sustitución de voluntad apoyada en la discapacidad se transforma en inválida y contraria al modelo social de la discapacidad, puesto que niega el derecho a la capacidad jurídica de la persona con deficiencias. El modelo rehabilitador que permitía sustituir la voluntad de la persona para decidir temas como patrimoniales, personales o de salud queda excluido. Por este motivo, “la necesidad de tratamiento médico” no puede ser un criterio válido para individualizar la medida de seguridad, pese a que aún la Corte Suprema de la República ha esgrimido esta posibilidad⁵⁵⁵.

4.2.2. La necesidad de un apoyo intenso para ejercer capacidad jurídica como criterio de individualización de la medida de seguridad de internamiento

Hemos dicho que el modelo social de la discapacidad exige que los Estados brinden los apoyos necesarios para que las personas ejerzan su capacidad jurídica. Sin embargo, el colectivo de las personas que requiere apoyo para desarrollar su capacidad jurídica es variado⁵⁵⁶. El propio Comité reconoce que el tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar deberá variar notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad⁵⁵⁷. Por este motivo, y con el objetivo de maximizar la capacidad jurídica, es necesario distinguir entre los distintos tipos de apoyo según la necesidad del caso concreto⁵⁵⁸. Así, Bach distingue las siguientes clases de asistencia para ejercer la capacidad jurídica:

- i) Estado autónomo para la toma de decisiones: caracterizado porque la persona puede tomar y comunicar sus decisiones de manera comprensible, de manera que la asistencia personalizada y delimitada (por ejemplo: ayudas visuales para persona

⁵⁵³ ASIS, Rafael. *Sobre la Capacidad*. Ob. Cit. .p. 12.

⁵⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵⁵ R.N. N° 3608-2014. Ejecutoria Suprema emitida el 27 de marzo de 2015 por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, fundamento quinto. Asimismo: Circular sobre determinación y duración de la medida de seguridad de internación.

⁵⁵⁶ VILLAREA LOPEZ, Carla. Ob. Cit., p. 68.

⁵⁵⁷ Comité de los derechos de las personas con discapacidad. CRPD/C/11/4, párr.16.

⁵⁵⁸ BACH, Michael. Ob. Cit. .p. 90.

con deficiencias visuales, o lenguaje simple para personas con deficiencias intelectuales)⁵⁵⁹.

- ii) Estado asistido para la toma de decisiones: se respeta y protege a una persona para ejercitar su plena capacidad jurídica pero para ello es necesario que el individuo seleccione a otra persona (usualmente un familiar o amigo) para que lo represente en la formulación y ejercicio de sus decisiones⁵⁶⁰. Ahora, bien, esta representación debe desarrollarse de acuerdo a la voluntad del individuo y no sustituyendo su capacidad de decidir sobre su vida.
- iii) Estado de codecisión: en este caso, al igual que el estado anterior, el individuo requiere de una persona que lo represente en la formulación y ejercicio de sus decisiones⁵⁶¹. Sin embargo, no cuenta con relaciones personales de confianza⁵⁶². Por tanto, el Estado brinda a la persona que asistirá a quien lo requiere en la toma de sus decisiones. A esta persona se le conoce como co-decisor, y es el encargado de comprender la voluntad de la persona asistida (aunque no la conozca personalmente) y actuar conforme a ella⁵⁶³.
- iv) Estado de toma de decisiones facilitadas: este es el caso de personas con deficiencias significativas, que están en situaciones de abandono o abuso y/o que puedan suponer un riesgo sustancial para ellos mismos o para otros⁵⁶⁴. En este caso, la situación en la que se encuentran estas personas no les permite expresar su voluntad, por lo que se deberá crear la oportunidad donde la intención de la persona sea revelada⁵⁶⁵.

Esta última clase de apoyos (que también han sido denominados como “apoyos obligatorios” o “apoyos intensos” por la doctrina⁵⁶⁶) es tan intensa que implica que las decisiones sean tomadas

⁵⁵⁹ Ídem, p 91.

⁵⁶⁰ Íbidem.

⁵⁶¹ Ídem, p. 92-93.

⁵⁶² Íbidem.

⁵⁶³ Ídem, p.94.

⁵⁶⁴ Ídem p. 95.

⁵⁶⁵ Ídem, pp. 95-96.

⁵⁶⁶ BARRIFFI, Francisco. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos*. Ob. Cit., p. p. 492.

“por” la persona con deficiencias psicosociales y no “con”⁵⁶⁷. Por este motivo, un sector de la doctrina considera que este tipo de acciones debe estar fuera del sistema de apoyos⁵⁶⁸. Sin embargo, nosotros acogemos la postura de que la Convención ha incluido este tipo de asistencia en el modelo de apoyos⁵⁶⁹. De esta manera, la Convención reconoce en el literal j) de su preámbulo “la necesidad de promover y proteger los derechos de las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan de un apoyo más intenso”.

La importancia de que esta clase de asistencia se encuentre en el modelo de apoyo radica justamente en que esto la obliga a estar orientada a ser un mecanismo para la promoción de la capacidad jurídica y no un mero instrumento de restricción⁵⁷⁰. De este modo, su objetivo es trabajar para recuperar la voluntad de la persona con deficiencias psicosociales para que así esta pueda expresar sus preferencias⁵⁷¹.

Como se desprende de lo señalado en el capítulo 2, nosotros consideramos que la llamada medida de seguridad de internamiento en un centro de salud mental debe transformarse en una forma de apoyo intenso (o de toma de decisiones facilitadoras, en palabras de Bach) destinado al soporte psicosocial⁵⁷². Y es que la medida de seguridad de internamiento supone la inimputabilidad, es decir, la falta de capacidad penal. En el capítulo 1 indicamos que la inimputabilidad, o incapacidad penal, se produce cuando un sujeto, al momento de cometer un hecho delictivo, se encuentra bajo un orden racional y una comprensión de la realidad distinta a la que la sociedad exige⁵⁷³. De esta manera, se considera que no tiene la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento según lo establecido por el estándar fijado en la norma.

No profundizaremos más en este concepto, toda vez que no es materia de la presente investigación. Sin embargo, debemos tomar en cuenta que la inimputabilidad no es otro asunto que una limitación a la capacidad de obrar en materia penal⁵⁷⁴. Por este motivo, no es válido

⁵⁶⁷ QUINN, Gerard. Ob. Cit, p. 11

⁵⁶⁸ BARIFFI, Francisco. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos*. Ob. Cit., p. p. 497.

