

Psiquiatría forense:

Una revisión de la aplicación de las normas jurídicas aplicadas en caso de sospecha de in-imputabilidad

Carlos Sciolla Donoso*

Resumen

En este artículo se revisa el proceso penal que involucra la participación del psiquiatra forense, que conlleva en particular la revisión de los art. 455, 458, 464 y 155 contenidos en Libro IV del Título VII del Código Procesal Penal –CPP–¹ que, ante la aparición de antecedentes que permitan presumir [estimar] una condición de in-imputabilidad –[in-IMP]– por enajenación mental del imputado, se dispone la suspensión del procedimiento como una manera de garantizar especialmente sus derechos y se solicita al mismo tiempo un informe psiquiátrico pericial –info– que aporte antecedentes calificados que faciliten las resoluciones del Tribunal. Sin embargo, durante este período, se mantienen las dudas a la hora de tener que tomar medidas de protección o cautela. Ello sigue siendo un área de interpretaciones polares en la arena judicial.

A partir de la revisión de algunas sentencias, particularmente de la parte de la Corte Suprema –CS–, me permito documentar una fórmula para evitar esta controversia que surge al aplicar las normas jurídicas contenidas en el CPP en relación al tratamiento especial que se requiere ante la sospecha de [in-IMP] en el acusado, lo que permitiría congeniar una postura garantista de los derechos del imputado, respecto de la necesidad de considerar restringir las libertades del mismo, lo que ha sido catalogado como un "vacío" en la legislación, lo que ha motivado la discusión de su modificación a través de un proyecto de ley, aun en estudio en el parlamento.

La justificación de este escrito, más allá del interés que pueda despertar en abogados dedicados al tema, es la utilidad que pueda tener para médicos que puedan llegar a verse enfrentados a una petición de parte de Tribunales respecto de la realización de un informe clínico o directamente un informe pericial de tipo psiquiátrico, asumiendo que se trata de una tarea muy especial dentro de la práctica de la especialidad y al hecho que prácticamente no existe por ahora una formación académica dedicada al área.

Palabras clave: in-imputabilidad, medias de seguridad & peligrosidad

Abstract

This article reviews the criminal process that involves the participation of the forensic psychiatrist, which involves, in particular, the revision of art. 455, 458, 464 and 155 contained in Book IV of Title VII of the Code of Criminal Procedure which, given the appearance of antecedents that allow one to presume [estimate] a condition of non-imputability for mental alienation of the accused, the suspension of the procedure is provided as a way to especially guarantee his rights and at the same time an expert psychiatric report is requested –info– that provides qualified antecedents that facilitate the decisions of the Court. However, during this period, doubts remain when having to take protective or precautionary measures. This remains an area of polar interpretation in the judicial arena.

After reviewing some judgments, particularly on the part of the Supreme Court, I allow myself to document a formula to avoid this controversy that arises when applying the legal norms contained in the CPP in relation to the special treatment required before the suspicion of [in-IMP] in the accused, which would make it possible to establish a position that guarantees the rights of the accused, regarding the need to consider restricting the liberties of the accused, which has been classified as a "gap" in the legislation, which has motivated the discussion of its modification through a bill, still under study in parliament.

The justification of this writing, beyond the interest that it may arouse in lawyers dedicated to the subject, is the usefulness that it may have for doctors who may be faced with a request from the Courts regarding the preparation of a clinical report or directly an expert report of a psychiatric type, assuming that this is a very special task within the practice of the specialty and the fact that there is practically no academic training dedicated to the area at the moment.

Keywords: non-imputability, security measures & dangerousness

* Unidad de Evaluación de Personas Imputadas, Hospital Philippe Pinel, Putaendo, Valparaíso. Marzo 2020.

1. A modo de facilitar la lectura del documento, cuando sea posible reemplazaré algunos términos claves con abreviaturas. El uso de comillas para resaltar algunos conceptos es en razón de que siguen teniendo un carácter presuntivo. En algunos casos se usan corchetes para destacar comentarios propios sobretodo dentro de citas. Se usan subrayados y negritas para resaltar términos o conceptos relevantes.

Introducción

Tratándose de materias que no forman parte de mis dominios profesionales, he podido apoyarme en los análisis de autores nacionales, en particular de la Dra. María Inés Horvitz, el Prof. Diego Falcone y la Jueza Rocío Oscariz, en lo referido a: i) la imputabilidad –[IMP]– (piedra angular del derecho penal), ii) la adopción de medidas cautelares generales o especiales, iii) la declaración de enajenación mental, y iv) la imposición de Medidas de Seguridad y Corrección [MdeS] a personas declaradas [in-IMP], las cuales se transforman en sucesivos apartados en este artículo.

El rol asumido por la psiquiatría pareciera estar en las raíces de la definición jurídica del concepto de [IMP], dado que interesa atribuir (desde la subjetividad) a alguien la "responsabilidad" en un hecho; en concreto este rol se materializa en la construcción de un info, el que, para ser considerado por la judicatura como un antecedente calificado para la toma de decisiones respecto del caso, debiese sostenerse en adecuados criterios de validez y confiabilidad. Considerando la conducta humana como un área borrosa, se constituye en un esfuerzo importante transferir información consistente desde el área clínica hacia el área penal. Y para que esta tarea sea más provechosa, exige un acercamiento de ambos dominios y la búsqueda de un entendimiento mutuos.

Regularmente los conceptos de culpabilidad, responsabilidad e imputabilidad se han intercambiado en su uso, pero tras su análisis pretendo haber dilucidado sus relaciones [ver esquema más abajo], lo que será abordado en el primer apartado. Posteriormente, discutiré como operan los procedimientos legales ante la sospecha de enajenación mental, los que incluyen la

suspensión del procedimiento y la adopción de medidas cautelares y, la finalización del proceso que en un tercio de los casos pudiese involucrar la imposición de una [MdeS] de internación hospitalaria; por último, en las conclusiones, se planteará una fórmula operativa para intentar salvar el "vacío" percibido.

I) Naturaleza de la imputabilidad y determinación de in-imputabilidad

Definición de imputabilidad e in-imputabilidad

Es habitual conceptualizar la [IMP], como la capacidad de un sujeto para comprender la ilicitud de un hecho y de actuar de acuerdo a tal comprensión, por lo que la [in-IMP] se definiría –negativamente– como la in-capacidad² para comprender la ilicitud de un determinado hecho y/o la in-capacidad para actuar conforme a la comprensión de la ilicitud de aquel; es decir, se podrían distinguir sub-elementos: la vertiente objetiva y la subjetiva –ver esquema–. Esta última es la que habitualmente se pide sea evaluada desde el ámbito psiquiátrico forense (aunque aun no se cuente con herramientas probatorias directas, pese al bagaje que han aportado las neuro-ciencias).

Es así que la condición de [IMP], en su vertiente subjetiva, puede ser corroborada utilizando un punto de vista psico-social para comprobar la ausencia de un impedimento de tipo psíquico³ que hubiese podido actuar como barrera para la correcta comprensión del hecho y, en consecuencia, determinar la conducta ilícita cometida. Aunque este abordaje resulta de una simplificación de la realidad que en general no permite tal distinción o separación, teóricamente también sería posible corroborar en forma independiente la ausencia de un impedimento psíquico en la instancia objetiva.

"doloso" o 'voluntario' (conc.anti-jur. o ilicitud) - "sujeto activo"

Esquema:

Relaciones de los términos Culpabilidad, responsabilidad e imputabilidad:

Definición del término	Sub-elementos	Concepto jurídico	Fenómenos observables	in-imputabilidad
Imputable quien es responsable o digno de reproche por la comisión u omisión de un hecho [capacidad de atribución de culpa , o culpabilidad]	- capacidad del agente de comprensión ilicitud –vertiente cognoscitiva o subjetiva o dolo –[en ausencia de impedimento] - capacidad del agente de dirigir (intención) la actuación de modo responsable –vertiente volitiva u objetiva – [en ausencia de impedimento]	- capacidad del agente de adecuación a la norma (juricidad) - capacidad de auto-determinación	vínculo entre actor e ilícito [anti-juricidad] doctrina alemana comisión ilícito [hecho típico]	falta de condiciones para ser objeto (el autor) de reproche o de no exigibilidad de comportamiento conforme a derecho por ausencia o incapacidad para accionar de modo distinto [error de tipo]

- Era común definir la discapacidad (disability) como "la restricción (debido a una deficiencia funcional o estructural) de la capacidad para realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se consideran adecuados para una persona". Sin embargo, de acuerdo al nuevo paradigma **social**, que implica favorecer el Enfoque de Derechos, considera la discapacidad ya no como un atributo personal sino "el resultado de las inter-relaciones sociales, por lo que no sólo está determinada por una condición médica, sino también por las barreras físicas y sociales que el entorno impone" [Art. N° 1, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CDPD, Asamblea General de la ONU, 2006]; por lo mismo esto exige la adopción de medidas integrales dirigidas al involucrado, las que debiesen acrecentar el nivel de autonomía, aseguren su participación en las decisiones que lo afecten y garanticen la adaptación de su entorno a sus necesidades.
- Incluso para algunos autores esa barrera pudiese ser de carácter cultural, generando un error por ignorancia de su prohibición.[irj3rjx](#)

Repercusiones médico-legales

Más allá de la discusión teórica que está a la base de las diferentes posturas históricas respecto de cómo operaría el actuar "libre" del ser humano, mi tarea como perito es llegar a objetivar la existencia de un impedimento representado por lo general por un "padecimiento" o "desorden"⁴ mental, cuya magnitud, grado de influencia y extensión temporal sean tales como para afectar sustancialmente las "capacidades" del afectado. Este impedimento actuaría directamente sobre el elemento *culpabilidad* —o más precisamente en el sub-elemento dolo— e indirectamente en los otros dos elementos de la triada [*anti-juricidad* y la *tipicidad*] implicadas en la participación en un hecho delictivo⁵. Por lo tanto, en una declaración de [in-IMP], debiese poder demostrarse la merma de dichas capacidades para poder suspender todo reproche y de no exigibilidad de un comportamiento conforme a derecho. Como consecuencia de lo anterior, se podría dar la imposición de una [MdeS] de parte de la judicatura (una vez resuelto el etiquetamiento o no del caso como de alto grado de "peligrosidad"⁶, término polisémico acuñado durante el predominio del positivismo criminológico), dada la vigencia hasta hoy del binomio culpabilidad-pena y su contraparte peligrosidad-medida de seguridad.

