

JULIO RODRÍGUEZ VÁSQUEZ



PELIGROSIDAD E INTERNACIÓN EN DERECHO PENAL

REFLEXIONES DESDE EL MODELO
SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD

Prólogo
Yvan Montoya Vivanco



idehpucp

INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

JULIO RODRÍGUEZ VÁSQUEZ

**PELIGROSIDAD E
INTERNACIÓN EN
DERECHO PENAL**

**REFLEXIONES DESDE EL MODELO
SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD**

Prólogo
Yvan Montoya Vivanco

PELIGROSIDAD E INTERNACIÓN EN DERECHO PENAL

REFLEXIONES DESDE EL MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD

Julio Rodríguez Vásquez

PRIMERA EDICIÓN: AGOSTO 2016

TIRAJE: 200 EJEMPLARES

© PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ, 2015
INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ (IDEHPUCP) CALLE TOMÁS RAMSEY 925, LIMA 17 – PERÚ
TELÉFONO: (51-1) 261-5859
WWW.PUCP.EDU.PE/IDEHPUCP

CORRECCIÓN DE ESTILO: ALEXANDRA ALVÁN

IMPRESIÓN: GRÁFICA COLUMBUS S.R.L.
JR. PEDRO RUIZ GALLO 292, LIMA 5 – PERÚ
TELÉFONO: (51-1) T. 423 4433
IMPRESO EN PERÚ-PRINTED IN PERU

DERECHOS RESERVADOS. PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN DE ESTE DOCUMENTO POR CUALQUIER MEDIO, TOTAL O PARCIALMENTE, SIN PERMISO EXPRESO DE LOS EDITORES.

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N° 2016-10229
ISBN: 978-612-47133-3-0

INDICE

Prólogo	9
Introducción	13
PRIMERA PARTE.	
ESTADO DE LA CUESTIÓN: La medida de seguridad de internación y peligrosidad en derecho penal	17
CAPÍTULO 1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD DE INTERNACIÓN Y EL CRITERIO DE PELIGROSIDAD	19
1.1. Antecedentes históricos	19
1.1.1. Antigüedad	19
1.1.2. Edad Media y Moderna	20
1.1.3. Edad Contemporánea	21
1.2. Nacimiento de la medida de seguridad de internación	22
1.2.1. Crisis del derecho penal clásico	22
1.2.2. Programa de la Universidad de Marburgo de 1882	23
1.2.3. Escuela positivista italiana	24
1.2.4. Desarrollo de la psiquiatría como ciencia	25
1.2.5. Anteproyecto del Código Penal suizo de 1893	26
1.2.6. Medida de seguridad de internación predelictual	27
1.2.7. Influencia del modelo de Stoos en la legislación peruana	29
1.3. Críticas al sistema dualista puro	30
1.4. Características sistemáticas de la medida de seguridad de internación actual en la legislación peruana	32
1.4.1. Sistema vicarial	32
1.4.2. Fin preventivo compartido	33
1.4.3. Garantías penales compartidas	34
1.4.4. Inimputabilidad como presupuesto	36
1.4.5. Peligrosidad como criterio de individualización	39

CAPÍTULO 2. FINES DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD DE INTERNACIÓN EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA PENAL	43
2.1. Aproximación a los fines en derecho penal	45
2.1.1. Los fines absolutos	45
2.1.2. Los fines relativos o preventivos	45
2.1.2.1. Prevención especial	45
2.1.2.2. Prevención general	45
2.1.2.2.1. Prevención general negativa o intimidatoria	46
2.1.2.2.2. Prevención general positiva	46
2.1.2.3. La teoría dialéctica de la unión	48
2.2. Fines de la medida de seguridad de internación de acuerdo con la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia	49
2.2.1. La doble finalidad alternativa: curación y neutralización	49
2.2.2. La primacía del fin neutralizador	50
CAPÍTULO 3. EL CRITERIO DE PELIGROSIDAD Y SUS FORMAS DE DETERMINACIÓN	55
3.1. Concepto de peligrosidad	55
3.2. Regulación de la peligrosidad en el ordenamiento jurídico-penal	57
3.3. La peligrosidad y su análisis como método científico para pronosticar la comisión de delitos	58
3.3.1. Método clínico puro o no estructurado	58
3.3.1.1. Descripción del método clínico puro o no estructurado	58
3.3.1.2. Críticas al método clínico puro o no estructurado	60
3.3.2. Método estadístico o actuarial	62
3.3.2.1. Descripción del método estadístico o actuarial	62
3.3.2.2. Críticas al método estadístico o actuarial	64
3.3.3. Método clínico estructurado o clínico actuarial	66
3.3.3.1. Descripción del método clínico estructurado o clínico actuarial	66
3.3.3.2. Críticas al método clínico estructurado o clínico actuarial	69
3.3.4. Falta de certeza de la peligrosidad y supuesta invalidez	73

3.4. Propuesta normativa de Frisch y Ziffer	75
3.4.1. Premisas de la postura normativa	75
3.4.1.1. Imposibilidad de pronosticar de manera certera la comisión futura de delitos	75
3.4.1.2. Imposibilidad de eliminar la peligrosidad del derecho penal preventivo	76
3.4.2. La peligrosidad como riesgo <i>ex ante</i> intolerable para la sociedad	77

SEGUNDA PARTE.	
MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD, INTERNACIÓN Y PELIGROSIDAD: Crítica y propuesta alternativa	81

CAPÍTULO 4. BASES PARA UNA PROPUESTA: ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD	83
--	----

4.1. Modelos de discapacidad	83
4.1.1. Modelo de prescindencia de la discapacidad	83
4.1.2. Modelo rehabilitador de la discapacidad	84
4.1.2.1. Concepto y características principales	84
4.1.2.2. Modelo rehabilitador y capacidad jurídica	84
4.1.3. Modelo social de la discapacidad	86
4.1.3.1. Concepto y características	86
4.1.3.2. Reconocimiento normativo del modelo social	87
4.1.3.3. Modelo social y capacidad jurídica	88
4.2. Estado Constitucional y derecho penal	93
4.2.1. Estado Constitucional: aproximación a un paradigma	93
4.2.2. El fin del derecho penal en un Estado Constitucional	96

CAPÍTULO 5. MEDIDA DE SEGURIDAD DE INTERNACIÓN Y PELIGROSIDAD: INVALIDEZ DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN Y PROPUESTA ALTERNATIVA	99
---	----

5.1. Invalidez del estado de la cuestión sobre la medida de seguridad de internación y la peligrosidad	99
5.1.1. Invalidez de los fines de la medida de seguridad de internación	99

PRÓLOGO

Tengo la satisfacción de prologar este libro de mi muy estimado ex alumno y asesorado, el ahora abogado Julio Rodríguez Vásquez. Esta satisfacción obedece no solo a la importancia del tema que se aborda en este libro, sino también a la originalidad y al rigor con que el mismo es desarrollado por el autor. El tema estudiado, esto es, la medida de internación para inimputables y el concepto de peligrosidad penal, ha sido escasamente trabajado por el derecho penal en los últimos años. Estas instituciones del derecho penal han permanecido casi incólumes desde la hegemonía que adquirieron las tres instituciones principales que informan la respuesta penal frente a inimputables: el sistema de doble vía penal (penas para imputables y medidas de seguridad para inimputables), la finalidad preventivo especial de tales medidas de seguridad y el concepto de peligrosidad como criterio de imposición e individualización de las mencionadas consecuencias jurídicas, especialmente la de internamiento de inimputables.

A pesar de los cuestionamientos dirigidos al concepto de peligrosidad penal, de los que da cuenta abundantemente el autor, este ha permanecido en los códigos penales de nuestro entorno jurídico penal y en la referencia a las que apela, cotidianamente, la jurisprudencia nacional ante este tipo de casos. El autor nos recuerda que desde el año 2008 entró en vigencia la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, instrumento internacional que instala normativamente el modelo social de la discapacidad, rompiendo con los moldes propios del sistema de rehabilitación. Este modelo normativo ha permanecido inadvertido para los dogmático-penales, quienes no han asumido ni evaluado las importantes consecuencias que este tratado de derechos humanos tiene o debe tener para el derecho en general y, especialmente, para el derecho penal.

Es en esta perspectiva que Julio Rodríguez Vásquez aborda su trabajo estructurando coherentemente el mismo en dos partes y cinco capítulos.

5.1.1.1. Invalidez del fin terapéutico de la medida de seguridad de internación	99
5.1.1.2. Invalidez del fin neutralizador de la medida de seguridad de internación	103
5.1.2. La invalidez de la peligrosidad de acuerdo con los fines de la medida de seguridad de internación	105
5.2. Propuesta alternativa: la medida de apoyo psicosocial excepcional	108
5.2.1. La internación en un centro de salud mental como excepción	108
5.2.2. Medida de apoyo psicosocial excepcional y su triple finalidad copulativa	110
5.2.2.1. Finalidad preventivo general positiva/prevención de castigos informales	110
5.2.2.2. Finalidad de apoyo a la capacidad jurídica	112
5.3. ¿Cómo individualizar la medida de apoyo psicosocial excepcional?	114
5.4. Consecuencias de la propuesta y salvaguardias aplicables	117
CONCLUSIONES	121
BIBLIOGRAFÍA	129
Libros y artículos	129
Jurisprudencia, legislación y documentos	137

La primera parte, que se subdivide en tres capítulos, trata del estado de la cuestión en el ámbito de la medida de internación para inimputables y el debate sobre la determinación de la peligrosidad de los mismos. Los dos primeros capítulos de esta parte están dirigidos a presentarnos, en primer lugar, la evolución histórica del tratamiento de las personas con deficiencias de capacidad psicosocial, especialmente de aquellas que incurrieran en algún acto socialmente dañoso. Es importante advertir que, más allá del tratamiento aplicado a estas personas, lo constante en todas las etapas históricas es que las personas con deficiencias psicosociales eran consideradas como objetos o entes peligrosos, frente a los cuales la sociedad debería reaccionar de manera defensiva. Ello explica cómo se apeló a diferentes tipos de consecuencias para la defensa de la sociedad: desde la eliminación de estas personas en el mundo griego y romano; pasando por la cárcel durante la Edad Media y la época moderna en las que, muchas veces, no se distinguía entre la internación de este tipo de personas y la cárcel para imputables; hasta la idea de internación en un centro de salud psiquiátrico en el periodo contemporáneo. En segundo lugar, Julio Rodríguez plantea el estado de la cuestión con relación a los fines que justifican la medida de seguridad de internación. Para ello, empieza contrastando las posiciones mayoritarias sobre los fines de la pena y el debate sostenido con los fines de las medidas de seguridad. Más allá del discurso mayoritario que defiende la justificación de esta medida sobre la base de los fines alternos de prevención especial positiva (rehabilitación y resocialización) y finalidad neutralizadora (o asegurativa), el autor nos devela la priorización práctica de la finalidad neutralizadora de esta medida de internamiento de inimputables, puesto que, en la mayoría de los casos, las deficiencias psicosociales de aquellos no resultan «curables» o «superables» definitivamente.

Esta situación, presentada por el autor sobre la reacción estatal basada en la internación de los inimputables y justificada sobre la base de fines prioritariamente neutralizadores, deja al autor en inmejorable posición para, posteriormente en la segunda parte, formular serias críticas a este marco justificatorio. Dichas críticas son esbozadas desde las exigencias de un modelo de Estado Constitucional de Derecho, social y democrático, y del modelo social de discapacidad adoptado normativamente en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, instrumento que forma parte del derecho interno peruano.

En el tercer capítulo de esta primera parte, el autor se detiene en el análisis del concepto de peligrosidad como criterio de determinación y graduación para la imposición de una medida de internamiento de personas con deficiencias psicosociales que infringen la ley penal. La conclusión a la que llega el autor, luego de analizar los tres modelos de determinación de la peligrosidad, es que resulta imposible, científicamente hablando, determinar la peligrosidad o no de una persona con deficiencia psicosocial y más aún determinar la graduabilidad de dicha peligrosidad. La invalidez de este criterio queda claramente afirmada y evidenciada cuando la peligrosidad se utiliza resignadamente solo sobre la base de un criterio normativo de imputación o atribución, pero desconectado del marco normativo de la Constitución. Aunque no es materia de análisis en el texto que ahora se prologa, pero sí lo fue en el acto de defensa de la tesis, es importante advertir cómo la peligrosidad, criterio explícitamente subsistente para la determinación de una medida de privación de la libertad de inimputables, nos aproxima de manera cuestionable a expresiones de un derecho penal del enemigo, proscrito no solo desde un derecho penal de la culpabilidad, sino también desde un derecho penal que deposita sus bases en el principio general de igualdad ante la ley.

La segunda parte de esta investigación se dirige a plantear las exigencias que nacen del modelo de Estado Constitucional de Derecho, social y democrático, que se reconoce en nuestra Constitución y de la reciente Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Se trata de exigencias normativas de cara al sentido y al tipo de respuestas que se pueden permitir y tolerar desde el Estado frente a aquellos casos de infracciones penales cometidas por personas en situación de inimputabilidad. En esa perspectiva, se pregunta el autor cómo queda la justificación de la medida de internamiento, y su determinación basada en el criterio de la peligrosidad posdelictual, en el contexto del marco normativo antes indicado.

Es precisamente en esta parte donde se aprecia con mayor claridad la perspectiva original del autor. No quisiera «spoilear» al atento lector el interesante desenlace de este trabajo y la propuesta dogmática que contiene. Sin embargo, no puedo culminar esta presentación sin señalar cómo el autor reafirma el sentido preventivo de este tipo de medidas excepcionales, pero resaltando una dimensión poco explotada de estos fines, siguiendo en este aspecto las posiciones de los profesores Ferrajoli y

Silva Sánchez. Esta justificación, como lo apreciará el lector, solo puede ser una justificación general de la medida, lo que no garantiza la justificación de su imposición en los casos concretos. Para tal efecto, y sin pretender entrar en detalle en esta presentación, el autor apela a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y replantea, *de lege ferenda*, el sentido y determinación de la medida de internamiento. En primer lugar, el autor descarta de manera clara a la peligrosidad como criterio de determinación e individualización de tal medida restrictiva de la libertad de inimputables (recuérdese la conclusión de invalidez científica del criterio de la peligrosidad). En segundo lugar, se aparta completamente del nombre de la medida —«internamiento»— y propone un nombre alternativo. Ello lo hace no solo por una cuestión simbólica, sino por el sentido que conforme a la Convención indicada debe tener una medida que implique la restricción de la libertad de personas con deficiencias psicosociales y que, en dicha condición, hayan infringido una norma penal.

En fin, el lector se encontrará con un texto accesible, incluso para los no especialistas en derecho penal, sin que ello implique perder el rigor y la competencia sobre el debate jurídico penal que se nos muestra a lo largo del trabajo. Todo ello, y seguro otras consideraciones positivas sobre el trabajo, ha permitido que el jurado evaluador, integrado por tres profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, haya calificado la tesis con la mención sobresaliente y recomendado su publicación. Estoy seguro que este texto constituye solo el inicio de una serie de próximos trabajos relevantes sobre la materia y de la evolución fructífera del pensamiento del investigador Julio Rodríguez Vásquez.

Yvan Montoya Vivanco

Pontificia Universidad Católica del Perú, Departamento de Derecho

Julio de 2016

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 ningún 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 humano (Jiménez Sandoval, 2008, pp. 8-10). 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 derechos (Palacios, 2008, p. 123). Especialmente las personas con capacidades de pensar y gestionar aspectos sociales y emocionales distintas al resto son tratadas como objetos y no como sujetos de pleno derecho (Quinn & Degener, 2002, p. 11). 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 personas (Basaglia, 1979, p. 16).

Sin embargo, este paradigma ha sido duramente criticado en los últimos años. Más aun, 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 social (Palacios, 2008, p. 123). Este modelo propone que el eje de la discapacidad ya no descansa sobre las funcionalidades distintas (llamadas deficiencias), sino sobre las barreras discapacitantes (Palacios, 2015, p. 14) 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, instrumento internacional de derechos humanos ratificado por el Perú que entró en vigor el 3 de mayo de 2008. Por lo tanto, ingresó al ordenamiento jurídico peruano como norma de, al menos, rango constitucional. Este hecho

implica que 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 de este grupo de figuras jurídico-penales, se encuentra la «peligrosidad» como criterio para individualizar la «medida de seguridad de internación» en los casos en 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 penal nacional existen pocas investigaciones especializadas sobre las medidas de seguridad de internación y el criterio de peligrosidad (en los últimos años Prado Saldarriaga, 2009; Oré Sosa & Palomino Ramírez, 2014), a pesar de que la internación involuntaria 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» (2011, p. 53). Más aun, estos centros usualmente permiten la ejecución de actos degradantes y humillantes —situaciones antihigiénicas, prohibición de objetos personales, abusos físicos, internaciones arbitrarias, entre otros— (Goffman, 2001, pp. 25-46). En esta línea, el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles e inhumanos o degradantes ha indicado que la internación involuntaria en un centro de salud puede constituir tortura o malos tratos cuando se hace un uso de la fuerza que trasciende lo estrictamente necesario (Naciones Unidas, 2013, párrafo 70). Estas razones llevaron a Basaglia a llamar a los «manicomios» instituciones de la violencia (1979, p. 16).

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 conectados, vinculación que precisamente ha servido para justificar el encierro manicomial del loco» (1996, p. 131). En vista de estos fundamentos, es pertinente preguntarnos lo siguiente: ¿es inválido que la individualización judicial de la medida de seguridad de internación se realice a través del concepto de peligrosidad? La hipótesis de la presente tesis es que sí lo es. 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 a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y a la Ley General de la Persona con Discapacidad. Por otro lado, analizaremos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de 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 investigación está dividida en dos partes. En la primera parte, abordamos el estado de la cuestión a partir de tres capítulos. En el primer acápite realizaremos un repaso por la historia de las medidas de seguridad de internación desde sus antecedentes en la Antigüedad hasta su redacción en el Código Penal peruano 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. Adicionalmente indicaremos la manera en que este concepto se ha mantenido hasta la actualidad a pesar de las críticas. Por otro lado, en el segundo capítulo 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 con la legislación y la doctrina penal ampliamente mayoritaria, cumple la medida de seguridad. En el tercer capítulo, realizaremos el estudio del concepto de peligrosidad. Posteriormente analizaremos las ideas generales y críticas de los distintos métodos para determinar la peligrosidad. Esto tiene como objetivo 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 internación.