⁵⁶⁹ BACH, Michael. Loc. Cit. Asimismo: VILLAREAL LOPEZ, Carla. Ob. Cit., pp. 68-69; CUENCA GOMEZ, Patricia. Ob. Cit., p. 16.

⁵⁷⁰ VILLAREAL LOPEZ, Carla. Ob. Cit. ,p.162.

⁵⁷¹ QUINN, Gerard. Ob. Cit, p. 13.

⁵⁷² CONDIÑO SOPA, José. Loc. Cit.

⁵⁷³ BUSTOS RAMIREZ, Juan. *La Imputabilidad en un Estado de Derecho*. Ob.Cit. p. 162.

⁵⁷⁴ BACH, Michael. Ob. Cit., p. 58.

limitar la “imputabilidad” a partir de la identificación de una deficiencia psicosocial⁵⁷⁵. Como hemos mencionado, el modelo de identidad no es acorde con el paradigma social de la discapacidad, por lo que toda restricción debe poner atención a las circunstancias en las que se encuentra la persona y no a sus rasgos individuales⁵⁷⁶. Es por este motivo que el Comité ha manifestado su preocupación ante la frecuente homologación entre inimputabilidad y discapacidad intelectual o psicosocial⁵⁷⁷.

En esta línea, según lo visto en el capítulo 1, el juicio de inimputabilidad no debe justificarse en la deficiencia psicosocial (rasgo individual), sino en la evaluación de posibilidades de comprensión de la persona planteada en términos neutros⁵⁷⁸. Solo un grupo minoritario de personas con deficiencias psicosociales que, al momento de cometer un delito, se encuentran en una situación que no les permite comprender la norma de acuerdo al estándar fijado por ella deberán ser considerados inimputables y sujetos a la llamada medida de seguridad.

Ahora bien, el análisis de la situación no solo evita que el análisis se focalice en los rasgos individuales. Sino que supone que se identifique y establezca los apoyos específicos que requiere la persona⁵⁷⁹. En el caso de una persona con deficiencias psicosociales que comete un delito en un estado de alteración de la realidad nos encontramos ante un supuesto en que es necesario un apoyo intenso consistente en el traslado a un centro de salud mental para la asistencia psicosocial. Como señalamos en el capítulo 2, este traslado no busca sustituir la voluntad de la persona imponiéndole su “cura”; sino que está orientado a permitir que pueda ejercer su capacidad jurídica. Por este motivo, consideramos que el criterio de individualización que debe utilizar un juez para ordenar este tipo de consecuencia jurídica del delito es “la necesidad de un apoyo intenso en el ejercicio de la capacidad jurídica”. Es evidente que la determinación de esta necesidad debe contar con el respaldo de las pericias médicas; sin

⁵⁷⁵ RODRIGUEZ, Julio y Pamela MORALES. *Penas para personas con discapacidad intelectual: un análisis desde el modelo social de la discapacidad*. En: URTEAGA, Patricia y Aarón VERONA (Editores). *Anuario de Investigación Jurídica 2013-2014*. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) del Departamento de Derecho de la PUCP, 2015, pp. 425-461.

⁵⁷⁶ DE ASIS, Rafael. *Sobre la discapacidad y derechos*. Ob. Cit, p. 170

⁵⁷⁷ Comité de los derechos de las personas con discapacidad. CRPD/C/MEX/CO/1, párr.27.

⁵⁷⁸ BENAVIDEZ LOPEZ, Alfaro. Loc. Cit. Asimismo: ALIANZA DE ORGANIZACIONES LATINOAMERICANAS. *Aportes a la elaboración de la Observación general sobre el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Lima: s/e, 2014, p.6. Disponible en: www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/CELSArt12_sp.doc. Revisado el 13 de mayo de 2014.

⁵⁷⁹ DE ASIS, Rafael. *Sobre el derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*. En: *Papeles el tiempo de los derechos*. Getafé: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, 2010. p. 4. Disponible en: www.tiempodelosderechos.es. Revisado el 10 de octubre de 2015.

embargo también es necesario que el juez evalúe la existencia de barreras impuestas por el entorno y la existencia de relaciones de confianza que puedan servir de apoyo⁵⁸⁰. Solo así se podrá establecer de manera correcta la necesidad de un apoyo intenso.

Lo antes dicho implica que en los supuestos en los que la persona no requiere de un apoyo intenso, toda vez que la crisis ha sido superada luego de la comisión del delito y antes de la sentencia judicial, el juez deberá abstenerse de ordenar el traslado a un centro de salud mental. Asimismo, cuando la necesidad de un apoyo intenso desaparezca, el juez debe ordenar el fin de la medida de seguridad de internamiento y reemplazarla por una medida que implique un apoyo menos intenso (en el esquema de Bach, podría ser reemplazo por estado de codecisión, un estado asistido en la toma de decisiones o un estado autónomo para la toma de decisiones con apoyos específicos). No es materia de la presente investigación desarrollar las medidas que deberán sustituir la medida de seguridad de internamiento. Sin embargo es importante resaltar la necesidad de realizar nuevas investigaciones sobre este tema en particular.

4.2.3. Consecuencias de la propuesta y salvaguardas aplicables

Finalmente, nos parece importante que la presente investigación culmine señalando las consecuencias de adoptar la propuesta antes planteada. De este modo, se debe recordar que la estancia en el centro de salud mental ordenada por el juez penal debe cumplir con las salvaguardias pensadas por la Convención para este tipo de apoyos intensos. Así, el artículo 12.4 de este instrumento internacional dispone lo siguiente:

“Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial

⁵⁸⁰ BARRIFFI, Francisco. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos*. Ob. Cit., p. 480

competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.

Las salvaguardias son medidas establecidas por el Estado con el objetivo de asegurar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad que se encuentran incluidas en un régimen de apoyos⁵⁸¹. Se busca evitar que el o los apoyos se transformen en una medida de carácter sustitutorio permanente que anule la capacidad jurídica de la persona con discapacidad (especialmente las personas con deficiencias intelectuales y psicosociales)⁵⁸². En esta línea el artículo 12.4 reconoce las siguientes salvaguardias:

- Respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona
- Que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida
- Que el apoyo sea proporcional y adaptado a las circunstancias de la persona
- Que se aplique en el plazo más corto de tiempo posible
- Que estén sujetas a exámenes periódicos por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial.

