

# ¿DERECHO PENAL SIN CULPABILIDAD? ALTERNATIVAS A LA MEDIDA DE SEGURIDAD DE INTERNACIÓN

*Julio Rodríguez Vásquez*  
Departamento Académico de Derecho, PUCP\*

Categoría egresados

El presente artículo versa sobre la medida de seguridad de internación aplicable a personas con discapacidad psicosocial y sobre las medidas alternativas que se proponen como sustitutas de aquellas. En este trabajo se retomarán las críticas planteadas a la medida de seguridad de internación en un trabajo anterior (Rodríguez, 2016). De igual manera, se propondrán medidas alternativas a dicha consecuencia jurídico-penal y se analizará si las figuras planteadas deben estar ubicadas dentro del derecho penal. Para ello se estudiarán los dos paradigmas imperantes sobre lo que constituye la esencia o núcleo del derecho penal, la regulación de la medida de seguridad de internación y las características del modelo social de la discapacidad asumido por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

## I. Introducción

A fines del siglo XIX surgieron dos modelos de respuesta unitaria del derecho penal, los cuales implicaron una reforma del sistema penal orientado a la retribución. Por un lado, von Liszt propuso, a través del Programa de Marburgo de 1882, un sistema único de penas dirigido a la protección de bienes jurídicos por medio de la prevención especial de los delitos (von Liszt, 1882/1995, pp. 62-68). Bajo este esquema, las penas deberían corregir al delincuente necesitado de corrección, intimidar al delincuente ocasional e inocular al delincuente incorregible (von Liszt, 1882/1995, pp. 62-68). Por su parte, los partidarios de la escuela positivista italiana también consideraban que el derecho penal debería estar orientado a la neutralización o curación del delincuente. Sin embargo, autores como Ferri indicaban que eso debía darse a través de medidas delimitadas no por la culpabilidad sino por la peligrosidad del sujeto (Ferri, 1928/1933, p. 50); estas podían ser medidas positivas, cuando implicaban la asistencia y la curación del infractor, o negativas, cuando significaban la eliminación o aseguramiento del delincuente (Ferri, 1928/1933, p. 12). Así, el derecho penal utilizaría estas medidas para intervenir tanto en personas con peligrosidad social (individuos cuya «anormalidad físico-psíquica» los hacía inadaptados para vivir en libertad) como en personas con peligrosidad criminal (individuos que cometían un delito y que presentaban probabilidad de reincidencia) (Ferri, 1928/1933, pp. 272-276).

\* Docente del Departamento Académico de Derecho de la PUCP. Es máster en Criminología y Ejecución Penal por la Universidad Pompeu Fabra, investigador del Grupo Interdisciplinario de Investigación en Discapacidad (GRIDIS), y abogado por la PUCP. El autor agradece al GRIDIS por sus valiosos comentarios y sugerencias.

Pese a la fuerza de estos postulados, fue el diseño de doble vía el que se instauró como modelo vigente en la mayor parte de Europa y, posteriormente, en Latinoamérica. El diseño original de este modelo es adjudicado a Carl Stoops y al anteproyecto del Código Penal suizo de 1893, documento que significó la imposición del modelo de doble vía (Rodríguez, 2016). Este modelo fue importado al Perú por Víctor Maurtua desde Suiza y se expresó en el Código Penal de 1924 (Hurtado Pozo y Prado, 2011, p. 22). El artículo 89 de dicho cuerpo legal reguló, por primera vez en nuestro país, la medida de internación en hospitales u hospicios para «delinquentes irresponsables» (Figueroa, 1975, p. 18). Esta medida, luego de más de cien años, se mantiene viva en nuestra legislación penal. Así, el Código Penal peruano vigente incluye, junto con el sistema de «culpabilidad» o de penas, un «sistema de peligrosidad» reservado para personas que cometen el hecho delictivo en una situación de inimputabilidad.

Como recordaremos más adelante, en una oportunidad anterior hemos criticado la legitimidad y validez jurídica de los argumentos que supuestamente justifican la medida de seguridad y el modelo de peligrosidad (Rodríguez, 2016). Los límites temporales y de espacio del trabajo antes citado nos impidieron responder plenamente a la pregunta de cuál debe ser la respuesta jurídica. Tampoco pudimos explicar si esta respuesta debe mantenerse en los márgenes del derecho penal. Frente a estos problemas jurídicos, el presente trabajo tiene el objetivo de caracterizar las medidas jurídicas aplicables ante la comisión de un hecho delictivo por parte de una persona en situación de inimputabilidad derivada de una deficiencia psicossocial, y detallar la naturaleza de las mismas.

## **2. Retribución vs. prevención: núcleo y espacios de juego en derecho penal**

Antes de caracterizar las medidas alternativas que proponemos como sustitutas de la medida de seguridad de internamiento, es preciso preguntarnos por los elementos o factores que nos permiten decir que nos encontramos ante una figura jurídico-penal. La respuesta a esa pregunta nos traslada a la determinación del «núcleo» o la esencia del derecho penal, lo que a su vez nos remite al estudio de sus fines, también conocidos como modelos punitivos (Cid, 2009a, p. 28). De este modo, se debe recordar que el derecho penal, desde su nacimiento, se encuentra ubicado en el centro del debate entre los postulados moralistas, o kantianos, y los postulados utilitaristas (Nino, 2003, pp. 429-430). Ambos bandos justificaban el derecho penal con argumentos aparentemente antagónicos, argumentos desde los que se puede sostener dos núcleos distintos del derecho penal: la «censura» o «reproche» por el delito cometido, o la «prevención» de delitos que se podrían cometer en el futuro.

### **2.1. Derecho penal como censura por el delito.**

#### **2.1.1. Retribucionismo clásico: Kant y Hegel.**

Los defensores clásicos más conocidos de este modelo son Kant y Hegel. De acuerdo con Kant (1797/2005), la coacción estatal sobre una persona está justificada en la medida en que esta haya utilizado su libertad para obstaculizar el derecho y, con él, la libertad de arbitrio de las personas que conviven en la sociedad (pp. 39-40).

En esta perspectiva, el delito presupone el uso de la libertad y, por tanto, el «libre albedrío». Así, la pena debería reconocer a la persona como ser moral que actúa libremente y que, por lo tanto, merece ser tratada como tal y no como un objeto. Kant (1797/2005) afirmó que la pena no debe «servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el

delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele solo porque ha delinquido» (p. 166).

Por su parte, Hegel (1821/1968) indicó que el castigo es la «superación» del delito, en la medida en que es «la vulneración de la vulneración» (p. 109). En palabras de Jakobs (2005), la concepción hegeliana del delito conlleva a concebirlo como un juicio disparatado que se opone al ordenamiento jurídico, frente al cual el derecho responde con la sanción como mecanismo que niega el juicio emitido por dicho comportamiento y, en esta medida, reivindica el ordenamiento jurídico (pp. 40-43). Hegel señaló 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». (Hegel, 1821/1968, p. 109)

En síntesis, Hegel legitimó la coacción contra un comportamiento delictivo en la medida en que el primero es una segunda coacción que neutraliza la primera (Jakobs, 2009, p. 7). Así, Hegel y Kant compartían la visión de que el delito honra al delincuente como un ser racional (Jakobs, 2009, p. 7).

### **2.1.2. Neorretribucionismo: just deserts y funcionalismo normativista.**

Pese a la importancia filosófica de Kant y Hegel, estas teorías fueron minoritarias en los discursos justificantes del derecho penal. Por el contrario, las teorías preventivas, de la mano de la prisión como mecanismo de normalización, se constituyeron como mayoritarias desde los inicios de la modernidad, fenómeno asociado al positivismo criminológico de inicios del siglo XX y a la aparición del Estado social de derecho.

Sin embargo, durante la década de 1970 se realizaron diversas críticas morales y cuestionamientos empíricos a las teorías preventivas, especialmente al modelo rehabilitador (Ward y Maruna, 2007), lo que ocasionó e impulsó el resurgimiento de teorías neorretribucionistas o neoproporcionalistas (Feijoo, 2007, p. 5). Estas teorías son conocidas en el ámbito penológico anglosajón como *just deserts* y también consideran que el centro o núcleo del derecho penal se encuentra en el reproche o negación del delito, sin que ello impida que los fines preventivos cumplan un rol secundario o accesorio.

Uno de los principales defensores de estas ideas es von Hirsch. Este autor entiende que el delito es un daño cometido por alguien responsable, dado que este comportamiento prohibido reduce o afecta los medios y capacidades para que la víctima alcance un estándar de vida objetivo (von Hirsch, 1998, p. 63). Frente a ello, la pena también supone el sufrimiento del delincuente y se justifica porque es una vía para expresar censura y desaprobación por el comportamiento dañoso representado en el delito (von Hirsch, 1998, pp. 34-35).

En esta línea, von Hirsch (1998) señala que el mensaje de censura es relevante porque se dirige a tres actores: en primer lugar, se dirige al delincuente, tomándolo como ser responsable capaz de tomar conocimiento del daño causado y de ser disuadido de delinquir (p. 36); en segundo lugar, la censura se dirige a la víctima, reconociendo el daño ocasionado en su contra y que el sufrimiento padecido no es un accidente o producto de su propia responsabilidad, sino que hay un tercero responsable por dicha afectación (von Hirsch, 1998, p. 36); finalmente, la censura se dirige a la comunidad, a quien se le comunica del daño del acto delictivo y a la que, por lo tanto, se le disuade de cometer dicho comportamiento (von Hirsch, 1998, pp. 36-38).

En la línea antes trazada, von Hirsch (1998) admite que la pena tiene una finalidad social; sin embargo, la considera subordinada al fin retributivo (pp. 39-40). Y es que, de acuerdo con este autor, la primacía de los fines preventivos llevaría a un castigo sin límites que trataría al delincuente como un «tigre de circo» (von Hirsch, 1998, pp. 40-45).

Otro reconocido autor asociado al neorretribucionismo es Jakobs. La teoría esbozada por este autor parte de la idea de que la sociedad no está formada por individuos sino por la comunicación entre ellos (Jakobs, 2003, p. 54). En sociedades complejas como las actuales, dicha comunicación no se basa en relaciones de mutuo conocimiento sino en relaciones anónimas. De este modo, para que la sociedad se mantenga es necesario que el comportamiento social sea guiado por medio de normas que nos indiquen cómo se debe actuar frente al otro y qué se debe esperar de él (Montealegre, 2003, p. 54). Dicho con otras palabras, para Jakobs la norma es el vehículo que permite y posibilita la convivencia social.