Por su parte, la segunda parte de esta investigación está dirigida a criticar el estado de la cuestión y plantear una propuesta alternativa. Esta parte contiene dos capítulos. Así, en el cuarto capítulo, analizaremos los distintos modelos de la discapacidad, haciendo especial referencia al modelo social de la discapacidad y sus principales características. Luego, nos aproximaremos al concepto de Estado Constitucional de Derecho y a los fines que cumple el derecho penal dentro de este, con la finalidad de mostrar el marco teórico en el que se desarrollarán nuestra crítica y propuesta. Luego, en el quinto capítulo, criticaremos la alternancia entre los fines terapéuticos y neutralizadores que cumplen formalmente la medida de seguridad de internación y propondremos un modelo de fines que se corresponde con el modelo social de la discapacidad. Además, sobre la base del modelo social de la discapacidad y tomando parte de la propuesta de Frisch y Ziffer sobre la validez de la peligrosidad, estudiaremos la peligrosidad como criterio de individualización judicial y concluiremos afirmando su invalidez. Ante esta situación, propondremos una solución alternativa que se enmarque en lo que llamaremos «medida de apoyo psicosocial excepcional».

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 mi mamá, mi papá, 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 conversé reiteradas veces sobre mis avances y frustraciones en el desarrollo de esta tesis y que me brindaron la ayuda necesaria para culminar este trabajo. Al Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP) y a mis amigos y amigas que forman y formaron parte de él; especialmente a Renata Bregaglio, quien me permitió conocer y aproximarme al derecho desde el modelo social de la discapacidad. Al profesor Yvan Montoya y a Cristina, quienes me han mostrado que vivir conforme a nuestras convicciones es posible. Muchas gracias a todas y todos.

PRIMERA PARTE

ESTADO DE LA CUESTIÓN: La medida de seguridad de Internación y Peligrosidad en derecho penal

1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1.1. Antigüedad

En la Antigüedad las deficiencias psicosociales¹ fueron miradas desde el punto de vista de lo sobrenatural y demoniaco, toda vez que se las consideró una respuesta de los dioses ante la violación de determinadas normas (Leal Medina, 1999, p. 30). Por este motivo, los pueblos tribales se defendían ante estas personas a través de la expulsión de la comunidad y/o la eliminación (p. 29).

En el caso griego, toda deficiencia era vista como un castigo por algo que había ocurrido (Palacios, 2008, p. 39). Las personas con deficiencias psicosociales fueron sometidas a métodos de «readaptación social» (Leal Medina, 1999, p. 31). Sin embargo, si no era posible la readaptación, se procedía a la eliminación del sujeto por ser considerado «peligroso» (p. 31). El hecho de que la mayoría de deficiencias psicosociales fuesen «incurables» provocó la eliminación constante de los «locos peligrosos». De manera similar, en la antigua Roma, las deficiencias eran vistas como una advertencia por parte de los dioses de que algo malo iría a acontecer (Palacios, 2008, p. 48). En respuesta, el derecho romano consideraba a

¹ Conforme veremos en el cuarto capítulo, se entenderá por deficiencia psicosocial a la funcionalidad distinta de la mente que produce un desarrollo de la capacidad de pensar y de gestionar los aspectos sociales y emocionales diferente a la de la mayoría de las personas.

las personas con deficiencias psicosociales como enemigos, incluyéndolos en el grupo de los «*hostis alienigena*»: sujetos extraños y desconocidos que inspiraban desconfianza y resultaban sospechosos, toda vez que eran molestos o indisciplinados (Zaffaroni, 2006, p. 34). Frente a ellos, se aplicaba métodos de reinserción y de eliminación. La eliminación ocurría cuando la reinserción en la sociedad no era posible (Leal Medina, 1999, p. 31). En estos casos, las personas con deficiencias psicosociales eran consideradas «perros rabiosos» o «bueyes díscolos» (p. 31). De esta manera, las personas con deficiencias psicosociales eran parte del grupo de sujetos molestos que eran eliminados (Zaffaroni, 2006, p. 51).

Como vemos, los griegos y los romanos veían al «loco» como una bestia o animal cuya propia naturaleza legitimaba su eliminación (Ferreirós Marcos, 2007, p. 20). 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.

1.1.2. Edad Media y Moderna

En la Edad Media, la respuesta social frente a las personas con deficiencias psicosociales era de exclusión-caridad (Palacios, 2008, p. 62). La práctica común era que las personas con estas deficiencias fuesen vigiladas por sus familias (Ferreirós Marcos, 2007, p. 20). No obstante, en estos casos, estos individuos eran mantenidos en situaciones indignas —sin tratamiento adecuado y con sistemas de contención como el encadenamiento— (p. 20). 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 comunidad (p. 20). Sin embargo, las personas con graves deficiencias psicosociales tenían un destino peor. Ellas eran víctimas del temor de la sociedad, la cual vinculaba la «locura grave» con la influencia diabólica (Palacios, 2008, p. 65). De esta manera, estas personas eran internadas en establecimientos carcelarios por el mero hecho de ser consideradas «locas peligrosas», sin que existiese un factor adicional que determinase y limitase dicho encarcelamiento (Ferreirós Marcos, 2007, p. 21).

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 familiar (p. 22). La cárcel era el lugar donde se internaba a «los locos y dementes», quienes estaban bajo la custodia de los miembros de la Iglesia (Leal Medina, 1999, p. 35). Durante mucho tiempo, la medida de internación impuesta a las personas con deficiencias mentales no se diferenció, legalmente, de las penas (Ziffer, 2008, p. 35). Sin embargo, en el tránsito del siglo XIII al siglo XIV, esta medida dejó de formar parte del derecho penal (p. 35). La internación se constituyó, entonces, como una medida de prevención policial aplicada por los órganos de seguridad (p. 34). Como consecuencia de esto, 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— (p. 262). Por este motivo, la cárcel ya no podía ser el lugar donde se cumpliera la internación de las personas con deficiencias psicosociales. Así, surgieron los «hospitales» dirigidos por la Iglesia². El fin primordial de este tipo de centros de internación no era terapéutico. Más bien, se trataba de lugares de caridad, en los que se encerraba a la persona con deficiencias psicosociales, en los que se ejercía un poder que, lejos de estar amparado en razonamientos médicos, se afianzaba en ideas teológicas (Hegglin, 2006, p. 11). 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 lo denominó modelo de exclusión de leprosos (Foucault, 2011, pp. 51-53).

1.1.3. Edad Contemporánea

A pesar de lo antes dicho, no es hasta finales del siglo XVIII que la internación en centros de salud mental se consolida como forma de tratamiento (Ferreirós Marcos, 2007, p. 21; véase también Hegglin,

² En 1409, Fray Juan Gilbeart Jofré, religioso valenciano de la Orden de la Merced, fundó el primer hospital de inocentes destinado para la atención de «enfermos locos» (véase Pileño Martínez & otros, 2003, p. 30). En el Perú, recién en 1552 se fundó el Hospital San Andrés, destinado a la «enfermería para aquellos perturbados de la mente que la sociedad limeña quería eliminar» (véase Stucchi Portocarrero, 2012, p. 19).

2006, pp. 10-17). Ello se debió a que la psiquiatría se constituyó como ciencia, de manera que la deficiencia psicosocial comenzó a ser estudiada como enfermedad mental (Hegglin, 2006, p. 12). 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 la internación, 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 transformación (2011, pp. 56-57). Las personas con deficiencias psicosociales comenzaron a ser presas de un poder continuo y vigilante que no las excluyó, sino que las mantuvo en una constante «cuarentena» (pp. 56-57). En estos casos, las personas sufrieron muchas veces un tratamiento «psiquiátrico» cruel e inhumano que, en ciertas ocasiones, condujo a la muerte de la persona (Leal Medina, 1999, p. 45).

1.2. NACIMIENTO DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD DE INTERNACIÓN

1.2.1. Crisis del derecho penal clásico

Hasta el siglo XIX, el derecho penal asumía la premisa retributiva de que «sí no existe libertad, no existe responsabilidad». De acuerdo con dicha premisa, la pena se fundamentaba en el reconocimiento del libre albedrío del hombre (Sotomayor, 1996, p. 37). En palabras de Francesco Carrara, el imputarle una acción a una persona tenía como primer requisito que el hecho le sea imputable moralmente; este requisito suponía que el acto le sea reprochable al infractor en virtud de su calidad de ser moralmente libre (1956, p. 37). 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 internación impuesta contra las personas con deficiencias psicosociales no formaba parte del derecho penal (Ziffer,

2008, p. 35). De esta manera, hasta fines del siglo XIX, el derecho penal disponía de la pena como único medio de respuesta al delito (García Pablós, 2005, p. 135). 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 aumento (Hegglin, 2006, p. 9; véase también Pavarini, 2008, pp. 55-56). El origen de este fenómeno fue el incremento del índice de desocupación causado por el maquinismo y la concentración industrial (Pavarini, 2008, p. 56). La miseria, los antagonismos sociales y la nueva criminalidad generaron escepticismo frente al derecho penal clásico (Hegglin, 2006, p. 10). De esta manera, se planteó reemplazar el derecho penal clásico por un sistema normativo que permitiese mayores intervenciones en la esfera privada (p. 10). 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.

1.2.2. Programa de la Universidad de Marburgo de 1882

El planteamiento de von Liszt se desarrolló en el Programa de la Universidad de Marburgo de 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 jurídicos (von Liszt, [1882] 1995, pp. 62-68). 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 criminal (Ziffer, 2008, pp. 83-90). Estas orientaciones corresponderán a tres categorías de delincuentes: delincuentes incorregibles, a los que corresponderá una acción inocuizadora; delincuentes necesitados de corrección, a los que corresponderán acciones correctivas; y delincuentes ocasionales, a 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 autor (Ziffer, 2008, p. 33). Con este planteamiento, apareció la idea incipiente de la «peligrosidad» como criterio para fundamentar y determinar las consecuencias jurídico-penales (p. 33).

1.2.3. Escuela positivista italiana

Si bien von Liszt fue un pionero en la teoría positivista, el aporte más grande provino de la escuela italiana (Sotomayor, 1996, p. 117; véase también Hegglin, 2006, p. 10). Esta escuela planteó que la función punitiva del Estado consiste en organizar de modo jurídico la defensa social ante la delincuencia (Sotomayor, 1996, p. 45). Para ello era necesario que el derecho penal utilice un método interpretativo que parta del delincuente como persona peligrosa. Los criterios de responsabilidad moral serían reemplazados por un criterio que tome en cuenta la peligrosidad real del delincuente (Ferri, 1933, p. 50). Así, Raffaele Garofalo formuló por primera vez el concepto de peligrosidad a través de la expresión *temibilità* (Sotomayor, 1996, p. 120). La *temibilità* 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» (Garofalo, 1890, p. 286).

Posteriormente, Enrico Ferri profundizó el concepto de peligrosidad (Sotomayor, 1996, p. 121). Para él, la función de defensa social del derecho penal se lograba a través de la defensa preventiva y represiva (Ferri, 1933, p. 11). La función preventiva consiste en que la autoridad policial imponga medidas positivas (asistencia y beneficencia) o negativas (disciplina o eliminación) a las personas genéricamente peligrosas para el orden y la tranquilidad públicas (p. 12). 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 peligrosidad (p. 13). 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 fisio-psíquica del individuo que lo haría inadaptado a la vida libre (p. 272). Esta peligrosidad no exige la comisión previa de un hecho delictivo (pp. 272-276; Ferri llamó a esta peligrosidad «peligro de delito»). Por otro lado, la defensa social represiva se refiere a la peligrosidad criminal, definida esta como la probabilidad de la comisión de otro delito (p. 386; Ferri la llamó «peligro de reincidencia»).

La propuesta de la escuela positivista italiana no consideraba relevante saber si el sujeto que cometió el hecho delictivo era «normal-libre o anormal», ya que la responsabilidad se basaba en vivir en sociedad con

normas con imperio absoluto para todos y no en el «libre albedrío» (Ferri, 1933, p. 272). En este orden, todo individuo considerado peligroso social —muchas personas con deficiencias psicosociales se encontraban en este supuesto (recordemos que la discapacidad psicosocial ha estado ligada históricamente al prejuicio de persona peligrosa, véanse del Águila, 2007, p. 116; Jiménez Sandoval, 2008, p. 11)— debía ser sujeto a una medida de policía en razón de la defensa social preventiva. En cambio, toda persona que cometiese 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 con la graduación de la peligrosidad del sujeto (Ferri, 1933, p. 285).

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.

1.2.4. Desarrollo de la psiquiatría como ciencia

Como ya hemos señalado, desde el siglo XVIII, la psiquiatría experimentó su primera etapa de desarrollo. Sin embargo, recién a mediados del siglo XIX, se acentuó la medicalización de la «locura» (Hegglin, 2006, p. 12). Esto se produjo a través de la teoría de la degeneración. De acuerdo con esta postura de la psiquiatría, las deficiencias psicosociales implicarían una «desviación enfermiza del tipo normal de humanidad» (Ferreirós Marcos, 2007, p. 51). En otras palabras, las deficiencias psicosociales eran lesiones orgánicas específicas (p. 51) que producían síntomas y respondían a causas (Hegglin, 2006, p. 12).

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». Para alcanzar este fin, el centro de salud mental se transformó, reorganizando sus espacios, cambiando sus reglamentos y racionalizando el encierro de acuerdo con los distintos tipos de internos (Hegglin, 2006, p. 12). 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 aislarán en un espacio terapéutico en el que será sometido a tratamientos científicos capaces de devolverle la perdida razón (1983, citado en Hegglin, 2006, p. 12).

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

1.2.5. 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 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 penal (Hegglin, 2006, p. 21). 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 culpabilidad (p. 21) y el principio de legalidad. Sobre esto, Bustos Ramírez 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, tambalealaría hasta el mismo principio de legalidad [...] Las medidas de seguridad podrían imponerse frente a cualquier conducta que se estimaría molesta socialmente [...] La base de la reacción social ya no sería el hecho realizado por el autor, sino el mismo autor [...] (2004b, p. 722).

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 1893 (Ziffer, 2008, p. 34)³. 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 con 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 defensa (García Pablós, 2005, p. 357). En otras palabras, la pena sería un medio, para 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 del sujeto (Sotomayor, 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 pública (Frisch, 2007, p. 5).

Como señala Wolfgang Frisch, en la medida de seguridad, el centro de análisis ya no será el hecho, sino el estado del autor, su peligrosidad o necesidad de tratamiento. El hecho solo será un síntoma de ese criterio personal (p. 5). Esta diferencia entre las finalidades de ambas consecuencias penales justificó un sistema acumulativo puro o de aplicación complementaria (García Pablós, 2005, p. 356), en el cual a 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 podría adicionar el cumplimiento de una pena.

1.2.6. Medida de seguridad de internación predelictual

El modelo de Stoos no contenía medidas de seguridad predelictuales. Sin embargo, el concepto de peligrosidad social aportado por el positivismo

³ 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 1889 y la ley francesa de 1885 sobre reincidencia múltiple, la doctrina especializada admite que el primer hito importante fue el anteproyecto del Código Penal suizo de 1893 (Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga, 2011, p. 382).

italiano permitió que algunos ordenamientos incluyan la medida de seguridad predelictual (Terradillos Basoco, 1981, p. 131). Estas consecuencias jurídicas, supuestamente penales, se imponían en razón de la peligrosidad social y sin necesidad de que el individuo haya cometido un hecho delictivo (García Pablós, 2005, p. 138). Dentro de estas normas destacaron la ley española de Vagos y Maleantes de 1933 —que luego sería sustituida por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970 (Mir Puig, 2011, p. 792)— 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 con su peligrosidad (Zugaldía Espinar, 1993, p. 138).

- 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 fuese insuficiente para responder a la peligrosidad criminal del sujeto.
- 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 la internación de personas con deficiencias psicosociales por el mero hecho de tener una deficiencia psicosocial. Esto reprodujo el prejuicio de que tener deficiencias psicosociales es sinónimo de ser violento y/o peligroso (Jiménez Sandoval, 2008, pp. 11-12).
- iii) Personas que cometen un hecho delictivo, pero de forma no culpable, esto es, en estado de inimputabilidad: en este supuesto 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 ni las medidas de seguridad predelictuales. Estudiaremos la individualización de la medida de seguridad de internación 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 internación 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, la internación se determinaba de acuerdo con las características personales que develaran un pronóstico futuro de reincidencia.

1.2.7. 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» (Frisch, 2007, p. 6), 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 Maúrtua (Hurtado Pozo, 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 seguridad (Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga, 2011, p. 22). 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» (p. 386). Así, el Perú se transformó en uno de los primeros países latinoamericanos que adoptó el sistema dualista o de doble vía (Figueroa Estremadoyro, 1975, p. 18). 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 internación, penitenciaria, relegación, prisión, expatriación, multa e inhabilitación».

El llamado Código de Maúrtua contenía varias medidas de seguridad. Con relación a la internación 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» (Figueroa Estremadoyro, 1975, p. 18). 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 esta internación. 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 internación, de acuerdo con el 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 con el artículo 91, esta medida de seguridad era también aplicable para aquellas personas cuya alteración de la realidad no implicaba un eximente de pena, sino un supuesto de «responsabilidad restringida». Finalmente, la exposición de motivos indicaba que la medida de seguridad de internación era indeterminada, pudiendo cesar solo a partir de la disposición judicial, previo dictamen pericial, que considerase desaparecida la causa de peligrosidad.

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 con San Martín Castro, estas pericias también fueron utilizadas para determinar el pronóstico del nivel de peligrosidad delictual (1997, p. 38). Como vemos, durante casi todo el siglo XX, la regulación nacional de la medida de seguridad de internación se correspondió con el modelo de doble vía de Stoos.

1.3. CRÍTICAS AL SISTEMA DUALISTA PURO

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 elaboraron opiniones desfavorables a la regulación de la medida de seguridad de internación (García Pablós, 2005, p. 367). Muñoz Conde señala que estas críticas se muestran

con claridad en dos puntos (2004, pp. 47-51; véase también Bustos Ramírez, 1984, p. 7):

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. No se puede negar el efecto de intimidación general ni que la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico se robustece con la existencia de medidas de seguridad aplicables a inimputables (Muñoz Conde, 2004, p. 55). 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 general (2008, p. 48). En el segundo capítulo ahondaremos más en los fines que cumple la medida de seguridad de internación. 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.

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 internación. Esta comprende las siguientes subcríticas.

- 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 de los principios y garantías del Estado de Derecho» (Muñoz Conde, 2004, p. 46). 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 individuo (Sotomayor, 1996, p. 100).
- ii) La 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 antiguas (Sotomayor, 1996, p. 138). De acuerdo con esta crítica, el juez y el psiquiatra son incapaces de pronosticar con certeza si un sujeto delinquirá en el futuro (p. 138). En esta línea, Bustos Ramírez indicó que la peligrosidad es tan

indemostrable como el libre albedrío (1984, p. 7). Sin embargo, lo que sucede en la práctica es que la persona que determina la peligrosidad decide sobre la base de estereotipos y prejuicios. Esto se evidencia en el hecho de que la deficiencia psicosocial es equiparada con el pronóstico de peligrosidad, a pesar de tratarse de conceptos distintos (Sotomayor, 1996, p. 139). En el quinto capítulo ahondaremos en las críticas al concepto de peligrosidad.