La parte final del artículo 12.4 señala que la salvaguardia debe ser proporcional a la afectación en los derechos, por lo que, a mayor interferencia, mayor medida de protección debe aplicarse⁵⁸³. Es claro que estas medidas están pensadas especialmente para ser aplicadas en los apoyos intensos⁵⁸⁴. Así, Quinn indica que las “salvaguardias son relevantes en aquellos casos donde las decisiones tendrán que ser las de excepción, decisiones “por” y no “con”⁵⁸⁵. Por estos motivos, la llamada medida de seguridad de internamiento debe implicar la aplicación de las salvaguardias necesarias.

Ahora bien, hemos reconocido que la medida de seguridad de internamiento implica una intervención en la capacidad jurídica. Sin embargo, esta intervención no es discriminatoria, toda vez que no se basa en la discapacidad o en un criterio como la peligrosidad, sino en una situación específica: la comisión de un delito por una persona que en ese momento no puede entender la norma penal bajo el estándar establecido por el ordenamiento. Por tanto, como

⁵⁸¹ VILLAREAL LOPEZ, Carla. Ob. Cit.,p 163.

⁵⁸² Ibidem.

⁵⁸³ Ídem, p. 164.

⁵⁸⁴ Ídem, p. 165.

⁵⁸⁵ QUINN, Gerard. Ob. Cit.,p .14

hemos visto en el capítulo 2 y en el presente capítulo, la primera salvaguardia debe implicar que el traslado a un centro de salud mental debe estar siempre orientado a promover y permitir que la persona exprese su capacidad jurídica.

Además, bajo ningún supuesto se debe generar efectos más allá de los necesarios para asegurar este fin⁵⁸⁶. Así, conforme al derecho a la dignidad, la capacidad jurídica y el derecho a vivir en comunidad⁵⁸⁷, está prohibida la detención permanente, generar ansiedad y temores innecesarios, realizar prácticas de electrochoque, administrar forzosamente medicamentos que dificulten que la persona manifieste sus preferencias, inmovilizar o recluir a la persona en una zona de aislamiento, separarlo de la familia y la comunidad, entre otras prácticas⁵⁸⁸. Lo dicho también está relacionado con el hecho de que la salvaguardia consiste en que el apoyo debe ser proporcional y adaptado a las circunstancias de la persona.

Por otro lado, se debe garantizar que las autoridades que estén detrás del traslado a un centro de salud mental no tengan un interés en conflicto. Las últimas dos salvaguardias son especialmente relevantes para un apoyo tan intenso como el traslado a un centro de salud mental⁵⁸⁹. Así, como indicamos, la llamada medida de seguridad de internamiento debe aplicarse por el plazo más corto de tiempo posible, debiendo ser sustituida en el momento en que la persona supere la crisis y recupere la capacidad de manifestar sus preferencias.

No obstante, para poder cumplir con la anterior salvaguardia es necesario que la medida de seguridad esté sujeta a exámenes periódicos por una autoridad judicial competente, independiente e imparcial (por lo que no podrá ser el mismo juez que ordeno dicha medida). Tal como indicamos en el capítulo 1, el artículo 75 del Código Penal establece que el juez debe revisar cada seis meses la aplicación de esta medida. Sin embargo, consideramos que se requiere una comunicación fluida entre el personal que apoya a la persona con deficiencias psicosociales y un órgano judicial especializado en la ejecución de estas medidas. No ahondaremos en este tema, toda vez que tampoco es materia de la presente investigación.

⁵⁸⁶ BARRIFFI, Francisco. Ob. Cit. ,p . 498.

⁵⁸⁷ Ver: supra, Capítulo 2, acápite 4.1.1.

⁵⁸⁸ Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. A/HC/22/53., párr.70.

⁵⁸⁹ VILLAREAL LOPEZ, Carla. Loc. Cit.

Finalmente, debemos indicar que las salvaguardas antes mencionadas no son las únicas consecuencias de nuestra postura. Es indispensable señalar que, de adoptar nuestra propuesta, se debería realizar dos cambios adicionales e importantes. En primer lugar, eliminar toda referencia a la peligrosidad como sustento y/o criterio de individualización de la medida de seguridad de internamiento. Y, en segundo lugar, actualizar los fines de esta consecuencias jurídica del delito y el propio concepto de medida de seguridad. De este modo, sería preferible hablar de una medida de “traslado a un centro de salud mental” cuyos fines sean los propuestos en el capítulo 2.



CONCLUSIONES

1. Existen 3 modelos o paradigmas de la discapacidad. El modelo de la prescindencia, según el cual las personas con deficiencias (individuos cuyo cuerpo o mente no funciona de igual manera que la mayoría de las personas) son eliminadas o excluidas de la sociedad. Así, la discapacidad es homologada a la deficiencia. Esta es vista como una desgracia, una maldición o una anormalidad que produce la marginación de estas personas. Luego se encuentra el modelo rehabilitador que considera a la discapacidad como un problema de salud que debe ser curado a través de la ciencia médica y la terapia. Así, quien decide sobre la vida de la persona con discapacidad es el médico y la medicina. Tanto el modelo de prescindencia como el rehabilitador se asemejan en la medida que buscan erradicar y ocultar las diferencias, además de permitir que la persona sea tratada como objeto y no como sujeto con derechos. Esto último sucede de manera más intensa con las personas cuya mente funciona de manera distinta a la mayoría, produciendo un desarrollo diferenciado de la capacidad de pensar y de gestionar los aspectos sociales y emotivos. Ante esto, las personas con discapacidad inician un proceso que se sintetiza en el modelo social de la discapacidad. Este paradigma parte por distinguir a la deficiencia de la discapacidad, la cual no es causada por los rasgos individuales de una persona sino por las barreras producidas por una sociedad construida para un perfil único de persona. Así, la persona con discapacidad es una víctima de una sociedad discapacitante,
2. El modelo social de la discapacidad ha sido asumido por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Este instrumentó internacional reconoció un conjunto de derechos que expresan los principios de dignidad, autonomía e independencia de la persona con discapacidad. El Perú ha ratificado este tratado de derechos humanos, el cual entró en vigor el 3 de mayo de 2008. En cumplimiento de las obligaciones fijadas en esta convención, el Perú promulgó la Ley 29973 en diciembre de 2012, norma titulada como “Ley General de la Persona con Discapacidad”. La Convención es un tratado de derechos humanos, de manera que de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Exp. 0047-2004-AI/TC y Exp. 2798-2004-HC/TC), así como al artículo 3 y a la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, es una norma de rango Constitucional. Por este motivo, toda norma de

rango inferior debe tener un contenido conforme a dichas norma constitucional. Evidentemente esto incluye a las normas penales.