En el contexto antes definido, al derecho penal le interesa el delito no porque es una afectación a bienes jurídicos, ya que este suceso ocurre de manera anterior a su intervención (Jakobs, 1997, p. 12). Al derecho penal le preocupa el delito porque este envía un mensaje a la sociedad de que la norma que orienta el comportamiento social es inválida (Jakobs, 1997, pp. 12-13). En otras palabras, el delito sería un mensaje que defrauda o desautoriza la norma. Esta desautorización pone en cuestionamiento a la sociedad, ya que plantea que la norma de convivencia social no es válida. Así, la pena se justifica porque restablece la vigencia de la norma y con ello reinstaura la convivencia social. La pena es, entonces, un mensaje que comunica que el primer mensaje transmitido por el delincuente —el delito— es inválido y que, por lo tanto, la norma mantiene su validez como orientadora social (Jakobs, 1997, p. 14). En palabras de Jakobs (1997), la finalidad que justifica la pena es la siguiente:

[La] Misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. [El] Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor; frente al cuestionamiento de la norma. (p. 14)

De esta forma, Jakobs construye una teoría en la que integra el retribucionismo con la prevención general positiva. Sin embargo, el acento que pone Jakobs a la pena como mensaje —o censura por la defraudación de la norma— nos permite concluir que su teoría tiende más al retribucionismo que a la prevención, por lo menos en la segunda fase de su trabajo (Feijoo, 2007, pp. 469-489).

## **2.2. Derecho penal como prevención del delito.**

### **2.2.1. Origen del derecho penal preventivo.**

De manera similar a la perspectiva retribucionista, el enfoque preventivo del derecho penal cobró vigencia a partir de dos pensadores clásicos, Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, y Jeremy Bentham. El primero justificó las penas de la siguiente forma:

[...] se convence con evidencia, que el fin de las penas no es atormentar y afligir un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido... El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer los demás de la comisión de otros iguales. (Beccaria, 1764/2015, pp. 79-80)

Vemos que Beccaria defendió la idea de que la pena tiene por finalidad la evitación de delitos. Su posición tiene dos presupuestos básicos: que el ser humano tiene la capacidad de guiar su comportamiento a partir de la comparación entre beneficios y costos, y que el motor de la acción humana son el placer y el dolor (Cid y Larrauri, 2001, p. 35). Por estos motivos, para que la sanción sea eficaz es necesario que provoque el dolor suficiente para que el delincuente considere que no vale la pena volver a delinquir y, en el caso del resto de ciudadanos, que no conviene cometer crímenes.

Bentham compartía con Beccaria la imagen de la persona como un ser que guía sus comportamientos por el temor, el hedonismo, la racionalidad y la libertad (Cid y Larrauri, 2001, p. 37). En palabras de este autor, «todo individuo se gobierna, aun sin saberlo, por un cálculo bien o mal hecho de penas o de placeres» (Bentham, 1811/1926, p. 16). Bentham (1811/1926) definió las penas como males impuestos a individuos que hayan cometido algún acto dañoso prohibido y con la finalidad de prevenir actos semejantes (p. 8).

Bentham (1811/1926) señaló que la prevención puede ser de dos clases: prevención particular, orientada a que el delincuente no pueda, no quiera o no se atreva a volver a delinquir; y prevención general, orientada a aplicar la pena como ejemplo para advertir a todos los individuos de la sociedad del sufrimiento que padecerían si cometiesen el mismo delito (pp. 15-17). Actualmente el derecho penal y la penología reconocen la siguiente clasificación al interior de estas formas de prevención.



Figura 1. Teorías clásicas de los fines preventivos en derecho penal. Elaboración propia.

**2.2.2. Prevención general: integración social y disuasión.**

Dentro de la prevención general se ubica el modelo de disuasión o de prevención general negativa. Bajo este enfoque, la sanción se orienta a evitar el comportamiento delictivo a través del temor al castigo proyectado con la aplicación de una sanción célere, suficientemente severa y, sobre todo, certera (von Hirsch, Bottons, y Wikstrom, 1999). Así, desde una perspectiva jurídica la norma penal contiene un mandato de determinación, pues contribuye a disciplinar las conductas humanas mediante la amenaza de sanción penal (Meini, 2014, p. 40). Desde una perspectiva fáctica, este modelo exige que los potenciales delincuentes conozcan la existencia

del castigo o el aumento de su intensidad, que estimen que el riesgo de ser sancionado es relevante y que estén dispuestos a alterar su comportamiento (von Hirsch *et al.*, 1999).

En cambio, la prevención general positiva considera que el derecho penal es una herramienta de control social que tiene por finalidad reforzar los valores fundamentales de una sociedad a través del castigo (Hassemer y Muñoz Conde, 2012). De esta manera, la prevención general positiva se aproxima mucho al neorretribucionismo, en la medida en que en ambos modelos se busca comunicar determinada valoración negativa de un comportamiento y afianzar, de este modo, aquel considerado positivo. En este sentido, el neorretribucionismo y la prevención general positiva se diferenciarán únicamente por el mayor acento que se le dé a la negación del comportamiento delictuoso o al efecto integrador que puede tener dicho mensaje. Por estos motivos, se considera que postulados como los de Jakobs son en realidad puentes entre el retribucionismo y la prevención general positiva (Feijoo, 2007, p. 473).

### **2.2.3. Prevención especial: rehabilitación e incapacitación.**

Por su parte, la prevención especial está integrada, en primer lugar, por el modelo rehabilitador o de prevención especial positiva. En el caso del derecho peruano, este modelo se evidencia en el artículo 139 inciso 22 de la Constitución, el cual reconoce el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penal a la sociedad. Como bien indica Montoya (2008), el reconocimiento de estos tres subprincipios implica que la pena se debe ejecutar de modo tal que permita al penado adquirir actitudes respetuosas del ordenamiento jurídico y recuperar su situación social y jurídica luego del cumplimiento de la sanción (pp. 634-635).

En el plano criminológico, el paradigma rehabilitador se caracteriza actualmente por su relación con el modelo riesgo-necesidad-responsividad y con los estudios de desistimiento criminal (Ward y Maruna, 2007). De esta forma, la perspectiva rehabilitadora actualmente vigente considera que la elección del castigo debe estar determinada por las necesidades criminológicas del delincuente y que el programa de tratamiento debe estar enfocado a enfrentar estas necesidades en la comunidad, de manera que la privación de la libertad sea la excepción (Cid, 2009a, pp. 37-43).

En segundo lugar, la prevención especial tiene una perspectiva negativa, también conocida como modelo incapacitador: Bajo este esquema, la sanción es utilizada como un medio para impedir u obstaculizar que el penado vuelva a delinquir (Cid, 2009a, p. 31). Esto se manifiesta en penas como la inhabilitación. Actualmente, este modelo también ha sido enriquecido con los estudios sobre factores de riesgo de violencia. La evaluación de estos factores permite obtener un resultado sobre la probabilidad de reincidencia, lo que, a su vez, posibilita identificar a los delincuentes peligrosos, quienes serán incapacitados. Y es que, en una sociedad de recursos limitados, este modelo adopta un diseño selectivo a través del cual solo se incapacita a quienes tienen alto riesgo de volver a cometer un delito dañoso en el futuro (Zimring y Hawkins, 1995, pp. 42-47).

### **2.3. Derecho penal en un Estado constitucional de derecho.**

Hemos visto que la discusión sobre el núcleo del derecho penal discurre entre la censura y la prevención. Sin embargo, el derecho penal en un Estado constitucional debe cumplir con un fin que acompañe a cualquiera de ambos; dicho con otras palabras, el Estado constitucional de derecho exige que cualquiera de ambos modelos sea constitucionalizado.

Ahora bien, el Estado constitucional de derecho tiene como una de sus características el que la Constitución se erige como una norma capaz de condicionar y limitar al juez, la doctrina, los actores políticos y a los legisladores (Guastini, 2009, p. 49). Por este motivo, Ferrajoli reconoce que el Estado constitucional trae consigo el reconocimiento de una esfera de lo «indecidible», conformada por todo lo que la Constitución excluye del consenso de las «mayorías» y materializada en los principios protectores de las «minorías» (Ferrajoli, 2010, pp. 104-107).

¿Cómo se expresa esta característica en derecho penal? En el llamado fin «garantista», que consiste en reconocer que la tutela de los derechos y libertades del infractor constituye un fin que necesariamente debe acompañar al derecho penal en un Estado constitucional de derecho (Terradillos, 2010, p. 22; Ferrajoli, 2006, p. 62). Dicho en palabras de Ferrajoli (2006), el derecho penal deber servir de utilidad no solo a los no desviados, sino también a los desviados, a través de la prevención de castigos arbitrarios o de respuestas vengativas que vulneren sus derechos fundamentales (p. 62). De esta forma, más allá de que se tome la postura prevencionista o de censura, el núcleo del derecho penal de un Estado constitucional debe estar formado, en parte, por la finalidad garantista. Esta finalidad se expresa en principios garantistas determinados a partir de la intensidad de la intervención estatal (Silva, 1992, pp. 249-272) y en límites a la retribución y a la prevención; de manera que la primera no justifique castigos que excedan los límites de humanidad ni la segunda permita tratamientos que violen el principio de autonomía.

#### **2.4. El núcleo del derecho penal y los «espacios de juego».**

Actualmente, la relación antagónica entre censura y prevención mostrada previamente es solo aparente. Así, hemos visto que autores como Bottoms y Von Hirsch (2010), y Jakobs (1997) proponen modelos centrados en la censura que también están orientados a la prevención. De igual modo, es evidente que, en tiempos contemporáneos, las finalidades preventivas excluyen medidas predelictuales y parten de la comisión de un hecho dañoso que es valorado como negativo.

Si bien es posible que prevención y reproche converjan en el derecho penal, lo cierto es que usualmente se aboga para que uno de estos dos elementos tenga una posición preponderante frente al otro. A partir de esto podemos concluir que el «núcleo» se conceptualiza como el rasgo principal y distintivo del derecho penal. De esta forma, la discusión actual entre censura y prevención se focaliza en identificar cuál de estos dos elementos se constituye como la característica más importante del derecho penal. Este debate no es estéril, ya que, si el núcleo del derecho penal está conformado por la censura, no podrán existir figuras jurídico-penales sin reproche. Por el contrario, si dicho núcleo está compuesto por la prevención, resultará posible que existan figuras jurídico-penales que no estén orientadas a la censura o reproche.