- iii) La duración de la internación: se criticó fuertemente la duración de la medida de seguridad de internación, ya que muchos ordenamientos no fijaban un plazo temporal. En esta línea, la crítica señaló que la supuesta finalidad curativa de la internación no podría justificar una consecuencia jurídica que no garantice la seguridad jurídica (Sotomayor, 1996, p. 185), puesto que la duración indeterminada solo permitía la prescindencia y eliminación social de las personas con deficiencias psicosociales (Ferrajoli, 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 un éxito absoluto, toda vez que la peligrosidad se mantuvo a pesar de las críticas.

1.4. CARACTERÍSTICAS SISTEMÁTICAS DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD DE INTERNACIÓN ACTUAL EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

1.4.1. 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 legislaciones (Ferrajoli, 2005, p. 122; véase también Argango Durling, 1999, p. 107). De acuerdo con 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 pena (Frisch, 2007, p. 6). 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 (1993, p. 46).

Legislaciones penales como la alemana y la austriaca remplazaron el modelo dualista de aplicación acumulativa por un sistema vicarial (Frisch, 2007, p. 7). Lo mismo se produjo en el sistema español. La reforma de 1983 del Código Penal español de 1973 implicó el abandono de un modelo dualista tradicional extremo y la adopción de un sistema vicarial (este sistema fue confirmado por el artículo 99 del Código Penal español de 1995, García Pablós, 2005, p. 386). Bajo la influencia de esta norma penal, el legislador del Código Penal peruano de 1991 (en adelante CP) se alejó de un modelo dualista puro e incorporó el modelo vicarial, el cual no permite que ambas consecuencias jurídico penales se ejecuten acumulativamente (Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga, 2011, p. 395). De esta manera, el artículo 456 del CP identifica las vías de acceso procesal al procedimiento de seguridad a través del cual solo se podrá imponer una medida de seguridad.

1.4.2. Fin preventivo compartido

Junto con el sistema vicarial, hubo un cambio en la diferencia entre los fines de la medida de seguridad y los de la pena. Como señalamos, en su concepción original, las medidas de seguridad tenían fines exclusivamente preventivos especiales, mientras que las penas cumplían una exigencia de retribución con fines preventivos generales. Sin embargo, el estado de la sociedad en ese entonces exigió que cada vez más la pena cumpla fines preventivos especiales (Quintero Olivares, 2010, pp. 655-656). Además, como ya lo dijimos, la medida de seguridad genera una mayor confianza de la sociedad en el ordenamiento, de modo que cumple claramente un fin preventivo general.

Con respecto al tema de los fines de la medida de seguridad, profundizaremos en este asunto en el segundo y en el quinto capítulo.

Ahora basta con decir que, en la posición de la mayoría, la pena y la medida de seguridad comparten fines preventivos (Roxin, 1993, p. 44). Esto ha sido reconocido por el artículo IX del Título Preliminar del CP, el cual indica que la pena tiene una finalidad preventiva, protectora y resocializadora; y la medida de seguridad, una finalidad de curación, tutela y rehabilitación (fines preventivos especiales positivos).

1.4.3. Garantías penales compartidas

Actualmente los ordenamientos jurídicos reconocen que las garantías penales del Estado Constitucional son irrenunciables (Quintero Olivares, 2010, p. 655). Como correlato, los principios generales del derecho penal son aplicables a las penas y a las medidas de seguridad. En este sentido, Terradillos Basoco y Mapelli Caffarena reconocen que los principios garantistas que históricamente han sido olvidados con respecto a la medida de seguridad son los siguientes: legalidad, lesividad, derecho penal de hecho y jurisdiccionalidad (1996, p. 208).

De esta manera, la regulación de las medidas de seguridad deberá respetar el principio de legalidad, el cual proscribiera la existencia de tipos abiertos y medidas de seguridad con duración indeterminadas (Terradillos Basoco & Mapelli Caffarena, 1996, p. 208). Además, el principio de lesividad proscribiera las medidas de seguridad predelictuales guiadas por la peligrosidad social (p. 208). 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 delito (p. 208). En esta línea, el CP establece un ordenamiento penal que reconoce los siguientes principios del derecho penal (Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga, 2011, p. 392).

i) **Derecho penal de hecho:** el artículo II del Título Preliminar del CP 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 determinada (Terradillos Basoco & Mapelli Caffarena, 1996, p. 208). Esto se ha visto reflejado en el artículo 75 del CP, donde se exige como límite máximo de la medida de seguridad el plazo de pena abstracta que le correspondería al infractor. En esa misma línea, la Corte Suprema ha emitido un precedente vinculante de acuerdo con el 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 imputabilidad (Recurso de Nulidad 00104-2005).

Lo señalado por el CP y por el precedente vinculante ha sido confirmado por la «Circular sobre la determinación y duración de la medida de seguridad de internación» (Resolución Administrativa 336-2011-P-PJ) 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 de que la internación varíe o cese dependiendo de su idoneidad. En este sentido, la circular del Poder Judicial permite al juez variar la medida de internación por una medida de tratamiento ambulatoria, variación que no era reconocida por el CP.

iii) **Jurisdiccionalidad y control judicial:** el artículo V del Título Preliminar del CP señala que solo el juez puede imponer medidas de seguridad de acuerdo con lo establecido legalmente. Asimismo, el precedente vinculante contenido en el citado Recurso de Nulidad 00104-2005 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 de 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 seguridad (Sánchez Velarde, 2009, p. 378). 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 de la peligrosidad se intenta realizar de acuerdo con la conclusión del informe pericial y el examen que realiza el juez (p. 378).

Como podemos observar, las críticas a la regulación original de las medidas de seguridad han fomentado la creación de un sistema jurídico más garantista. En esta línea, el CP, la jurisprudencia nacional y el Código Procesal Penal de 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 internación. 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 internación. Este tema será analizado a continuación.

1.4.4. Inimputabilidad como presupuesto

En el ordenamiento jurídico penal peruano, la medida de seguridad de internación exige como requisito que el sujeto, al momento de cometer el delito, se encuentre en un estado de inimputabilidad. En esta línea, el artículo 74 del CP define a la internación como el ingreso y tratamiento del inimputable en un centro hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado. Por este motivo, es importante realizar una aproximación al concepto de inimputabilidad manejado por la doctrina y la jurisprudencia penal.

La inimputabilidad se define como la ausencia de culpabilidad o capacidad penal. Sobre este concepto, el artículo 20.1 del CP indica lo siguiente:

Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal:

1. El que por anomalía psíquica, grave alteración de la realidad 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; [...]

Podemos ver que el CP incluye dos elementos: un concepto general de inimputabilidad, basado en la ausencia de dos capacidades (la capacidad de comprender la antijuricidad del acto y la capacidad de actuar conforme a esta comprensión); y el establecimiento de circunstancias personales que provocan la ausencia de dichas capacidades. La presente investigación busca analizar la internación aplicable a las personas con deficiencias psicosociales. Por tal motivo, debemos focalizarnos en la circunstancia consistente en la «anomalía psíquica». Sucede que la doctrina penal y la jurisprudencia peruanas ubican dentro de esta circunstancia tanto a las deficiencias intelectuales como a las deficiencias psicosociales (Villavicencio, 2014, p. 601; véanse también Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga, 2011, p. 598; García Caveró, 2012, p. 644). Así, la Corte Suprema ha señalado lo siguiente en su jurisprudencia: «Constituye causa legal de exención de responsabilidad penal el hecho de que el acusado presente un cuadro de síndrome psicótico de tipo esquizofrenia paranoide, que lo hace inimputable [...]» (Recurso de Nulidad 01228-2014, fundamento 3.7).

Ahora bien, la interpretación que la doctrina nacional hace del artículo 20.1 del CP se asienta sobre la perspectiva biológico-normativo (Villavicencio, 2014, p. 599) o psicológico-normativo de la inimputabilidad (García Caveró, 2012, p. 624; Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga, 2011, p. 598); toda vez que exige que la «*anomalía psíquica incapacite al sujeto de comprender la antijuricidad de su acción y de comportarse de acuerdo a la misma*». Este concepto mixto de imputabilidad es recogido de la teoría esbozada por Claus Roxin, quien define a la culpabilidad como la «actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa» (1997, p. 807). Entonces, para esta postura, la culpabilidad es un dato mixto empírico-normativo, es decir, está compuesto por dos elementos: uno empírico y otro normativo.

Con respecto al elemento empírico, Roxin aclara que no se refiere al libre albedrío, toda vez que este es una regla de juego o presupuesto de naturaleza normativa de la vida en sociedad (1997, p. 808). Él considera que la libertad es un dato normativo y no empírico. Esta corriente de la doctrina penal entiende que el elemento empírico consiste en que la persona se encuentre en un estado mental y anímico que le permita tener la posibilidad (sea libre o determinada) psíquica de controlar su comportamiento (p. 807).

Por otro lado, Roxin señala que el elemento normativo se produce cuando se le puede imputar a la persona la posibilidad de actuar conforme al derecho y, por lo tanto, el deber jurídico penal de responder por tal conducta (p. 810). De este modo, para este importante sector de la doctrina, habrá inimputabilidad ahí donde la persona cometa un hecho delictivo en un estado en el que tenía la capacidad de controlar su comportamiento y en el que el derecho penal le atribuya el deber de haber actuado de otro modo. De esta manera, la doctrina mayoritaria no cae, en teoría, en la equivalencia deficiencia psicosocial-inimputabilidad.

Consideramos que es necesario realizar algunos comentarios a la postura mayoritaria antes expuesta. En primer lugar, se debe tomar en cuenta que, como ya se dijo, la inimputabilidad no es otra cosa que la ausencia de capacidad penal. Es decir, la ausencia de capacidad para responder penalmente por los actos cometidos. Estamos, entonces, hablando de un criterio normativo y no ontológico. Por este motivo, si bien es cierto que existen circunstancias individuales que pueden provocar la situación de inimputabilidad, lo cierto es que la «incapacidad penal» es un constructo jurídico. Así, la capacidad penal se establece solo 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 con dicha comprensión para evitar incurrir en dicho delito (Meini, 2014, pp. 116-122). 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 comprensión (p. 122).

Lo dicho antes 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 exige (Bustos Ramírez, 2004a, p. 162). Debemos recordar que estamos ante una categoría jurídica que, como tal, ha sido construida por la sociedad mayoritaria. En este sentido, 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.

1.4.5. 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 cumple cada consecuencia penal, sino en el criterio que limita su individualización (Zugaldía Espinar, 1993, p. 143). 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 autor (García Pablós, 2005, p. 137). 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 peligrosidad (Roxin, 1993, p. 44), a pesar de las críticas planteadas en contra del concepto de peligrosidad.

Con relación al ordenamiento jurídico penal peruano, el artículo 73 del CP indica que las medidas de seguridad deben ser proporcionales a la peligrosidad delictual del agente, a la gravedad del hecho cometido y a 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 con nuestro Código Penal, se determina a través de un juicio de pronóstico futura 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 futura de comisión de delitos es el criterio preponderante para 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 (Recurso de Nulidad 03608-2014).

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

[...] se deberá imponer al acusado Gutiérrez Herrada la medida de seguridad de internación, dado que concurren los presupuestos establecidos para su aplicación de 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 podría llevar a cometer nuevos delitos tan graves como el juzgado en el presente proceso penal de seguridad [...] (Expediente 26-09-SPN, p. 122).

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 demostrable, 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 alterada 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* (Recurso de Nulidad 00104-2005; las cursivas son mías).

No obstante, el criterio de peligrosidad presenta serios inconvenientes. En primer lugar, a pesar de que, como veremos en el tercer capítulo, en la psicología forense existen distintos criterios para determinar el riesgo futuro de comisión de delitos, en la normativa nacional no se señalan los factores concretos que el juez debe valorar para determinar la peligrosidad del infractor (Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga, 2011, p. 393). 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 utiliza una pericia psiquiátrica. Lamentablemente, como veremos en el tercer capítulo, la peligrosidad es un concepto polisémico (Andrés-Pueyo & Redondo Illescas, 2007, p. 162). 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 psicosocial (Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga, 2011, p. 396). Formulado con otras palabras, toda persona con deficiencia psicosocial es considerada peligrosa por el mero hecho de tenerla, a pesar de que este sea un prejuicio sin base psiquiátrica o criminológica (Terradillos Basoco & Mapelli Caffarena, 1996, p. 204). El concepto de peligrosidad será trabajado más detenidamente en el tercer capítulo y, de manera crítica, en el quinto capítulo.

2.1. APROXIMACIÓN A LOS FINES EN DERECHO 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 internación. Por este motivo, consideramos relevante aproximarnos brevemente a estos fines para luego analizar las finalidades específicas que cumple la medida de seguridad de internación de acuerdo con la doctrina nacional e internacional y la jurisprudencia. Es importante señalar que la descripción realizada a continuación no recoge la posición del autor sobre los fines que cumple la pena.

2.1.1. Los fines absolutos

Según las teorías absolutas, la pena cumple el fin de retribuir o expiar la culpabilidad del autor (Meini, 2013, p. 145). Estas teorías son consideradas absolutas porque se desvinculan de todo fin preventivo o efecto social de la pena 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 delito (p. 145). 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 mismo (Meini, 2013, p. 146). Esto es contrario a la dignidad inherente a todo ser humano (Feijoo, 2007, p. 72). Por este motivo, la pena solo se puede interponer al criminal por una razón: porque el delinquir lo hace merecedor de la pena (p. 72).

Los seres racionales deben obrar de manera que puedan querer que su comportamiento se convierta en ley universal (Feijoo, 2007, p. 147). Si esto es así, una persona que comete un delito asume este delito como ley válida y universal (p. 147). 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 por él mismo como ley general (p. 147). 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 Estado (Feijoo, 2007, p. 103). Según este filósofo, la voluntad general de las personas se plasma en el ordenamiento jurídico, por lo que no puede ser desconocida por el infractor (p. 103). Sin embargo, cuando este delinque emite un juicio disparatado que niega los valores del ordenamiento jurídico y, con ello, la voluntad general de las personas (véase Jakobs, 2005, pp. 40-43, quien se refiere a la *Filosofía del derecho* de Hegel). Ante este mensaje, el Estado emite una respuesta comunicativa: esta respuesta contradice el juicio disparatado del infractor con el dolor simbólico representado por la sanción penal (Jakobs, 2005, pp. 40-43). Es decir, la pena niega la negación del ordenamiento jurídico y lo reivindica (Meini, 2013, p. 146). De este modo, el fin de la pena es el restablecimiento del orden jurídico (p. 146). En este orden de ideas, Hegel indicaba lo siguiente: «La superación del delito es el castigo, pues según el concepto es la vulneración de la vulneración y según la existencia, el delito tiene una extensión determinada cualitativa y cuantitativa; por lo tanto, su negación, como existencia, tiene otra existencia» (1998, p. 109).

Como vemos, Hegel legitima la coacción contra un comportamiento delictivo en la medida en que se trata de una segunda coacción que consiste en una neutralización de la primera (Jakobs, 2009, p. 7). Así, Hegel señala que la pena, como segunda coacción, honra al delincuente como un ser racional (Jakobs, 2009, p. 7). Más adelante veremos cómo esta idea tiene efectos en la visión que tiene el funcionalismo sistémico de las medidas de seguridad para inimputables.

2.1.2. Los fines relativos o preventivos

Las teorías que le asignan a la pena un fin de utilidad social se conocen como teorías relativas (Meini, 2013, p. 148). Esta finalidad generalmente es la prevención del delito y se distingue, según a quienes se dirige, en prevención especial, si se pretende evitar que el condenado vuelva a delinquir; y prevención general, si se busca prevenir que terceros cometan delitos (p. 148).

2.1.2.1. 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 de 1882. Von Liszt consideraba que la pena tenía por finalidad la protección de bienes jurídicos ([1882] 1995, pp. 62-68). Para lograr esta finalidad, la pena debía provocar la corrección, la intimidación o la inocuización del criminal (Ziffer, 2008, pp. 83-90). Cada una de estas 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 con determinado proyecto moral o, alternativamente, neutralizar al infractor mediante técnicas de amputación y saneamiento social (2005, pp. 264-265). A la perspectiva de corrección se le conocerá como prevención especial positiva, mientras que a la perspectiva de eliminación o neutralización, como prevención especial negativa. Más adelante veremos cómo estas finalidades son utilizadas para legitimar las medidas de seguridad de internación.

2.1.2.2. Prevención general

Las teorías de la prevención general orientan sus efectos a los ciudadanos no infractores o a la sociedad en general (Feijoo, 2007, p. 127). Existen dos versiones de estas teorías: por un lado, la negativa o intimidatoria; por otro lado, la positiva o integradora (p. 127). Las particularidades de ambas teorías ameritan que sean analizadas por separado.

- **2.1.2.2.1. Prevención general negativa o intimidatoria**

La prevención general negativa fue postulada por Feuerbach a principios del siglo XIX. De acuerdo con este emblemático penalista, la coerción física es insuficiente para impedir lesiones jurídicas, toda vez que esta funciona satisfactoriamente solo cuando se puede anticipar la lesión o cuando la reparación o reposición de la injuria es posible (1989, p. 59). 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 impulso (p. 60). De este modo, la prevención general negativa se manifiesta a través del diálogo entre la norma penal y su destinatario, donde la primera trata de disuadir a la sociedad de llevar a cabo comportamientos prohibidos (Silva Sánchez, 1992, p. 212).

- **2.1.2.2.2. 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 derecho (Ferrajoli, 2005, p. 275). Así, la misión del derecho penal se proyecta fundamentalmente sobre el fuero interno de los ciudadanos, en quienes se trata de generar una actitud de convencimiento o fidelidad frente al derecho (Silva Sánchez, 1992, p. 231). Dentro de las doctrinas de la prevención general positiva, destaca la posición de Hassemer. De acuerdo con él, la sanción penal se integra a un conjunto de sistemas (familia, escuela, etcétera) orientados al control social (Hassemer & Muñoz Conde, 2012, p. 215). Estos sistemas buscan asegurar el comportamiento correcto concebido por la sociedad (p. 218). En este marco, el delito es un acto que ataca normas de comportamiento fundamentales que hacen posible la convivencia social (Hassemer, 1999, p. 11). 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, etcétera) 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 indispensables (Hassemer & Muñoz Conde, 2012, pp. 217-219). 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 Günther Jakobs (Silva Sánchez, 1992, p. 227). Este autor tiene por premisa que la sociedad es comunicación (Jakobs, 2003, p. 54). 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 otros (Montealegre Lynett, 2003, p. 24). 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 humanos (Feijoo, 2007, p. 456). 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 recompuestos (Jakobs, 1997, p. 12). 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 social (p. 12). Ante ello, la pena emite un segundo mensaje comunicativo: el mensaje del infractor (esto es, el delito) no determina la orientación social (p. 13). 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» (p. 14). 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 en alcanzar la vigencia del ordenamiento jurídico (2005, p. 49). Como veremos posteriormente, esta afirmación es relevante para entender la postura de Jakobs sobre las medidas de seguridad de internación.