3. La medida de seguridad de internamiento es una consecuencia jurídico penal que se impone a la persona considerada peligrosa que comete un hecho delictivo en un estado de inimputabilidad. La inimputabilidad es la falta de culpabilidad o capacidad penal. Esta se produce cuando el sujeto que comete el ilícito se encuentra en un estado que no le permite comprender la norma y actuar conforme a ella. Así, se considera inimputable a quien comete un ilícito bajo un orden racional y una comprensión distinta a la realidad a la que la sociedad exige. En este contexto, algunas deficiencias psicosociales provocan que la persona se guía bajo una comprensión de la realidad distinta a la exigida por el estándar normativo. Por este motivo, es frecuente que quienes son catalogados como inimputables son personas con deficiencias psicosociales. Toda vez que ciertas deficiencias psicosociales están relacionadas con una percepción de la realidad distinta a la exigida por la norma penal. Ahora bien, el juez debe determinar la intensidad y duración de una medida de seguridad. A este proceso se le conoce como individualización judicial. En el caso de la medida de seguridad de internamiento, la normativa, entendida a la luz de la jurisprudencia y la doctrina penal, revela que la peligrosidad es el criterio principal para individualizar esta consecuencia jurídico penal.
4. La medida de seguridad de internamiento nació junto a la peligrosidad a fines del siglo XIX e inicios del XX. El surgimiento de esta figura penal estuvo relacionado a la crisis del Derecho penal clásico y al surgimiento de la escuela positivista, postura que recurrió a los “avances” de la medicina y la psiquiatría para neutralizar a aquellas personas que no eran aptas para vivir en sociedad por su condición de peligrosos. En este sentido, la llamada “temibilitá” nace en un escenario en el que se entendía al Derecho penal como un mecanismo de defensa social contra la minoría que cometía hechos criminales. Los fundamentos del positivismo fueron excluidos para el sistema de penas; sin embargo fueron acogidos para el sistema de medidas de seguridad. Así, el Anteproyecto de Carl Stoos fue el primer antecedente normativo de un sistema binario en el que, junto a la pena regulada por la culpabilidad, se regula la medida de seguridad de internamiento determinada por la peligrosidad. Con el pasar del tiempo, la doctrina criticó fuertemente al sistema dualista original, toda vez que excluía de una serie de principios del Derecho penal a las medidas de seguridad. Ante ello, surge un nuevo sistema dualista en el que

el sistema de medidas de seguridad se irradia de los principios que antes habían sido exclusivos de la pena. Sin embargo la peligrosidad se mantuvo como principal criterio de individualización. En esta línea, la jurisprudencia peruana, a través del artículo 73 del Código Penal peruano, utiliza la peligrosidad como criterio para individualizar la medida de seguridad de internamiento. Este escenario muestra como la peligrosidad es un criterio que se ha mantenido en el tiempo porque, a pesar de las críticas, permite neutralizar a determinados individuos.

5. Investigar sobre la validez de la peligrosidad como criterio de individualización judicial de la medida de seguridad de internamiento implica estudiar los fines que esta consecuencia jurídico-penal cumple en el sistema penal. Ahora bien, para entender el sistema penal es necesario partir de la premisa de que éste opera dentro de un Estado Constitucional de Derecho. Este modelo de Estado supone la sujeción de los poderes públicos a las formas y los contenidos de la Constitución, expresados en los derechos fundamentales y las garantías. Así, se busca garantizar la protección de las libertades y derechos de todos, incluidas las minorías. A efectos de la presente investigación se debe tomar en cuenta la protección de dos minorías: las personas con deficiencias psicosociales y las personas que cometen un hecho delictivo. De este modo, en un Estado Constitucional se debe asegurar el respeto de los derechos humanos de la personas con deficiencias psicosociales (que también son derechos fundamentales, toda vez que la Convención ha sido ratificada por el Estado peruano). De la misma manera, se debe proteger los derechos fundamentales de las personas que cometen hechos considerados delictivos por la mayoría social.
6. Bajo el esquema de un Estado Constitucional el Derecho penal garantiza los derechos y libertades que se ven peligrados o lesionados con la comisión de hechos delictivos. Así se protege a la sociedad y a las víctimas de las conductas graves que afectan sus derechos fundamentales. Sin embargo, el Derecho penal de un Estado Constitucional también asegura los derechos fundamentales y las libertades de los infractores. Así, el Derecho penal, como parte del Estado Constitucional, tiene una doble finalidad general: por un lado, previene la comisión de hechos delictivos y así protege los derechos de la sociedad y de las víctimas; por otro lado, previene la comisión de castigos arbitrarios e

informales que pueden ser cometidos por la mayoría y/o un estado policial en contra de la minoría desviada.

7. La doctrina nacional e internacional, así como la jurisprudencia interna, sostiene que la medida de seguridad de internamiento tiene una doble finalidad: por un lado, neutralizar a la persona con deficiencias psicosociales considerada peligrosa a través de la custodia en un centro de salud mental; por otro lado, curar a la persona con deficiencias psicosociales para que abandone el estado de peligrosidad. Sin embargo, la doctrina ha identificado que no en todos los casos es posible la curación de la persona considerada peligrosa. Por tanto, la doble finalidad es, al menos, alternativa. Entonces, el fin curativo o terapéutico será efectivo solo en los casos donde la curación sea posible; en los demás supuestos el único que cumplirá el internamiento es el neutralizador o asegurativo. Así, Jakobs señala que la medida de seguridad priva los derechos del inimputable para neutralizarlo, toda vez que es visto como una fuente de peligro. Esta teoría ha sido acogida por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema.
8. No obstante, ambos fines contradicen las normas y principios de la Convención. El fin curativo o terapéutico considera que es lícito curar a una persona con discapacidad en contra de su voluntad. Este fin ya ha sido criticado en el sistema de penas, toda vez que es incompatible con el principio de autonomía, base de toda democracia constitucional. Por este motivo, el fin terapéutico ha sido erradicado del sistema de penas. Pero, ¿por qué aún persiste en el sistema de medidas de seguridad? El fundamento de esta argumentación yace en la estrecha relación con el modelo rehabilitador de la discapacidad. Bajo este modelo, las personas con deficiencias psicosociales no tienen capacidad de tomar sus propias decisiones. Más aún, la discapacidad es una anomalía que es la causante de las desgracias de la persona. Es así que la medicina tiene la potestad de sustituir la voluntad de la persona y utilizar la ciencia para erradicar la diferencia. Sin embargo, esto contradice los principios de dignidad y autonomía reconocidos en el artículo 3 de la Convención. Estos principios están fuertemente relacionados al artículo 12, que reconoce que la persona con discapacidad tienen derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás. De esta manera, la persona con deficiencias psicosociales tiene igual derecho a que se le reconozca su capacidad de tomar decisiones y no es permitido sustituir su voluntad en