Ahora bien, ¿qué sucede con las finalidades o modelos que ocupan un lugar secundario? En el sistema penal actual convergen varios modelos que tienen distintos «espacios de juego» subalternos a los elementos que conforman el núcleo (Cid, 2009a, p. 47). Así, un derecho penal cuyo núcleo esté formado por la censura estará compuesto por medidas que expresen censura por el delito cometido, ello sin perjuicio de que determinadas medidas dentro de este sistema tengan como finalidad de segundo orden la prevención de delitos. De igual modo, un sistema penal cuyo núcleo esté conformado por la prevención estará formado por medidas destinadas a evitar que el comportamiento dañoso vuelva a ocurrir; lo que no niega que la censura tenga un rol importante en consecuencias jurídico-penales como las penas comunitarias (Robinson, McNeill, y Maruna, 2014, pp. 171-174).

La discusión entre estos dos modelos juega un papel central en el momento de analizar las alternativas a la medida de seguridad de internación. Y es que, como se dijo antes, uno de los objetivos del presente artículo es determinar si las figuras jurídicas propuestas deben formar parte del derecho penal.

### 3. La medida de seguridad de internación: regulación y críticas

#### 3.1. La medida de seguridad de internación en el sistema penal peruano.

Como indicamos en la introducción, las medidas de seguridad y el sistema de peligrosidad se construyeron en oposición a las penas y el sistema de culpabilidad. De esta forma se pueden identificar cuatro características que diferencian la medida de seguridad del sistema de culpabilidad o de penas: (i) se aplican a personas que cometen un delito en una situación de inimputabilidad<sup>1</sup>, (ii) no contienen el elemento de censura o reproche por el acto cometido, (iii) su determinación no depende de la culpabilidad sino de la peligrosidad del infractor; y (iv) su finalidad es exclusivamente de carácter preventivo especial. Podemos visualizar estas diferencias en la siguiente tabla:

Tabla I

*Diferencias entre el sistema de penas y el sistema de medidas de seguridad*

	Sistema de penas	Sistema de medidas de seguridad
Responsabilidad penal	Situación de imputabilidad.	Situación de inimputabilidad.
Censura	Se comunica censura ante el acto cometido.	No se comunica censura ante el acto cometido.
Finalidad	Fines preventivos (prevención general, prevención especial) y fines retributivos.	Finalidad preventiva especial (curación o incapacitación).
Determinación	Principio de culpabilidad, principio de proporcionalidad, principio de resocialización.	Peligrosidad criminal.

*Nota:* Elaboración propia.

A continuación, explicaremos más detalladamente estas características a partir de lo reconocido por la normativa y jurisprudencia peruanas.

En primer lugar; ¿qué quiere decir que una persona cometa un hecho delictivo en una situación de inimputabilidad? La inimputabilidad es entendida tradicionalmente como la falta de capacidad penal o capacidad para delinquir. En este sentido, supone que el sujeto, en el momento de la comisión del delito, se encontraba en una situación que no le permitía

<sup>1</sup> El artículo 74 indica que la medida de seguridad de internación consiste en el ingreso y tratamiento del inimputable en un centro hospitalario u otro establecimiento adecuado.

comprender la prohibición transmitida por la norma penal y actuar conforme con dicha comprensión (Meini, 2014, p. 121). Esta situación puede ser provocada por factores de diversa naturaleza. Sin embargo, tradicionalmente han sido los factores psicosociales los que han estado más estrechamente vinculados con la inimputabilidad. En esta línea, el artículo 20.1 del Código Penal dispone lo siguiente:

Está exento de responsabilidad penal [...]

El que por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepción de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión.

En relación con esto, es preciso citar la ejecutoria suprema recaída en el R. N. N° 189-2013-Lima Norte y emitida el 21 de octubre de 2014 por la Sala Penal Transitoria. En dicha ocasión, la Corte Suprema señaló lo siguiente:

2.10. 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, ya que no es capaz de responder por sus actos.

De lo antes dicho se deriva directamente el segundo rasgo de la medida de seguridad. Y es que si se entiende que la persona en situación de inimputabilidad no ha podido comprender la prohibición expresada en la norma penal, resulta lógico que el acto cometido no sea considerado censurable. Como veremos más adelante, el derecho penal actual considera que la censura representa una comunicación o mensaje a la sociedad, a la víctima y al infractor (von Hirsch, 1998, pp. 35-36) de que el acto realizado ha creado un riesgo prohibido para bienes jurídicos. Sin embargo, esta comunicación no se puede cumplir cuando el infractor no puede comprender la dimensión prohibida y, por lo tanto, dañina, de su comportamiento. Dicho de otro modo, la persona que comete un delito en situación de inimputabilidad no es receptor del mensaje transmitido por la pena ya que tampoco ha sido emisor de un mensaje de desacato a la prohibición penal. Por tanto, no existe ningún comportamiento que reprochar. Así, la Corte Suprema, en la ejecutoria del 12 de mayo de 2016, recaída en el R. N. N° 1780-2014-Lima y emitida por la Sala Penal Transitoria, dispuso lo siguiente:

Sexto. Que, sin embargo, se ha comprobado que el encausado es una persona inimputable, pues sufre de enfermedad de esquizofrenia paranoide crónica (F20.2 CIE-OMS), como lo certifican los médicos psiquiatras [...] Que al no tener capacidad de culpabilidad, no puede responder penalmente por sus actos [...].

La tercera característica de la medida de seguridad es su finalidad preventivo-especial, en sus dos dimensiones. Así, el artículo 74 del Código Penal dispone que la internación, como medida de seguridad, tiene fines terapéuticos o de custodia. De este modo, desde el punto de vista de la prevención especial positiva, la internación de una persona que comete un delito en una situación de inimputabilidad responde a un fin terapéutico. Eso implica, en los casos de personas con deficiencias psicosociales, «curar» de los males que han ocasionado que cometan los delitos. Dicho de otro modo, curarlas de la peligrosidad supuestamente asociada

a las deficiencias psicosociales que generaron «alteración de la realidad». Sobre este punto la ejecutoria suprema del 20 de marzo de 2014, recaída en el R. N. N° 2574-2013-Apurímac y emitida por la Sala Penal Transitoria, indica lo siguiente:

2.10. La doctrina y la jurisprudencia son unánimes al señalar las consecuencias de las medidas de seguridad y los presupuestos en que corresponde su aplicación, y que la medida de internación no implica una restricción de la libertad ambulatoria, sino que su función es predominante de rehabilitación, y consiste de someter al sentenciado a un régimen de atenciones de carácter médico, psicológico o de otra índole que su estado personal requiera para su recuperación. Asimismo, este tipo de medidas no se materializan en un centro carcelario, sino en un centro hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado.

Para la doctrina mayoritaria, junto con el fin terapéutico confluye una finalidad incapacitadora o neutralizadora. Y es que la inimputabilidad, para determinada doctrina, no solo genera ausencia de censura sino que también representa presencia de peligrosidad. Así, Freund (2014) indica lo siguiente:

Pero precisamente de la no responsabilidad de una persona puede derivarse su peligrosidad. Esta no responsabilidad puede estribar, en concreto, en el hecho de que la tutela del bien jurídico —protección esta que debe conseguirse en virtud de las normas de conducta legítimas en la relación de los libres ciudadanos entre sí— no opera en dicha persona, ya que no está en condiciones del necesario entendimiento y control de su comportamiento que ello implica. (p. 31)

Esta postura ha sido confirmada también por un sector de la jurisprudencia de la Corte Suprema. De este modo, la ejecutoria del 26 de enero de 2010, recaída en el R. N. N° 2375-2009-Cusco y emitida por la Sala Penal Transitoria, señala lo siguiente:

[...] que uno de los fundamentos de las medidas de seguridad radica en que existen sujetos que no ofrecen la fiabilidad cognitiva para ser tratados como persona en derecho, 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 discriminación, sino que se le priva de derechos para neutralizarla como fuente de peligro.

Ahora bien, ¿qué sucede ahí donde el infractor no pueda ser curado? Bajo esta concepción, lo único que puede hacerse es neutralizar e incapacitar al sujeto que cometió el hecho considerado delito. Esta es la finalidad preponderante de la medida de seguridad y la que explica por qué la peligrosidad es el corazón de esta figura jurídica. De este modo, la medida de seguridad permite neutralizar a una persona pese a que no se le considere responsable penalmente. María Florencia Hegglin (2017) indica lo siguiente:

Las medidas de seguridad surgieron, así como válvulas que permitieron al sistema penal el reconocimiento de la inimputabilidad por razón de exención de responsabilidad pena, sin

perder por ello el control de las personas que habían sido acusadas de cometer una conducta antijurídica y que, en consecuencia, resultaban absueltas del delito imputado. (p. 23)

Finalmente, como ya hemos indicado, la peligrosidad es un elemento nuclear de la medida de seguridad. La determinación de la duración de medidas como la internación en un centro de salud mental —a personas con deficiencias psicosociales que cometen un hecho considerado delito en una situación de inimputabilidad— responde al criterio de peligrosidad y, en menor medida, al delito cometido, es decir, al pronóstico futuro de que la persona cometerá nuevamente, con seguridad, un delito. Esto se encuentra regulado en el artículo 73° del Código Penal. Al respecto cabe citar la ejecutoria suprema recaída en el R. N. N° 1228-2014-Lima y emitida el 4 de mayo de 2015 por la Sala Penal Transitoria. En dicha ocasión, la Corte Suprema señaló lo siguiente:

3.12. En este sentido, el encausado se encuentra incapacitado para distinguir el mal del bien, no tiene conciencia de la realidad de las cosas, no es normativamente motivable; por ello, al ser inasequible frente a la prohibición penal está exento de responsabilidad y, conforme a lo establecido en el numeral uno, del artículo veinte del Código Penal, requiere tratamiento especial; es así que el Colegiado Superior dictó la medida de internación, que es de aplicación exclusiva a los inimputables; con un régimen de privación de libertad, debiendo permanecer en el área especializada y adecuada con fines terapéuticos o de custodia; más aún si analizado el comportamiento del individuo y sus antecedentes penales, es previsible que de mantenerse libre en medio, representa un grave riesgo para la colectividad, siendo que con posterioridad a los hechos que ahora se juzgan, fue condenado por haber cometido otro homicidio.