2.1.2.3. 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 preventivo (1997, p. 95). Esto es así en la medida en 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 servicio (p. 95). A partir de esta fundamentación, Roxin buscó una persecución simultánea de prevención especial y prevención general (p. 95). Como primera idea clave, Roxin señala que no siempre se puede contar con el condenado para una ejecución resocializadora de la pena (pp. 95-96). Así, en la medida en que una «socialización forzosa» no tiene posibilidad de éxito ni es admisible en derecho, será necesario recurrir a la prevención general (pp. 95-96). Además, la prevención especial también implica pensar en los efectos desocializadores de la pena (p. 96). 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 jurídico (p. 97). Por tanto, se debe sopesar los fines preventivos especiales y generales (p. 97).

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 penal (2007 p. 72). De esta forma, en la etapa de las conminaciones penales, la pena tendrá puramente un función preventiva general —efecto intimidador y de aprendizaje— (2007, p. 82). Por otro lado, en la imposición de la pena, destacará un fin preventivo general-especial (p. 83). 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 exigen; mientras que, en los delitos leves y de mediana gravedad, podrá practicarse más tolerancia cuando esto convenga a intereses preventivos especiales. Finalmente, en la etapa de ejecución penal, se deberá buscar únicamente la resocialización (pp. 84-85).

2.2. FINES DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD DE INTERNACIÓN DE ACUERDO CON LA DOCTRINA MAYORITARIA Y LA JURISPRUDENCIA

2.2.1. La doble finalidad alternativa: curación y neutralización

La doctrina y jurisprudencia mayoritaria proponen dos fines alternativos de la medida de seguridad de internación. 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 de la internación en hospitales psiquiátricos, coexisten la finalidad de seguridad con la finalidad de resocialización (1993, pp. 43-44). Así mismo, Jescheck y Weigend señalan lo siguiente sobre la medida de seguridad de internación:

En las medidas de seguridad asistenciales, así como la internación 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 (2002, p. 92; para la doctrina peruana, véase Villavicencio, 2014, p. 75).

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 (2011, p. 390; en sentido similar Meini, 2013, p. 158).

De manera semejante, Villavicencio 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 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 (2014, p. 75).

Esta doble finalidad ha sido reconocida por nuestro ordenamiento jurídico penal. De esta manera, el CP 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 la determinación y duración de la medida de seguridad de internación (Resolución Administrativa 336-2011-P-PJ) del Poder Judicial indica que la medida de seguridad de internación obedece a fines terapéuticos. Es decir, considera como objetivos de la medida de seguridad la curación del infractor o la mejora de su estado al punto de que deje de ser «peligroso». Por otro lado, dicha circular también señala que la medida de seguridad de internación 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 internación, 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 la internación en un centro hospitalario que cuente con tratamiento médico especializado y adecuado (Expediente 0346-2008-PHC/TC).

2.2.2. La primacía del fin neutralizador

A pesar de lo señalado, es evidente que el llamado fin curativo o terapéutico no siempre es posible. Más aun cuando la premisa es que la peligrosidad es una característica individual asociada a la deficiencia psicosocial. En 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, la internación solo cumplirá con una finalidad aseguradora o neutralizante (Jescheck & Weigend, 2002, p. 92; en sentido similar, véanse Maurach, 1995, p. 864; Stratenwerth, 2000, p. 42). En este sentido, Santiago Mir Puig señala lo siguiente:

Las medidas terapéuticas (como la internación 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— (2011, p. 93).

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 hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado con el fin de llevar a cabo un tratamiento terapéutico o, simplemente, con fines de custodia (2014, p. 16).

Como vemos, el fin asegurativo o neutralizador de la medida de seguridad de internación permite justificar formalmente la privación de libertad en aquellos casos en los que la «cura» sea imposible (Hegglin, 2006, p. 187). Sin embargo, con el paso 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 aun, en las décadas de 1960 y 1970, la llamada antipsiquiatría evidenció que la internación prolongada en un centro de salud mental no genera mejoras en la salud de las personas con deficiencias psicosociales (Basaglia, 1979, pp. 15-20). Por este motivo, desde la década de 1980, se ha virado desde 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» (Hegglin, 2006, p. 186). Este cambio se ha fortalecido por la popularidad de la teoría funcionalista sistémica o normativista. Así, la tesis liderada por Jakobs considera que la medida de

seguridad aplicable a un inimputable tiene por finalidad la eliminación de peligros (1997, p. 41; en el mismo sentido, véase Ragués i Vallès, 1999, pp. 397-398).

Según esta corriente, la medida de seguridad de internación en un hospital psiquiátrico priva al inimputable de sus derechos para neutralizarlo como «fuente de peligro» (Jakobs, 2009, p. 10). Pero esta afirmación debe ser circunscrita a la teoría propuesta por Jakobs, pues, 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 norma (Jakobs, 2005, pp. 50-52). 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 peligro, sino como una persona que tiene el deber de reparar lo provocado por sus actos (pp. 50-52). Este deber es el que finalmente legitima el dolor causado por la pena (p. 51).

Sin embargo, esto no ocurre cuando el individuo no presta la mínima garantía para ser tratado como portador de derechos y deberes (Jakobs, 2005, p. 64). 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 el propio hecho (Jakobs, 1997, p. 39). 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 orientadora (Jakobs, 2009, p. 9). 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. Al respecto, Jakobs indica lo siguiente:

[...] la medida de seguridad compensa la pérdida de libertad interna del autor y ha de 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 (1997, p. 39)

Es en esta medida que se dice que ya no estamos ante una «autoadministración» por mano ajena, sino ante una heteroadministración (Jakobs, 2009, p. 8). 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 peligro (pp. 9-10). 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 internación 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] (Recurso de Nulidad 2375-2009).

En síntesis, la tendencia actual es que la medida de seguridad de internación tenga por finalidad material neutralizar a los individuos «anormales» considerados fuentes de peligro por el derecho. Es decir, la medida de seguridad de internación 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 por medio de su neutralización en un centro de salud mental. 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 práctica, como función real, y por ende, su verdadera esencia, sigue cumpliendo un cometido [...] preventivo especial negativo (2004, p. 123; de manera similar, véase Sotomayor, 1996, p. 131).

Ante esta realidad, el llamado fin terapéutico sirve como un «ropaje garantista» que oculta un verdadero fin asegurador (Velásquez, 2004, p. 123) o neutralizador.

CAPÍTULO 3 | EL CRITERIO DE PELIGROSIDAD Y SUS FORMAS DE DETERMINACIÓN

3.1. CONCEPTO DE PELIGROSIDAD

La peligrosidad es reconocida como el motor del sistema penal para inimputables (Sotomayor, 1996, p. 136). Sin embargo, el concepto de peligrosidad ha sido objeto de varias críticas. Así, Sotomayor señala que es una «noción misteriosa» (p. 136); mientras que Exner indica que la peligrosidad es un concepto «peligroso» (véase Ziffer, 2008, p. 138). Pero, ¿qué es la peligrosidad? Como examinamos en el primer capítulo, la peligrosidad nació con el positivismo italiano. De esta manera, Garofalo llamó «temibilità» a la perversidad constante y activa del delincuente que debía ser temida (1890, p. 286). Posteriormente Ferri diferenció entre la peligrosidad social y la peligrosidad criminal (1933, pp. 227-273). 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 comunidad (p. 272). Esta peligrosidad no exigía comisión de delito, por lo que Ferri la llamó «peligro de delito» (p. 276). 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» (p. 276).

Posteriormente, como consta en el primer capítulo, 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 futuro (Ziffer, 2008, 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 tiene tres significados: probabilidad de reincidir (concepto jurídico), estado patológico (concepto forense) y gravedad del delito (criminología) (2013, p. 492). Esta característica ha generado problemas en la aplicación de la peligrosidad, toda vez que el evaluador entremezcla muchas veces los conceptos antes mencionados (p. 492).

La presente investigación hará referencia a la peligrosidad como noción jurídica, excluyendo el concepto forense y criminológico. Este concepto tiene tres elementos importantes (Hegglin, 2006, p. 93). En primer lugar, se refiere a una cualidad de la persona. Es decir, una persona en particular es la que presenta la condición de peligroso (p. 93). En segundo lugar, es una calidad de la persona que se expresa como probabilidad de que se cometa un hecho en el futuro (p. 93). Finalmente, el hecho esperado es un comportamiento calificado como delito (p. 95). La presente investigación no tiene por finalidad ahondar en lo que se debe entender por hecho delictivo en un sistema penal de inimputabilidad. Seguiremos la línea trazada por Silva Sánchez, quien 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 (2003, pp. 128-129).

Así, el concepto de delito aplicable a las medidas de seguridad será distinto de aquel 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 (Silva Sánchez, 2003, p. 127). Esto es lógico, en la medida en que estamos ante una consecuencia jurídica que supone la inimputabilidad y, por otro lado, porque tiene fines distintos a los de la pena (p. 129).

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 con lo dicho por la Corte

Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), 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 futuro (Corte IDH, 2005, párrafo 95).

3.2. 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 a la peligrosidad delictual del agente y a la gravedad tanto del hecho antijurídico cometido como del que se podría cometer. Sin embargo, como ya vimos en el primer capítulo, la peligrosidad es el principal (y único, en la realidad) criterio de determinación de la medida de seguridad de internación utilizado por la jurisprudencia (véanse Corte Suprema, Recurso de Nulidad 03608-2014; Expediente 26-09-SPN, p. 122; Recurso de Nulidad 00104-2005).

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 con Prado Saldarriaga, este informe pericial permite determinar la peligrosidad potencial del procesado (2009, p. 62). Asimismo, el artículo 457 indica, en su numeral 10, que la sentencia versará sobre la absolucón o sobre la aplicación de una medida de seguridad. Si bien el texto legal es escueto, la doctrina reconoce que esta norma exige al juez pronunciarse sobre el pronóstico de peligrosidad derivado de la personalidad del autor (p. 63).

En las líneas anteriores hemos perfilado el concepto y la regulación nacional de la peligrosidad. A continuación, 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 internación.

3.3. LA PELIGROSIDAD Y SU ANÁLISIS COMO MÉTODO CIENTÍFICO PARA PRONOSTICAR LA COMISIÓN DE DELITOS

Desde el punto de vista de 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 por parte del autor.

3.3.1. Método clínico puro o no estructurado

3.3.1.1. 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 fija (Martínez Garay, 2014, p. 15; véase también Ziffer, 2008, p. 157). De esta manera, el especialista tiene la libertad para valorar los factores que considere importantes y adecuados (Martínez Garay, 2014, p. 15). En otras palabras, su premisa es la discrecionalidad del evaluador al realizar la pericia y al emitir su diagnóstico (Ziffer, 2008, p. 157).

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

- Método intuitivo, el juicio es realizado por un especialista, quien emite un diagnóstico basado en su impresión subjetiva y su experiencia, sin efectuar un análisis detallado de los diversos factores analizables (Martínez Garay, 2014, p. 15).
- Método clínico no estructurado en sentido estricto, se trata de un estudio detallado del sujeto a través de un test u otros instrumentos objetivos de evaluación, pero sin seguir un protocolo, regla o estándar objetivo (Martínez Garay, 2014, p. 15). Así, el especialista dice qué herramientas utilizó y qué elementos analizó a partir de su experiencia como evaluador (p. 15).

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 delictivos (Andrés-Pueyo & Echeburúa, 2010, p. 404; véase también Andrés-Pueyo, 2007, p. 14). La primera técnica determina la peligrosidad a partir de un diagnóstico médico que toma en cuenta dos aspectos: la capacidad criminal y la inadaptación social (Andrés-Pueyo & Echeburúa, 2010, p. 404). 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—. Este aspecto se determina a través de la presencia de cuatro rasgos en la personalidad del individuo: agresividad, indiferencia afectiva, egocentrismo y labilidad afectiva (p. 404). 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 general (Andrés-Pueyo, 2007, pp. 14-15). 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 seguridad (p. 15). Como vemos, este método no cuenta con ningún protocolo o guía que explique al evaluador cómo analizar la personalidad del agente y su 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 predictibilidad (Andrés-Pueyo & Echeburúa, 2010, p. 404). 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, etcétera— (Andrés-Pueyo, 2007, p. 15). Este perfil está compuesto por determinadas características psicológicas, sociales y biográficas que, supuestamente, le pertenecen a un determinado perfil criminal (p. 15). Así, cuando el evaluador se enfrenta a un caso concreto, solo debe identificar las características que le pertenecen a determinado perfil criminal. Aquí tampoco se tiene reglas explícitas o protocolos que indiquen cómo procesar la información (p. 15).

3.3.1.2. 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 peruana, que señalan que la peligrosidad se obtiene del hecho —evaluado por el juez— y de la personalidad del autor —evaluada por el perito (esta idea ha sido plasmada en el artículo 72 del Código Penal). El efecto inmediato de esta premisa es que se utilicen mecanismos imprecisos que se centran en la personalidad del delincuente —como la técnica clínico forense— y que, por tanto, se vuelvan difusos los límites con las deficiencias psicosociales (Andrés-Pueyo, 2013, p. 496). En este sentido, tal como hemos visto en el primer capítulo, nuestra jurisprudencia, avalada en pericias realizadas a través del método clínico no estructurado, suele homologar deficiencia psicosocial con peligrosidad.

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 profundidad (Andrés-Pueyo, 2013, 497). Además, la focalización en criterios individuales de la persona permite que la peligrosidad sea tomada como una característica inmutable (p. 497). Es decir, debido a que muchos de los criterios individuales son 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 o nada’, toda vez que alguien es considerado peligroso o no peligroso (Andrés-Pueyo & Echeburúa, 2010, p. 404). 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 estigmatizantes (Andrés-Pueyo, 2013, p. 500). Así, al considerarse que la peligrosidad es un atributo estático de la persona, la atribución negativa se dirige a la persona misma (p. 500). De esta manera, el método clínico no estructurado permite que el estereotipo, según el cual las personas con deficiencias psicosociales serían malvadas, violentas y peligrosas (Muñoz & otros, 2009, p. 13; véase también Jiménez Sandoval, 2008, p. 11), 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 [...] (2007, p. 175).

Un tercer problema que presentan estos métodos es su difícil operatividad (Andrés-Pueyo, 2013, p. 498). 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 peligrosidad (p. 498). Eso provoca que el modo de proceder del perito sea muy subjetivo (p. 498). 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» (p. 498).

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: entre 8 y 10% (2013, p. 499). 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 prototípico (Andrés-Pueyo, 2007, p. 15). 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» (2007, p. 15).

En 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 despliegan un conducta violenta; y falsos positivos, sujetos considerados como peligrosos que nunca llegan a incurrir en conductas violentas (Andrés-Pueyo & Echeburúa, 2010, p. 404). 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 estigmatizantes⁴.

3.3.2. Método estadístico o actuarial

3.3.2.1. 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 científico (Hegglin, 2006, p. 80). Así, sustituyen la peligrosidad por la valoración del riesgo de violencia (Andrés-Pueyo & Echeburúa, 2010, p. 404). Este concepto, a diferencia de la peligrosidad, no lleva a resultados del tipo ‘todo o nada’ (o es peligroso o no es peligroso), sino a resultados graduables y reevaluables (p. 404).

⁴ 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 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Asimismo, este método reconoce que la violencia es un fenómeno heterogéneo. Es decir, hay varios tipos de violencia que se pueden clasificar de acuerdo con diferentes criterios. Algunos de estos criterios serían 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, etcétera—, de la relación entre agresor y víctima —*bullying*, laboral, familiar, etcétera— (Andrés-Pueyo & Redondo Illescas, 2007, p. 160). En esta línea, el método actuarial diseña procedimientos específicos para predecir comportamientos violentos específicos en una sociedad determinada (Andrés-Pueyo & Echeburúa, 2010, p. 405). Conforme a lo antes mencionado, los métodos estadísticos parten de la creación de instrumentos de valoración del riesgo de conductas violentas específicas (Andrés-Pueyo, 2007, p. 16). 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 se inicia con el desarrollo de investigaciones empíricas con grupos de personas que han reincidido en la comisión de determinado hecho violento (Andrés-Pueyo & Echeburúa, 2010, p. 404; Andrés-Pueyo, 2007, p. 16). En estas investigaciones, se identifican factores o elementos que están presentes en el mencionado 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 estén presentes en los sujetos que conforman la muestra (Martínez Garay, 2014, p. 16). El motivo por el cual no se buscan las razones de la violencia es que se asume que esta es multicausal (p. 16). Es decir, esta se produce de acuerdo con 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 violencia (Andrés-Pueyo & Redondo Illescas, 2007, p. 161). Los factores de riesgo pueden dividirse en externos e internos (Hegglin, 2006, p. 78). Los externos están compuestos por pérdidas o ausencias significativas y la falta de soportes o apoyos (p. 78). 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— (p. 79). A estos se agregan también las creencias particulares del sujeto, por ejemplo, creencias religiosas (p. 79).

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 ítems (Martínez Garay, 2014, p. 16). Cada factor recibe un peso o valor probabilístico (Andrés-Pueyo & Echeburúa, 2010, p. 405). Por último, se crean protocolos que señalan cómo obtener la información en el caso individual (Martínez Garay, 2014, p. 17). Es decir, pautas para que el evaluador pueda decidir si determinado ítem está o no presente en el caso concreto (Andrés-Pueyo & Redondo Illescas, 2007, p. 161).

Al momento de aplicar los instrumentos, el evaluador debe realizar las entrevistas y la revisión de expedientes (Andrés-Pueyo & Echeburúa, 2010, p. 405). 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 riesgo (Andrés-Pueyo, 2007, p. 16). Una vez registrada toda la información en los ítems, se le adjudica a cada característica un valor determinado de acuerdo con el protocolo. Finalmente, las cifras son combinadas y, mediante un algoritmo estadístico, se obtiene un resultado probabilístico determinado (Martínez Garay, 2014, p. 16). 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 (2007, p. 16).

3.3.2.2. Críticas al método estadístico o actuarial

Los métodos estadísticos o actuariales tienen varias limitaciones. La crítica más importante está dirigida contra la metodología empleada. Así, autoras como Martínez Garay recuerdan que los métodos estadísticos trasladan

resultados obtenidos de investigaciones grupales a la predicción de comportamientos individuales (2014, p. 40). Estudios recientes afirman categóricamente que la información aplicada a casos concretos conduce a resultados errados, toda vez que la probabilidad de reincidencia para un individuo concreto no coincide con los valores medios del grupo (Martínez Garay, 2014, pp. 40-41). 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 delictivo (pp. 16-17).

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 excluidos (Hegglin, 2006, p. 83). El evaluador hace esto sin percatarse necesariamente de que estos elementos, en el caso individual o particular, puedan tener mayor valor. En todo caso, los factores seleccionados son solo síntomas generales de las conductas violentas y no factores causales (p. 83). Este hecho, que como vimos es admitido por los defensores de este método, implica una severa limitación en su aplicación.

Además, desde el plano de la lógica, el tipo de presunción recién descrita resulta en la falacia de la división (Martínez Garay, 2014, p. 42). 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 parte (p. 42). En otras palabras, que un grupo de individuos (como las personas con deficiencias psicosociales, los drogodependientes o las personas en situación de pobreza) tenga 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 vaya a cometer un hecho delictivo en el futuro.