aras de realizarle un bien. En esta línea es correcto afirmar que el fin terapéutico contradice el derecho a la capacidad jurídica (irradiado por los principios de dignidad y autonomía) reconocido por la Convención, razón por la cual es un fundamento inválido en el marco de nuestro ordenamiento jurídico.

9. Por otro lado, el fin neutralizador asume que es válido eliminar a una persona con deficiencias psicosociales de la sociedad, aislándolo en un centro de custodia permanente. Es evidente que este fin coincide con el modelo de prescindencia de la discapacidad, según el cual una persona con discapacidad debe ser eliminada y/o aislada del mundo social. No obstante, el artículo 3 de la Convención reconoce el respeto a la dignidad humana, la autonomía individual y la independencia de las persona con discapacidad. Como vimos, estos principios se concretizan en el derecho a la personería y a la capacidad jurídica reconocido en el artículo 12. Esto implica que una persona con deficiencias psicosociales no puede ser tratada como un objeto, sino como una persona y un sujeto de derechos que puede decidir sobre su vida. Además, la Convención reconoce en su artículo 19 que las personas con discapacidad tienen derecho a la vida en comunidad como manifestación de su derecho a decidir sobre sus vidas. Una medida de seguridad que solo busca neutralizar a una persona con deficiencia psicosocial implica tratarlo como un mero objeto o fuente de peligro que puede ser obligado a vivir aislado. Por estos motivos, el fin neutralizador contradice los principios y derechos de las personas con deficiencias psicosociales reconocidos por la Convención. Esta contradicción torna al fin neutralizador en inválido.
10. El traslado involuntario a un centro de salud mental es una excepción y restricción a los derechos de la personas con deficiencias psicosociales. Esta excepción se produce únicamente cuando una persona con deficiencias psicosociales comete un hecho delictivo. Por este motivo, la medida de seguridad de internamiento es una consecuencia jurídico penal. ¿Cuáles son sus finalidades? Proponemos un modelo de fines de la medida de seguridad de internamiento diversificado por las fases de su aplicación, de manera similar a la propuesta de la teoría de la unión elaborada por Roxin. Así, sostenemos que en la fase conminativa o previa a la comisión de delitos, la regulación de la medida de seguridad de internamiento cumple con dos finalidades fuertemente entrelazadas. Por un lado, tiene un fin preventivo general positivo, en la medida que mantiene la confianza de la sociedad en el ordenamiento jurídico. Por otro lado, la

regulación de la medida de seguridad evita que la sociedad impulse castigos informales y arbitrarios en contra de las personas con deficiencias psicosociales. Durante la fase aplicativa y ejecutiva, la medida de seguridad de internamiento está orientada un fin de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. El traslado a un centro de salud mental busca ser un mecanismo que permite al infractor recuperar su capacidad de decidir sobre su vida, además de asistirlo en la toma de dichas decisiones. Cabe indicar que no proponemos un fin terapéutico que busca curar la enfermedad mental a través de la sustitución de la voluntad, sino un mecanismo que estará dirigido a brindarle asistencia a la persona para que pueda tomar decisiones con la mayor autonomía posible.

11. Ahora bien, ¿qué es la peligrosidad? Es la probabilidad de que una persona vuelva a cometer un hecho delictivo en el futuro. Esta probabilidad es utilizada como mecanismo para individualizar la medida de seguridad. Existen tres métodos que utiliza la psicología y la psiquiatría para determinar la peligrosidad: el método clínico puro, el método actuarial y el método clínico estructurado. A pesar de que el método clínico estructurado ofrece ventajas frente a las otras técnicas, ninguno de ellos proporciona un resultado científicamente certero. Sin embargo, Frisch y Ziffer han señalado que este factor no puede ni debe ser el motivo para el cual excluir a los pronósticos de peligrosidad del Derecho penal. En este sentido, los pronósticos de peligrosidad son parte fundamental de diversas figuras jurídicas, como la prisión preventiva o cualquier beneficio penitenciario. En este sentido, los citados autores reconocen acertadamente que estamos ante un criterio jurídico, cuya validez no responde meramente a criterios científicos, sino al fin que justifica la institución jurídica que se vale de la peligrosidad. Así, para Frisch y Ziffer la peligrosidad será válida en tanto responde a una medida de seguridad que busca neutralizar a determinados sujetos considerados por la sociedad como peligrosos. Esta peligrosidad será una valoración que, si bien deberá estar respaldada por los métodos científicos, tendrá naturaleza normativa y obedecerá a la determinación de un riesgo ex ante intolerable por la sociedad.
12. La validez de la peligrosidad dependerá de la validez de los fines de la figura jurídica que busca determinar. En tal sentido, hemos señalado antes que el fin terapéutico y el fin neutralizador son inválidos conforme a los derechos y principios reconocidos por la Convención. Por tanto, la peligrosidad se transforma en un criterio de individualización

judicial de la medida de seguridad de internamiento inválido. Ante ello, proponemos cambiar la peligrosidad por un criterio de individualización que se corresponda con los fines planteados en el capítulo 2. En este sentido, la medida de seguridad tiene como presupuesto la inimputabilidad, entendida como la falta de capacidad penal. Esta falta de capacidad se determina cuando una persona se encuentra en una situación que no le permite comprender la norma y actuar conforme a ella. Estamos ante situaciones en la que la persona se encuentra en un estado de alteración de la realidad que no le permite decidir sobre su vida sin un apoyo intenso. Esta necesidad es reconocida por la propia Convención, instrumento que señala en su preámbulo que los Estado deben promover y proteger los derechos de las personas con discapacidad, incluidas aquellas que requieren de un apoyo más intenso. En ese contexto, consideramos que el juez al momento de determinar la medida de seguridad de internamiento debe evaluar la situación en qué se encuentra la persona con deficiencias psicosociales e identificar la necesidad un apoyo intenso en el ejercicio de su capacidad jurídica. Este apoyo consistirá en el traslado a un centro de salud mental.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Madrid; Civitas, 1985.