Como ya hemos señalado, en el Perú la medida de seguridad se encuentra estrechamente relacionada con la inimputabilidad establecida con base en factores psicosociales. Por este motivo, todo estudio de las medidas de seguridad debe tener como punto de partida los derechos de las personas con discapacidad. Estos derechos se encuentran reconocidos y desarrollados por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante la Convención), la cual forma parte de nuestro ordenamiento jurídico<sup>2</sup> y tiene rango constitucional<sup>3</sup>.

El enfoque de derechos humanos asumido por la Convención se produce en el marco del modelo social de la discapacidad, transversalmente reconocido en dicho instrumento internacional. ¿Qué caracteriza a este modelo? Como bien señalan Palacios y Bariffi (2007), este paradigma de la discapacidad se ha desarrollado en rechazo y oposición a los postulados de los modelos que lo preceden (p. 19), por lo que su comprensión exige conocer las características de estos paradigmas.

El primer modelo, desde que se ha conceptualizado la discapacidad, es el de prescindencia, cuyos dos elementos centrales son la «justificación religiosa de la discapacidad y la consideración de que la persona con discapacidad no tiene nada que aportar a la comunidad»

---

2 Instrumento internacional ratificado por el Perú y que entró en vigor el 3 de mayo de 2008. El artículo 55 de la Constitución afirma que «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional».

3 El Tribunal Constitucional ha indicado que los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú tienen rango constitucional. Véase: Expediente 0047-2004-AI/TC, fundamento 61; Expediente 2798-2004-HC/TC, fundamento 7.

(Palacios, 2008, p. 37). La discapacidad es considerada como una situación desgraciada, que provoca que la persona con discapacidad sea eliminada física o socialmente de la comunidad.

El segundo modelo representa la visión actualmente predominante que se tiene de la discapacidad. Este es el modelo médico o rehabilitador; que se caracteriza porque la discapacidad es vista como fruto de causas biológicas y por considerar que las personas con discapacidad pueden aportar a la comunidad en la medida en que sean rehabilitadas y normalizadas a través de procedimientos médicos (Palacios, 2008, p. 66).

De esta forma, la medicina reemplaza a la religión y la normalización sustituye a la eliminación. Sin embargo, detrás del discurso médico-rehabilitador se ocultó un aparato de control social, especialmente frente a las personas con discapacidad psicosocial. En esta línea, Oliver (1998) indicó que el modelo rehabilitador cobró sentido con el surgimiento del capitalismo y con su necesidad de controlar a quienes no podrían integrarse en el mercado de trabajo; y en este escenario la medicina brindó una útil justificación (p. 44). Así se edificó, en palabras de Foucault, un poder normalizador que no excluye sino que transforma y corrige a los *anormales* bajo el paraguas del saber psiquiátrico, el cual permite convertir «el bajo oficio de castigar en el hermoso oficio de curar» (Foucault, 1999/2011, pp. 35-38). En esta misma línea, el psiquiatra italiano Franco Basaglia (1979) indicó lo siguiente:

El enfermo mental es, pues, la persona que se encuentra internada en estas instituciones de las cuales hablamos, en estos institutos que sirven no al cuidado sino a la custodia del paciente. (p. 19)

De igual forma, el también reconocido psiquiatra Thomas Szasz (1979) caracterizó las intervenciones psiquiátricas involuntarias de la siguiente forma:

Son castigos, controles sociales, torturas, encarcelamientos, envenenamientos, mutilaciones cerebrales. Pero ya que todo tiene lugar bajo auspicios médicos, parece correcto a la mentalidad contemporánea, al igual que las coerciones y brutalidades en nombre de la iglesia parecían correctas a las mentalidades medievales. (pp. 96-97)

En el campo jurídico, la división entre *normales* y *anormales* trajo consigo la idea de que solo las personas que tienen la capacidad de razonar, sentir y comunicarse de acuerdo con el patrón hegemónico pueden ser autónomas y decidir por sí mismas (Cuenca, 2012, p. 106). Esta fundamentación permitió la construcción del modelo de sustitución en la toma de decisiones, el cual faculta a un tercero —frecuentemente un médico o familiar de la persona con discapacidad— a decidir sobre las vidas de las personas con discapacidad.

En oposición a esto, el modelo social de la discapacidad se caracteriza por las siguientes características: (i) parte del enfoque de derechos humanos, (ii) concibe a la discapacidad como una situación en la que se encuentran las personas y no como una característica personal, (iii) considera que la discapacidad tiene un origen social por lo que la respuesta jurídica debe procurar el cambio de la sociedad y no el cambio de la persona con discapacidad, y (iv) promueve una política guiada por el principio de igualdad y no discriminación (de Asís, 2013, pp. 16-17).

En esta línea, uno de los cambios más importantes del modelo social es el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Así, el artículo 12 de la Convención reconoce que ellas «tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las

demás en todos los aspectos de la vida», lo que supone el abandono de toda forma de incapacitación basada en la discapacidad y la variación del modelo de sustitución de la voluntad por el modelo de apoyo (De Asís, 2013, p. 104). Este modelo debe respetar las siguientes pautas:

Es necesario construir un nuevo modelo de apoyo que debe: (i) ser capaz de respetar al máximo la autonomía de la persona con diversidad mental o intelectual; (ii) ser permeable a los distintos tipos de diversidad y a las circunstancias concretas de cada persona; (iii) tener la menor duración posible y ser revisable periódicamente; (iv) sacrificar en el menor grado posible los derechos de la persona. (De Asís, 2013, p. 105)

Con base en lo antes indicado, es preciso preguntarse si la regulación de la medida de seguridad de internación cumple con las pautas y directrices del modelo social de la discapacidad contenido en la Convención.

### **3.2. Críticas a la medida de seguridad de internación desde el modelo social.**

Consideremos que la medida de seguridad no se condice con el modelo social de la discapacidad previamente descrito. En este sentido, el análisis teleológico de esta figura jurídico-penal obtiene por resultado su inconstitucionalidad. Ello conforme con los siguientes argumentos<sup>4</sup>:

En primer lugar, el fin terapéutico o curativo forzoso, planteado como justificante de la «medida de seguridad de internación», aplicable en supuestos de inimputabilidad, está situado dentro del modelo rehabilitador de la discapacidad y con el enfoque de la sustitución de la voluntad surgido de él. Esto por dos motivos: (i) porque parte de la idea de que las personas con discapacidad no tienen capacidad jurídica y, por tanto, es válido utilizar la medicina para «hacer el bien» aun cuando esto ocurra en contra de su voluntad; (ii) porque presupone que para que la persona con discapacidad sea incluida en la sociedad es necesario que sea curada y rehabilitada de manera forzada (Brando, Guzman, Hernández, y Nieto, 2017, pp. 74-75).

Por las razones antes expuestas, la justificación «terapéutica» o «curativa» de la medida de seguridad contradice los principios y reglas defendidos por la Convención. En esta línea, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (en adelante, el Comité) (2017b) ha indicado lo siguiente:

El Comité recomienda al Estado parte que a) Derogue las leyes, políticas y prácticas que permiten el internamiento forzado de las personas con discapacidad basándose en su deficiencia, en particular con fines de tratamiento psiquiátrico o de rehabilitación o alegando la presunta necesidad de dispensarles cuidado. (párr: 31)

En segundo lugar, el fin neutralizador de las medidas de seguridad se corresponde con el modelo de prescindencia de la discapacidad. Este supone que la persona con deficiencias psicosociales sea tratada como un objeto peligroso que puede válidamente ser eliminado o aislado de la sociedad (Hegglin, 2016, p. 26) y niega los derechos de las personas con discapacidad a la dignidad humana, autonomía, independencia y a vivir en comunidad. Al respecto, el Comité (2016b) ha indicado lo siguiente:

---

4 Nuestras críticas a las medidas de seguridad han sido planteadas de manera más extensa en otros artículos (Rodríguez, 2016; Bregaglio y Rodríguez, 2017).

El Comité solicita al Estado parte que [...] suprima de su legislación penal el criterio de peligrosidad y las medidas preventivas y de seguridad relacionadas con el mismo, en los casos en los que una persona con discapacidad psicosocial sea acusada de cometer un delito [...]. (párr. 33)

Amparados en estos motivos, el Comité se ha pronunciado, en reiteradas ocasiones, en contra de las medidas de seguridad penales consistentes en la internación en centros de salud mental. Esto se ha producido particularmente en las observaciones finales sobre los informes iniciales de los países de Latinoamérica que incorporan esta figura jurídica. Así, el Comité (2016a) recomendó al Estado plurinacional de Bolivia lo siguiente:

El Comité insta al Estado parte a que [...] revise y modifique su legislación penal para eliminar las declaratorias de inimputabilidad basadas en la discapacidad y las medidas de seguridad que son impuestas como resultado de dicha declaración. (párr. 36)

De manera similar el Comité (2017a) señaló, en su observación final sobre el informe inicial de Honduras, lo siguiente:

Preocupa también al Comité que las personas declaradas inimputables de la comisión de un delito en razón de una deficiencia puedan ser objeto de medidas de seguridad [...] El Comité insta al Estado parte a que revise y reforme sus leyes, incluyendo la Ley de Salud Mental y el Código Penal con el objeto de armonizar la legislación con las disposiciones del artículo 14 de la Convención y proteger efectivamente las garantías del debido proceso de las personas con discapacidad, particularmente con discapacidad psicosocial. (párrs. 35-36)<sup>5</sup>

Lo antes dicho nos coloca en una situación disyuntiva. Por un lado, se puede negar la legitimidad y validez de cualquier tipo de intervención jurídica en casos en los que la persona que cometió un delito se encontraba en una situación de inimputabilidad. Por otro, se pueden proponer medidas jurídicas alternativas y buscar argumentos, acordes con la Convención, que las justifiquen. Esta última opción es la que el Comité recomienda (2013b, párr. 29; 2014b, párr. 29; 2015, párr. 31; 2016a, párr. 38).

## **4. Alternativas a la medida de seguridad de internación**

### **4.1. Inimputabilidad y discapacidad psicosocial.**

En este apartado profundizaremos en el concepto de inimputabilidad, ya que este es el punto de partida de nuestras propuestas alternativas a la medida de seguridad de internación. Como señalamos antes, la imputabilidad es la capacidad de comprender la norma de prohibición y actuar conforme con dicha comprensión (Meini, 2014, p. 121). Por lo tanto, esta figura jurídica es el requisito que permite a la pena reprochar los actos cometidos y evitar su futura comisión a través de la disuasión.