Visiones alternativas

En una mirada más amplia, se requiere considerar la fase vital del desarrollo de la persona, sus características psíquicas y su estado de conciencia, las que influirán en la capacidad de comprender los mensajes normativos y, por consiguiente, motivarse por ellos. No obstante, nor recuerda Horvitz, "este entendimiento puramente individual de la [IMP], no nos puede hacer olvidar la in-accesibilidad normativa de aquellos que habitan sectores marginales de la sociedad que, lisa y llanamente, no participan de la racionalidad hegemónica del Estado expresada en un determinado orden jurídico", por lo que "la colectividad no puede exigir al individuo motivarse por las normas, existiendo incluso

corresponsabilidad del Estado si no se proporcionaron los medios al sujeto para participar en los bienes sociales y en la internalización (comunicativa) de los valores hegemónicos" [10].

A este punto, aplicando el marco conceptual realizado hasta ahora, si nos centramos en el elemento anti-juricidad aplicado a un caso afectado por un "padecimiento" mental y analizado por Carnevali & Artaza en su artículo [3], en que el Defensor Penal Público —DPP— plantea el dilema de constatar que, dado el contexto en que ocurren los hechos, el imputado podía "no estar en condiciones de re-conocer que su comportamiento se podría traducir a un tipo penal determinado", por tanto no se cumpliría el requisito del tipo subjetivo para plantear la existencia de dolo⁷, en lo que se conoce como una comisión u omisión psíquicamente condicionada, por lo que tampoco tendría sentido la pregunta por la culpabilidad del autor. Este análisis lo graficaremos revisando un caso mencionado por los autores, en el cual nos tocó actuar como perito:

"El día 29 de abril del año 2015, a las 23:00 horas aproximadamente, el imputado de nombre J. L. M. Ch. se constituyó en el domicilio de la afectada J. P. B. A. [familiar directo] en la ciudad de San Antonio, gritándole insultos, incumpliendo la medida cautelar dictada en resolución de causa RIT 2394-2015 de fecha 24 de abril del mismo año por el Tribunal de Garantía de la ciudad, imponiendo la prohibición de acercarse a la víctima a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar que concurra, la cual se encontraba vigente a la época de ocurrencia de los hechos y notificada en forma personal al imputado."

De acuerdo a lo esgrimido por el Ministerio Público —MP—, "(...) los hechos descritos constituían el delito de desacato, encontrándose dicho ilícito en grado de consumado, correspondiéndole al acusado la calidad de "autor". Lo relevante del caso es que se determina en juicio⁸ que el acusado "padecía

4. Se prefiere el uso de este término, como traducción literal de la palabra inglesa "disorder", en vez de "trastorno" o "enfermedad", como extensión genérica a toda la gama de cuadros de naturaleza psíquica, aun cuando puedan o no estar determinados o influidos por una noxa de origen biológico, faltando construir una fórmula que permita disponer de puntos de corte más precisos para determinar el grado de afectación que provoca el "desorden" para estimar su impacto legal.
5. Toda acción (mandato) u omisión (prohibición) voluntaria [deliberada] penada por la ley.
6. Término polisémico por el solapamiento de al menos 3 referentes: reincidencia, enfermedad mental y violencia [Ver Pueyo, "Peligrosidad criminal: análisis crítico", 2009]. Aun persisten dudas y cuestionamientos en la utilización del término "peligrosidad", como lo recuerda el Documento de Trabajo N° 2 de la DPP "La peligrosidad del enajenado mental en la jurisprudencia penal", 2017 [5].
7. Dolo, del latín dolus, trampa; querer la realización deliberada de un tipo penal a sabiendas de su ilicitud. A propósito, Carnevali & Ariaza citan un dictamen de la CS (de abril de 2013, Rol: 1179 – 2013) "... si bien la prueba del dolo es una de las cuestiones más problemáticas en la sede procesal penal, la determinación acerca de su concurrencia ha de basarse en precisas circunstancias que demuestren al exterior el íntimo conocimiento y voluntad del agente, toda vez que, como todo lo que se guarda en lo más profundo de la psiquis del individuo, sólo puede probarse por una serie de datos que **manifiesten** [atribuyan, imputen] la intención requerida. Por consiguiente, el dolo, elemento subjetivo necesario para imponer una sanción penal, solamente puede conocerse y fijarse por un proceso de inducción (...). La falta de prueba directa acerca de un concreto estado de la conciencia o de la voluntad, lleva a la denominada prueba de indicios, para, a través de ciertos datos exteriores completamente acreditados, inferir la realidad de este estado de espíritu del autor de la infracción penal (...)."
8. No resulta in-habitual que en la etapa de juicio oral se revise la decisión del juez de garantía de no otorgar la in-imputabilidad [que exige un requerimiento, según el Art. 462 CPP, para la aplicación del Art. 10 N° 1 del Código Penal —CP—]; por contraste el Oficio 286/2010 del Fiscal Nacional, con criterios para la actuación de los Fiscales Regionales, menciona que sólo resulta "factible debatir sobre el delito, la participación y la probabilidad de atentado del imputado y, conforme a ello, resolver la procedencia o no de aplicar una [MdeS], de modo tal que se instruye para oponerse a cualquier planteamiento de la defensa que tenga por objeto plantear la [in-IMP] en esa instancia". Al respecto Horwitz señala, "en un número importante de casos el objeto central del debate en el JJOO será, justamente, la determinación de la calidad de [in-IMP] o no del acusado (...). En estos casos el Tribunal Oral en lo Penal —TOP— deberá decidir, si el acusado, al momento de cometer el hecho imputado, era o no capaz de culpabilidad. Si el tribunal adquiere la convicción de que se comprueba la [in-IMP] por enajenación mental, no le cabe otra resolución que la **absolución**. Por consiguiente, en caso alguno podría decidirse la aplicación de una [MdeS], puesto que, no habiéndose aplicado el procedimiento especial, (...) ha precluido procesalmente tal posibilidad y, porque ha debido probarse la "peligrosidad" del acusado (...)."

de un *'desorden'* crónico (espectro esquizofrénico con deterioro psico-orgánico moderado) el que no le permitía tomar decisiones, ni auto-determinarse, ni anticiparse a las consecuencias de sus conductas. Su *'desorden'* afectaría la mayor parte de las funciones cognitivas y psíquicas." El tribunal concluye que en tales circunstancias el hecho no constituía un ilícito penal "por ausencia del elemento culpabilidad", ya que el acusado, a la época de los hechos se encontraba en una situación de enajenación mental [Art. 10.1 CP]. Con todo, el tribunal reconoce que se cumplían los requisitos de la tipicidad y de la anti-juricidad, pero "sin que pueda establecerse el elemento subjetivo o dolo específico de desacatar el mandato judicial". Frente a tal resolución se interpone por parte de la defensa del condenado un recurso de nulidad —Art. 373 b) CPP—, entre otras razones por la imposibilidad de que el encartado pudiese incumplir una orden judicial por tratarse de un [in-IMP] [bajo un impedimento psíquico] y, por tanto, "no existió conocimiento de la prohibición que le afectaba". En suma, y lo que acá interesa, es que el acusado, pese a haber sido notificado verbalmente de la orden judicial que prohibía acercarse a determinada persona, —debido a su condición de enajenado mental—, no habría estado en condiciones de conocer que se le estaba comunicando determinada resolución de un tribunal y, por ende, de concebir la prohibición. Por lo mismo, por el hecho de acercarse a esta persona [por motivaciones de tipo básicas], no estaba en condiciones de entender que estaba incumpliendo una orden de un juez. Como sostiene la Corte de Apelaciones —CA—: "...puede afirmarse que los sentenciadores han tenido como hechos indubitados en la causa, los siguientes: ... que no actuó con dolo, entendiéndolo por tal, la falta de conocimiento y comprensión de la prohibición de acercamiento que se le impuso".

En síntesis, lo que plantea este dilema es la importancia de examinar las circunstancias personales del sujeto, a propósito del examen de culpabilidad, a propósito de lo que se entiende por [IMP] —o capacidad de culpabilidad—, que debieran tener incidencia a la hora de revisar los otros elementos de la triada, específicamente el de la anti-juricidad (como elemento subjetivo).

Se sostiene que la imposición de una [MdeS] a un [in-IMP] requiere que éste hubiera realizado en el caso de un delito doloso, tanto el tipo objetivo como subjetivo, lo que no se cumpliría en el caso —y similares— como acabamos de ver, por falta del aspecto subjetivo del hecho respectivo. De lo que sí existe acuerdo es que las [MdeS] sólo pueden imponerse en los casos que, con posterioridad a la comisión de un ilícito, se verifique su "peli-

grosidad"⁹, en el sentido de una alta probabilidad de comisión de un nuevo hecho anti-jurídico [de acuerdo a los presupuestos del Art. 455 CPP, —ver flujograma más adelante—].

Otras consideraciones

Como apunta Falcone [8], "desde la perspectiva del Derecho Penal de la Culpabilidad, si un individuo es considerado [in-IMP] al momento de ejecutar el comportamiento típico y anti-jurídico, queda exento de responsabilidad criminal. Y como solo debe atenderse a aquel instante [retrospectivamente], no es necesario que el motivo que sirvió de fundamento a la eximente, "subsista" durante el desarrollo del proceso. Cosa distinta es que, para la aplicación de una [MdeS], la insuficiencia mental "grave" que sirve de base para sostener la [in-IMP], y a cuya existencia se asoció la "peligrosidad"¹⁰ deba prolongarse en el tiempo para que pueda ser tomada en cuenta al momento de dictarse la sentencia definitiva". Esto obedecería al principio consistente en que sin "peligrosidad" no hay [MdeS] (Arts. 455 y 457 CPP).

Respecto a la coexistencia de "in-capacidad" (de acuerdo al estado actual del sujeto) e [in-IMP] en una persona, en opinión de Falcone, "tratándose del caso chileno, el sujeto legalmente es un imputado, así que no cabe duda de que el derecho de defensa le corresponde plenamente; por otra parte, es procesalmente "incapaz", aunque formalmente la ley lo trata como una persona capaz, pues resulta evidente que el problema de la validez de los actos pasa a segundo plano, frente a la necesidad de finalizar la instancia mediante una condena, un sobreseimiento definitivo o una sentencia absolutoria. Afortunadamente recibe ayuda para suplir las carencia de comprensión del proceso de parte del DPP y de la figura del *curador ad litem* [nombrado de acuerdo al Art. 459]".

Resumen

La determinación de [in-IMP] requiere demostrar la existencia de un impedimento de carácter psíquico de suficiente magnitud como para afectar la vertiente subjetiva del aparato psíquico (cuya demostración depende en gran medida de la recuperación de suficientes datos biográficos, dado que mientras más completos sean, más sólida es la evidencia), cuya implicancia jurídica se constata en la suspensión del juicio de reproche o culpabilidad frente a la participación de un imputado en un hecho típico, quedando en duda la posibilidad de considerar la ausencia del segundo elemento de la triada, la anti-juricidad, a consecuencia de la [in-IMP].