BARIFFI, Francisco José. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. Madrid: Cermi, 2014.

BECKER, Howard. *Outsiders*. México DF: Siglo XXI, 2012.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal Español. Parte General*. Barcelona; Ariel, 1984.

CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte General Volumen I*. Bogotá: Temis, 1956.

CONDIÑO SOPA, José. *Un modelo de apoyos a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. En: CERMI. *Derecho y discapacidad. In Memoriam José Soto García- Camacho*. Madrid: Cermi, 2012.

DE ASIS, Rafael. *Sobre la discapacidad y derechos humanos*. Madrid: Dykinson, 2013.

GARÓFALO, Rafael. *La criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*. Madrid: La España Moderna, 1890.

FALCÓN Y TELLA, María José y Fernando FALCÓN Y TELLA. *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?* Madrid: Marcial Pons, 2005.

FEIJOO, Bernardo. *Retribución y Prevención General*. Buenos Aires: BdeF, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta, 2005.

FERREIRÓS MARCOS, Carlos-Eloy. *Salud mental y derechos humanos: la cuestión del tratamiento ambulatorio involuntario*. Madrid: CERMI, 2007.

FERRI, Enrico. *Principios de Derecho Criminal*. Madrid: Reus, 1933.

FIGUEROA ESTREMADOYRO, Hernán. *Código Penal Comentado y Concordado*. Lima: Inkari, 1975.

FOUCAULT, Michel. *Vigilar y Castigar*. México DF: Siglo XXI, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Los anormales*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011.

GARCÍA PABLÓS, Antonio. *Introducción al Derecho Penal*. Madrid: Ramón Areces, 2005.

GOFFMAN, Erving. *Los internados*. Buenos Aires: Amorrortu, 2001.

HASSEMER, Winfried y Francisco MUÑOZ CONDE. *Introducción a la criminología y a la política criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

HEGGLIN, María Florencia. *Los enfermos mentales en el derecho penal. Contradicciones y falencias del sistema de medidas de seguridad*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.

HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SALDARRIAGA. *Manual de Derecho Penal Parte General. Tomo II*. Lima: Idemsa, 2011.

JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Gunther. *El Fundamento del Sistema Jurídico Penal*. Lima: Ara, 2005.

JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Granada: Comares.

JIMÉNEZ SANDOVAL, Rodrigo. *Derecho y Discapacidad*. San José: Fundación Justicia y Género, 2008.

MAURACH, Reinhart. *Derecho Penal. Parte General 2*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995.

MEINI, Iván. *Lecciones de Derecho Penal Parte General. Teoría Jurídica del Delito*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. Barcelona: Reppertor, 2011

MUÑOZ, Manuel; PÉREZ SANTOS, Eloisa; CRESPO, María; y Ana Isabel GUILLÉN. *Estigma y enfermedad mental. Análisis del rechazo social que sufren las personas con enfermedad mental*. Madrid: Editorial Complutense, 2009.

MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal Parte General 7ª Edición*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal Parte General I*. Madrid: Universitas, 2004.

ORÉ SOSA, Eduardo y Walter PALOMINO RAMÍREZ. *Peligrosidad Criminal y Sistema Penal en el Sistema Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Lima: Editorial Reforma, 2014.

PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: CINCA, 2008.

PALACIOS, Agustina y Francisco BARIFI. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*. Madrid: CINCA, 2007.

PAVARINI, Massimo. *Control y Dominación*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2008.

QUINN, Gerard y Theresia DEGENER. *Derechos Humanos y Discapacidad*. Nueva York: Naciones Unidas, 2002.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *El dolo y su prueba en el Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 1999.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General. Tomo I*. Madrid: Civita, 1997.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General de Derecho Penal*. Navarra: Aranzadi, 2010.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El Nuevo Proceso Penal*. Lima: Idemsa, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.

SOTOMAYOR, Juan Oberto. *Inimputabilidad y Sistema Penal*. Bogotá: Temis, 1996.

STRANTENWERTH, Gunther. *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*. Navarra: Aranzadi, 2000, p. 42.

STUCCHI PORTOCARRERO, Santiago. *Loquerías, manicomios y hospitales psiquiátricos de Lima*. Lima: Universidad Peruana Cayetano Heredia, 2012.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Peligrosidad Social y Estado de Derecho*. Madrid: Akal, 1981.

TERRADILLOS BASOCO, Juan y Borja MAPELLI CAFFARENA. *Las consecuencias jurídicas del delito. 3ª edición*. Madrid: Civitas 1996.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Sistema Penal y Estado de Derecho*. Lima: Ara, 2010.

VILLAVICENCIO, Felipe. *Derecho Penal Parte General*. Lima: Grijley, 2009.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Temis, 2004.

VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

VON LIZT, Franz. *La idea del Fin del Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo*, 1882. Granada: Comares, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el Derecho penal*. Bogotá: Ibañez, 2006.

ZAGREBELZKY, Gustavo. *El Derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2011.

ZIFFER, Patricia. *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General. Las Teorías de la pena y de la ley penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.

Artículos

ANDRÉS PUEYO, Antonio. *Evaluación del riesgo de violencia*. Madrid: CEJ, 2007. Disponible en:

[http://www.ub.edu/geav/contenidos/vinculos/publicaciones/public1_6/publicac_pdf/1_1%20Andr%C3%A9s%20Pueyo,%20A%20y%20Echeburria,%20E%20\(2010\).pdf](http://www.ub.edu/geav/contenidos/vinculos/publicaciones/public1_6/publicac_pdf/1_1%20Andr%C3%A9s%20Pueyo,%20A%20y%20Echeburria,%20E%20(2010).pdf). Revisado el 01 de

setiembre de 2015.

ANDRÉS PUEYO, Antonio y Santiago REDONDO ILLESCAS. *Predicción de la violencia: Entre la peligrosidad y la valoración del riesgo*. En: *Papeles del Psicólogo*, 2007, Vol.28 (3), pp. 157-173.

Disponible en: <http://www.papelesdelpsicologo.es/vernumero.asp?id=1500>. Revisado el 08/09/2014.