5 Esta línea ha sido esbozada por el Comité en sus observaciones finales sobre los informes iniciales de países como Argentina (2013a, párrs. 25 y 26), Bélgica (2014a, párrs. 27 y 28), Brasil (2015, párrs. 30 y 31), Colombia (2016b, párrs. 38 y 39), Chile (2016c, párrs. 29 y 30), Ecuador (2014b, párrs. 28 y 29), Italia (2016d, párrs. 35 y 36), Portugal (2016e, párrs. 32 y 33) y Uruguay (2016f, párrs. 33 y 34).

Ahora bien, ¿qué ocurre en el supuesto en que una persona con deficiencias psicosociales comete un delito?

Como hemos señalado en otra publicación (Bregaglio y Rodríguez, 2017), la perspectiva predominante de la doctrina peruana reconoce formalmente que las deficiencias psicosociales no son suficientes para que se considere que la persona actuó en un estado de inimputabilidad. No obstante, la jurisprudencia de la Corte Suprema parece homologar la presencia de algunas deficiencias psicosociales con la categoría de «persona inimputable». Esta es la línea de la ejecutoria suprema recaída en el R. N. N° 189-2013-Lima Norte, citada líneas arriba. La misma argumentación se puede identificar en la ejecutoria emitida el 4 de mayo de 2015 por la Sala Penal Transitoria y recaída en el R. N. N° 1228-2014-Lima, donde se señala lo siguiente:

3.7. 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, ya que no es capaz de responder por sus actos.

Del mismo modo, la ejecutoria recaída en el R. N. N° 2574-2013-Apurímac, del 20 de marzo de 2014, indica lo siguiente:

2.6. Al respecto, cabe señalar que las alteraciones o perturbaciones psíquicas constituyen una causa de inimputabilidad, porque la persona que las sufre carece de capacidad para comprender la advertencia prohibitiva efectuada por la norma, no se motiva en la misma para evitar las acciones proscritas por el derecho, por lo cual carece de culpabilidad.

Por su parte, la ejecutoria emitida en el R. N. N° 1780-2014, de fecha 12 de mayo de 2016, enuncia el siguiente argumento jurídico:

Sexto. Que, sin embargo, se ha comprobado que el encausado es una persona inimputable, pues sufre de la enfermedad de esquizofrenia paranoide crónica (F20.2 CIE-OMS), como lo certifican los médicos psiquiatras [...].

De manera semejante, la ejecutoria suprema emitida por la Sala Penal Transitoria el 15 de noviembre de 2012, respecto del R. N. N° 2658-2012-Lambayeque, dispone lo siguiente:

Octavo: Que, en tal sentido, si bien es cierto en autos se encuentra acreditado la comisión del delito [...] éste se encuentra exento de responsabilidad penal por tratarse de una persona inimputable dada las afectaciones psicológicas que padece, las cuales inciden en su falta de comprensión entre el bien y el mal [...].

A pesar de esta tendencia jurisprudencial, la inimputabilidad no es una condición, característica o diagnóstico general del individuo (Brando *et al.*, 2017, p. 66). Es decir, no existe «persona inimputable» sino persona que cometió un hecho considerado delito en un estado de comprensión de la realidad distinto al expresado por la norma penal. De esta afirmación se desprenden dos ideas importantes: (i) la inimputabilidad no es un concepto «psiquiátrico» sino una categoría jurídica que se aplica cuando el sujeto no pudo comprender, en el momento de la comisión de un delito, el mensaje prohibitivo de la norma penal o no pudo actuar según

dicha comprensión; (ii) la inimputabilidad no se plantea en abstracto y de manera general, sino que se aplica a una persona determinada frente a un hecho concreto<sup>6</sup>; y (iii) la inimputabilidad no es una invalidación sino una atribución a un orden racional divergente. En esta línea, Bustos considera que en un Estado democrático de derecho la inimputabilidad debe partir del reconocimiento de distintos órdenes racionales, de modo que no suponga un juicio de minusvalía, sino de simple asignación a un orden racional distinto al hegemónico (Bustos, 2004, p. 163).

Este concepto de inimputabilidad supone una fórmula que, en vez de tener un carácter discriminatorio, toma en cuenta que existen perspectivas diversas a las del ciudadano al que se quiere orientar a través de la norma de prohibición; ello siempre que la imputabilidad sea planteada en términos neutrales y no se la asocie automáticamente con las deficiencias psicosociales. Esta es la única interpretación de la inimputabilidad que puede ser considerada coherente con la Convención (Benavides, 2003; Minkowitz, 2014; Rodríguez y Morales, 2015; Bregaglio y Rodríguez, 2017). Y es que la imputabilidad o capacidad de culpabilidad es una manifestación de la capacidad jurídica. Así, el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, manifestado en el artículo 12 de la Convención, implica la invalidez de toda declaración de inimputabilidad basada únicamente en la deficiencia psicosocial. De esta manera, el reconocer que una persona tiene capacidad para tomar sus propias decisiones supone aceptar que la persona tiene capacidad para asumir las consecuencias que se deriven de ellas (Brando *et al.*, 2017, p. 66).

El resultado de lo antes dicho es que es perfectamente posible que una persona con discapacidad psicosocial cometa un hecho delictivo en una situación de imputabilidad (Rodríguez y Morales, 2015), lo que no impide que la discapacidad psicosocial sea tomada en cuenta en el momento de la determinación o individualización de la pena. Por otro lado, también es posible que las personas con deficiencias psicosociales cometan un «delito» y no puedan, en ese momento, comprender la norma de prohibición concreta o actuar conforme con ella. ¿Qué debe suceder en estos supuestos? Minkowitz indica que para abordar la responsabilidad penal desde la igualdad sustancial planteada por la Convención es necesario analizar el elemento subjetivo e incluir en este análisis la toma de decisiones divergente que pueden tener las personas con deficiencias psicosociales. Por tanto, esta autora considera que en estos casos el proceso penal debería orientarse a evaluar las percepciones y creencias divergentes que pueden tener las personas con deficiencias psicosociales en el momento de probar la intención; de manera que la ausencia de prueba de este elemento conllevaría a la absolución y exclusión de cualquier tipo de responsabilidad penal (Minkowitz, 2014, pp. 456-457).

Pese a lo interesante de la propuesta, existe un inconveniente: la asunción de un enfoque psicológico-volitivo del dolo. Como hemos visto, Minkowitz define el dolo como una «intención» que se debe probar a partir de las creencias y percepciones que se encuentran en la mente de quien cometió el delito. Esta perspectiva psicológica ha enfrentado serias críticas<sup>7</sup>,

6 Así, por ejemplo, una persona podrá comprender la antijuricidad de un homicidio, pero, tal vez, no la de un delito tributario o económico (Zaffaroni, Alagia, y Slokar, 2006, citados por Hegglin, 2016, p. 28).

7 Se ha criticado la idea de que el dolo es un proceso acontecido en la mente del sujeto activo y que este puede ser averiguado a *posteriori* en el contexto del proceso penal (Ragués, 1999, p. 205). Frente a ello, se ha dicho que la asunción de esta teoría provocaría que el derecho penal se convierta en un instrumento inútil, ya que no existen instrumentos probatorios que permitan averiguar los datos psicológicos que estaban en la mente de la persona en el momento de cometer el delito (Ragués, 1999, p. 272). Más aún, la asunción de esta perspectiva legitimaría que el Estado, a través del derecho penal, se encuentre en la facultad de ingresar en la intimidad del sujeto (Sánchez Málaga, 2016, p. 66), probablemente a través de instrumentos psiquiátricos forzados.

las que han propiciado que la visión dominante de la dogmática penal haya abandonado la conceptualización del dolo como un factor «psicológico». Por el contrario, este elemento se ha normativizado (Roxin, 1994/1997; Jakobs, 1997) de manera que esta figura ya no se prueba a partir de elementos «psicológicos» sino que se imputa a partir de hechos objetivos (Sánchez Málaga, 2016, p. 68). Así, el dolo se define como la «decisión» o «conocimiento» de que se está realizando un riesgo típico para un bien jurídico relevante para la sociedad, conocimiento o decisión que se atribuyen de acuerdo con el contexto objetivo (Meini, 2014, p. 214).

Ahora bien, el dolo solo puede ser imputable a personas que en el momento de cometer el hecho delictivo estaban en condiciones de comprender el sentido prohibitivo de la norma. Como señalamos antes, quien comete un delito en una situación de inimputabilidad no es receptor de esta norma de prohibición, por lo que la tipicidad subjetiva de su comportamiento no podrá ser evaluada. Así, Silva Sánchez señala lo siguiente:

[...] tiene sentido sostener que 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). (Silva, 2003, p. 128)

De esta forma, la inimputabilidad es el primer «lugar» donde se deben analizar las percepciones o creencias divergentes, y no en el tipo subjetivo. En otras palabras, consideramos que la imputabilidad —que es, finalmente, el presupuesto del análisis de la tipicidad del acto (Meini, 2014, p. 116)— es el primer elemento que debe activarse en los casos en que una persona con deficiencias psicosociales comete un delito, en un estado de percepción divergente de la realidad que no le permite comprender la antijuricidad de su acto o actuar conforme a dicha comprensión. En este escenario, la discapacidad psicosocial y la comisión de un delito pueden relacionarse en los siguientes supuestos:

- (i) Una persona con discapacidad psicosocial comete un hecho delictivo en situación de imputabilidad.
- (ii) Una persona con discapacidad psicosocial comete un hecho delictivo en situación de inimputabilidad derivada de deficiencias psicosociales; durante el proceso judicial no puede expresar su voluntad y se encuentra en un estado que pone en riesgo su vida.
- (iii) Una persona con discapacidad psicosocial comete un hecho delictivo en una situación de inimputabilidad derivada de deficiencias psicosociales; cuando enfrenta el proceso judicial ya ha recuperado, por su cuenta, la capacidad de ser motivable por la norma penal.
- (iv) Una persona con discapacidad psicosocial comete un hecho delictivo en una situación de inimputabilidad derivada de deficiencias psicosociales; cuando enfrenta el proceso judicial no es motivable por la norma penal. La persona no es detenida en flagrancia y tampoco existen elementos de prueba contundentes.
- (v) Una persona con discapacidad psicosocial comete un hecho delictivo en una situación de inimputabilidad derivada de deficiencias psicosociales; cuando enfrenta el proceso judicial no es motivable por la norma penal. La persona es detenida en flagrancia o existen elementos de prueba contundentes.

Anteriormente hemos indicado que la respuesta al supuesto (i) es la aplicación de una pena. Sin embargo, ¿cuál debe ser la respuesta en los otros supuestos? A continuación, propondremos las medidas alternativas a la medida de seguridad que consideramos se deben imponer en cada uno de estos escenarios.