9. En este caso la "peligrosidad" se evalúa en base a una proyección a futuro; desde un punto de vista diacrónico, se podría considerar también una de carácter inminente y, si se considera el momento de ocurrido el hecho, una de carácter pretérito.
10. Como señala Falcone, op. cit. 2007, en este caso nos referiremos a la "peligrosidad" criminal y post-delictual, para diferenciarla de la social o la de estados "peligrosos" y, que exige considerar un juicio de pronóstico concreto y específico respecto de determinados delitos contras bienes personales, como lo señala el considerando 20° de la sentencia del RIT 116-2017, TOP de La Serena, mencionado en el Documento N° 2 de la DPP.

II).- Suspensión del procedimiento y medidas cautelares generales y especiales

Necesidad de decretar medidas cautelares tras la suspensión del procedimiento

Consideramos ahora el siguiente caso que nos permitirá avanzar en la comprensión de la regulación judicial y sus aplicaciones. Nos apoyamos en la sentencia de la CS, que acogió el recurso de amparo presentado.

Santiago, 20/8/201: 1°.- Que la medida de [i.p.], según prescribe el art. 464 del CPP, puede decretarse cuando el informe psiquiátrico practicado al imputado señale que sufre una grave alteración o insuficiencia en sus facultades mentales que hicieren temer que atentará contra sí o contra otras personas. 2°.- Que queda en evidencia que no resultaba procedente dictar tal medida cautelar, al no haber sido aún evacuado el informe psiquiátrico de rigor. 3°.- Que, sin perjuicio de lo anterior, hace aplicables las reglas de los párrafos 4° y 6° del Título V del Libro Primero. De esta manera, es factible imponer las medidas cautelares del art. 155 del CPP. 4°.- Que se imputa a M. J. B. G. la comisión del delito de lesiones graves en contexto de VIF, hechos que tienen asignada la penalidad de presidio menor en su grado medio. Tales hechos habrían sido cometidos en contra de su padre. De esta manera, aparece que resulta necesario dar protección a la víctima de los hechos indagados, para lo cual las medidas cautelares del art. 155 aparecen adecuadas y proporcionales. Y visto, además, lo dispuesto en el art. 21 de la Constitución Política de la República, se revoca la resolución apelada y en su lugar se declara que se acoge el recurso de amparo interpuesto, y se deja sin efecto la decisión que lo sometió a internación provisional. Sin perjuicio de ello, se decreta la medida cautelar de la letra b) del artículo 155 del CPP, quedando el amparado bajo la vigilancia del Hospital Philippe Pinel, el que una vez realizada la evaluación dispuesta por el Juzgado de Garantía de Talca, lo pondrán de inmediato a su disposición con el propósito de que se resuelva su situación procesal como en derecho corresponda. Rol N° 11.359-15.

Más allá de las dificultades que se producen frente a la consideración de una medida cautelar especial como es la Internación Provisional —[i.p.]— Art. 464 CPP inc. 1 —rama 1 del flujograma—, tras la suspensión del procedimiento dispuesta en el art. 458, para aquellos casos en que aparecen antecedentes *calificados* de distinta innoble y que permiten presumir la [in-IMP] por enajenación mental del imputado, tal y como está dispuesta

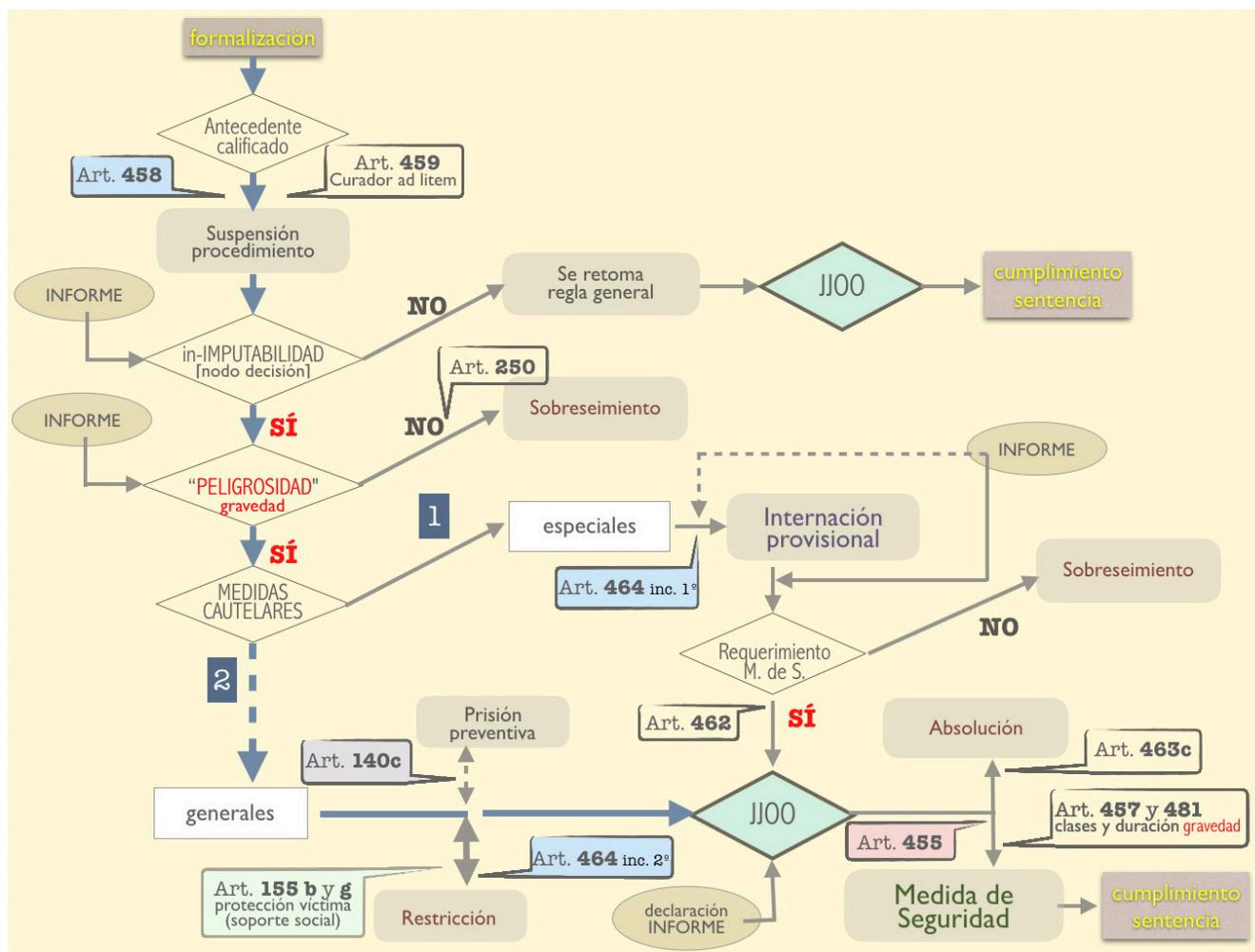
en nuestra legislación, demuestra ser —según Falcone— [7] una institución compleja. Detalla este autor en su artículo de la evolución de la postura que adoptó la CS: "(...) en un comienzo, se ciñó estrictamente al tenor de la disposición legal y dio a la suspensión un alcance máximo (por ejemplo, sentencia de 2009, Rol 8.131-2009), que suponía la paralización de toda actividad procesal en su transcurso, a la espera de la recepción del info ordenado por el juez. No obstante, esta posición reveló prontamente su incapacidad de conciliar un pretendido reforzamiento de las garantías del imputado, con las necesidades de desarrollar una oportuna actividad de investigación y, de someter al sujeto a *medidas cautelares*". Cabe señalar que en la práctica, dada la disminución de peritos en el SML y el atochamiento de solicitudes en las UEPI —tanto del HPP como del Instituto Horwitz— con aparición de listas de espera, esta situación tomó más relevancia. Agrega Falcone "(...) últimamente, parece haberse llegado a una interpretación que busca un equilibrio (como es el caso de la sentencia recién referida o la de noviembre de 2015, Rol 28.370-2015). En primer lugar la *suspensión del procedimiento* NO importa una paralización absoluta del éste, pudiendo así desarrollarse actos de investigación por parte del MP y, además, aplicarse medidas cautelares generales de conformidad con la interpretación que la CS hace del art. 464 inciso 2° —rama 2 del flujograma—. Las limitaciones a la persecución penal están dadas para proteger de actos jurídicos al [in-IMP] ante los cuales no esté preparado para enfrentar. De allí la importancia de designar ya en estas instancias un *curador ad litem*, que represente al imputado en los actos judiciales".

Utilización de medidas cautelares generales y especiales

De acuerdo a lo referido, en el ámbito de las *medidas cautelares* la evolución del criterio de la CS implicó admitir la aplicación del régimen común estando ya suspendido el procedimiento, pero descartando hasta hoy la *prisión preventiva* —[p.p.]—y prefiriendo siempre las medidas del Art. 155. —rama 2 del flujograma—. Lo anterior a través de dos líneas argumentales: a) ante la falta de especificaciones en el Art. 458, lleva a concluir que en ésta deben aplicarse las reglas generales; b) en referencia al Art. 464 inc. 2°, que si bien la [i.p.] era improcedente ante la ausencia del info respectivo, no sucedía lo mismo con las demás medidas cautelares. También se entendió que sus requisitos de aplicación eran los generales dispuestos en los Arts. 140 y, [adicionalmente]¹¹ el info señalando si el imputado sufría una "*grave*" insuficiencia en sus facultades mentales que hicieren temer que **atentará contra sí o 3°** —ver diagrama de Venn en el último apartado, en que se aborda esta imbricación de requisitos entre los artículos involucrados—.

11. En la redacción del artículo se utiliza el conector lógico aditivo "y" que podría interpretarse no como una exigencia sino como algo deseable; conviene recordar, en todo caso, que se ha instaurado en la jurisprudencia que la declaración de in-imputabilidad es de exclusiva responsabilidad de los jueces.

Flujograma del proceso penal y de toma de decisiones de acuerdo al CPP.



El problema se reactivó debido a que se sometieron al conocimiento de la CS casos en que, por una parte, la **“gravedad”** del delito imputado ameritaban una limitación de la libertad personal mayor que la que podía imponerse por la vía del Art. 155, y por otra, la reticencia en el uso de la [p.p.] a causa de la necesidad de segregación. Finalmente se aceptó que fuera decretada la [i.p.] antes de la recepción del info – rama **1** del flujograma—. Esto sólo fue posible entendiendo que los info a que aluden los Arts. 458 y 464 podían ser diferentes, de modo que cupiera aplicar ambas disposiciones independientemente (CS de noviembre 2015, *Rol 28.370-2015*).