ANDRÉS PUEYO, Antonio y Enrique ECHEBURÚA. *Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación*. En: *Psicothema* 2010. Vol. 22, n3, pp.403-409. Disponible

en: [http://www.ub.edu/geav/contenidos/vinculos/publicaciones/public1_6/publicac_pdf/1_1%20Andr%C3%A9s%20Pueyo,%20A%20y%20Echeburria,%20E%20\(2010\).pdf](http://www.ub.edu/geav/contenidos/vinculos/publicaciones/public1_6/publicac_pdf/1_1%20Andr%C3%A9s%20Pueyo,%20A%20y%20Echeburria,%20E%20(2010).pdf). Revisado el 08/09/2014.

ANDRÉS PUEYO, Antonio. *Peligrosidad Criminal: Análisis crítico de un concepto polisémico*. En: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Director). *Derecho Penal y Neurociencias*. Madrid: EDISOFER, 2013, pp. 482-504.

ARBACH, Karin y Antonio ANDRÉS PUEYO. *Valoración del riesgo de violencia en enfermos mental con el HCR-20*. En: *Papeles del Psicólogo*, 2007. Vol. 28 (3), p. Disponible en: www.cop.es/papeles Revisado el 13 de julio de 2015, pp.174-186.

ARGANGO DURLING, Virginia. *Las medidas de seguridad en los códigos penales de España y Panamá*. En: CANCINO, José Antonio (Editor). *El Derecho penal español de fin de siglo y el Derecho penal Latinoamericano. Homenaje a Enrique Bacigalupo*. Santa Fe de Bogotá: Ibáñez, pp-105-118.

ASENCIO MELLADO, José María. *La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú*. Lima: INCIPP, 2009. Disponible en: <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/regulacionprisionpreventiva.pdf>. Revisado el 11 de octubre de 2015.

BASAGLIA, Franco. *La institucionalización psiquiátrica de la violencia*. En: SUAREZ, Armando (Coordinador) *Razón, locura y sociedad*. México DF: Siglo XXI, 1979, pp. 15-34

BACH, Michael. *El derecho a la capacidad jurídica en la Convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad: conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma alternativa*. En: BARIFFI, Francisco y Agustina PALACIOS (Coord.) *Capacidad jurídica, discapacidad, y derechos humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Buenos Aires: Ediar, 2011, pp.55-107.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *La Imputabilidad en un Estado de Derecho*. En: *Obras Completas. Volumen I*. Lima: ARA, 2004, pp-145-169.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Las medidas de seguridad*. En: *Obras. Completas. Volumen I*. Lima: ARA, 2004, pp.721-732.

CUENCA GOMEZ, Patricia. *La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del art. 12. De la CIDPD en el Ordenamiento jurídico español*. Getafé: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, s/f. Disponible en: <http://www.articulo12.org.ar/>. Revisado el 10 de octubre de 2015.

DE ASIS, Rafael. *Sobre el derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*. En: *Papeles el tiempo de los derechos*. Getafé: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, 2010. Disponible en: www.tiempodelosderechos.es. Revisado el 10 de octubre de 2015.

DE ASIS, Rafael. *Sobre la Capacidad*. En: *Papeles el tiempo de los derechos*. Número 4. Getafé: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, 2009. Disponible en: www.tiempodelosderechos.es. Revisado el 10 de octubre de 2015.

DEL AGUILA, Luis Miguel. *La autonomía de las personas con discapacidad como principio rector*. En: SALMON, Elizabeth y Renata BREGAGLIO. *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad*. Lima: Idehpucp, 2015, pp.51-72.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Culpabilidad Jurídico Penal y Neurociencias*. En: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Director). *Derecho Penal y Neurociencias*. Madrid: Edisofer, 2013, pp. 269-298.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantías y Derecho penal*. En: SOTOMAYOR, Juan Oberto (Coord.) *Garantismo y Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 2006, pp.3-12.

FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*. En: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Trotta, 2009, pp-187-204.

FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y Democracia*. Ob. En: CARBONELL, Miguel (Ed). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, pp. 208-219.

FERRAJOLI, Luigi. *El derecho penal del enemigo y la disolución del Derecho penal*. En: *Democracia y garantismo*, pp.234-250.

FERRAJOLI, Luigi. *La esfera de lo indecible y la división de poderes*. En: CARBONELL, Miguel (Ed). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2010, pp.102-109.

FREUND, Georg. *Peligros y Peligrosidad en el Derecho penal y en el Derecho de las medidas de seguridad. Contra la parcialidad en el pensamiento y en la actuación*. En: LANDA, Jon-M (Editor). *Delincuentes peligrosos*. Madrid: Trotta, 2014, pp. 25-48.

FRISCH, Wolfgang. *Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias Jurídicas del Derecho penal*. Barcelona, Indret (Revista para el Análisis del Derecho), 2007. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/450_es.pdf. Revisado el 20 de enero de 2014.

GARCÍA RIVAS, Nicolás. *La Libertad Vigilada y el Derecho Penal de Peligrosidad*. En: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Director). *Derecho Penal y Neurociencias*. Madrid: EDISOFER, 2013, pp. 601-628.

GUASTINI, Riccardo. *La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. En: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Trotta, 2009, pp.49-73.

GRACIA MARTIN, Luis. *Las medidas de seguridad y reinserción social*. En: *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp.385-430.

HASSEMER, Winfried. *¿Por qué y con qué fin se aplican las penas?* En: *Persona, Mundo y Responsabilidad*. Bogotá: Temis, 1999, pp. 105-122.

JAKOBS, Gunther. *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o configuración de la norma?* En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coordinador). *Libro Homenaje al profesor Gunther Jakobs. El Funcionalismo en Derecho penal*. Bogotá: Universidad del Externado, de Colombia, 2003, pp. 39-56.

JAKOBS, Gunther. *Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de medida de seguridad complementaria a la pena*. InDret. Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona: febrero de 2009. Disponible en: www.indret.com. Revisado el 23 de julio de 2015.

MARTINEZ GARAY, Lucía. *La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad*. En: Revista para el Análisis del Derecho, Indret. Barcelona, Abril de 2014. Disponible en: www.indret.com. Revisado el 10 de junio de 2015.

MEINI, Iván. *La pena: función y presupuestos*. En: Derecho Pucp. Revista de la Facultad de Derecho. N 71, 2013., pp. 141-167.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *Estudio introductorio a la obra de Gunther Jakobs*. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coordinador). *Libro Homenaje al profesor Gunther Jakobs. El Funcionalismo en Derecho penal*. Bogotá: Universidad del Externado, de Colombia, 2003, pp. 21-36.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Penas y Medidas de Seguridad. Monismo "versus" Dualismo*. En: *Derecho Penal y Control Social. Monografía Jurídicas 98*. Bogotá: Temis, 2004, pp. 39-82.