Finalmente, otra limitación es que, como ya se ha discutido, los protocolos actuariales se construyen para determinado comportamiento violento en una población determinada (Andrés-Pueyo & Echeburúa, 2010, p. 405). 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 muchos casos (p. 405). 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. Esta puede ser clasificada por la manera en que se ejerce (física, psicológica, sexual, económica), las características del agresor (joven, adulto, adulto mayor, varón, mujer, niño, etcétera), de la víctima y de la relación entre ambos (Andrés-Pueyo & Redondo Illescas, 2007, p. 165). Esto llevaría a que el método actuarial sea sumamente complejo y requiera de varias investigaciones previas así como de una alta especialización por parte del perito evaluador.

3.3.3. Método clínico estructurado o clínico actuarial

3.3.3.1. Descripción del método clínico estructurado o clínico actuarial

En tercer lugar se encuentra el método clínico estructurado, también conocido como instrumento de la tercera generación (Martínez Garay, 2014, p. 42). Al igual que los métodos actuariales, este método implica listas de ítems o factores de riesgo y protocolos sobre la forma en la que se debe analizar la información recogida (p. 42). Además, el método clínico estructurado también comienza por considerar la violencia como un fenómeno analizable, aunque admitiendo que tiene una naturaleza compleja y heterogénea, por lo que resulta difícil su predicción (Andrés-Pueyo & Redondo Illescas, 2007, pp. 160-161). Por tanto, es necesario tomar en cuenta criterios estáticos (como la personalidad del individuo), pero también factores dinámicos y sociales (pp. 164-165).

Sin embargo, este método muestra una diferencia fundamental con respecto a 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 extraordinaria (Martínez Garay, 2014, p. 42). En otras palabras, el método clínico actuarial tiene una naturaleza mixta. Si bien 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 finales (Andrés-Pueyo, 2007, p. 18).

Ahora bien, existe una gran variedad de guías y protocolos, todos creados para distintos tipos de personas. ¿Cuáles son aplicables para el caso de personas con deficiencias psicosociales? Según una investigación de Arbach y Andrés-Pueyo, la guía Manejo de riesgo clínico histórico, *Historical Clinical Risk Management-20* (HCR-20), es la más adecuada para predecir el riesgo de violencia en estos casos (2007, p. 175). 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 exhiben tasas aún mayores de conducta violenta— (p. 179).

Frente a esta realidad, el HCR-20 constituye un guía aplicable a estas personas (Arbach & Andrés-Pueyo, 2007, p. 180). 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 a partir de consultas realizadas con profesionales de la salud mental (p. 181). El HCR-20 contiene tres escalas de factores o ítems que examinaremos a continuación (p. 181):

Ítems que valora el HCR-20

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 a factores desestabilizantes
- R3: carencia de apoyo social
- R4: incumplimiento de 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 por parte del evaluador, así como de juicio, capacidad profesional y familiaridad con la bibliografía sobre la naturaleza de los métodos clínicos estructurados.

De acuerdo con los autores citados, esta guía ha mostrado validez predictiva (Arbach & Andrés-Pueyo, 2007, p. 181). Así, Arbach y Andrés-Pueyo señalan lo siguiente: «[...] 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» (p. 182).

3.3.3.2. Críticas al método clínico estructurado o clínico actuarial

La propuesta del método clínico estructurado es la que parece tener más aciertos e implicar un menor grado de subjetividad. Sin embargo, en una reciente publicación, la profesora Lucía Martínez Garay ha mostrado los problemas probabilísticos de estos métodos (2014). 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— tiene limitaciones. Es preciso señalar que las investigaciones realizadas por la profesora Martínez Garay abarcan varias guías de valoración del riesgo, incluyendo el HCR-20 (Martínez Garay, 2014, p. 38).

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 reincidencia (Martínez Garay, 2014, p. 27). Sin embargo, es importante señalar que existe otro sector de la literatura (principalmente alemana) que considera que no nos encontramos hoy en una posición sustancialmente mejor en cuanto a la posibilidad de predecir el comportamiento violento o criminal que aquella en la que nos encontrábamos hace treinta años (p. 28). 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 de 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 predicciones (p. 28). Es decir, los avances del método clínico estructurado radican en admitir los límites de toda técnica de pronóstico futuro de comisión de delitos. Se trata de reconocer la dificultad de pronosticar un fenómeno complejo y heterogéneo; la imposibilidad de encontrar causas y, por lo tanto, la necesidad de recurrir a factores; y la imposibilidad de dar un resultado del tipo 'todo o nada', lo cual conduce a un resultado estimatorio revisable.

A pesar de ello, el método clínico estructurado tiene serias limitaciones que se trasladan a sus resultados. En primer lugar, al utilizar tablas de factores, se 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, ni que los factores excluidos sí puedan ser importantes para el individuo 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 base 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— (Martínez Garay, 2014, p. 28). 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 y se realiza el método de pronosis;
- 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.

Como puede apreciarse, el método tendrá una alta «sensibilidad» si acierta en la mayoría de los casos. Este criterio es aplicado por varias

guías utilizadas por el método clínico no estructurado (Martínez Garay, 2014, p. 28). En cambio, el «valor predictivo» mide cuántos sujetos de los que el instrumento predijo como futuros reincidentes después lo fueron o no (p. 28). El proceso para determinar el «valor predictivo» será el siguiente:

- i. se identifica un grupo «A» de personas que delinquen y se realiza el método de pronosis;
- ii. luego de un tiempo, se verifica cuántos miembros de la muestra efectivamente delinquieron y cuántos no lo hicieron;
- iii. el «valor predictivo» será mayor cuanto menor sea el porcentaje de personas calificadas erradamente como «peligrosas» o con pronóstico futuro de reincidencia.

La diferencia es trascendente, ya que una alta «sensibilidad» puede coexistir con un bajo «valor predictivo» de instrumentos si se tiende a sobreestimar la peligrosidad (Martínez Garay, 2014, p. 29). Así, muchas personas son calificadas correctamente como futuros reincidentes, pero esto ocurre al costo de incluir en el grupo de futuros reincidentes, además, a muchos que en realidad no reinciden, resultando un valor predictivo bajo (p. 29).

Relacionado a lo antes señalado, Martínez Garay identifica una tercera crítica. La autora señala que estos métodos tienen un margen de error alto frente a los falsos positivos (p. 29). Es decir, existen varios casos en los que la calificación de alguien como «peligroso» o con pronóstico positivo de reincidencia es errada, pues la persona no vuelve a delinquir. Sucede que, en psicología forense, existe una fórmula —la fórmula de Bayes— de acuerdo con la cual los falsos positivos serán mayores cuanto menor sea la tasa de prevalencia (p. 30). En el caso de los actos violentos, como ya hemos notado, estamos ante un fenómeno poco frecuente. Además, los casos de crímenes cometidos por las personas con deficiencias psicosociales, si bien estas personas exhiben una prevalencia mayor que las personas sin deficiencias psicosociales (aunque, como ya dijimos, menor que personas expuestas a otros factores como la pobreza), son infrecuentes en general, como los propios defensores del método clínico estructurado admiten (Andrés-Pueyo, 2013, p. 495). 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 originales (Martínez Garay, 2014, p. 33). Esto le resta solidez a aquellos argumentos que defienden el método clínico estructurado como técnica con alta certeza en la medición del riesgo de violencia en el futuro (p. 33).

Finalmente, Martínez Garay admite que existen estudios que muestran que algunos instrumentos cuentan con valores predictivos positivos que superan el azar (0,5), como el HCR-20, cuya mediana respecto del valor predictivo es 0,71 (p. 38). Sin embargo, existen otras investigaciones que consideran que los mismos instrumentos (incluido el HCR-20) alcanzan valores predictivos menores al azar (0,41) (Martínez Garay, 2014, p. 39). 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 según 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— (p. 39). Esto es sumamente grave, toda vez que la mayoría de casos reales no se ubican en la mediana, sino en los márgenes mínimos y máximos (p. 39).

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 criminal (Martínez Garay, 2014, p. 31). De esta manera, si se busca controlar al máximo el riesgo de posibles víctimas, se asumirá como riesgo alto ciertas cifras, aun 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» (p. 32).

3.3.4. Falta de certeza de la peligrosidad y supuesta invalidez

Hemos visto que existen tres métodos para pronosticar la comisión futura de delitos, es decir, la peligrosidad. Es posible observar las principales características de dichos métodos de manera resumida en la siguiente tabla.

Método	¿Qué medios se utiliza para el recojo de información?	¿Cómo se hace el análisis?	¿Cómo se obtiene el resultado final?
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 promovieron 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 concretos (Martínez Garay, 2014, p. 52). 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» (1996, p. 139).

De la misma manera, Terradillos Basoco 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» (1981, p. 25). Esta realidad no ha cambiado con los modernos métodos estadísticos. Por el contrario, la doctrina especializada señala que la naturaleza misma de todo pronóstico de comisión de delitos hace poco probable que, en un futuro, la previsibilidad de este juicio de probabilidad mejore sustancialmente (Martínez Garay, 2014, p. 52). 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 (2014, p. 58).

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 jurídicos [2005, párrafo 56] [...] 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 Estado (2005, párrafo 95).

3.4. PROPUESTA NORMATIVA DE FRISCH Y ZIFFER

En las líneas siguientes, analizaremos la postura de Wolfgang Frisch y su discípula Patricia Ziffer. Esta propuesta dogmática, de corte normativista, resulta interesante, pues enfoca la discusión en el fin de la medida de seguridad de internación. Debemos señalar que lo expuesto a continuación no refleja necesariamente nuestra postura.

3.4.1. Premisas de la postura normativa

3.4.1.1. 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. Esta crítica es compartida 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 prognosis. Según Ziffer, la principal crítica en contra de los métodos clínicos no estructurados consiste en que, por sus características, se inmunizan frente a todo control metodológico (2008, p. 158). 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 de las críticas antes comentadas en contra del método estadístico. En primer lugar, indica que este método tiene una naturaleza general y que, por lo tanto, no puede ser utilizado en todos los casos (2008, p. 158). En otras palabras, este método aplica resultados obtenidos de la observación de grupos a casos particulares (pp. 169-160). 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 riesgo (p. 156). En estas situaciones es difícil arribar a un pronóstico positivo o negativo, por lo que el margen de error es alto (p. 156). En este sentido, el margen de error solo se reduce en los casos excepcionales

ubicados en los extremos (p. 160). En la misma línea, Ziffer indica que este método le presta atención a unos pocos factores y, por consiguiente, deja de lado otros factores que, en un caso individual, pueden tener gran importancia (p. 160). Finalmente, la autora señala que ni la psiquiatría ni la criminología han logrado una identificación precisa de los factores que permiten predecir con certeza la reincidencia (p. 152).

Con 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 consigo (p. 159). Como ya vimos, esto le resta certeza y objetividad a la prueba, además de provocar que se mantenga e incremente 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 temporal (Ziffer, 2008, p. 154). Por otro lado, porque el análisis de la peligrosidad involucra hacer una exploración en el fuero interno del sujeto, por lo que el análisis encuentra un claro límite ante la protección de la intimidad en los casos en que la persona infractora se niega a colaborar con el examen (p. 155).

3.4.1.2. 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 preventivo (Ziffer, 2008, p. 140). La 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 delinquir (p. 140). Es 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 delitos (p. 143).

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 peligrosidad (p. 143). 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» (p. 141). De lo contrario, los instrumentos legales se volverían inefectivos.

3.4.2. La peligrosidad como riesgo *ex ante* intolerable para 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 con 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 cuestión (Ziffer, 2008, pp. 181-182). Así, Frisch señala lo siguiente: «[...] en un ordenamiento jurídico concebido con carácter instrumental, un delimitamiento 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» (2007, p. 13). 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 el fin y objetivo de la norma (p. 13). 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 abandonar la construcción de la peligrosidad como una cuestión de ciencias empíricas (Frisch, 2007, p. 26).

Este planteamiento 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 con la tesis de Frisch y Ziffer, ¿cuál es el fin de la medida de seguridad? Conforme a la postura mayoritaria examinada en el segundo capítulo, Frisch sostiene que es una medida orientada a la prevención especial (2007, p. 11). 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 peligrosa (Ziffer, 2008, pp. 97-98). 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 (2007, p. 14).

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 lleve a cabo 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 involuntaria (Ziffer, 2008, p. 183). Esta ponderación ha sido resuelta en favor de la mayor seguridad posible de la sociedad (p. 181). Así, la peligrosidad es un instrumento orientado a proteger a la sociedad a través de los fines preventivos especiales.

En la línea de lo anterior, 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 intolerables (p. 170). 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 afectado (p. 170). 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 futuros (p. 171). 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 (2008, pp. 192-193).

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 sociedad (p. 186). 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 internación 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 claramente que, de la enfermedad mental, se derive la peligrosidad. Es en este grupo de casos que la internación 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 libremente (Ziffer, 2008, p. 186). 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 ante* (p. 195). 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» (2014, p. 31), en la medida en que no esté en condiciones de entender y actuar conforme a la norma que le prohíbe lesionar bienes jurídicos (p. 31).

SEGUNDA PARTE

MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD, INTERNACIÓN Y PELIGROSIDAD: Crítica y propuesta alternativa

4.1. MODELOS DE DISCAPACIDAD

En el primer capítulo vimos que la medida de seguridad de internación se aplica a las personas consideradas peligrosas que cometen un delito en un estado de inimputabilidad. También vimos que el artículo 20.1. del CP permite relacionar a la inimputabilidad con las personas con deficiencias psicosociales. Es en esta medida que estas personas suelen ser los sujetos pasivos de las medidas de seguridad de internación. Ahora bien, las deficiencias están estrechamente relacionadas con el 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. Con este objetivo, nos aproximaremos a tres modelos de la discapacidad: modelo de prescindencia, modelo rehabilitador y modelo social.

4.1.1. Modelo de prescindencia de la discapacidad

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 comunidad (Palacios, 2008, p. 37). El modelo de prescindencia se puede subdividir a la vez en dos submodelos: eugenesia y marginación (p. 37). El submodelo de eugenesia considera la discapacidad como una situación de desgracia, al punto que la vida es concebida como indigna y meritoria de no ser vivida (p. 39). De otro lado, el submodelo de marginación incluye a las personas con discapacidad en un grupo de marginados (pp. 55-57). En este orden de ideas, el núcleo

del submodelo de marginación son la exclusión y la subestimación de las personas con deficiencias psicosociales (p. 54). Como hemos mostrado en el primer capítulo, durante gran parte de la historia, las personas con deficiencias psicosociales fueron vistas y tratadas desde el modelo de la prescindencia. Así, el temor de la sociedad frente a las personas con deficiencias psicosociales provocó que los «locos peligrosos» y/o «locos demoniacos» sean eliminados a través de su muerte o aislamiento.

4.1.2. Modelo rehabilitador de la discapacidad

4.1.2.1. Concepto y características principales

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 generado que varias políticas públicas estén orientadas a normalizar a las personas en situación discapacidad (p. 98). 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 anormales (Foucault, 2011, pp. 56-57).

4.1.2.2. Modelo rehabilitador y capacidad jurídica

El modelo rehabilitador se construyó sobre la premisa de que las personas «normales» poseen ciertas características que las transforman en agentes capaces para decidir sobre todos los aspectos de su vida de manera autónoma. Estas características son la capacidad para razonar, sentir y comunicarse (Cuenca Gómez, 2010, p. 5; véase también de Asís, 2009, p. 2). Esta premisa tiene un efecto claro sobre la capacidad jurídica, pues 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 derechos (Cuenca Gómez, 2010,

p. 5). El modelo rehabilitador no ha tenido problemas en reconocer que las personas con discapacidad son titulares de derechos (p. 7). Por otro lado, la capacidad para obrar implica poder «ejercer por sí mismos dichos derechos» (p. 7). 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 (2011, p. 58).

Es en esta dimensión donde la «ideología de la normalización» tiene valor para el modelo rehabilitador. Este modelo considera que solo las personas que tienen la capacidad de razonar, sentir y comunicarse de acuerdo con el patrón estándar e ideal pueden ser consideradas capaces de ejercer de manera autónoma sus derechos (Cuenca Gómez, 2010, p. 7). 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 obrar (p. 7). Ellos son considerados incapaces. Por lo tanto es permitida y legítima la intromisión, restricción y limitación de la facultad que les permite ejercer sus derechos (p. 7). En palabras de Rafael de Asís, estas personas no son consideradas sujetos del discurso moral y quedan pendientes de la decisión de los capaces (2013, p. 41).

A la perspectiva que adjudica la capacidad jurídica a quienes tienen determinados rasgos propios de una persona o de un grupo de personas, se la conoce como enfoque de la identidad (de Asís, 2013, p. 70). Por otro lado, al modelo que permite la intromisión, restricción y limitación de esta capacidad, se lo conoce como modelo de sustitución en la toma de decisiones (Cuenca Gómez, 2010, p. 7). Estas figuras han permitido que se perpetúe la dependencia de las personas con discapacidad y la vulneración de su dignidad y autonomía, además de simbolizar dos piezas claves para el enfoque rehabilitador (pp. 8-9).

4.1.3. Modelo social de la discapacidad

4.1.3.1. Concepto y características

El modelo de prescindencia y el modelo rehabilitador estuvieron orientados a erradicar y/u ocultar las diferencias presentes en las personas en situación de discapacidad (Palacios, 2008, p. 37). Estos enfoques permitieron que las personas con deficiencias sean tratadas como objetos y no como sujetos de pleno derecho (Quinn & Degener, 2002, p. 11). En este contexto, surge en Estados Unidos y en el Reino Unido un tercer modelo de la discapacidad: el modelo social. El modelo social toma como punto de partida la diferencia entre 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» (Palacios, 2008, p. 123), la discapacidad está conformada por «los factores sociales que restringen, limitan o impiden a las personas con diversidad funcional, vivir una vida en sociedad» (p. 123). En otras palabras, el colectivo de personas en situación de discapacidad es tomado como víctima de una sociedad discapacitante, en lugar de que los miembros de dicho colectivo sean considerados víctimas individuales de las circunstancias (Palacios & Bariffi, 2007, p. 57).

En esta línea, Rafael de Asís señala que el modelo social de la discapacidad puede ser caracterizado de manera genérica a través de los siguientes postulados: i) la asunción del enfoque de derechos humanos como marco normativo para abordar la discapacidad; ii) la definición de la discapacidad como una situación en la que se encuentran algunas personas y no como un rasgo individual; iii) la visión de que la discapacidad tiene, usualmente, sus origen en la sociedad y no en el propio individuo, por lo que las medidas que busquen satisfacer los derechos humanos de las personas con discapacidad deben estar dirigidas prioritariamente a la transformación de la sociedad; iv) la defensa de una política normativa que se encuentre en el plano de la igualdad y no discriminación, especialmente en la generalización de los derechos (de Asís, 2013, pp. 16-17). Esta última característica será de vital relevancia para la presente investigación. Toda vez que el modelo social de la discapacidad está orientado a que a las personas con discapacidad se les reconozcan los mismos derechos

que a cualquier otra persona, sin que la discapacidad pueda servir de pretexto o justificación para negar derechos como la capacidad jurídica (p. 17). Como veremos más adelante, este derecho implicará un cambio de paradigma.