Otras consideraciones

La toma de decisiones en esta materia reviste una complejidad particular. Ello debido a que, junto con la búsqueda de un equilibrio entre las necesidades de la persecución penal y la observancia de los derechos del imputado¹², aparecen otros varios factores que pueden tener incidencia a la hora de resolver. Dentro de aquellos Falcone señala:

- a. *La necesidad de brindar protección al propio imputado y que la [i.p.] esté establecida en beneficio del propio sujeto; la consideración de que el imputado que padece de una insuficiencia en sus facultades mentales, usualmente requie-*

12. Cuyo extremo opuesto se ubica la medidas de seguridad pre-delictuales contenidas en la Ley 11.625, sobre Estados Antisociales 1954, la que no pudo concretarse por falta de recursos financieros. La situación jurídica del enajenado mental a quien se le imputaba la comisión de un delito era –hasta la reforma procesal penal– de total desprotección: luego de declarar su in-imputabilidad, se aplicaba una Medida de Seguridad que, dada su supuesta naturaleza “terapéutica”, “curativa” o “tutelar” de dichas medidas no eran necesarias garantías jurídicas en su imposición. (Horvitz, op. cit.)

re de apoyo psicosocial; y la mención de que en algunos casos el sujeto pudiese encontrarse en situación de calle, sin un arraigo social acreditado y presentar un consumo problemático de sustancias psicotrópicas. La CS no se ha pronunciado expresamente sobre el peso de estas circunstancias al momento de fundamentar una decisión judicial. Este factor ha incidido en la tendencia a rechazar la prisión preventiva y ha llevado a la aplicación de medidas cautelares del art. 155, cuando la necesidad de cautela aparece con ello suficientemente cubierta.

- b. Relacionado con lo anterior es que debe considerarse que la necesidad de cautela, en su vertiente legal específica de "peligro" para la seguridad de la víctima, puede surtir un doble efecto cuando éstas son precisamente aquellas que podrían tener al imputado bajo su cuidado, y evitar el desvalimiento, por lo que las probabilidades de que se adopte una cautelar privativa de libertad son altas.
- c. Al haberse ordenado la realización de una pericia psiquiátrica, existe la necesidad de que el imputado esté disponible para que ella pueda ser practicada.
- d. Finalmente, debido a que en esta materia deben emplearse recursos que pertenecen al sector salud, también aparece como un factor a considerar la disponibilidad en la atención psiquiátrica.¹³

Otro aspecto confundidor lo señala Horvitz [op. cit.] en cuanto a que la regla supletoria del art. 456 CPP, remite a disposiciones del Libro Segundo del CPP, pero las medidas cautelares personales se regulan en el Libro Primero. La salvedad, que ella también advierte, se produce en lo señalado en el mismo Capítulo VII libro Cuarto contenido en el art. 464 del CPP, que más allá de referirse en el 1º inciso a una medida cautelar especial como es la [i.p.], en el 2º inciso hace mención a las normas contenidas en los párrafos 4º & 6º del Título V del Libro Primero, particularmente lo que se refiere al Art. 155 ya mencionado. En suma, según esta autora, es posible decretar "otras" medidas cautelares personales, distintas a una privativa de libertad completa, como el arresto domiciliario (a cargo de un curador), o la sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, la que debe informar periódicamente al juez o, la prohibición –controlada por un tercero– de aproximarse al ofendido o a su familia.

Respecto a este dilema el oficio del Fiscal Nacional N° 286/2010 menciona que, en la Etapa de Investigación, frente a casos de imputados con enajenación mental notoria o evidente:

"el fiscal o el juez de oficio, determinarán la procedencia que se decrete su [i.p.] para la realización de la pericia co-

rrespondiente, siempre que sea indispensable atendida la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable,..." ...*"Es importante destacar que, si bien el art. 464 establece como requisito para decretar la [i.p.] contar con un informe psiquiátrico que establezca la [in-IMP], en nuestro concepto ello es atribuible a un "vacío" legal, pues resulta en extremo riesgoso ingresar a un imputado evidentemente enajenado mental a un establecimiento de detención común como, asimismo, resulta riesgoso el mantener en libertad a una persona que, atendida la gravedad del delito y las circunstancias en que éste fue cometido, pueda constituir un peligro para la seguridad de terceros o de sí mismo".* Y agrega, *"se instruye a los fiscales que... concurrendo fundamentos plausibles para que se decrete una medida cautelar, deberán solicitarla y no podrán acceder a una aplicación de una [i.p.], salvo que se trate de enajenación mental y que ésta sea notoria y evidente. Sin perjuicio de lo anterior, en caso de existir presunciones de una posible in-IMP], el fiscal deberá ser especialmente estricto al verificar el cumplimiento de los requisitos que establecen los art. 140 y 141 CPP, procurando solicitar la [p.p.] u otras medidas cautelares sólo en caso de ser realmente necesarias, y siempre que sean proporcionales a la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable."*

Antecedentes tomados del quehacer judicial

Desde otra arista se apoya el trabajo descriptivo de la jueza Oscariz [12], quien estudia los antecedentes relevantes de las 96 causas correspondientes a los imputados privados de libertad en el UEPI-HPP durante los años 2013 y 2014, mostrando los criterios utilizados por la magistratura para decretar las medidas cautelares privativas de libertad respecto de sujetos presuntamente enajenados mentales, haciendo una clasificación de los delitos en que dichas medidas se decretaron, la forma de término de las causas en cuestión, el tipo de audiencia en que las medidas fueron dispuestas y los casos en que se decretó la [i.p.].

Aborda la forma en que los jueces de garantía han resuelto el problema que se suscita en las audiencias, principalmente de control de la detención, en las que la DPP solicita, de conformidad al artículo 458 del CPP, que el procedimiento sea suspendido invocando antecedentes que permitan presumir la [in-IMP] de su representado. Ante esa situación expone:

"(...) y especialmente tratándose de delitos violentos de alta connotación social en que la libertad del imputado puede

13. Esto último se advierte sobretudo en nivel de demora en la resolución de casos menos graves (asociados a pericias ambulatorias), cuyas causas han quedado abiertas hasta incluso 4 años.

ser considerada como "**peligrosa**" para la seguridad de la sociedad o de la propia víctima, los jueces deben resolver respecto a la aplicación de una medida cautelar. El principal problema radica en que el artículo 464 del CPP "exige"¹⁴ como requisito para disponer la medida cautelar especial de [i.p.] la existencia de un informe que no se cuenta en una 1ª audiencia. Esta situación se vuelve aún más crítica considerando las falencias que presenta nuestro sistema de salud en atender prontamente los requerimientos de los tribunales debido a la dispar relación entre el N° de solicitudes y el N° de peritos disponible. Al presentarse la suspensión del procedimiento y sin ese informe médico sería "supuestamente" complejo para los jueces evaluar la "**peligrosidad**" latente o presunta del eventual enajenado mental, debido a que la medida cautelar de [i.p.] constituye una privación de libertad y la Constitución Política de la República prohíbe tajantemente cualquier restricción arbitraria de la misma".

Y señala a continuación:

*"(...) en consideración de determinados factores como la **gravedad** del delito o la reiteración de los mismos, una medida cautelar de [i.p.] o [p.p.] resulta proporcional y ajustada a la necesidad de cautela, a fin de proteger la seguridad de la sociedad y de las víctimas. Lo opuesto ocurre con los casos que tienen asignadas penas de simple delito, en estas categorías delictivas una medida cautelar privativa de libertad podría resultar desproporcionada. En consecuencia, puede señalarse que nuestros tribunales han dado más valor a la seguridad de las víctimas, pasando por encima de ciertos principios como la proporcionalidad de las medidas cautelares y el principio de la privación de libertad como el último recurso"*

Las causas en que se decretó la [i.p.] alcanzan al 79% en contraposición al 18% de las causas en que se decretó la [p.p.] como medida cautelar privativa de libertad. Lo anterior resulta sumamente relevante desde el punto de vista procesal, toda vez que la primera de las medidas cautelares señaladas requiere de mayores requisitos que la segunda, en los términos del Art. 464 CPP.

Comenta Oscariz, que una de las alternativas de salida a este dilema en caso de no contar con un info para disponer la [i.p.] —tratándose de individuos presuntamente [in-IMP] que han cometido delitos **graves**—, habría sido decretar la [p.p.] de conformidad al Art. 140 del CPP, para intentar suplir este "vacío" legal. Pero como menciona Horvitz [op. cit.], ello resultaba im-

pedido al considerar la regla supletoria del Art. 456 del CPP. En consecuencia, la sospecha de [in-IMP] y "**peligrosidad**" de un individuo sometido a la justicia penal obliga a realizar un info psiquiátrico, y mientras este se halle pendiente de elaboración y remitido al tribunal, el procedimiento debía suspenderse sin posibilidad de aplicar una *medida cautelar personal general*, dando prevalencia a los derechos fundamentales del imputado respecto de quienes hay sospechas de [in-IMP], ya que el legislador ha establecido a su respecto un procedimiento especial con mayores garantías.

Como ya vimos, la CS se ha pronunciado en sentido contrario, y mientras el procedimiento se encuentra suspendido podrían seguir realizándose actos de investigación y también podrían solicitarse y decretarse respecto del imputado tanto la *medida cautelar general* de [i.p.] —rama N° 1 del flujograma— como las contenidas en el Art. 155 —rama 2 del flujograma—, a fin de cumplir los fines del procedimiento.

En opinión de Oscariz, es incuestionable que deben respetarse los derechos y garantías procesales del imputado; sin embargo, en la hechos se ha producido un evidente "vacío" legal que los tribunales han intentado solucionar dando una interpretación menos rígida a las normas que regulan la materia, a fin de evitar que sujetos presumiblemente enajenados y "**peligrosos**" puedan quedar en libertad y sin sujeción a ningún tipo de *medida cautelar*, con el riesgo que ello implicaría para las víctimas y la seguridad de la sociedad toda, pero a la vez respetando sus derechos procesales dada su presunta [in-IMP].

Otro elemento que su estudio muestra que consideran los jueces a la hora de solucionar los problemas prácticos que se suscitan en esta materia, se origina de que nuestra legislación no contempla ningún mecanismo compulsivo que obligue al evaluado a comparecer al centro de salud mental respectivo, por lo que —una vez suspendido el procedimiento— la práctica de la pericia respectiva queda entregada a la voluntad del mismo en el evento de que no se disponga su privación de libertad. Lo anterior se torna ostensible al considerar que nuestro CPP no establece plazo alguno para la entrega de dicho informe, lo que reflejaría la escasa preocupación de nuestros legisladores al tratar estos temas. La situación descrita lleva aparejada la demora que puede observarse en la práctica en la elaboración de estas pericias. Esta demora tiene dos causas: la primera de ellas se relaciona con que el imputado NO se presenta en las fechas indicadas para realizarse la evaluación médica, y la segunda se relaciona con la falta de profesionales que realicen estas pericias en el sistema público de salud.