#### **4.2. Medida de apoyo psicosocial excepcional.**

Como ya hemos señalado, puede darse el caso de que el infractor, además de haber cometido el hecho delictivo en situación de inimputabilidad, se encuentre en un estado que pone en riesgo su vida y no es capaz de expresar su voluntad durante el proceso judicial, es decir, se encuentra en un estado en el que las autoridades y el resto de la sociedad no pueden descifrar su voluntad, hecho probablemente asociado a un estado de abandono y a la ausencia de apoyos.

En estas situaciones, consideramos que debe activarse lo que la literatura llama «estado de toma de decisiones facilitadas» (Bach, 2011, p. 95) o de «apoyo intenso» (Bariffi, 2014, p. 497). De acuerdo con Bach (2011), esta figura jurídica se produce en situaciones excepcionales que no permiten a la persona con discapacidad expresar su voluntad, por lo que la medida está dirigida a crear la oportunidad propicia para que su intención sea revelada (pp. 95-96). La base legal de esta herramienta jurídica se encuentra, por un lado, en el párrafo 3 del artículo 12 de la Convención, que dispone la obligación de adoptar medidas para propiciar el acceso a las personas con discapacidad al apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, y también en el literal j) de su preámbulo; este último reconoce la necesidad de promover y proteger los derechos de las personas con discapacidad que tienen la necesidad de un «apoyo más intenso».

En el caso particular, el «apoyo intenso» consistirá en el traslado, excepcional, a un centro de salud y en el tratamiento orientado a descubrir la voluntad de la persona. La diferencia con la medida de seguridad es clara, porque no se busca «curar» a la persona con discapacidad sino brindarle una oportunidad de expresar su voluntad. En otras palabras, estamos ante una figura que no impone ideales personales al infractor sino que supone la imposición excepcional de conductas aptas para que el individuo satisfaga sus preferencias y proyectos de vida que libremente ha adoptado, es decir, nos encontramos ante una medida paternalista y no perfeccionista (Nino, 1989, p. 415; De Asís, 2013, p. 59). Hemos denominado esta medida como «medida de apoyo psicosocial excepcional».

La medida antes descrita debe garantizar las salvaguardias recomendadas por la Convención en el párrafo 4 de su artículo 12; esto supone respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona; evitar conflictos de interés e influencias indebidas; respetar el criterio de proporcionalidad y adaptarse a las circunstancias de la persona; ser aplicada en el plazo más corto de tiempo y estar sujeta a exámenes periódicos. De esta forma, una vez que la persona sea capaz de expresar su voluntad, la medida de «apoyo psicosocial excepcional» debe culminar y se debe seguir con el proceso judicial.

Sin embargo, si una vez cumplida la medida la persona no puede expresar su voluntad, corresponderá brindarle los apoyos necesarios para que continúe su vida en centros o establecimientos que garanticen, además de sus necesidades primarias, su derecho a ser incluida en la comunidad, derecho reconocido en el artículo 19 de la Convención. Esto último solo en el caso de que la persona no cuente con apoyos familiares u otro tipo de soporte privado que no haga necesaria la intervención estatal.

De la argumentación antes dicha se desprende que esta medida debería ser impuesta con independencia de la comisión de un hecho delictivo. Es decir, si se identifica una persona

que no puede expresar su voluntad y se encuentra en un estado de riesgo para su vida, es claro que se debe tomar esta medida paternalista. Como veremos más adelante, este elemento debe ser tomado en cuenta cuando se evalúa la naturaleza de esta medida alternativa.

### 4.3. Conferencia restaurativa.

El tercer escenario antes mostrado se producirá cuando la persona que se enfrenta al proceso penal por la comisión de un hecho delictivo en situación de inimputabilidad ha recuperado previamente, y sin intervención coercitiva del Estado, su capacidad de comprender el sentido antijurídico de sus actos. ¿Qué sucede en estos casos si, luego del proceso penal, se prueba la comisión del hecho delictivo y la situación de inimputabilidad? Consideramos que existen argumentos válidos para sostener que es necesario y legítimo que el Estado vaya más allá de la absolución<sup>8</sup>.

En primer lugar, no podemos olvidar que el infractor ha cometido un acto lesivo para bienes jurídicos de terceros, supuesto de hecho que hace necesario que el derecho intervenga con una orientación preventiva. Dicho con otras palabras, al Estado, a la sociedad y a la víctima también les interesa prevenir futuras conductas delictivas. Para lograr esta meta, la norma penal brinda a los miembros de la sociedad un desincentivo prudencial para no delinquir (von Hirsch, 1998, p. 36) y, además, les confirma qué conductas implican un daño intolerable para la vida en sociedad. Sin embargo, la persona que no comprende el sentido prohibitivo de la norma penal no puede ser motivada por el derecho, lo que aminora su potencial disuasivo e integrador. Por estos argumentos, al derecho le interesa, legítimamente, que las personas que han cometido actos lesivos contra bienes jurídicos de terceros sean motivables por la norma prohibitiva; este interés se activa con la comisión de un hecho delictivo y no a partir de un criterio difuso como la «peligrosidad».

En segundo lugar, la comisión del hecho delictivo también despierta la necesidad legítima de evitar potenciales castigos arbitrarios e informales en contra de la persona en situación de discapacidad que cometió el hecho lesivo. Y es que, como se desprende de los fines garantistas descritos antes, la ausencia de respuesta jurídica ante vulneraciones de bienes jurídicos provocaría que las personas afectadas por el delito tomen justicia por sus manos y desplieguen actos de venganza y abuso; esta situación se agravaría por el estereotipo social de que las personas con discapacidad psicosocial son malvadas, violentas o peligrosas (Jiménez, 2008, p. 11). La consecución de este fin hace indispensable que la respuesta jurídica satisfaga los intereses de la comunidad y de la víctima a través de la mínima intervención sobre el infractor (Ferrajoli, 2006, p. 64).

En nuestra opinión, la medida más idónea para cumplir los fines preventivos y protectores antes indicados es el diálogo restaurativo en el que los actores involucrados en el daño ocasionado conversen sobre las consecuencias del mismo y las formas para evitarlo en el futuro (Braithwaite, 2002, p. 13). Este mecanismo, como manifestación de la justicia restaurativa, permite satisfacer intereses distintos —como los de la prevención de conductas delictivas y la satisfacción de la víctima y la comunidad— sin recurrir a la vía punitiva (Cid, 2009b, p. 124). Concretamente, consideramos que la medida jurídica más idónea ante el escenario antes planteado consiste en que, luego de que se confirmen los hechos delictivos y la situación

---

8 En contra de esta posición, Minkowitz (2006) considera que cualquier tratamiento psicosocial que no sea consentido por la persona con deficiencias psicosociales es contrario a la Convención y al modelo social de la discapacidad (p. 406).

de inimputabilidad en el proceso judicial, se implemente una conferencia con la participación de un mediador; el infractor; las personas que sirvan de apoyo al infractor; la víctima, especialistas en psiquiatría y los funcionarios públicos responsables de brindar los apoyos institucionales y ajustes razonables que pueda requerir el infractor para el ejercicio de su capacidad jurídica. Esta medida tendría la particularidad de ofrecer al infractor apoyos de distinta naturaleza para que continúe comprendiendo la antijuridicidad de sus actos y para mostrarle la importancia de que los acepte. Claramente, los apoyos brindados no serían impuestos de manera coercitiva.

#### **4.4. Medida preventiva de apoyo psicosocial.**

Un escenario distinto se produce cuando la persona que se enfrenta al proceso penal aún no logra comprender la antijuridicidad de sus actos. En este caso existen, a su vez, dos escenarios posibles: (i) el delito no ha sido cometido en flagrancia ni existen sólidos elementos de convicción que demuestran que la persona cometió el hecho delictivo, y (ii) el delito ha sido cometido en flagrancia o se cuenta con sólidos elementos de convicción que demuestran que la persona cometió el hecho delictivo.

Evidentemente, el primer caso debería suponer la aplicación del principio de presunción de inocencia y la ausencia de todo tipo de respuesta coercitiva por parte del Estado. Sin embargo, el segundo caso resulta más problemático. Respecto de la medida de seguridad impuesta en este último supuesto, un importante sector de la literatura considera que su aplicación sin un proceso penal vulneraría el derecho a la defensa y la presunción de inocencia (Hegglin, 2016). Sin embargo, se debe tomar en cuenta que los principios limitadores del derecho penal tienen su justificación en la intensidad de la consecuencia jurídica que se impondrá al infractor. Sobre este punto, consideramos valioso citar a Silva Sánchez:

[...] la teoría del delito clásica y las instituciones procesales que son reflejo a su vez de la correspondiente vocación político criminal de garantías propias del Derecho nuclear de la pena de prisión no tendrían que expresar idéntica medida de exigencia en [...] las penas pecuniarias y privativas de derechos, así como para un eventual Derecho penal reparador. A todo ello puede hacerse frente desde una configuración dualista del sistema de Derecho penal, con reglas de imputación y principios de garantía a dos niveles. (Silva, 2011, p. 174)

En esta línea, los casos en los que el hecho se produce en flagrancia o existen elementos de convicción sólidos que demuestran que la persona ha cometido un hecho delictivo en una situación de imputabilidad deberían resolverse por un camino distinto al de la exclusión del proceso penal y al de la inacción estatal; más aún si se toman en cuenta los intereses preventivos y protectores desarrollados en el acápite anterior:

De este modo, nos parece legítimo que en este escenario el Estado decida, luego de un proceso corto que permita la intervención de la defensa del imputado, tomar una medida orientada al cumplimiento de los siguientes fines: (i) prevenir castigos arbitrarios e informales contra la persona que cometió el hecho a través de la medida que implique menor intervención; (ii) prevenir conductas delictivas, al buscar que el individuo pueda ser motivable por la norma penal; y (iii) apoyar a la persona para que disfrute más ampliamente de su capacidad jurídica sin lesionar bienes jurídicos de terceros.

Así, el escenario que hemos configurado constituye uno de los supuestos frecuentemente asociados al «apoyo intenso» o «estado de toma de decisiones facilitadas» antes explicado.

Proponemos, entonces, que en estos casos se imponga una medida que denominamos «preventiva de apoyo psicosocial» que, a diferencia de la medida de seguridad, no suponga la imposición de un tratamiento psiquiátrico destinado a «curar» y sustituir la voluntad de la persona, sino que implique una forma de asistirle para que, a través del apoyo psicosocial, recupere su capacidad jurídica, comprenda la antijuricidad de sus actos y tome decisiones sin lesionar bienes jurídicos de terceros (Rodríguez, 2016, p. 113).