4.1.3.2. Reconocimiento normativo del modelo social

La visión de la discapacidad antes comentada se encuentra respaldada por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (en adelante la Convención). La relación de este instrumento con el modelo social de la discapacidad es notoria a lo largo de todo su articulado. Así, por ejemplo, el artículo 1 define a las personas con discapacidad como aquellas «que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que interactúan con diversas barreras» que pueden impedir su participación plena y efectiva en sociedad en igualdad de condiciones respecto de los demás.

La Convención ha sido ratificada por el Perú, 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. Más aun, la ratificación de este instrumento internacional implica que se cumpla con él, según lo estipulado en el artículo 55 de la Constitución del Perú⁵. Es preciso recordar que el Tribunal Constitucional del Perú ha señalado que, dentro de la pirámide jurídica nacional, los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú tienen rango constitucional (de acuerdo con el Tribunal Constitucional, todo tratado de derechos humanos reconocido por el Perú forma parte del bloque de constitucionalidad; véanse Expediente 0047-2004-AI/TC, fundamento 61; Expediente 2798-2004-HC/TC, fundamento 7)⁶. Por este motivo, las normas de la Convención tienen, al menos, un rango constitucional. En diciembre del año 2012, el

⁵ De acuerdo con el artículo 55 de la Constitución, «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional».

⁶ Más aun, 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 interpretadas de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú.

Congreso de la República promulgó la ley 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.

4.1.3.3. Modelo social y capacidad jurídica

Líneas arriba vimos cómo el modelo rehabilitador restringe la capacidad de obrar a determinadas personas sin discapacidad. Esta visión ha cambiado con el modelo social de la discapacidad recogido por la Convención. En esta línea, el artículo 3.a de la Convención (el artículo 3 de la Convención ha sido reproducido por el artículo 4 de la Ley) reconoce los principios de dignidad humana, autonomía individual e independencia de las personas con discapacidad. Esto implica 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 deficiencias (de Asís, 2013, pp. 48-50). De esta manera, se rechaza la ideología de normalización impuesta por el modelo rehabilitador (Cuenca Gómez, 2010, p. 9). Esta ideología es considerada ahora un mito, dado que el modelo social reconoce que la mayoría de personas toma sus decisiones de forma interdependiente (y no de manera autónoma), con el apoyo de los demás y no siempre de manera racional (p. 9). 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 aun más profunda de lo que parece ser» (2010, p. 8).

Sobre la base de lo dicho anteriormente, el artículo 12.1 (el artículo 12 de la Convención ha sido reproducido en el artículo 9 de la Ley) reconoce el derecho a la personalidad jurídica de la personas con discapacidad. El reconocimiento de la personalidad jurídica es fundamental, pues constituye el paso previo al reconocimiento de la capacidad jurídica de estas personas. De esta manera, el Comité de 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» (2014e, párrafo 9).

Por su parte, el artículo 12.2. de la Convención reconoce que las personas 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 (2014e, párrafo 12).

Ninguna discapacidad (incluida la que sufren las personas con deficiencias psicosociales) será motivo para negarle, *a priori*, capacidad jurídica a una persona con deficiencias psicosociales (Comité de los derechos de las personas con discapacidad, 2014e, párrafo 10). 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 [...]» (2006, párrafo 130).

Vemos, entonces, que 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 — capacidad para obrar— (Bach, 2011, p. 59). En este sentido, el Comité de 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 12 (2014e, párrafo 9).

La capacidad jurídica no puede ser atribuida a través de un enfoque de identidad o estatus, ni ser adjudicada solo a quienes tienen determinados rasgos o maneras particulares de aprender, razonar y comunicarse (Bach, 2011, p. 66; véase también Cuenca Gómez, 2010, p. 12). Por el contrario, el modelo social abandona esta mirada y adopta el enfoque funcional (Bach, 2011, p. 65). Según este, la capacidad y la personería jurídica se fundamentan en el reconocimiento social intersubjetivo (p. 80; en doctrina penal y sobre la capacidad de obrar referida a asumir responsabilidad penal, véase Feijoo, 2013, pp. 292-293). 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” [Darby, 2009, p. 178]. Este acto de conferir es lo que él [Darby] llama enfoque de “reconocimiento-social”» (Bach, 2011, p. 82).

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 discapacidad (pp. 82-83). Sin embargo, la Convención asume que el mero reconocimiento absoluto del artículo 12 no será suficiente, pues determinadas personas no podrán gozar del pleno ejercicio de su capacidad jurídica (Bariffi, 2014b, p. 471). La Convención y el modelo social entienden que en 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 (2014e, párrafo 14).

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 jurídica (Villareal López, 2014, p. 29; véase también Quinn, 2010, p. 12). 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» (Bariffi, 2014b, p. 473). De esta forma, el modelo de apoyo supone que un tercero no sustituye la voluntad de la persona con discapacidad, sino que la asiste o le presta un servicio o ayuda para que pueda ejercer su capacidad jurídica (p. 477).

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 presupuesto y la aspiración que se busca alcanzar a través de la asistencia necesaria (de Asís, 2009, p. 6). 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 psicosociales (Quinn, 2010, p. 14). 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 patrimoniales, personales o de salud queda excluido.

Entonces, los Estados, bajo el modelo social adoptado por la Convención, se encuentran obligados a brindar 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 variado (Villareal López, 2014, p. 68). 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 discapacidad (2014e, párrafo 16). 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 concreto (Bach, 2011, p. 90). Así, Bach distingue las siguientes clases de asistencia para ejercer la capacidad jurídica.

- i) Estado autónomo para la toma de decisiones: se caracteriza por el hecho de que la persona puede tomar y comunicar sus decisiones de manera comprensible, de manera que la asistencia es personalizada y delimitada —por ejemplo, ayudas visuales para personas con deficiencias visuales, o lenguaje simple para personas con deficiencias intelectuales (p. 91).
- 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 decisiones (p. 91). Ahora, bien, esta representación debe desarrollarse de acuerdo con la voluntad del individuo, sin sustituir su capacidad de decidir sobre su vida.
- iii) Estado de codecisión: en este caso, al igual que en el estado anterior, el individuo requiere de una persona que lo represente en la formulación y ejercicio de sus decisiones. Sin embargo, dicho individuo no cuenta con relaciones personales de confianza (pp. 92-93). Por tanto, el Estado asigna a una persona que asistirá en la toma de sus decisiones a quien lo requiere. A esta persona se la conoce como codecisor y es el encargado de comprender la voluntad de la persona asistida (aunque no la conozca personalmente) y actuar conforme a ella (p. 94).

- 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 otros (p. 95). 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 propicia para que la intención de la persona sea revelada (pp. 95-96).

Esta última clase de apoyo —que también ha sido denominado como «apoyo obligatorio» o «apoyo intenso» por la doctrina (Bariffi, 2014b, p. 497)— es tan intensa que implica que las decisiones sean tomadas «por» la persona con deficiencias psicosociales y no «con» (Quinn, 2010, p. 16). Por este motivo, un sector de la doctrina considera que este tipo de acciones debe estar fuera del sistema de apoyos (Bariffi, 2014b, p. 497). Sin embargo, nosotros consideramos que la Convención ha incluido este tipo de asistencia en el modelo de apoyos (Bach, 2011, pp. 95-96; así como Villareal López, 2014, pp. 68-69; Cuenca Gómez, 2010, p. 16). 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 restricción (Villareal López, 2014, p. 162). De este modo, su objetivo es trabajar para recuperar la voluntad de la persona con deficiencias psicosociales para que esta pueda expresar sus preferencias (Quinn, 2010, p. 16). Más adelante veremos como esta clase de apoyo debe guardar una relación directa con la llamada medida de seguridad de internación.

4.2. ESTADO CONSTITUCIONAL Y DERECHO PENAL

4.2.1. Estado Constitucional: aproximación a un paradigma

Todo estudio de derecho penal amerita identificar primero el modelo de Estado al cual se adscribe el poder punitivo. En esta línea, 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» (2005, pp. 216-217). 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 XX (Bachof, 1985, p. 48)⁷. 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 minorías (p. 48). Así, el Estado Constitucional de Derecho 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 sociales (Guastini, 2009, p. 49). De acuerdo con Ferrajoli, el Estado Constitucional se caracteriza por los siguientes cambios en el ordenamiento y la cultura jurídica (2009, pp. 18-20):

- 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 constitucionales (p. 18). Una ley adoptada por la mayoría en el sistema democrático sería formalmente válida, pero sustancialmente inválida si entra en conflicto con normas constitucionales (p. 18). De este modo, la llamada «rematerialización» constitucional implica la construcción de barreras infranqueables que limitan las esferas de decisión del legislador (Prieto Sanchis, 2009, p. 130). Así, la ley pasa a asumir una relación de adecuación y subordinación con respecto a lo establecido en la Constitución (Zagrebelzky, 2011, p. 34). En el Perú,

⁷ Es preciso señalar que Otto Bachof reconoce que el cambio en la relación entre el hombre y la ley fue también provocado por otros factores como el devenir del Estado Social y el aumento de la carga legal en el Parlamento.

el Tribunal Constitucional ha señalado que el Estado Constitucional implica que «[...] 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» (2008, fundamento 15).

- En segundo lugar, no solo se disciplina las formas de producción legislativas, sino que se impone prohibiciones y obligaciones de contenido (Ferrajoli, 2009, p. 18). Estas obligaciones están relacionadas con 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 constitucionalidad (véanse Expediente 0047-2004-AI/TC, fundamento 61; Expediente 2798-2004-HC/TC, fundamento 7; y supra nota 6)—, 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 válida (Ferrajoli, 2009, p. 18). En todo caso, el juez debe aplicar de manera directa las normas constitucionales y preferir siempre la interpretación de las leyes conforme a la Constitución (Guastini, 2009, pp. 54-56). Este cambio faculta al operador de justicia a acceder a la Constitución de manera directa y ya no a través del legislador (Prieto Sanchis, 2009, p. 130). De esta manera, la labor jurisdiccional cumple un rol de garante constitucional y protector de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente al poder político (Ferrajoli, 2010b, p. 211). En este contexto, el artículo 138 de la Constitución peruana 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 indecible, todo lo que la Constitución excluye del consenso de las mayorías, especialmente los derechos y garantías que protegen a las minorías (Ferrajoli, 2010c, pp. 104-107). La esfera de lo indecible 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 Constitución (Ferrajoli, 2009, p. 13). Dicha sujeción tiene como objetivo 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. Esta base nos permitirá analizar de manera crítica, en el capítulo 5, los de la medida de seguridad de internación fijados en el estado de la cuestión.

4.2.2. El fin del derecho penal en un Estado Constitucional

Cuando hablamos del fin del derecho penal, nos referimos 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 fin (Ferrajoli, 2005, p. 322). 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 realidad (p. 329). 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 naturalista (p. 323). Sin embargo, tampoco es válido asumir que una función es satisfecha de hecho porque la doctrina normativa así lo propone (p. 329). 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 se conoce como falacia normativista (p. 323).

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 realidad (pp. 326-327). Además, el fin del derecho penal tampoco puede sustentarse en un «deber ser» empíricamente irrealizable (pp. 326-327). 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 minorías (Terradillos Basoco, 2010,

p. 22). En este sentido, no se puede admitir 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 minorías (p. 22). 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 del Estado.

Los ataques a los que hemos hecho referencia se expresan paradigmáticamente a través de los delitos cometidos por los sujetos desviados (p. 22)⁸. No obstante, estos ataques también pueden provenir de las reacciones vengativas de la sociedad y de los sistemas policiales que actúan de manera arbitraria (Ferrajoli, 2006b, p. 5). Frente a ello, el Estado Constitucional no puede desconocer la dignidad del sujeto infractor ni la necesidad de evitar ataques ilegítimos contra sus derechos y libertades (Terradillos Basoco, 2010, p. 22). 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 (2006a, p. 62).

⁸ Utilizamos la categoría de desviado para referirnos a todo aquel cuyo comportamiento desvirtúa las reglas impuestas por la mayoría; véase Becker (2012).

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» (1992, p. 186). 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 infractor (Ferrajoli, 2005, pp. 335-336). La prevención de delitos y la prevención de castigos informales y arbitrarios son dos caminos que el derecho penal debe recorrer a la vez, si no, este sería contrario al Estado Constitucional (Terradillos Basoco, 2010, pp. 22-23).

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 nos desviadas (Ferrajoli, 2006a, p. 64). 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 desviada (Ferrajoli, 2006a, 64). En conclusión, el fin del derecho penal de un Estado Constitucional de Derecho es reducir la violencia, es decir, reducir los ataques contras 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 pues no se fundamenta en un hecho fáctico, ni tampoco propone un fin inalcanzable en la realidad. La presente investigación se realiza bajo el marco teórico de un derecho penal con las características antes descritas.

CAPÍTULO 5

MEDIDA DE SEGURIDAD DE INTERNACIÓN Y PELIGROSIDAD: INVALIDEZ DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN Y PROPUESTA ALTERNATIVA

5.1. INVALIDEZ DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN SOBRE LA MEDIDA DE SEGURIDAD DE INTERNACIÓN Y LA PELIGROSIDAD

5.1.1. Invalidez de los fines de la medida de seguridad de internación

Como hemos dicho antes, los fines se encuentran en el plano del «deber ser». En el caso de la medida de seguridad de internación, 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, el cual es de carácter imperativo aun frente a los deseos de las mayorías. De este modo, en el presente acápite mostraremos cómo el fin terapéutico y el fin neutralizador de la medida de seguridad de internamiento carecen de legitimidad en el derecho penal de un Estado Constitucional de Derecho irradiado por el modelo social de discapacidad.

5.1.1.1. Invalidez del fin terapéutico de la medida de seguridad de internación

El fin terapéutico supone utilizar la internación en un centro de salud mental como mecanismo para «curar» a la persona con deficiencias psicosociales considerada peligrosa. El fin terapéutico ha sido criticado con 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 ilimitados (2005, p. 270). 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 espíritus (2010, p. 147). Así, el fin terapéutico de la pena es considerado incompatible con el respeto al principio de autonomía que envuelve al Estado Constitucional (Ferrajoli, 2005, p. 272).

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 mantiene esta finalidad para las medidas de seguridad aplicables a personas con deficiencias psicosociales? El fin terapéutico de la medida de seguridad de internación solo puede ser aceptado bajo un modelo rehabilitador de la discapacidad. Como vimos en el capítulo anterior, este 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 voluntad (Palacios, 2015, pp. 12-13). Como señalamos en el cuarto capítulo, en el campo del derecho, este modelo se traduce en la división entre capacidad jurídica y la capacidad para ejercer los derechos (capacidad para obrar), de tal modo que esta última queda reservada solo para quienes tienen la capacidad de razonar, sentir o comunicarse de manera estándar (Cuenca Gómez, 2010, p. 7). Así, tanto el ejercicio de los derechos como la toma de decisiones personales de las personas que no cuentan con estas capacidades se encuentran en manos de un tercero, el cual puede ser un médico, un familiar u otro curador designado (p. 7). Estamos frente al llamado modelo de sustitución de voluntades que tiene vigencia solo bajo un enfoque rehabilitador de la discapacidad.

Sin embargo, como también vimos en el cuarto capítulo, el modelo social de la discapacidad y la Convención —a través de su artículo 12— plantean que la persona con deficiencias psicosociales no solo tiene derecho a la capacidad jurídica propiamente dicha (ser titular 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 ellas (2010, p. 10). 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 ella.

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, aun cuando estas provengan del personal médico (del Águila, 2015, p. 62). 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 peruano (del Águila, 2015, p. 63). En este sentido, el modelo social de la discapacidad se opone a la internación involuntaria como medida terapéutica. En otras palabras, la internación involuntaria 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 persona (p. 63).

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 informado (2013, párrafo 29). Asimismo, en el año 2014, el Comité indicó a Dinamarca que la internación 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 delito (2014b, párrafo 34). 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 internación 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 (2014a, párrafo 29; véase también 2014c, párrafos 28-29).

De manera similar, el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha hecho hincapié en que la finalidad terapéutica de la internación 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 sin 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 [...] (Naciones Unidas, 2013, párrafo 32).

Finalmente, el Comité ha manifestado recientemente su desconformidad con las medidas de seguridad de internación 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 internación» y «velar por que se presten todos los servicios de salud mental con el consentimiento libre e informado de la persona afectada» (2014c, párrafo 29).

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.

5.1.1.2. Invalidez del fin neutralizador de la medida de seguridad de internación

Como dijimos previamente, el fin neutralizador consiste en eliminar a una persona que es considerada «fuente de peligro» a través de técnicas de «amputación» y «saneamiento social» (Ferrajoli, 2005, pp. 264-265). 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 como finalidad neutralizar las «fuentes de peligro». Si es esto es así, es inválido afirmar que la medida de seguridad de internación tiene como finalidad 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 asegurativo (Zaffaroni, 2006, p. 212). Por tanto, la medida de seguridad de internación 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:

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 contrastantes con el modelo normativo de derecho penal (2010a, p. 236).

Dicho esto, debemos recordar que, como se señaló en el primer capítulo, los fines preventivos especiales negativos nacieron con los planteamientos positivistas de von Liszt 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 minorías. En el caso del derecho penal, eso supone que este también esté orientado a prevenir castigos informales y arbitrarios en contra de la minoría desviada. Al ser este 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. Por este motivo 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 internación. Esto se debe a que se asume que la persona con deficiencias psicosociales 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). Esta línea de argumentación se funda en la consideración de que la dignidad humana solo le pertenecería a aquellas personas que tienen determinada capacidad para razonar, sentir y comunicarse (de Asís, 2013, p. 44; véase también Palacios & Bariffi, 2007, p. 75).

Sin embargo, como ya vimos, el modelo de identidad a través del cual se imputa la dignidad ha perdido vigencia. Debemos recordar que, para el modelo social, la idea del hombre racional que decide siempre racionalmente y sin apoyo de otros es una ficción jurídica, en realidad, la mayoría de nosotros, la mayoría del tiempo, pensamos y actuamos irracionalmente (Quinn, 2010, pp. 4-5). Por este motivo, «aquella persona completamente irracional no es menos persona» (p. 5), por lo que las personas con deficiencias psicosociales no tienen menos dignidad que una persona sin deficiencias psicosociales.

En este orden de ideas, el artículo 3 (el cual ha sido reproducido en el artículo 4 de la Ley) 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 mismas (2007, p. 74). Esto queda finalmente confirmado con el artículo 12.1 de la Convención, pues el reconocimiento como persona equivale a decir que las personas con discapacidad no pueden ser tratadas como objetos (Quinn, 2010, p. 1).