14. Idem nota N° 15.

La situación puede volverse crítica considerando que, mientras se elabora el informe, el procedimiento se encuentra suspendido, generándose un evidente peligro al no disponerse de alguna *medida cautelar*. Este peligro es el que nuestros tribunales han querido aplacar al prescindir del respectivo info para disponer la [i.p.], ya que existe, por una parte, la imperiosa necesidad de una intervención médico pericial pronta, y por otra, las falencias de nuestro sistema de salud para satisfacer los requerimientos de la justicia penal. En opinión de la autora, para enfrentar esta situación el juez se torna un garante del sistema, creando mecanismos que, pese a las críticas de que pudieran ser objeto, cumplan a cabalidad las orientaciones de justicia que se le exigen.

Por el lado de la víctima resulta más claro aún que, ya sea que la consideremos individualmente como el afectado por el delito o a la sociedad toda como una víctima, un sujeto que derivado de su "**peligrosidad**" y falta de "intervención"¹⁵ parece tener altos índices de reincidencia, resulta un riesgo importante para la paz social que es necesario afrontar. Acá el juez, en un empoderamiento de las características que se le atribuyen a la pena (retribución y restablecimiento de la paz social), crea mecanismos de defensa eficaces para protegernos a todos y así minimizar el riesgo que el imputado representa, manteniendo ese riesgo bajo control de las agencias oficiales del Estado¹⁶.

Finalmente Oscariz observa que: "(...) de la información analizada, emerge un conocido planteamiento sociológico que explicaría en parte el comportamiento delictivo observado; específicamente, la teoría del "etiquetamiento"¹⁷. La atribución de un determinado comportamiento a un determinado grupo de personas condicionaría el comportamiento de la misma; así, el etiquetado empieza a cumplir un rol atribuido socialmente en una especie de profecía auto-cumplida de lo que se espera de él. En el caso que se comenta, esta atribución tiene su origen en que la sociedad, a través de los medios de comunicación e incluso mediante las mismas instituciones del Estado, poco a poco empiezan a denominar a las personas que sufren "desordenes" mentales como "locos", los que de manera casi determinista son tipificados como "peligrosos".

Resumen

Se puede concluir que la suspensión del procedimiento en los casos donde se sospecha [in-IMP], NO importa una paralización

absoluta de éste y, en acuerdo al criterio del Juez de Garantía – JG– enfrentado a la necesidad de decretar *medidas cautelares personales* de acuerdo a la gravedad de los hechos, considerar ordenar una [i.p.] – rama N° 1 del flujograma– aun cuando NO se haya recibido el info respectivo o, ante casos sin la misma a gravedad pero en que se necesita una intervención sanitaria, las medidas consideradas en el Art. 155 – rama 2 del flujograma–, a través de la interpretación flexible de las normas implicadas.

III) El informe pericial, declaración de enajenación mental y sus implicancias médico-legales

El informe pericial

Como plantea Tamara Ulloa en su estudio [13], no existe una norma que señale a qué institución solicitar el info, pero en la práctica se realiza tanto al SML, como a un hospital psiquiátrico. Tampoco existe una norma que precise el contenido que debe poseer el respectivo informe, pero ello se subsana con la referencia al art. 315 de CPP. En base a esta normativa: "(...) no existen parámetros objetivos para la determinación de la "**peligrosidad**" del enajenado mental, y que el método de pronóstico es asimilable al clínico puro o no estructurado, por no tener establecidos factores de riesgos que se tengan que valorar (...)"¹⁸.

Se interroga la autora respecto a la utilización de los antecedentes expuestos en un info, en cuanto a determinar, de una parte –a partir de la de la construcción de una hipótesis diagnóstica– la existencia de un "padecimiento" mental asimilable a la figura legal de enajenación mental y, de otra, pero asociado a la anterior, la presencia de "*riesgo*" para sí y/o terceros: 1° "cuales serían entonces los criterios que utilizan los jueces del tribunal de JJO para la determinación de la aplicación de una [MdeS] y, 2° qué clase de medida se debiese imponer.

El primer planteamiento se resuelve precisamente al apoyarse en los informes médicos; al respecto menciona el criterio de la CS [sentencia abril 2013, Rol N° 1079-13]:

"De la prueba rendida, aparece que el tribunal prefirió, en relación a las facultades mentales del acusado, la declaración de IMP perito que realizó su informe en un contexto de

15. Se reemplazó el término "tratamiento" del original pues, a la luz de los nuevos enfoques, lo que corresponde en estos casos es un programa integral de apoyo médico pero sobretodo de tipo social. Como lo señala el Documento N°2 de la DPP [5], muchas veces se toma esta falta de soporte social como elemento de julio para considerar la etiqueta de "peligrosidad" aplicada al imputado.

16. Si consideramos toda la casuística de la UEPI, queda patente que, los requerimientos de este tipo de imputado –con alta carga de vulnerabilidades, determinantes psico-sociales y sometimiento a factores de estrés y toxicidad–, son de tipo básicos y sobre todo sociales.

17. Del sociólogo norteamericano Howard Becker, entre otros autores.

18. Nuestra apuesta en la UEPI, has sido utilizar los últimos 10 años un instrumento de valoración de riesgo: **HCR-20** versión 3, que si considera factores de riesgo.

la internación experimentada por E. E. en el HPP de Putaendo¹⁹, (...) sobre el diagnóstico del acusado, el carácter de la patología constatada, su variabilidad y progresividad, el riesgo que representa para sí y para 3º, aspectos que habilita a la imposición de una medida de aseguramiento, postulada la [in-IMP] del acusado (...).

Para el segundo planteamiento, el artículo 457 del CPP dispone: "(...) podrán imponerse al enajenado mental, según la "gravedad" del caso²⁰, la internación en un establecimiento psiquiátrico o su custodia y tratamiento", y el artículo 481 del mismo código precisa: "(...) y en ningún caso podrán extenderse más allá de la sanción restrictiva o privativa de libertad que hubiere podido imponérsele o del tiempo que correspondiere a la pena mínima probable"²¹. Si se considera la "gravedad" del ilícito como la base para la determinación de la clase de medida a aplicar, es plausible postular entonces que para los simples delitos no se justificaría la aplicación de un [MdeS] de internación en un establecimiento psiquiátrico; este criterio quedaría bajo la determinación exclusiva del juez, no teniendo incidencia el profesional médico.

Desarrollo de la práctica local

En los más de 10 años de funcionamiento de la UEPI del HPP, luego de la evaluación de más de 700 personas en se consideró una [in-IMP] de carácter psíquico, en un alto porcentaje sobresale un perfil de antecedentes similares —datos no publicados—. Generalmente se trata de un varón (mas del 90 % de los casos), que provienen de un entorno social con importantes privaciones económicas y culturales. A esto se agrega una sumatoria de antecedentes en su historial de vida que repercuten negativamente en su desarrollo tanto emocional como cognitivo, actuando como determinantes de contexto social que pudiesen facilitar la "expresión" de una predisposición genética potencial, lo que se traducirá en un acrecentamiento de la vulnerabilidad a los agentes estresores ambientales (la mayor parte de las veces de alta intensidad y permanencia en el tiempo) y, por contraparte, en una disminución de la capacidad de "resiliencia" o de capacidad para sobreponerse a sus efectos. Es así que es habitual encontrar dentro de estos antecedentes: un clima

familiar disfuncional con altos niveles de violencia, la presencia de alteraciones psíquicas y de consumo de sustancias de familiares directos, abandono del progenitor paterno, además de situaciones traumáticas específicas incluyendo el abuso sexual; es común, por último, el antecedente de una estadía en instituciones estatales por determinación de tribunales de familia ante la presencia de vulneración de los derechos de los implicados [lamentablemente es de todos conocida la vulneración sistemática a que están expuestos sus "beneficiarios"]²².

Si se considera el proceso del desarrollo, es común la existencia de problemas de adaptación en el ámbito escolar, ya sea por problemas de aprendizaje o de tipo conductual²³, lo que posteriormente se traduce en deserción temprana (sin que exista en el país programas de rescate). Ya en la etapa de la pre-adolescencia es habitual que se involucre con grupos de pares de similares características, iniciándose precozmente tanto en el consumo de sustancias como en acciones delictuales menores. En el período de la adolescencia, es frecuente la intensificación de los desajustes conductuales y la aparición de crisis emocionales (incluyendo las auto-agresiones), sumado a la falta de herramientas del propio implicado para buscar ayuda o superar las crisis por sus propios medios, a lo que se agrega una escalada de abuso de múltiples sustancias psico-activas para intentar "manejar" la situación. Todo esto se traduce en una merma de la capacidad de auto-organización de la persona y por ende en su capacidad de proyectarse socialmente en forma positiva y, finalmente, acceder a un nivel adecuado de autonomía e independencia.

Finalmente, toda esta situación empeora al quebrantarse las relaciones con su entorno familiar y encontrarse contemporáneamente involucrado en sucesivos delitos de cada vez mayor connotación social (aun siendo la mayor parte de las veces de índole judicial menor, como el desacato o la invasión de morada), y dado el contexto en que se producen (sumatoria de factores, por ejemplo: el efecto tóxico del consumo de psicoestimulantes y el estrés ambiental, que favorecen las reacciones extremas), el sujeto muestra un abanico de respuestas limitada por encontrarse en muchas ocasiones en un estado de suspen-

19. La ventaja de realizar la valoración de un caso bajo observación e intervención continuas durante su internación, permite incorporar la evolución tanto positiva como negativa que experimenten las variables que interesa incorporar en el **info**, otorgándole una calificación especial ante los Tribunales. De hecho cuando el Tribunal lo solicita, se realiza ampliaciones del **info** lo que permite afianzar esta mirada [diacrónica]. Ha sido posible, sólo en pocas ocasiones, realizar una exposición por video-conferencia del **info** ante el Tribunal de Garantía, permitiendo incluso exponer las pruebas gráficas del mismo, lo que ha facilitado su comprensión e incorporación en las decisiones judiciales.
20. Parámetro sujeto a interpretación, dado que no se explicita la variable temporal, en cuanto a si se considera el antecedente pretérito, el de la situación de salud actual o de la situación futura del caso.
21. El Art. 481 señala expresamente que las [MdeS] "sólo podrán durar mientras subsistieren las condiciones que las hubieren hecho necesarias"; en ese sentido es que desde la UEPI presenté un proyecto —bajo revisión del Comité Ético Científico local— cuyos objetivos son, de un parte, fundamentar el cambio de medida de internamiento y, por otra, facilitar el flujo de casos, dada la escasez de cupos existentes en el establecimiento.
22. Antecedentes que, de acuerdo al análisis del Documento N° 2 de la DPP, pueden tener un efecto en contra y no a favor de quienes las padecen, operando a la inversa de las normas y de los fines de los tratados internacionales
23. Se ha planteado, bajo sólida evidencia, que en estos casos se produciría una maduración biológica acelerada, por lo que se reducirían los plazos de cada etapa.

sión temporal de su entendimiento, si es que ya no se ha producido una merma permanente²⁴.