La medida antes descrita debería estar limitada por un marco temporal mucho menor que el de las penas, el cual debería ser establecido en un proceso legislativo que cuente con la participación de los colectivos de personas con discapacidad psicosocial. Más aún, esta medida debería respetar las salvaguardias descritas en el apartado 3.2, por lo que tendría una intensidad mucho menor que la prisión y la medida de seguridad de internación. Lo antes dicho justifica su imposición en un proceso judicial más breve, siempre que se esté en situaciones de flagrancia o existan elementos de convicción sólidos.

Cabe señalar que si luego de cumplida la medida preventiva de apoyo psicosocial la persona comprende la antijuricidad de sus actos, correspondería instaurar la conferencia restaurativa descrita en el apartado anterior. En cambio, si cumplido el plazo de esta medida la persona no puede hacerlo, corresponderá el cese de toda intervención estatal. En otras palabras, la sociedad asumiría el riesgo de que dicha persona vuelva a cometer un acto ilícito, tal como sucede con la liberación de reincidentes o delincuentes habituales.

### 5. La naturaleza jurídica de las medidas alternativas a la medida de seguridad

Hemos propuestos tres medidas alternativas ante diferentes escenarios, las cuales pueden ser visualizadas en el siguiente cuadro:

Tabla 2

*Propuestas de alternativas a la medida de seguridad*

	Medida excepcional de apoyo psicosocial	Conferencia restaurativa	Medida preventiva de apoyo psicosocial
Situación frente al delito	Inimputabilidad	Inimputabilidad	Inimputabilidad
Situación frente al proceso judicial	No motivable por la norma penal	Motivable por la norma penal	No motivable por la norma penal
¿Expresa su voluntad?	No	Sí	Sí

*Nota:* Elaboración propia.

Ahora bien, ¿pertenecen estas medidas al derecho penal? Para responder a esta interrogante será necesario retomar la discusión sobre el «núcleo» de este ámbito del derecho. En este sentido, no debemos olvidar que las medidas alternativas propuestas suponen una situación de inimputabilidad, por lo que carecen de un fin de reproche o censura por el acto cometido. Si se considera que la esencia del derecho penal es la censura, es lógico afirmar que las medidas impuestas en situaciones de inimputabilidad no pertenecen al derecho penal, que la pena debe constituir su única manifestación y que se debe eliminar el fraude de etiquetas

provocado por el ocultamiento de penas «latentes» (Zaffaroni, Alagia, y Slokar, 2006, p. 31) o «encubiertas» a través de nomenclaturas como «medidas de seguridad» o «medidas socioeducativas». De esta forma, Meini (2013) indica lo siguiente:

El inimputable no tiene capacidad para dialogar en derecho penal. El derecho penal, lejos de desvalorar los comportamientos de los inimputables, solo podrá contemplarlos como quien observa caer la lluvia o cualquier otro aspecto de la realidad que no puede ser normado [...].

La principal consecuencia que deriva de todo esto es el rechazo del sistema dualista que distingue entre penas y medidas de seguridad, y la consiguiente necesidad de apostar por un sistema unitario. (pp. 166-167)

Por el contrario, si asumimos que el «núcleo» del derecho penal es la prevención de los delitos, no existen problemas con admitir figuras jurídico-penales que no supongan la imputabilidad, siempre que estas constituyan consecuencias jurídicas que respondan a un hecho delictivo y se orienten a evitar la futura comisión de hechos delictivos. De este modo, el derecho penal no estaría conformado solo por un sistema de penas sino también por otros sistemas jurídico-penales de asignación de hechos y de garantías protectoras. Sobre la legitimidad y validez de estos sistemas, Silva Sánchez señala lo siguiente:

Estimo posible sostener la idea de que la configuración de los diversos sistemas jurídicos de imputación del hecho al sujeto, así como la de las garantías generales de cada sistema, tienen una clara dependencia de las consecuencias jurídicas del mismo, su configuración y su teleología. (Silva, 2011, p. 168)

En este esquema, las medidas alternativas a la medida de seguridad propuestas pueden conformar un sistema paralelo al sistema de penas ubicado dentro del derecho penal, siempre que constituyan respuestas jurídicas ante un hecho lesivo a bienes jurídicos orientadas a la prevención de los mismos. Si esto es así, resulta evidente que la primera medida alternativa propuesta no constituye, en ningún sentido, parte del derecho penal. Y es que la «medida excepcional de apoyo psicosocial» se impondría ante todos los casos de personas con discapacidad psicosocial que se encuentren en un estado de riesgo para sus vidas y que no puedan comunicar su voluntad, sin importar que hayan o no cometido un hecho delictivo. Más aún, el único fin de esta medida es brindar a la persona un «apoyo intenso» en el ejercicio de su capacidad jurídica y no prevenir futuros hechos delictivos.

Por el contrario, la «conferencia restaurativa» y la «medida preventiva de apoyo psicosocial» se impondrían, en parte, como mecanismos para prevenir la comisión futura de hechos lesivos a bienes jurídicos. Por esta razón, estas dos medidas podrían formar parte de un sistema jurídico-penal de asignación de hechos y de garantías protectoras paralelo al sistema de penas. El diseño de este modelo preventivo de derecho penal sería el siguiente:

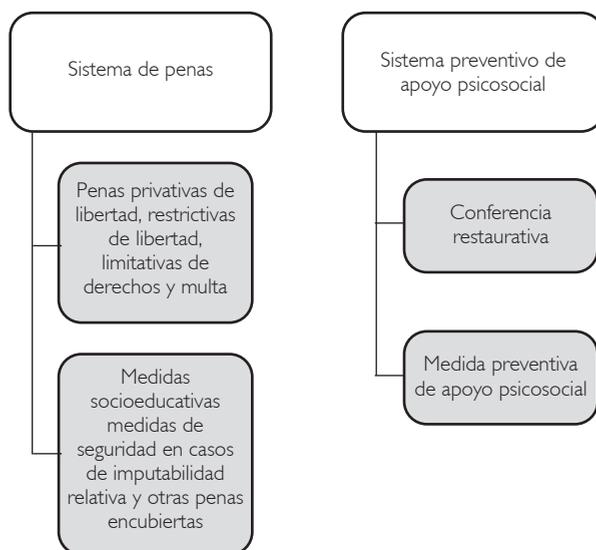


Figura 2. Sistema de penas y sistema preventivo de apoyo psicosocial propuesto. Elaboración propia.

## 6. Conclusiones

Las principales conclusiones a las que hemos arribado en este trabajo son las siguientes:

- (i) En la literatura penal y criminológica existe un debate sobre lo que constituye la esencia, o núcleo, del derecho penal. Para un sector este está formado por la censura o reproche, mientras que para otro lo está por la prevención de hechos delictivos. Si bien actualmente la relación entre ambas posturas no es plenamente antagónica, la identificación de uno de estos elementos como esencial y de otro como marginal puede llevarnos a diferentes conclusiones. Por otro lado, el Estado constitucional de derecho exige que el núcleo del derecho penal también se encuentre formado por la protección del infractor ante castigos arbitrarios. Por este motivo es indispensable que se establezcan y respeten principios que protejan al infractor.
- (ii) La medida de seguridad de internación contradice los postulados del modelo social de la discapacidad y de la Convención. Esto en tanto que se fundamenta en la curación forzada o en la neutralización de la persona con discapacidad psicosocial, finalidades que son correspondientes con el modelo rehabilitador y de prescindencia de la discapacidad. De esta forma, la medida de seguridad de internación representa una violación de los derechos de las personas con discapacidad a la dignidad, capacidad jurídica, autonomía, libertad, a vivir de forma independiente y ser incluidas en la comunidad, reconocidos por la Convención.
- (iii) La inimputabilidad no es un diagnóstico general, un sinónimo de discapacidad psicosocial ni un juicio de minusvalía. La inimputabilidad es una categoría jurídica que se aplica cuando el sujeto no pudo comprender el mensaje de la norma penal que le prohibía determinado comportamiento. Por este motivo, es posible que la persona

con discapacidad psicosocial cometa un hecho ilícito en situación de imputabilidad, lo que conllevaría la imposición de una pena.

- (iv) Como alternativa a la medida de seguridad se ha propuesto una medida excepcional de apoyo psicosocial en los casos en que la persona que comete el hecho delictivo en situación de inimputabilidad se encuentra en un estado de riesgo y en una situación que no le permite manifestar su voluntad. Esta medida constituiría un «apoyo intenso» orientado a descubrir la voluntad de la persona. Al no estar orientada a la prevención de delitos ni requerir de la imputabilidad, esta medida no formaría parte del derecho penal.

En los supuestos en los que la persona cometió el hecho delictivo en situación de inimputabilidad y luego recuperó su capacidad penal, se sugiere la aplicación de una conferencia restaurativa en la que los diversos actores involucrados en lo acontecido dialoguen, y donde se motiva a la persona a tomar los apoyos necesarios para evitar encontrarse nuevamente en una situación en la que no sea motivable por la norma penal. Esta medida tendría por finalidad evitar futuros delitos y proteger al infractor de castigos arbitrarios por parte de la sociedad.

Finalmente, en los casos en donde el individuo realizó el hecho delictivo en situación de inimputabilidad y no ha recuperado su capacidad penal, se sugiere la imposición de una medida preventiva de apoyo psicosocial. Esta medida sería impuesta solo en casos de flagrancia o en los que existan elementos de prueba contundentes, y se orientaría a evitar futuros delitos, proteger al infractor de castigos arbitrarios y permitirle que ejerza su capacidad jurídica sin lesionar bienes jurídicos de terceros.

- (v) Si se adopta una postura retributiva, las medidas antes indicadas no formarían parte del derecho penal porque no incluyen el elemento de reproche. Por el contrario, si se adopta una postura preventiva, es posible constituir un sistema jurídico penal paralelo al de penas, en el que se incorporen la medida preventiva de apoyo psicosocial y la conferencia restaurativa.