Por estos motivos, no es válido «neutralizar» a una persona con deficiencias psicosociales por el mero hecho de ser considerado una «fuente de peligro». Es más, la persona con deficiencias psicosociales no es una «fuente de peligro», sino una persona cuya dignidad impide que el Estado la trate como un objeto sacrificable. En esta línea, María 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 (2006, p. 298).

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 minorías (Velásquez, 2004, p. 123). Por el contrario, la finalidad neutralizadora sería parte de un Estado autoritario que sigue un modelo de prescindencia que permite la eliminación social de las personas con deficiencias psicosociales en aras de proteger a la mayoría.

5.1.2. La invalidez de la peligrosidad de acuerdo con los fines de la medida de seguridad de internación

Como vimos en el tercer capítulo, un sector de la doctrina considera que la peligrosidad es inválida porque no permite obtener con certeza un pronóstico de comisión de delitos. Sin embargo, nosotros consideramos que el análisis sobre la validez de la peligrosidad no depende de su certeza científica. La peligrosidad es un juicio de probabilidad y no un juicio de certeza (Ziffer, 2008, p. 186; véase también la posición de Sánchez Yllera citada por Hegglin, 2006, p. 124), puesto 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 ni seres determinados por unos cuantos criterios fácilmente identificables, por ello, afirmar que existe un método de determinación de la peligrosidad certero es defender un determinismo ideológico (Sotomayor, 1996, p. 141). Por este motivo, los métodos científicos de pronóstico 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 científico (Hegglin, 2006, p. 125; Ziffer, 2008, p. 186). 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 resultará aceptable 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.

Consideremos el siguiente ejemplo: la prisión preventiva es una medida cautelar cuya finalidad es garantizar el proceso y el cumplimiento de la futura y eventual pena (Asencio Mellado, 2009, p. 2). Así, se busca evitar que el imputado afecte el normal desarrollo del proceso (pp. 25-26). 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. 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.

En el caso de la peligrosidad como criterio de individualización de la medida de seguridad de internación, este resulta ser un concepto que obedece a los fines de neutralización. ¿Qué se debe neutralizar a través de la medida de seguridad de internación? 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 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 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 (2008, pp. 79-80).

La medida de seguridad de internación traduce la decisión del legislador de asegurar un interés aparentemente preponderante (Ziffer, 2008, p. 80). 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. Líneas arriba 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 discapacidad (Palacios, 2015, p. 15). 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 el cuarto capítulo, este modelo se ha caracterizado por eliminar y marginar a las personas con discapacidad de la dinámica social (Palacios, 2015, p. 11). En esta línea, ya no se puede decir que existe un interés social preponderante o un fin neutralizador legítimo de acuerdo con 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 internación hace innecesaria la aplicación y utilización de la peligrosidad y, por tanto, la convierte también en una medida jurídica inválida.

5.2. PROPUESTA ALTERNATIVA: LA MEDIDA DE APOYO PSICOSOCIAL EXCEPCIONAL

5.2.1. La internación en un centro de salud mental como excepción

Ya hemos visto que el Comité se ha pronunciado en reiteradas ocasiones en contra de la internación involuntaria en un centro de salud mental, debido a que transgrede el derecho a la capacidad jurídica de las personas con deficiencias psicosociales. 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. La capacidad de elegir significa no ser obligado a vivir en un lugar y bajo las reglas de terceros

(Vásquez, 2015, p. 158). En esta línea, el artículo 19 de la Convención (recogido en el artículo 11 de la Ley) 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. En 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 institución (Vásquez, 2015, p. 158). Por este motivo, el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha recomendado la sustitución de la internación 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 necesidad expresada 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 [...]» (Naciones Unidas, párrafo 89, apartado c). Esto también ha sido confirmado por el Comité, al recomendar al Estado de 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» (2014c, párrafo 29).

Es así que el modelo social de la discapacidad conlleva el abandono de políticas que favorezcan la atención en instituciones (Vásquez, 2015, p. 160). En otras palabras, la desinstitucionalización es una meta del modelo social (p. 160). 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) señalo lo siguiente: «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 esta [...]».

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 en la autonomía de las personas con deficiencias psicosociales, pues 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 por el modelo social de la discapacidad.

5.2.2. Medida de apoyo psicosocial excepcional y su triple finalidad copulativa

5.2.2.1. Finalidad preventivo general positiva/prevención de castigos informales

Como ya vimos, la persona con deficiencias psicosociales tiene derecho a decidir sobre su vida y a desarrollarse en comunidad, por lo que no puede ser obligada 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? A nuestro modo de ver las cosas, el derecho penal debe reaccionar frente a estas transgresiones de la libertad, puesto 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 derecho (Silva Sánchez, 1992, p. 231). De este modo, Muñoz Conde reconoce acertadamente que la existencia de medidas para inimputables «robustece» la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico (2004, p. 55).

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 la solución de conflictos. Estos mecanismos se manifestarían en castigos informales y arbitrarios que transgredirían los derechos fundamentales de las personas con deficiencias psicosociales (como vimos en el primer capítulo, 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, pues están fuertemente entrelazados. Por este motivo, consideramos que la primera finalidad que tiene el traslado a un centro de salud mental (lo cual 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 penal (Roxin, 2007, pp. 82-85). 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 en otros términos, la norma penal que regula la medida 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. De este modo, confirmará el sentimiento de seguridad y confianza en el ordenamiento jurídico. Y, así, evitará los castigos arbitrarios e informales. ¿Qué fin se cumplirá en la etapa de determinación y ejecución? Esta pregunta será respondida a continuación.

5.2.2.2. Finalidad de apoyo a la capacidad jurídica

A primera vista, pudiera parecer que la llamada medida de seguridad de internación debiera perseguir, durante la determinación y ejecución, fines terapéuticos. Sin embargo, hemos indicado 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 indica 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 si se quiere que la resocialización o, mucho más frecuentemente, la socialización, sea verdadero medio de integración y no tosco instrumento de control (2010, p. 26).

A nuestro entender, este nuevo fin debe ser buscado dentro del modelo social de la discapacidad. En esta línea, en el cuarto capítulo vimos que el modelo social de la discapacidad toma en cuenta que todas las personas, incluyendo las que no se encuentran en situación de discapacidad, requieren de asistencia y apoyos para el ejercicio de sus funciones (Vásquez, 2015, p. 153). Los apoyos son necesarios para disfrutar de nuestra capacidad de ejercer nuestros derechos o capacidad jurídica (Quinn, 2010, p. 12). Esto ha sido confirmado por el artículo 12.3 de la Convención. Así, los apoyos tienen por finalidad facilitar la toma de decisiones por parte de las personas en situación de discapacidad, sin abandonar el respeto de sus preferencias y voluntades (Bariffi, 2014a, p. 368).

En esta medida, el apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica de una persona con deficiencias psicosociales busca asegurar que esta pueda llegar a tomar sus propias decisiones (p. 369). Ahora bien, ¿qué sucede cuando una persona no puede transmitir su voluntad porque se encuentra en un estado de alteración o crisis? Estamos ante una de las situaciones en las que se requiere de un apoyo más intenso que en la mayoría de los casos. En el cuarto capítulo hicimos referencia a que, a partir del literal j) del preámbulo de la Convención y la doctrina especializada, es posible identificar «apoyos intensos» (Bariffi, 2014b, p. 492), llamados por Bach «estados de toma de decisiones facilitadoras» (2011, pp. 95-96). Estas medidas, si bien implican que las decisiones se tomen «por» la persona con discapacidad y no «con» la persona (Quinn, 2010, p. 16), constituyen herramientas orientadas a que las personas con deficiencias psicosociales que no pueden expresar su voluntad la puedan recuperar y expresar sus preferencias (p. 19).

En este marco, consideramos que la llamada medida de seguridad de internación se debe transformar en una «medida de apoyo psicosocial excepcional» para el ejercicio de la capacidad jurídica. Así, esta consecuencia jurídico penal ya no implicaría un servicio psiquiátrico orientado a curar a la persona y sustituir su voluntad hasta que este proceso concluya, sino que supondría una forma de asistir a la persona que se encuentra en un estado de crisis para que pueda recuperar su capacidad jurídica. Recordemos que estamos ante personas que han cometido un delito en un estado de alteración de la realidad que ha originado la situación de inimputabilidad. En otras palabras, la asistencia temporal en el centro de salud mental debe ayudar a la persona con deficiencias psicosociales a ejercer nuevamente su capacidad jurídica, del mismo modo que una prótesis ayuda a una persona con deficiencias físicas (de Asís, 2013, p. 104). En este sentido, el traslado a un centro de salud mental tiene que constituir un apoyo destinado a soporte psicosocial (Condiño Sopa, 2012, p. 206).

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); la internación deberá 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; asimismo, deberán sacrificarse los derechos de la persona en el menor grado posible (de Asís, 2013, p. 105). Estas características nos obligan a abandonar el término de medida de seguridad, que traduce un fin neutralizador, y utilizar un concepto que denote la relación de esta figura con el apoyo al ejercicio de la capacidad. Así, consideramos conveniente llamar a esta figura «medida de apoyo psicosocial excepcional».

De esta manera, y a manera de síntesis provisional, la medida de apoyo psicosocial excepcional debe tener una finalidad de prevención general positiva/prevenición 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. 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 apoyos reconocido por la Convención.

5.3. ¿CÓMO INDIVIDUALIZAR LA MEDIDA DE APOYO PSICOSOCIAL EXCEPCIONAL?

En esta investigación hemos concluido que la peligrosidad constituye un criterio inválido para determinar la llamada medida de seguridad de internación, puesto que se corresponde con el fin de neutralización. Entonces, ¿qué criterio debería utilizar el juez para individualizar la medida de apoyo psicosocial excepcional? Hemos indicado que los fines que debe cumplir la medida de apoyo psicosocial son tres: 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 ser un apoyo para el ejercicio de

la capacidad jurídica de las personas 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. La medida de apoyo psicosocial excepcional consiste en una forma de apoyo intenso a la capacidad jurídica (o de toma de decisiones facilitadoras, en palabras de Bach) a través del soporte psicosocial (Condiño Sopa, 2012, p. 206).

La medida de seguridad de internación supone la inimputabilidad, es decir, la falta de capacidad penal. En el primer capítulo 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 distintos a lo que la sociedad exige (Bustos Ramírez, 2004a, p. 162). 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, pues 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 penal (Bach, 2011, p. 58). Por este motivo, no es válido limitar la «imputabilidad» a partir de la identificación de una deficiencia psicosocial (Rodríguez & Morales, 2015). 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 individuales (de Asís, 2013, p. 170). Es por este motivo que el Comité ha manifestado su preocupación ante la frecuente homologación entre inimputabilidad y discapacidad intelectual o psicosocial (2014d, párrafo 27).

En esta línea, según lo visto en el primer capítulo, 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 neutros (Benavides López, 2003; Alianza de Organizaciones Latinoamericanas, 2014, p. 6). 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 con el 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 nos focalicemos en los rasgos individuales, sino que supone que se identifiquen y establezcan los apoyos específicos que requiere la persona (de Asís, 2010, p. 4). 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 antes, este traslado no busca sustituir la voluntad de la persona imponiéndole una «cura», sino que está orientado a permitir que ejerza 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 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 apoyo (Bariffi, 2014b, p. 480). Solo así se podrá establecer de manera correcta la necesidad de un apoyo intenso.

Esto implica que, en los supuestos en los que la persona no requiera de un apoyo intenso, debido a que la crisis sea 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 internación 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 internación. Sin embargo, es importante resaltar la necesidad de realizar nuevas investigaciones sobre este tema en particular.

5.4. CONSECUENCIAS DE LA PROPUESTA Y SALVAGUARDIAS 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 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 apoyos (Villareal López, 2014, p. 163). Se busca evitar que el apoyo se transforme en una medida de carácter sustitutorio permanente que anule la capacidad jurídica de las personas con discapacidad —especialmente en el caso de las personas con deficiencias intelectuales y psicosociales— (p. 163). 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 aplicarse (Villareal López, 2014, p. 164). Es claro que estas medidas están pensadas especialmente para ser aplicadas en los apoyos intensos (p. 165). 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”» (2010, p. 14). Por estos motivos, la llamada medida de seguridad de internación debe implicar la aplicación de las salvaguardias necesarias.

Ahora bien, hemos reconocido que la medida de apoyo psicosocial excepcional implica una intervención en la capacidad jurídica. Sin embargo, esta intervención no es discriminatoria, ya 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, la primera salvaguardia debe implicar que el traslado a un centro de salud mental esté siempre orientado a promover y permitir que la persona exprese su capacidad jurídica. Además, bajo ningún supuesto se deben generar efectos más allá de los necesarios para asegurar este fin (Bariffi, 2014b, p. 498). Así, conforme al derecho a la dignidad, a la capacidad jurídica y al derecho a vivir en comunidad, está prohibida la detención permanente, así como también lo está 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, separarla de la familia y la comunidad, entre otras prácticas (Naciones Unidas, 2013, párrafo 70). 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 responsables por el traslado a un centro de salud mental no tengan un conflicto de intereses. Las últimas dos salvaguardias son especialmente relevantes para un apoyo

tan intenso como el traslado a un centro de salud mental (Villareal López, 2014, p. 165). Así, como indicamos, la medida de apoyo psicosocial excepcional debe aplicarse por el plazo más corto de tiempo posible y debe 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 esta salvaguardia, es necesario que la medida de apoyo psicosocial excepcional esté sujeta a exámenes periódicos por una autoridad judicial competente, independiente e imparcial (por lo que no podrá ser el mismo juez que ordenó dicha medida). Tal como indicamos en el primer capítulo, 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, pues no es materia de la presente investigación.

Finalmente, debemos indicar que las salvaguardias antes mencionadas no son las únicas consecuencias de nuestra postura. Es indispensable señalar que, de adoptarse nuestra propuesta, sería necesario realizar dos cambios adicionales e importantes. En primer lugar, se tendría que eliminar toda referencia a la peligrosidad como sustento y/o criterio de individualización. Y, en segundo lugar, tal como se dijo antes, se tendría que actualizar los fines de estas consecuencias jurídicas del delito y el propio concepto de medida de seguridad.

CONCLUSIONES

1. Existen tres modelos o paradigmas de la discapacidad. El modelo de la prescindencia, según el cual las personas con deficiencias (individuos cuyo cuerpo o mente no funcionan de igual manera que los de 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 anomalía, lo cual 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. El modelo de prescindencia y el rehabilitador se asemejan en la medida en 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 de la mayoría y cuyo desarrollo de la capacidad de pensar y de gestionar aspectos sociales y emotivos es diferente. Ante esto, las personas con discapacidad inician un proceso que se sintetiza en el modelo social de la discapacidad. Este paradigma comienza 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 instrumento 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 con

las obligaciones fijadas en esta Convención, el Perú promulgó la ley 29973 en diciembre de 2012, norma titulada «Ley General de la Persona con Discapacidad». La Convención es un tratado de derechos humanos, de manera que de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Expediente 0047-2004-AI/TC y Expediente 2798-2004-HC/TC), así como con el artículo 3 y 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 dicha norma constitucional. Evidentemente, esto incluye a las normas penales.

3. La medida de seguridad de internación 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 de la realidad distintos a los que la sociedad exige. En este contexto, algunas deficiencias psicosociales provocan que la persona se guíe por una comprensión de la realidad distinta a la exigida por el estándar normativo. Por este motivo, es frecuente que quienes son catalogados como inimputables sean personas con deficiencias psicosociales, dado 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 internación, 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 internación nació, junto con la peligrosidad, entre fines del siglo XIX e inicios del siglo XX. El surgimiento de esta figura penal estuvo relacionado con la crisis del derecho penal clásico y el surgimiento de la escuela positivista. Esta última recurrió a los «avances» de la medicina y la psiquiatría para neutralizar a aquellas personas que no eran consideradas aptas para vivir en sociedad por su supuesta condición de peligrosos. En este sentido, la llamada

«temibilità» 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 Stoops 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 internación determinada por la peligrosidad. Con el pasar del tiempo, la doctrina criticó fuertemente al sistema dualista original, debido a que excluía de una serie de principios del derecho penal a las medidas de seguridad. Como respuesta a esta situación, surgió 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 internación. 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 internación 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 este 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 las personas con deficiencias psicosociales (que también son derechos fundamentales, puesto 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 están en peligro o que son 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, sostienen que la medida de seguridad de internación 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, la internación tendrá un fin exclusivamente neutralizador o asegurativo. Así, Jakobs señala que la medida de seguridad priva al inimputable de sus derechos para neutralizarlo, pues es considerado 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, debido a 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 aun, la discapacidad sería una anomalía causante de las desgracias de la persona. Así, la medicina tendría 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, el cual reconoce que la persona con discapacidad tiene 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 está 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 que debe ser tratada 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 tratarla 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 invalida al fin neutralizador.

10. El traslado involuntario a un centro de salud mental es una excepción y restricción a los derechos de las 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 internación es una consecuencia jurídica penal. ¿Cuáles son sus finalidades? Proponemos un modelo de fines de la medida de seguridad de internación 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 internación 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 internación está orientada a un fin de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica: el traslado a un centro de salud mental pretende ser un mecanismo que permita 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 busque curar la enfermedad mental a través de la sustitución de la voluntad, sino un mecanismo que estaría dirigido a brindarle asistencia a la persona para que pueda tomar decisiones con la mayor autonomía posible. Sobre la base de lo dicho anteriormente, hemos decidido llamar a la medida de seguridad de internación de otro modo: «medida de apoyo psicosocial excepcional».