Por esto mismo, una variable recurrente a considerar en el info, es la presencia o no de un estado la "privación de razón" a la que se refiere el legislador en la segunda parte del Art. 10.1 del CP (alteración del estado de conciencia, generalmente transitorio)²⁵. Siguiendo con la redacción del Art., la "privación de razón" además de ser "total" (ya que una reducción de la razón no constituye eximente de responsabilidad), debe provenir de una causa que sea independiente a la "voluntad" del individuo²⁶; por lo mismo, aquel que voluntariamente provoque su propio estado de pérdida transitoria de razón, no será considerado como [in-IMP] (para lo cual se utiliza la expresión latina: actio libera in causa).

Futuras prácticas de intervención

Paradójicamente, a propósito de lo dicho, es frecuente en nuestra casuística que, finalizado el proceso judicial, se decrete una [MdeS] de internación en un recinto hospitalario, mas bien por consideraciones de contexto que del ilícito en sí, en que ante la ausencia de una red social que "asegure" que el afectado, por ejemplo, se mantenga abstinentes del consumo de psicoestimulantes²⁷ y recibiendo adecuada atención médico-social como barrera a la reaparición de condicionantes que favorezcan la reincidencia en hechos violentos.

Por tanto, más allá de las dudas éticas que generan este tipo de casos, conviene recordar que cualquier medida de confinamiento que supera los 6 meses contribuirá en debilitar aun más la calidad de las redes existentes y su capacidad de autonomía social, transformándose más que en una solución, en un impedimento para lanzar su Recuperación²⁸ a mediano y largo plazo.

Por este motivo resulta un desafío para las unidades forenses, incluyendo la UEPI, el adecuar sus prácticas al nuevo Modelo de Gestión en Salud Mental, en contraposición al modelo asilar [o de aislamiento] que ha imperado los últimos decenios, establece como eje de los programas de intervención —incluyendo las unidades forenses— para las personas con "padecimiento" mental, el ejercicio de derechos y un enfoque de calidad. Re-

conocer y abordar las necesidades de Recuperación de esta población, resultan compatibles con las características del nuevo sistema de gestión como son la continuidad de cuidados, la accesibilidad, los vinculaciones y la integralidad, que alcanzar mejores grado de bienestar. Las condicionantes como el estigma, la marginación social o laboral, la pérdida de redes y vínculos, la falta de autonomía para tomar decisiones, y la transgresión de los derechos ciudadanos de las personas con "padecimiento" mental, complejizan y enlentecen los procesos de Recuperación. Por lo mismo, interesa perfeccionar los sistemas de evaluación de las deficiencias tanto funcionales como estructurales, sea una desviación significativa o una pérdida, ante la posibilidad de encontrar y proporcionar los medios para suplirlas.

Cabe incorporar la variable vulnerabilidad en el análisis, la cual es definida como la probabilidad de que las personas desarrollen una "condición"²⁹ (comúnmente llamada "enfermedad" cuando su expresión está instalada), como resultado de la interacción de aspectos individuales y contextuales —por ejemplo el nivel de acceso a recursos protectivos—, manifestándose habitualmente de un modo episódico, situacional, variable y multidimensional; esta variable aplicada en otros ámbitos de salud implica desarrollar planes de prevención y sobretodo de promoción.

Pero si se considera la nueva concepción de discapacidad de acuerdo al paradigma social (en reemplazo del modelo de rehabilitación o bio-médico) incorporado en Art. N° 1 de la CDPD (ver nota # 2), según expone en su artículo Francisca Figueroa [9] implica que el actual régimen de aplicación de [MdeS], "anclado en la concepción de la locura, demencia y enajenación mental como causales de incapacidad para responder en el ámbito de la responsabilidad penal, vulnera los principios de dignidad, autonomía individual y libertad de tomar las propias decisiones, el principio de respeto y aceptación de la diferencia y el principio de no discriminación —art. 3° de la CDPD—".

Propuestas de perfeccionamiento del sistema pericial

Volviendo a la pericia psiquiátrica Falcone plantea que perseguiría 3 objetivos, 2 de los cuales sirven al Derecho penal, mientras que el 3° tiene una finalidad procesal:

24. Se encuentra pendiente la presentación de datos de nuestra casuística que muestra la amplia presencia de deterioro psico-orgánico persistente.
25. Como puntualiza Falcone, quien actúa afectado por un trastorno mental transitorio puede sostenerse su in-capacidad para ser imputado del hecho, pero corresponde afirmar su plena capacidad para realizar actos válidos durante el proceso penal (dado que ha recuperado la salud mental), no obstante penalmente sea in-imputable.
26. Por ej.: paroxismo emotivo o pasional, accidentes traumáticos, entre otros; tema que genera aun mucho debate. En todo caso, dada la compleja naturaleza de la conducta humana, respecto de actuaciones en una situación límite, no resulta fácil alcanzar el estándar "calificado" que exige habitualmente la jurisprudencia para decretar la existencia de imputabilidad disminuida en este tipo de casos.
27. De acuerdo a datos empíricos (demanda creciente de población general al Servicio de Urgencia del establecimiento y en la población forense, jugando un rol crucial de des-estabilización, particularmente el consumo de PBC), alcanzar la abstinencia resulta particularmente impracticable.
28. Con "R" mayúscula ya que el concepto en la actualidad plantea objetivos de mayor alcance como: el estar centrada en la persona, favorecer la auto-determinación y el desarrollo de un proyecto de vida autónomo y de habilidades relacionales.
29. Expresada de manera dimensional, es decir desde un grado mínimo hasta un grado extremo, denominado "espectro".

- a. Establecer si el sujeto, al momento del hecho punible, padecía de algún déficit o anomalía que permita calificarlo de enajenado mental (loco o demente) y, por ende de [in-IMP]. Para estos efectos se requiere lo que la ley llama la explicitación de la conducta punible que se investiga; por otra parte se requiere dar acceso total o parcial a los antecedentes de la investigación ya que constituye una herramienta necesaria para facilitar la tarea del perito para establecer, retroactivamente, el estado de funcionamiento de las facultades mentales del sujeto al momento de ocurrir el hecho y, además, la existencia de "un nexo de causalidad lógica y plausible entre la psicopatología del imputado y el acto ilícito que se le imputa"³⁰.
- b. Como complemento, pero siempre en lo que dice relación con el Derecho material, se persigue determinar si acaso dicho déficit o anomalía está aún presente y se prolongará en el tiempo, y si debido a su estado el sujeto probablemente atentará contra sí o 3º, aspectos que son necesarios para saber si concurre el estado "peligroso" exigido por la ley para la aplicación de una [MdeS]³¹.
- c. Averiguar la in-capacidad inicial, es decir, si acaso existía una grave alteración o insuficiencia mental al momento del hecho, que además se ha mantenido hasta la actualidad, impidiendo el adecuado ejercicio del derecho de defensa. Solo esto último permite explicar que el juez de garantía esté facultado para ordenar una diligencia de investigación, como es el peritaje psiquiátrico, y comprender cuál es la finalidad perseguida con la suspensión del procedimiento, junto a la designación de curador ad litem. Compete al juez de garantía velar por los derechos del imputado en el proceso y, en cumplimiento de ello, la ley lo faculta incluso para actuar de oficio; en cambio, no es su misión dentro de un sistema acusatorio indagar si concurren los requisitos para establecer la responsabilidad penal, ni para posibilitar la imposición de una [MdeS].

A juicio de este autor, "(...) el razonamiento del Alto Tribunal permite apreciar que en el Art. 458 se fija el trato que debe

darse al imputado, cuando surjan indicios de su falta de capacidad inicial; esto porque solo un motivo de orden procesal y que esté actualmente operando, puede fundar las restricciones en la actividad del imputado y los demás sujetos aludidos. En cambio, la eventual [in-IMP] penal, aun siendo uno de los asuntos materia de pericia (simultánea, por una razón que cabría calificar de economía procesal), no es relevante a ese respecto. Por otra parte, es notable la coincidencia entre lo resuelto por la Corte y los criterios doctrinales expresados más arriba acerca de los efectos de la in-capacidad". Además recuerda que "(...) el ordenamiento chileno opera de forma preventiva, pues la suspensión del procedimiento se decreta ante la sola probabilidad de que el imputado sea incapaz, llevando consigo los efectos descritos, además del nombramiento de curador ad litem".

También Falcone se refiere al "vacío" de las normas legales antes mencionado:

"(...) los problemas interpretativos en que se ha visto envuelta la jurisprudencia, especialmente cuando se trata de la imputación de un hecho grave, del cual la fiscalía tiene antecedentes como para solicitar la [p.p.], situación en la cual se provoca una tensión importante pues, si bien por una parte la ley establece la suspensión del procedimiento en beneficio de una persona cuyo derecho de defensa puede verse afectado, por otra no resuelve claramente el destino de la persecución penal ni de las facultades cautelares; la lógica indica que no parece haber razón para entender que la necesidad de cautela vaya a desvanecerse por la sola probabilidad de que el sujeto tenga un padecimiento mental grave. A esto último hay que añadir que la libertad ambulatoria del sujeto en ciertos casos podrá dificultar la realización de la pericia destinada a averiguar su estado mental, objetivo este que constituye la razón por la cual el procedimiento se encuentra suspendido, de manera que posibilitar su práctica es otro elemento que debe tenerse en cuenta al resolver acerca de su privación de libertad."

Hace mención que otros ordenamientos establecen la denominada internación para la observación, que consiste en privar de libertad al imputado en un hospital psiquiátrico, por breve tiempo, con la finalidad de someterlo a observación y practicar la pericia. Esta medida es la que podría llenar el vacío descrito,

30. Este ejercicio resulta bastante complejo, dada la escasez habitual de pruebas objetivas accesibles en la Carpeta Investigativa, más allá de la declaración de las víctimas; además, por lo general el estado de compromiso de conciencia del evaluado en el momento de los hechos, no facilita la obtención de un recuento pormenorizado de los mismos; por último, el que no exista un sistema de ficha de salud virtual, resulta prácticamente inaccesible dicha información; que decir del historial social de la persona y su grupo familiar, los cuales resultan claves para establecer tanto la condición de salud como el nivel de discapacidad. Por lo mismo ha resultado clave recibir informes sociales de los imputados de parte de las Defensorías Regionales.