## REFERENCIAS

- Basaglia, F. (1979). La institución psiquiátrica de la violencia. En *Razón, locura y sociedad* (pp. 15-34). México DF: Siglo XXI.
- Bach, M. (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 F. Bariffi, y A. Palacios (Coords.), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos* (pp. 55-107). Buenos Aires: Ediar.
- Bariffi, F. (2014). *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. Madrid: CERMI.
- Benavides, A. F. (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 de doctorado en Derecho). Madrid: Universidad Carlos III, Facultad de Derecho.
- Bentham, J. (1926). *Teoría de las penas y las recompensas* (Tomo 1.º; J. R. Masson, Dir.; traducción de la 3.ª ed.). París: Masson e Hijo. (3.ª ed., 1826; 1.ª impresión, 1811).
- Beccaria, C. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas* (M. Martínez Neira, Trad.). Madrid: Universidad Carlos III. (1764).
- Bottoms, A., y Von Hirsch, A. (2010). The crime-preventive impact of penal sanctions. En P. Cane, y H. Kritzer (Eds.). *The Oxford handbook of empirical legal research* (pp. 97-120). Nueva York: Oxford University Press.
- Brando, P., Guzman, Y., Hernández, J. S., y Nieto, J. (2017). Imputabilidad, medidas de seguridad y discapacidad en Colombia. En *Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate: Reflexiones desde América Latina en tomo a los derechos de las personas con discapacidad* (pp. 53-79). México D.F: Ubijus.
- Braithwaite, J. (2002). *Restorative justice & responsive regulation*. New York: Oxford University Press.
- Bregaglio, R., y Rodríguez, J. (2017). Modelo social de la discapacidad y derecho penal: aproximaciones al ordenamiento jurídico peruano. En *Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate* (pp. 119-169). México D.F: Ubijus.
- Bustos, J. (2004). La inimputabilidad en un Estado de derecho. En *Obras completas* (Vol. 1, pp. 145-169). Lima: Ara Editores.
- Cid, J., y Larrauri, E. (2001). *Teorías criminológicas*. Barcelona: Bosch.
- Cid, J. (2009a). *La elección del castigo*. Barcelona: Bosch.

- Cid, J. (2009b). Medios alternativos de solución de conflictos y derecho penal. *Revista de Estudios de la Justicia*, (11), 111-130.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2013a). Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina. CRPD/C/ARG/CO/1.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2013b). Observaciones finales sobre el informe inicial de Australia. CRPD/C/AUS/CO/1.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2014a). Observaciones finales sobre el informe inicial de Bélgica. CRPD/C/BEL/CO/1.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2014b). Observaciones finales sobre el informe inicial de Ecuador. CRPD/C/ECU/CO/1.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2015). Observaciones finales sobre el informe inicial de Brasil. CRPD/C/BRA/CO/1.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2016a). Observaciones finales sobre el informe inicial de la República Plurinacional de Bolivia. CRPD/C/BOL/CO/1.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2016b). Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia. CRPD/C/COLL/CO/1.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2016c). Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile. CRPD/C/CHL/CO/1.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2016d). Observaciones finales sobre el informe inicial de Italia. CRPD/C/CHL/CO/1.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2016e). Observaciones finales sobre el informe inicial de Portugal. CRPD/C/PRT/CO/1.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2016f). Observaciones finales sobre el informe inicial de Uruguay. CRPD/C/URY/CO/1.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2017a). Observaciones finales sobre el informe inicial de Honduras. CRPD/C/HND/CO/1.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2017b). Observaciones finales sobre el informe inicial de la República Islámica de Irán. CRPD/C/IR/CO/1.
- Cuenca, P. (2012). Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos. *Revista de Estudios Políticos*, (158), 103-137.
- De Asís, R. (2013). *Sobre discapacidad y derechos*. Madrid: Dkysón.
- Feijoo, B. (2007). *Retribución y prevención general*. Buenos Aires: BdeF.
- Ferrajoli, L. (2006). Garantías y derecho penal. En J. A. Sotomayor (Coord.), *Garantismo y derecho penal* (pp. 3-12). Bogotá: Temis.
- Ferrajoli, L. (2010). La esfera de lo indecible y la división de poderes. En M. Carbonell (Ed.), *Democracia y garantismo* (pp. 102-109). Madrid: Trotta.

- Ferri, E. (1933). *Principios de derecho criminal* (J. A. Rodríguez Muñoz, Trad.). Madrid: Reus. (1928).
- Figuerola, H. (1975). *Código Penal comentado y concordado*. Lima: Inkari.
- Foucault, M. (2011). *Los anormales* (Horacio Pons, Trad.; 7.ª reimpresión). México DF: Fondo de Cultura Económica. (1.ª ed. en español, 2000; 1.ª ed., 1999).
- Freund, G. (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 J.-M. Landa Gorostiza (Ed.), y E. Garro Carrera (Coord.), *Delinquentes peligrosos* (pp. 25-48). Madrid: Trotta.
- Guastini, R. (2009). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En M. Carbonell (Coord.), *Neoconstitucionalismos* (pp. 49-73). Madrid: Trotta.
- Hassemer, W., y Muñoz Conde, F. (2012). *Introducción a la criminología y la política criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hegel, F. (1968). *Filosofía del derecho* (A. Mendoza Montero, Trad.; 5.ª ed.). Buenos Aires: Claridad. (1821).
- Heggin, M. F. (2017). Las medidas de seguridad en el sistema penal argentino: su contradicción con principios fundamentales del derecho penal y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En *Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate* (pp. 15-50). México D.F: Ubijus.
- Heggin, M. F. (2016). La inconstitucionalidad de las medidas de seguridad impuestas como consecuencia de la suspensión del proceso penal por discapacidad psicosocial del imputado. El caso del señor Acosta. *Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación*, (11), 23-49.
- Hurtado Pozo, J., y Prado Saldarriaga, V. (2011). *Manual de derecho penal. Parte general* (Tomo 2). Lima: IDEMSA.
- Jakobs, G. (1997). *Manual de derecho penal parte general*. Madrid: Marcial Pons.
- Jakobs, G. (2003). ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o configuración de la norma? En E. Montealegre (Coord.), *Libro homenaje al profesor Gunther Jakobs* (pp. 39-56). *El funcionalismo en derecho penal*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (2005). *El fundamento del sistema jurídico penal*. Lima: ARA.
- Jakobs, G. (2009). Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de medida de seguridad complementaria a la pena. *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, año 2009(1). Recuperado de <http://www.indret.com/pdf/601.pdf>
- Jiménez, R. (2008). *Derecho y discapacidad*. San José: Fundación Justicia y Género.
- Kant, I. (2005). *La metafísica de las costumbres* (A. Cortina Orts, y J. Conill Sancho, Trad.; 4.ª ed.). Madrid: Tecnos. (1797).
- Meini, I. (2013). La pena: función y presupuestos. *Revista de Derecho PUCP*, (17), 141-167.

- Meini, I. (2014). *Lecciones de derecho penal - parte general*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Minkowitz, T. (2006). United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the right to be free from nonconsensual psychiatric interventions [Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas y el Derecho de ser Libre para Consentir Intervenciones Psiquiátricas]. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 34(23), 404-428.
- Minkowitz, T. (2014). Rethinking criminal responsibility from a critical disability perspective: The abolition of insanity/incapacity acquittals and unfitness to plead, and beyond [Repensando la responsabilidad penal desde una perspectiva crítica de la discapacidad: Abolición de las eximentes por «locura»/incapacidad jurídica y de la incapacidad de alegar en el proceso, y más]. *Griffith Law Review*, 23(3), 443-466.
- Montealegre, E. (2003). Estudio introductorio a la obra de Gunther Jakobs. En E. Montealegre (Coord.), *Libro homenaje al profesor Gunther Jakobs. El funcionalismo en derecho penal* (pp. 21-35). Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.
- Montoya, Y. (2008). Reeducación, rehabilitación y reincorporación social del penado. En W. Gutiérrez (Dir.), *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo* (Tomo II, pp. 634-643). Lima: Grijley.
- Nino, C. A. (1989). *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Nino, C. A. (2003). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Oliver, M. (1998). ¿Una sociología de la discapacidad o una sociología discapacitada? En L. Barton (Coord.), *Discapacidad y sociedad* (pp. 34-58). Madrid: Morata.
- Palacios, A. (2008). *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Cinca.
- Palacios, A., y Bariffi, F. (2007). *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*. Madrid: Clínica.
- Ragués, R. (1999). *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch.
- Robinson, G., McNeill, F. y Maruna, S. (2014). Castigo en sociedad: La improbable persistencia de la probation y otras sanciones y medidas comunitarias. *Política Criminal*, 9(17), 147-181.
- Rodríguez, J. (2016). *Peligrosidad e internación en derecho penal*. Lima: IDEHPUCP.
- Rodríguez, J., y Morales, P. (2015). Penas para personas con discapacidad intelectual: Un análisis basado en el modelo social de discapacidad. En P. Urteaga, y A. Verona (Eds.), *Anuario de investigación CICAJ 2013-2014* (pp. 427-455). Lima: CICAJ y Departamento Académico de Derecho.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (D.-M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, y J. de Vicente Remesal, Trads.). Madrid: Civitas. (ed. alemana, 1994).

- Sánchez Málaga, A. (2016). El dolo: ¿Fenómeno espiritual o atribución normativa? *Themis-Revista de Derecho*, (68), 61-75.
- Silva, J. M. (1992). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch.
- Silva, J. (2003). *Normas y acciones en derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Silva, J. (2011). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades industriales*. Montevideo: BdeF.
- Szasz, T. (1979). El mito de la enfermedad mental. En *Razón, locura y sociedad* (pp. 83-102). México DF: Siglo Veintiuno.
- Terradillos, J. M. (2010). *Sistema penal y Estado de derecho*. Lima: ARA Editores.
- Von Hirsch, A. (1998). *Censurar y castigar*. Madrid: Trotta.
- Von Hirsch, A., Bottoms, A., y Wikstrom, P. (1999). *Criminal deterrence and sentence severity: An analysis of recent research* [Disuasión del crimen y severidad de la sentencia: Un análisis de las investigaciones recientes]. Cambridge: University of Cambridge Press.
- Von Litz, F. (1995). *La idea del fin del derecho penal. Programa de Marburgo* (C. Pérez del Valle, Trad.). Granada: Comares. (1882).
- Ward, T., y Maruna, S. (2007). *Rehabilitation. Beyond the risk paradigm* [Rehabilitación. Más allá del paradigma del riesgo]. Nueva York: Routledge.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A., y Slokar, A. (2006). *Manual de derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar.
- Zimring, F., y Hawkins, G. (1995). *Incapacitation: Penal confinement and the restraint of crime* [Incapacitación: Confinamiento penal y control del crimen]. Oxford: Oxford University Press.