11. Ahora bien, ¿qué es la peligrosidad? 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 utilizan 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 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. 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 peligrosos por la sociedad. 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 para 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 inválido. Ante ello, proponemos cambiar la peligrosidad por un criterio de individualización que se corresponda con los fines propuestos anteriormente. 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 las 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 Estados 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 apoyo psicosocial excepcional, debe evaluar la situación en que se encuentra la persona con deficiencias psicosociales e identificar la necesidad de un apoyo intenso en el ejercicio de su capacidad jurídica. Este apoyo consistirá en el traslado a un centro de salud mental.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y ARTÍCULOS

- Andrés-Pueyo, Antonio (2007). *Evaluación del riesgo de violencia*. Madrid: CEJ.
- Andrés-Pueyo, Antonio (2013). Peligrosidad criminal: Análisis crítico de un concepto polisémico. En Eduardo Demetrio Crespo (dir.), *Derecho penal y neurociencias* (pp. 482-504). Madrid: EDISOFER.
- Andrés-Pueyo, Antonio & Enrique Echeburúa (2010). Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación. *Psicothema*, 22(3), 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 1 de setiembre de 2015.
- Andrés-Pueyo, Antonio & Santiago Redondo Illescas (2007). Predicción de la violencia: Entre la peligrosidad y la valoración del riesgo. *Papeles del Psicólogo*, 28(3), 157-173. Disponible en <http://www.papelesdelpsicologo.es/vernumero.asp?id=1500>. Revisado el 8 de setiembre de 2014.
- Arbach, Karin & Antonio Andrés-Pueyo (2007). Valoración del riesgo de violencia en enfermos mental con el HCR-20. *Papeles del Psicólogo*, 28(3), 174-186. Disponible en <http://www.papelesdelpsicologo.es/pdf/1501.pdf>. Revisado el 13 de julio de 2015.
- Argango Durling, Virginia (1999). Las medidas de seguridad en los códigos penales de España y Panamá. En José Antonio Cancino (ed.), *El derecho penal español de fin de siglo y el derecho penal latinoamericano. Estudios en homenaje a Enrique Bacigalupo* (pp. 105-118). Santa Fe de Bogotá: Ibáñez.
- Asencio Mellado, José María (2009). La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú. Lima: INCIPP. Disponible en <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/regulacionprisionpreventiva.pdf>. Revisado el 11 de octubre de 2015.
- Bach, Michael (2011). 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 Francisco

- Bariffi y Agustina Palacios (coords.), *Capacidad jurídica, discapacidad, y derechos humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (pp. 55-107). Buenos Aires: Ediar.
- Bachof, Otto (1985). *Jueces y Constitución*. Madrid: Civitas.
- Bariffi, Francisco (2014a). *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. Madrid: CERMI.
- Bariffi, Francisco (2014b). *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 doctoral. Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Disponible en <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/18991>. Revisado el 10 de octubre de 2015.
- Basaglia, Franco (1979). La institucionalización psiquiátrica de la violencia. En Armando Suárez (coord.), *Razón, locura y sociedad* (pp. 15-34). México DF: Siglo XXI.
- Becker, Howard (2012). *Outsiders*. México DF: Siglo XXI.
- Benavides López, Álvaro (2003). *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 doctoral. Universidad Carlos III de Madrid, Facultad de Derecho. Disponible en <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/18264>. Revisado el 9 de mayo de 2016.
- Bustos Ramírez, Juan (1984). *Manual de derecho penal español. Parte general*. Barcelona: Ariel.
- Bustos Ramírez, Juan (2004a). La imputabilidad en un Estado de Derecho. En *Obras Completas*, volumen 1 (pp. 145-169). Lima: ARA.
- Bustos Ramírez, Juan (2004b). Las medidas de seguridad. En *Obras completas*, volumen 1 (pp. 721-732). Lima: ARA.
- Carrara, Francesco (1956). *Programa de derecho criminal. Parte general. Volumen I*. Bogotá: Temis.
- Condiño Sopa, José (2012). Un modelo de apoyos a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. En Gloria Álvarez Ramírez y Rafael de Lorenzo García (coords.), *Derecho y discapacidad. In memoriam José Soto García-Camacho* (pp. 201-211). Madrid: CERMI.
- Cuenca Gómez, Patricia (2010). La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del art. 12. De la CIDPD en el Ordenamiento jurídico español. Ponencia presentada en el 1 Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos en Buenos Aires, 10 y 11 de junio. Disponible en http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/626/Pon_CuencaGomezP_IgualdadCapacidadJuridica_2010.pdf?sequence=1. Revisado el 10 de octubre de 2015.
- Darby, Derrick (2009). *Rights, Race and Recognition*. Cambridge: Cambridge University Press. Citado en Bach (2011).
- De Asís, Rafael (2009). Sobre la capacidad. En *Papeles el tiempo de los derechos*, 4. Disponible en http://www.tiempodelosderechos.es/biblioteca/doc_download/5-sobre-la-capacidad.html. Revisado el 10 de octubre de 2015.
- De Asís, Rafael (2010). Sobre el derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. *Papeles el Tiempo de los derechos*, 4. Disponible en http://www.tiempodelosderechos.es/biblioteca/doc_download/13-sobre-el-derecho-a-la-promocion-de-la-autonomia-personal-y-atencion-a-las-personas-en-situacion-.html. Revisado el 10 de octubre de 2015.
- De Asís, Rafael (2013). *Sobre la discapacidad y derechos humanos*. Madrid: Dykinson.
- Del Águila, Luis Miguel (2007). *El concepto de discapacidad y su importancia filosófica*. Tesis de licenciatura. Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Letras y Ciencias Humanas. Disponible en <http://tesis.pucp.edu.pe>. Revisado el 26 de marzo de 2014.
- Del Águila, Luis Miguel (2015). La autonomía de las personas con discapacidad como principio rector. En Elizabeth Salmón y Renata Bregaglio (eds.), *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (pp. 51-72). Lima: IDEHPUCP,.
- Falcón y Tella, María José & Fernando Falcón y Tella (2005). *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*. Madrid: Marcial Pons.
- Feijoo, Bernardo (2007). *Retribución y prevención general*. Buenos Aires: BdeF.
- Feijoo, Bernardo (2013). Culpabilidad jurídico penal y neurociencias. En Eduardo Demetrio Crespo (dir.), *Derecho penal y neurociencias* (pp. 269-298). Madrid: EDISOFER.

- Ferrajoli, Luigi (2005). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, Luigi (2006a). El paradigma del derecho penal mínimo. En Juan Oberto Sotomayor (coord.), *Garantismo y derecho penal* (pp. 59-64). Bogotá: Temis.
- Ferrajoli, Luigi (2006b). Garantías y derecho penal. En Juan Oberto Sotomayor (coord.), *Garantismo y derecho penal* (pp. 3-12). Bogotá: Temis.
- Ferrajoli, Luigi (2009). Pasado y futuro del Estado de Derecho. En Miguel Carbonell (coord.), *Neoconstitucionalismos* (pp. 187-204). Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, Luigi (2010a). El «derecho penal del enemigo» y la disolución del derecho penal. En *Democracia y garantismo*, edición de Miguel Carbonell (pp. 234-250). Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, Luigi (2010b). Jurisdicción y democracia. En *Democracia y garantismo*, edición de Miguel Carbonell (pp. 208-219). Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, Luigi (2010c). La esfera de lo indecible y la división de poderes. En *Democracia y garantismo*, edición de Miguel Carbonell (pp. 102-109). Madrid: Trotta.
- Ferreirós Marcos, Carlos-Eloy (2007). *Salud mental y derechos humanos: la cuestión del tratamiento ambulatorio involuntario*. Madrid: CERMI.
- Ferri, Enrico (1933). *Principios de derecho criminal*. Madrid: Reus.
- Feuerbach, Paul Johann Anselm von (1989). *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Figuerola Estremadoyro, Hernán (1975). *Código Penal comentado y concordado*. Lima: Inkari.
- Foucault, Michel (2010). *Vigilar y castigar*. México DF: Siglo XXI.
- Foucault, Michel (2011). *Los anormales*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Freund, Georg (2014). 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 Jon-M. Landa (ed.), *Delincuentes peligrosos* (pp. 25-48). Madrid: Trotta.
- Frisch, Wolfgang (2007). Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del derecho penal. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 3, 1-52. Disponible en http://www.indret.com/pdf/450_es.pdf. Revisado el 20 de enero de 2014.
- García Cavero, Percy (2012). *Derecho penal. Parte general*. Lima: Jurista Editores.
- García Pablós, Antonio (2005). *Introducción al derecho penal*. Madrid: Ramón Areces.
- García Rivas, Nicolás (2013). La libertad vigilada y el derecho penal de peligrosidad. En Eduardo Demetrio Crespo (dir.), *Derecho penal y neurociencias* (pp. 601-628). Madrid: EDISOFER.
- Garofalo, Raffaele (1890). *La criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*. Madrid: La España Moderna.
- Goffman, Erving (2001). *Los internados*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Gracia Martín, Luis (2004). Las medidas de seguridad y reinserción social. En Luis Gracia Martín (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* (pp. 385-430). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Guastini, Riccardo (2009). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En Miguel Carbonell (coord.), *Neoconstitucionalismos* (pp.49-73). Madrid: Trotta.
- Hassemer, Winfried (1999). ¿Por qué y con qué fin se aplican las penas? En *Persona, mundo y responsabilidad* (pp. 105-122). Bogotá: Temis.
- Hassemer, Winfried & Francisco Muñoz Conde (2012). *Introducción a la criminología y a la política criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich (1968). *Filosofía del derecho*. Buenos Aires: Claridad.
- Hegglin, María Florencia (2006). *Los enfermos mentales en el derecho penal. Contradicciones y falencias del sistema de medidas de seguridad*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Hurtado Pozo, José (1929). *La ley importada*. Lima: Cedy.
- Hurtado Pozo, José & Víctor Prado Saldarriaga (2011). *Manual de derecho penal. Parte general*. Tomo 2. Lima: IDEMSA.
- Jakobs, Günther (1997). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons.
- Jakobs, Günther (2003). ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o configuración de la norma? En Eduardo Montealegre Lynett (coord.), *Libro en homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en derecho penal* (pp. 39-56). Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

- Jakobs, Günther (2005). *El fundamento del sistema jurídico penal*. Lima: ARA.
- Jakobs, Günther (2009). Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de medida de seguridad complementaria a la pena. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 1, 1-16. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/601.pdf>. Revisado el 23 de julio de 2015.
- Jescheck, Hans-Heinrich & Thomas Weigend (2002). *Tratado de derecho penal. Parte general*. Granada: Comares.
- Jiménez Sandoval, Rodrigo (2008). *Derecho y discapacidad*. San José: Fundación Justicia y Género.
- Leal Medina, Julio (1999). *La problemática existente para la aplicación de las medidas de seguridad*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho. Disponible en <http://eprints.ucm.es/tesis/19972000/S/0/S0036101.pdf>. Revisado el 15 de marzo de 2014.
- Luzón Peña, Diego-Manuel (2004). *Curso de derecho penal. Parte general I*. Madrid: Universitas.
- Martínez Garay, Lucía (2014). La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2. Disponible en <http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1739&pdf=1043.pdf>. Revisado el 10 de junio de 2015.
- Maurach, Reinhart (1995). *Derecho penal. Parte general 2*. Buenos Aires: Astrea.
- Meini, Iván (2013). La pena: función y presupuestos. *Derecho PUCP*, 71, pp. 141-167.
- Meini, Iván (2014). *Lecciones de derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Mir Puig, Santiago (2011). *Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Reppertor.
- Montealegre Lynett, Eduardo (2003). Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs. En Eduardo Montealegre Lynett (coord.), *Libro en homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en derecho penal* (pp. 21-36). Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.
- Muñoz Conde, Francisco (2004). Penas y medidas de seguridad. Monismo versus dualismo. En *Derecho penal y control social* (pp. 39-82). Bogotá: Temis.
- Muñoz Conde, Francisco & Mercedes García Arán (2007). *Derecho penal. Parte general*. Séptima Edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz, Manuel & otros (2009). *Estigma y enfermedad mental. Análisis del rechazo social que sufren las personas con enfermedad mental*. Madrid: Editorial Complutense.
- Oré Sosa, Eduardo & Walter Palomino Ramírez (2014). *Peligrosidad criminal y sistema penal en el sistema penal en el Estado social y democrático de Derecho*. Lima: Reforma.
- Palacios, Agustina (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: CINCA.
- Palacios, Agustina (2015). Una introducción al modelo social de discapacidad y su reflejo en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En Elizabeth Salmón y Renata Bregaglio (eds.), *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad* (pp. 9-34). Lima: IDEHPUCP.
- Palacios, Agustina & Francisco Bariffi (2007). *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*. Madrid: CINCA.
- Pavarini, Massimo (2008). *Control y dominación*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Pileño Martínez, María Elena & otros (2003). El enfermo mental. Historia y cuidados desde la época medieval. *Cultura de los Cuidados. Revista de Enfermería y Humanidades*, 7(13), 29-35.
- Prado Saldarriaga, Víctor (2009). Proceso penal y medidas de internación. En *Nuevo proceso penal. Reforma y política criminal* (pp. 29-70). Lima: IDEMSA.
- Prieto Sanchis, Luis (2009). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En Miguel Carbonell (coord.), *Neoconstitucionalismos* (pp. 123-158). Madrid: Trotta.
- Quinn, Gerard (2010). Personhood & legal capacity. Perspectives on the paradigm shift of article 12 CRPD. Ponencia presentada en la HPOD Conference, Harvard Law School, 20 de febrero. Disponible en <http://www.nuigalway.ie/cdlp/documents/publications/Harvard%20Legal%20Capacity%20gq%20draft%202.doc>. Revisado el 30 de mayo de 2013.
- Quinn, Gerard & Theresia Degener (2002). *Derechos humanos y discapacidad*. Nueva York: Naciones Unidas.

- Quintero Olivares, Gonzalo (2010). *Parte general de derecho penal*. Navarra: Aranzadi.
- Ragués i Vallès, Ramón (1999). *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch.
- Rodríguez, Julio & Pamela Morales (2015). Penas para personas con discapacidad intelectual: un análisis desde el modelo social de la discapacidad. En Patricia Urteaga y Aaron Verona (eds.), *Anuario de Investigación Jurídica 2013-2014* (pp. 425-461). Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) del Departamento de Derecho de la PUCP.
- Roxin, Claus (1993). Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad. En Julio Maier (comp.), *Determinación judicial de la pena* (pp. 15-52). Buenos Aires: Editores Del Puerto.
- Roxin, Claus (1997). *Derecho penal. Parte general*. Tomo 1. Madrid: Civitas.
- Roxin, Claus (2007). Cambios de la teoría de los fines de la pena. En *Teoría del delito* (pp. 70-88). Lima; Grijley.
- San Martín Castro, César (1997). Proceso penal, anomalía síquica grave y delito. En *Consecuencias jurídicas del delito: ponencias* (pp. 13-46). Lima: II Congreso Internacional de Derecho Penal-PUCP.
- Sánchez Velarde, Pablo (2009). *El nuevo proceso penal*. Lima: IDEMSA.
- Silva Sánchez, Jesús María (1992). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch.
- Silva Sánchez, Jesús María (2003). ¿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* (pp. 99-134). Buenos Aires: Hammurabi.
- Sotomayor, Juan Oberto (1996). *Inimputabilidad y sistema penal*. Bogotá: Temis.
- Stratenwerth, Günter (2000). *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*. Navarra: Aranzadi.
- Stucchi Portocarrero, Santiago (2012). *Loquerías, manicomios y hospitales psiquiátricos de Lima*. Lima: Universidad Peruana Cayetano Heredia.
- Terradillos Basoco, Juan (2010). *Sistema penal y Estado de Derecho*. Lima: ARA.
- Terradillos Basoco, Juan (1981). *Peligrosidad social y Estado de Derecho*. Madrid: Akal.
- Terradillos Basoco, Juan & Borja Mapelli Caffarena (1996). *Las consecuencias jurídicas del delito*. Tercera edición. Madrid: Civitas.
- Vásquez, Alberto (2015). La vida en comunidad. En Elizabeth Salmón y Renata Bregaglio (eds.), *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (pp. 147-164). Lima: IDEHPUCP.
- Velásquez, Fernando (2004). *Manual de derecho penal. Parte general*. Bogotá: Temis.
- Villareal López, Carla (2014). 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 de maestría. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Villavicencio, Felipe (2014). *Derecho penal. Parte general*. Lima: Grijley.
- Von Liszt, Franz ([1882] 1995). *La idea del fin del derecho penal. Programa de la Universidad de Marburgo, 1882*. Granada: Comares.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006). El enemigo en el derecho penal. Bogotá: Ibáñez.
- Zagrebelsky, Gustavo (2011). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.
- Ziffer, Patricia (2008). *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Zugaldía Espinar, José Miguel (1993). *Fundamentos de derecho penal. Parte general. Las teorías de la pena y de la ley penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

JURISPRUDENCIA, LEGISLACIÓN Y DOCUMENTOS

- Alianza de Organizaciones Latinoamericanas (2014). Aportes a la elaboración de la Observación general sobre el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Lima. Disponible en: www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/CELSArt12_sp.doc. Revisado el 13 de mayo de 2014.

Comité de los derechos de las personas con discapacidad (2013). Observaciones finales sobre el informe inicial de Australia, aprobadas por el Comité en su décimo periodo de sesiones (2 a 13 de setiembre de 2013). CRPD/C/AUS/CO/1.

Comité de los derechos de las personas con discapacidad (2014a). Observaciones finales sobre el informe inicial de Bélgica. CRPD/C/BEL/CO/1.

Comité de los derechos de las personas con discapacidad (2014b). Observaciones finales sobre el informe inicial de Dinamarca. CRPD/C/DNK/CO/1.

Comité de los derechos de las personas con discapacidad (2014c). Observaciones finales sobre el informe inicial del Ecuador. CRPD/C/ECU/CO/1.

Comité de los derechos de las personas con discapacidad (2014d). Observaciones finales sobre el informe inicial de México. CRPD/C/MEX/CO/1.

Comité de los derechos de las personas con discapacidad (2014e). Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley. CRPD/C/11/4.

Congreso de la República del Perú (2012). *Ley General de la Persona con Discapacidad. Ley 29973. Diario Oficial El Peruano*, 24 de diciembre.

Corte IDH (2005). Caso Fermín Ramírez vs Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C 126.

Corte IDH (2006). Caso Ximenes Lopes vs Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C 149.

Corte Suprema (2005). Recurso de Nulidad 00104-2005. Ejecutoria Suprema emitida el 16 de marzo de 2005 por la Sala Penal Transitoria.

Corte Suprema (2010). Recurso de Nulidad 2375-2009. Ejecutoria suprema emitida el 26 de enero de 2010 por la Sala Penal Transitoria.

Corte Suprema (2011). Expediente 26-09-SPN. Sentencia emitida el 7 de octubre de 2011 por la Sala Penal Nacional.

Corte Suprema (2015a). Recurso de Nulidad 03608-2014. Ejecutoria Suprema emitida el 27 de marzo de 2015 por la Sala Penal Transitoria.

Corte Suprema (2015b). Recurso de Nulidad 01228-2014. Ejecutoria suprema emitida el 4 de mayo de 2015 por la Sala Penal Transitoria.

Naciones Unidas (2013). Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez. A/HRC/22/53.

National Mental Health Consumer & Carer Forum (2011). *Unravelling Psychosocial Disability. A Position Statement by the National Mental Health Consumer & Carer Forum on Psychosocial Disability Associated with Mental Health Conditions*. Canberra: NMHCCF. Disponible en: http://nmhccf.org.au/sites/default/files/docs/nmhccf_psychosocial_disability_booklet_web_version_27oct11.pdf. Revisado el 13 de mayo de 2014.

Presidencia del Poder Judicial (2011). Circular sobre la determinación y duración de la medida de seguridad de internación. Resolución Administrativa 336-2011-P-PJ emitida el 20 de setiembre del 2011.

Tribunal Constitucional (2004). Expediente 2798-2004-HC/TC. Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 9 de diciembre de 2004.

Tribunal Constitucional (2006). Expediente 0047-2004-AI/TC. Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 24 de abril de 2006.

Tribunal Constitucional (2008). Expediente 0005-2007-PI/TC. Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 26 de agosto de 2008.

Tribunal Constitucional (2010). Expediente 0346-2008-PHC/TC. Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 26 de agosto de 2010.