31. Esta consideración resulta aun más compleja de resolver, puesto que en gran medida, como se plantea en la nota N° 9, el establecer la "peligrosidad" pretérita en general no ofrece duda (salvo lo planteado respecto de la existencia de "dolo"), dado que refleja la participación del evaluado en un hecho violento; sin embargo, su proyección a futuro en cambio, generalmente se encuentra condicionado con la reducción de los factores de riesgo (generalmente asociados a factores dinámicos, expresión de la interacción de un sujeto vulnerable con un entorno tóxico) y la falta de actuación de suficientes factores protectores

ya que opera mientras dura la suspensión del procedimiento y, por ende, antes de la internación provisional.

En Chile se ha propuesto un mecanismo diferente para superar el problema, a través de los denominados exámenes mentales preliminares. Estos consisten en una aproximación al imputado de parte de un médico que tenga conocimientos suficientes como para determinar la necesidad de realizar un informe pericial psiquiátrico, cuando existan indicios de que puede padecer de un "desorden" mental que afecte su [IMP]. El examen se llevaría a cabo en un momento temprano del proceso (por ejemplo, antes de la audiencia de control de la detención) y, si de él se concluiría que resulta o no recomendable la realización de la pericia, pudiendo decretarse la [i.p.] con este objeto. Es decir, se invierten los términos actuales, pues la internación se decreta para efectuar la pericia y no fundada en ella. Y mientras no exista una modificación legal que permita subsanar el problema, solo queda la búsqueda de una alternativa menos perfecta con las herramientas disponibles.

Remitiéndose al presente el autor plantea que, antes de que se pueda realizar una pericia apenas se ha formalizado la investigación y no hay claridad respecto del estado mental del sujeto, como no cabe remitirse a las *medidas cautelares especiales* contenidas en el Art. 464 inc 1° – rama 1 del flujograma–, ni tampoco se puede decretar la [p.p.], entonces, solo queda recurrir a las *medidas cautelares* del Art. 155 – rama 2 del flujograma– con sus requisitos ordinarios, dentro de las cuales reviste especial interés aquí la señalada en su letra b), esto es: su sujeción a vigilancia de una persona o institución determinada, las que deberán informar periódicamente al juez. En principio, esta limitación de la libertad personal debiera entenderse como menos intensa que la [p.p.] o la [i.p.], pero su tenor literal aún permite interpretarla entendiendo que el individuo puede ser enviado a un establecimiento psiquiátrico³² privado de libertad, con el objeto de que se realice la pericia correspondiente.

Finalmente señala que, atendidas las alternativas posibles según la ley vigente, el acogerse a lo dispuesto en el Art. 155 sería la solución que permite adoptar un régimen cautelar adecuado, virtualmente sin problemas interpretativos. El juez puede decretar una o más de las medidas señaladas en la disposición, que contiene además una modalidad de privación de libertad en caso de ser necesaria, en su letra b); su aplicación se sujeta a las reglas generales, por lo que no hace exigible el informe psiquiátrico en momentos iniciales del proceso o cuando apenas se acaba de evidenciar el problema mental del imputado; faci-

lita la realización del peritaje y con ello la toma de decisiones en cuanto al curso procedimental posterior; posibilita que la cautela personal se mantenga sin discontinuidad, pues con la recepción del informe pericial será posible resolver sobre la aplicación de la [i.p.] indicada en el Art. 464; y, por último, permite mantener al imputado aparte de la población común.

Desorden mental

Un elemento extra de análisis, es el derivado al uso del concepto "desorden mental" en el CP, en especial en el Art. 10.1, el que se refiere a las conductas exentas de responsabilidad penal, como lo exponen en su artículo Carrasco & Maffioletti [4]. Así se advierte en el discurso legal un entrecruzamiento de significados, cuando se usan por una parte términos (base sensorial) como "loco" o "demente" y por otra conceptos (base abstracta) tales como "desorden mental" o "privación de razón". Ejemplo de esto es la mención en el CP, en el Art. 496.16, sancionar como falta al "encargado de la guarda de un loco o demente que le dejare vagar por sitios públicos sin la debida seguridad". O en el Art. 363.3 la mención de aumento de grado de la pena ante una violación se castiga "La violación será castigada con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio, cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima".

Resulta ilustrativo aquí mencionar la postura del Prof. Jaime Náquira [11], licenciado en derecho y psicología, quien considera que los términos "loco" o "demente", son "(...) términos jurídicos sinónimos que engloban todo trastorno, perturbación o enfermedad psíquica grave que destruya, anule o desordene psicopatológicamente, en forma más o menos permanente, las facultades o funciones psíquicas superiores (inteligencia, voluntad, conciencia) en grado tal que elimine en la persona su imputabilidad (...)".

Quizás un criterio conveniente que facilita la tarea de construir una gradación entre los fenómenos mentales observados –e incluso para obtener un punto "de corte"–, sea que se encuentre conservada o NO la capacidad de "juicio crítico de realidad", fenómeno tan esencial y cotidiano ejemplificada con la "creencia" compartida de que vivimos en un mundo o sociedad que nos es común a todos, lo que significa un gran logro para el aparato mental; así la noción de "sí mismo" y del "mundo", mediante un complejo proceso de discernimiento, contrastación y análisis, para luego lograr una síntesis unificadora de esa construcción en principio atomizada. Asimismo, el "juicio crítico de realidad" puede entenderse operativamente como aquella capacidad que le permite a un "agente"³³ la distinción del origen "intra-psí-

32. Es importante mencionar que la norma no impide que la tarea se realice en cualquier hospital general.

33. Expresión de una función y estructura mental de orden jerárquico superior, reflejo de esta función sintética mencionada.

quico" del "extra-psíquico" de sus percepciones, sensaciones o vivencias. Cuando dicho "juicio crítico de realidad" se encuentra alterado, algunos autores sostienen que el evaluado incluso parece vivir "en otra realidad", distinta a aquella compartida. Es posible que se dé la situación de que un "agente", encontrándose con un adecuado "juicio crítico de realidad", tras el efecto agudo o crónico de poderosas influencias externas (sustancias psico-activas o alcohol, situaciones altamente impactantes o estresantes, entre otras), pudiese atravesar por un período —generalmente transitorio— de pérdida del "juicio crítico de la realidad", lo cual evidentemente afectará su normal comprensión de las situaciones sociales, incluyendo las jurídicas, además de la valoración de su propia conducta, que le pueda impedir "adecuar" —o desde otra perspectiva— "oponerse" e "inhibir" conductas "automáticas" o compulsivas, por otras más apropiadas.

El mismo Náquira rememora la dificultad para corroborar estos criterios con bases neuro-científicas, mencionando los trabajos pioneros de Libet, que plantean que una "reacción" rápida ante una señal sensorial puede "registrarse" sin que el "agente" sea "consciente" ni siquiera de la señal que la generó y, que la actividad de conciencia se registraría sólo después de emitido el acto "voluntario" (200 milésimas de segundo después); ello no impide posteriormente que el "agente" pueda ejercer un cierto grado de dominio o control para: frenar, modificar o acelerar el proceso; por contraste, cuando ello está impedido, se manifestarán las conductas llamadas "impulsivas", "en corto-circuito" o "primitivas".

Resumen:

La tarea de responder a las consultas médico-legales en el info, que en general son 3:

- a. presencia o no de "enajenación" mental,
- b. magnitud de la afectación (expresado en mayor o menor grado de vulnerabilidad y discapacidad) y,
- c. magnitud de los factores de riesgo futuro que favorezcan la reincidencia en la participación en hechos violentos, resulta una tarea particularmente compleja. En primer lugar, dado que en el discurso legal las resoluciones se resuelven de forma dicotómica, por lo que resulta difícil traducir las variables consideradas en el ámbito mental que se expresan en una gradación en un continuo de mayor o menor intensidad (por lo que resulta clave la construcción de puntos de corte que faciliten esta traducción). En segundo lugar se suma las características de multi-dimensionalidad, inter-relación y dinamismo de estas variables, lo cual se intenta recoger con la

preponderancia de nuestra mirada evolutiva o *diacrónica*, al considerar la información histórica del desarrollo de la persona así como el impacto dialéctico que pudiese representar el inicio de un programa integral de intervención dirigido al involucrado —al interior de la UEPI— en pos de obtener su Recuperación de acuerdo a los nuevos parámetros de salud pública. En tercer lugar se agrega la importancia de incorporar los aspectos contextuales que pudieron desencadenar, mantener o prolongar dicha "enajenación", los cuales interesaría determinar a la hora de intentar comprender la relación de éstos y la participación del imputado en los hechos investigados.

Finalmente, respecto al "vacío" de las normas legales a la hora de la necesidad de considerar medidas cautelares, como lo plantea entre otros Falcone, sería acogerse a lo dispuesto en el Art. 155 —rama 2 del flujograma— lo cual ofrecería una fórmula que permite adoptar un régimen cautelar adecuado virtualmente sin problemas interpretativos.

IV) Medidas de seguridad y corrección

Desarrollo histórico y entrecruzamiento de las normas

Es a fines del siglo XIX que se propone en Suiza un sistema "dualista"³⁴ de consecuencias jurídicas del delito. Junto a las penas se proponen las [MdeS], las primeras fundamentadas en la **culpabilidad** y las segundas en la "*peligrosidad*" del autor. Ya desde su origen las [MdeS] se relacionan con el problema de los enfermos mentales. Y esto porque la pena —en sentido retributivo— no podía hacer frente a los delincuentes menores de edad o por "*desordenes*" mentales, pues faltaba uno de sus presupuestos fundamentales para su aplicación: el de la [IMP] o capacidad de **culpabilidad** del autor del hecho punible [Ulloa, op. cit].