PALACIOS, Agustina. *Una Introducción al modelo social de discapacidad y su reflejo en la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad*. En: SALMON, Elizabeth y Renata BREGAGLIO. *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad*. Lima: Idehpucp, 2015, pp.9-34.

PILEÑO MARTÍNEZ, María Elena y otros. *El Enfermo Mental. Historia y Cuidados desde la Época Medieval*. En: Cultura de los cuidados. Revista de Enfermería y Humanidades. Año VII. N 13. Primer semestre de 2003, pp.29-35.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Proceso Penal y Medidas de Internación*. En: *Nuevo Proceso Penal Reforma y Política Criminal*. Lima: Idemsa, 2009, pp. 29-70.

PRIETO SANCHIS, Luis. *Neoconstitucionalismo y Ponderación judicial*. En: En: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Trotta, 2009, pp. 123-158.

QUINN, Gerard. *La personalidad y la capacidad jurídica. Perspectivas sobre el cambio de paradigma del Artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Cambridge: 2010. Disponible en: www.nuigalway.ie/ddlp/staff.gerard_quinn.html.
Revisado el 30 de mayo de 2013.

RODRÍGUEZ, Julio y Pamela MORALES. *Penas para personas con discapacidad intelectual: un análisis desde el modelo social de la discapacidad*. En: URTEAGA, Patricia y Aarón VERONA (Editores). *Anuario de Investigación Jurídica 2013-2014*. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) del Departamento de Derecho de la PUCP, 2015, pp. 425-461.

ROXIN, Claus. *Fin y justificación de la Pena y de las medidas de seguridad*. En: MAIER, Julio (Compilador) *Determinación judicial de la pena*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1993, pp.15-52.

ROXIN, Claus. *Cambios de la teoría de los fines de la pena*. En: ROXIN, Claus. *Teoría del Delito*. Lima; Grijley, 2007, pp.70-88.

SAN MARTÍN CASTRO, César. *Proceso penal, anomalía síquica grave y delito*. En: II Congreso Internacional de Derecho Penal. Pontificia Universidad Católica del Perú. Consecuencias Jurídicas del Delito. Lima: ARA, 1997, pp.13-46.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distintos de la imputabilidad?* En: *Normas y acciones en Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, pp. 99-134.

VÁSQUEZ, Alberto. *La vida en comunidad*. En: SALMÓN, Elizabeth y Renata BREGAGLIO. *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad*. Lima: Idehpucp, 2015, pp.147-164.

Tesis

BARIFFI, Francisco. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos*. Tesis de doctorado en Derecho Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Getafe: Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, 2014. Consulta: 10 de octubre de 2015. Disponible en: <http://e-archivo.uc3m.es>

BENAVIDEZ LÓPEZ, Alvaro Fernando. *Modelos de capacidad jurídica: una reflexión necesaria a la luz del art. 12. de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad*. Tesis de Doctorado en Derecho. Madrid: Universidad Carlos III / Facultad de Derecho, 2003. Disponible en: http://earchivoc3m.es/bitstream/handle/10016/18264/Alvaro_Benavides_tesis.pdf?sequence=1
Revisado el 09 de mayo de 2016.

DEL ÁGUILA UMERES, Luis Miguel. *El concepto de discapacidad y su importancia filosófica*. Tesis de licenciatura en Filosofía. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Letras y Ciencias Humanas, 2007. Disponible en: <http://tesis.pucp.edu.pe>. Revisado el 26 de marzo de 2014.

LEAL MEDINA, Julio. *La problemática existente para la aplicación de las medidas de seguridad*. Tesis de doctorado en Derecho. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 1999. Disponible en: <http://eprints.ucm.es>. Revisado el 15 de marzo de 2014.

VILLAREAL LOPEZ, Carla *El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y su incompatibilidad con los efectos jurídicos de la interdicción y curatela: Lineamientos para la reforma del Código Civil y para la implementación de un sistema de apoyos en el Perú*. Tesis para obtener el grado de Magíster en Derechos Humanos. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014.

Documentos

ALIANZA DE LAS ORGANIZACIONES LATINOAMERICANAS. *Aportes a la elaboración de la Observación general sobre el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Lima: 2014. Disponible en:

www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/CELSArt12_sp.doc. Revisado el 13 de mayo de 2014.

Circular sobre determinación y duración de la medida de seguridad de internación. Resolución Administrativa N 336 -2011-PJ emitida el 20 de setiembre del 2011.

Comité de los derechos de las personas con discapacidad. CRPD/C/AUS/CO/1.

Comité de los derechos de las personas con discapacidad. CRPD/C/BEL/CO/1.

Comité de los derechos de las personas con discapacidad. CRPD/C/ECU/CO/1.

Comité de los derechos de las personas con discapacidad. CRPD/C/MEX/CO/1

Comité de los derechos de las personas con discapacidad. CRPD/C/11/4.

Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. A/HC/22/53.

NATIONAL MENTAL HEALTH CONSUMER & CARER FORUM 2011. *Unravelling Psychosocial Disability*. Camberra: NMHCCF, 2011. Disponible en: http://www.nmhccf.org.au/documents/NMHCCF_Psychosocial%20disability_Booklet_Web%20version_27Oct11.pdf. Revisado el 13 de mayo de 2014.

Jurisprudencia Nacional e Internacional

Corte IDH. Caso Fermín Ramírez vs Guatemala, de 20 de junio de 2005.

Corte IDH. Caso Ximenes Lopes vs Brasil, de 4 de julio de 2006.

Exp. 0346-2008-PHC/TC. Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 26 de agosto de 2010.

Exp. 0047-2004-AI/TC. Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 24 de abril de 2006.

Exp. 0005-2007-PI/TC. Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 26 de agosto de 2008.

Exp. N 26-2009-SPN. Sentencia emitida por la Sala Penal Nacional el 07 de octubre de 2011.

R.N. N 104-2005. Ejecutoria Suprema emitida el 16 de marzo de 2005 por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema

R.N. 2375-2009. Ejecutoria suprema emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 26 de enero de 2010.

R.N. N 3608-2014. Ejecutoria Suprema emitida el 27 de marzo de 2015 por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