Como lo recuerda Támara Ulloa, los presupuestos legales para la aplicación de una [MdeS] a un enajenado mental, están dados por el Art. 455 del CPP y se refieren a que éste hubiere realizado un hecho típico y anti-jurídico y que existieran antecedentes calificados que permitieran presumir que *atentará contra sí mismo o 3º* [asimilable a la etiqueta de "*peligrosidad*" futura, pero también al término "*gravedad*", mencionado en el art. 457 como condición para decretar una MdeS de internación y en el Art. 464, como condicen para decretar una internación provisional]. Además del carácter post-delictual de la medida, se exige un pronóstico negativo de "*peligrosidad*" fundado en [*graves*]³⁵ antecedentes calificados. Éstos podrán consistir en conductas "*peligrosas*" [riesgosas] previas, en "*diagnósticos*"

34. Desarrollado por Carl Stooss, dirigido a la protección de la comunidad —control social— impidiendo una actividad delictual futura de personas peligrosas (medidas de seguridad en el sentido más estricto), o reeducando al autor para una vida ordenada (medidas de corrección).

35. Lo pongo en paréntesis porque el artículo no lo menciona; sólo se presume.

médicos sobre las características del "desorden", en la ausencia previa de "vigilancia" o cuidado sobre el sujeto, o simplemente un comportamiento extraño advertido en audiencias o entrevistas del MP.

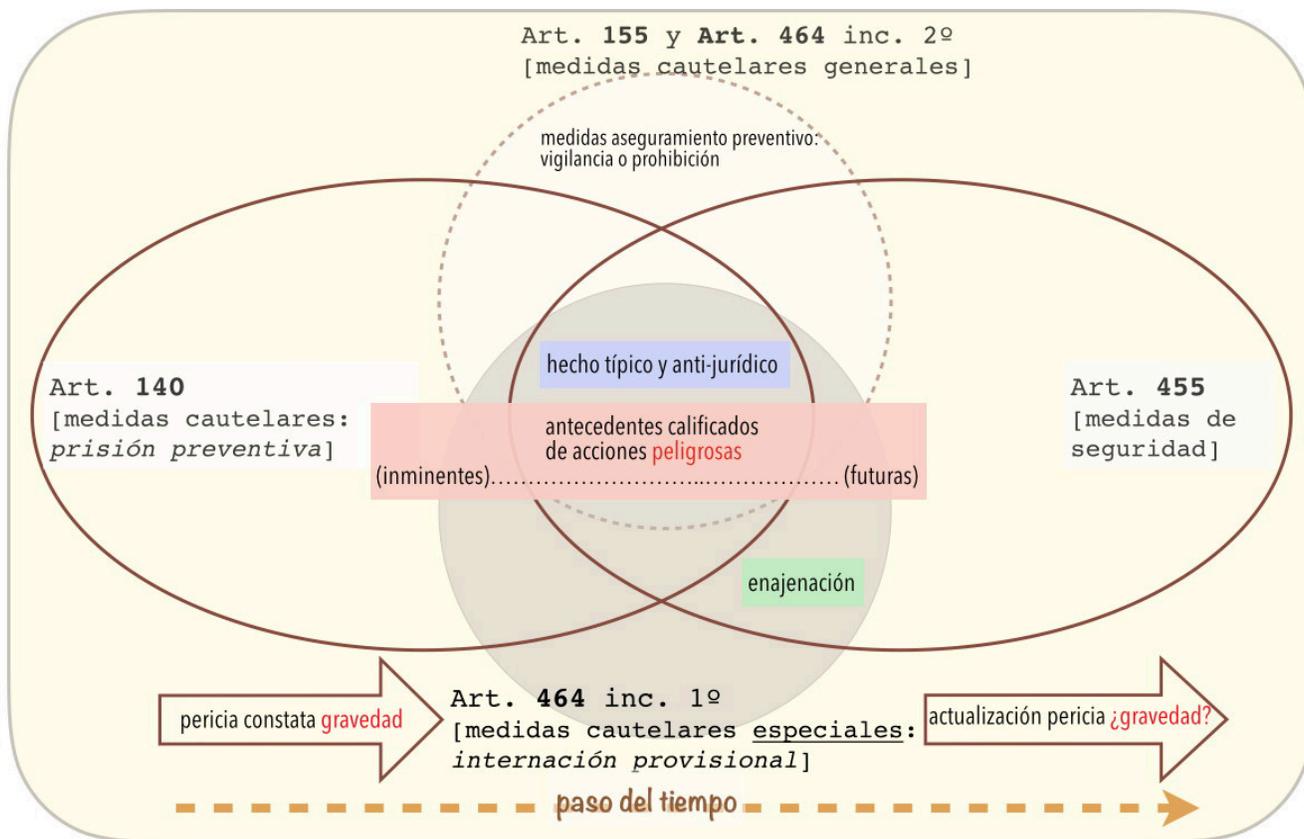
A manera de clarificar las relaciones entre los diferentes artículos del CPP implicados en la valorización de la "peligrosidad", presento un diagrama de Venn —ver más abajo—, donde se muestra la superposición del Art. 140, que dictamina los requisitos para decretar una [p.p.], con el Art. 455, que dictamina los requisitos para decretar [MdeS], en cuanto a que ambos exigen la presencia de un hecho típico y anti-jurídico sumado a la presencia de antecedentes calificados de "peligrosidad", inminente en el primer caso y futura en el segundo; respecto a los requisitos para ordenar una [i.p.] de acuerdo al Art. 464 inc. 1º —rama 1 del flujograma—, se "exigirá" el acompañar un "diagnóstico" de "gravedad" asociado a un pronóstico de "peligrosidad" futura apoyados en el info y, cumpliéndose además las exigencias tanto del Art. 140 como del Art. 455 mencionados. Se agrega al

diagrama las exigencias del Art. 155 y del Art. 464 inc. 2º, para decretar una medida cautelar general —rama 2 del flujograma—.

En cuanto a los tipos de [MdeS] que la legislación chilena admite [según la condición de "gravedad" señalada por Art. 457] son dos: a) la internación en establecimiento psiquiátrico [conviene recordar lo que establece el inciso 2º que, al no existir un lugar cercano, la internación podría cumplirse —de nuevo— habilitando "un recinto especial en el hospital público más cercano", lo que impediría sobrecargar los 2 UEPI en funcionamiento]; b) custodia y tratamiento, con consecuencias jurídicas evidentemente diferentes, ya que la internación en un establecimiento psiquiátrico es una medida privativa de libertad. En el caso de la [MdeS], la privación de libertad se justificaría por su carácter terapéutico y, por consiguiente, en su función preventivo especial; el "castigo", en estos casos, no tiene sentido aunque ciertamente la internación posee un contenido aflictivo para el afectado y éste debe ser restringido al máximo.

Esquema

Superposición de los artículos involucrado en la determinación de la "peligrosidad"



Antecedentes jurídicos

Volviendo al trabajo de Ulloa [op. cit.], éste supuso una exhaustiva revisión de las sentencias en que se aplicaron [MdeS] en la Región Metropolitana, entre los años 2010 a 2014³⁶. Destaca que de las más de 17 mil causas en promedio atendida por el año, sólo 69 terminaron en una [MdeS] —ver tabla más abajo—.

Sentencias en que se aplicaron medidas de seguridad, RM, 2010 a 2014.

	N	%
M.S.	69	0,4%
ABSOLUCIÓN	5.204	30,9%
CONDENA	11.673	67,7%
OTRAS	165	1,1%
TOTAL	17.111	100%

Recuerda la autora que en nuestra legislación, se encuentran dispersas diversas normas legales que incluyen [MdeS], como es el caso de la Ley N° 19.925 sobre expendio y consumo de bebidas alcohólicas, la Ley N° 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas, y por último la Ley de Tránsito N° 18.290. Pero también incluyó una norma que incluía [MdeS] pre-delictual, la Ley 11.625 del año 1954, que fijaba disposiciones sobre los "estados anti-sociales", y que adoptaba un criterio "positivista" extremo de "peligrosidad" sin delito, esto es, las [MdeS] que se imponían eran motivadas NO porque una persona había cometido un ilícito, sino por lo que podría llegar a cometer, dado un simple "diagnóstico" de "peligrosidad" y decretando vía esta ley la existencia de determinadas categorías de personas o "estados anti-sociales". Por falta de presupuesto esta ley, actualmente derogada, no se alcanzó a instaurar.

Análisis jurídico

De acuerdo al punto de vista de Falcone [6]: "(...) las [MdeS] consisten en una privación o restricción de bienes jurídicos. Algunos ponen el énfasis en el "tratamiento", la reeducación o la asistencia. No obstante, pensamos que estas formas de describir a la medida apuntan a su eventual función específica, pero no a su genuina naturaleza jurídica. La privación de licencia de conducir, el internamiento de un demente incurable o la expulsión del territorio pueden concebirse como [MdeS], en tanto estén fundadas en la "peligrosidad" del sujeto. Ésta se puede definir, en su máxima amplitud, como la probabilidad (complejo de condiciones, subjetivas y objetivas, bajo cuya acción es probable) de que una persona cometa un hecho contrario al orden social. Además es clasificable en: a) peligrosidad pre-delictual y

post-delictual; ésta última es la probabilidad de delinquir en el futuro, que muestra una persona que ha cometido ya un delito; y en: b) peligrosidad social y *criminal*; peligrosidad social es la probabilidad de que un individuo llegue a ser o sea ya un marginado, un parásito, molesto para la convivencia social y que sea por tanto un asocial, aunque no suele cometer delitos propiamente tales".

Por otra parte el autor destaca que "el Art. 455 no exige "peligrosidad" *criminal* y, ni siquiera social. Del antiguo Código de Procedimiento Penal y el artículo 466 del Código Civil pasó, al CPP, con la exigencia de un vago pronóstico: la probabilidad de que el sujeto *atentará contra sí mismo o 3^{er}*. Añade que "(...) esta expresión tan particular no muestra límites claros. Sin duda, aquí es propicio sugerir un cambio legislativo; y las referencias al atentado respecto de uno mismo no tienen razón de ser, tratándose de normas jurídicas que pretenden regular la convivencia social".

Nuevos enfoques evaluativos

A propósito de estos planteamientos, desde la década de los años ochenta que en psicología y psiquiatría el concepto de "peligrosidad" asociado a conductas personales, está siendo sustituido por la expresión «valoración (estimación) del riesgo de violencia» [en inglés, «violence risk assessment»] [1]. El concepto clásico de "peligrosidad" (en las formulaciones del positivismo italiano) aludía a una propiedad o atributo inherente al individuo, y concomitantemente considerar más "peligroso" a quien padecen un "desorden" mental.

La probabilidad de ocurrencia de un acto violento en el futuro ha podido ser asociada a determinados factores tanto subjetivos (la personalidad, el carácter, la educación, los hábitos adquiridos, etc.) como de las circunstancias ambientales y situacionales en que se desarrolle el comportamiento futuro. Esta metodología ha permitido el desarrollo de diferentes herramientas de evaluación de demostrada validez y confiabilidad [entre éstas se encuentra el HCR-20v3, utilizado en la UEPI], pudiendo además establecer "punto de corte". De acuerdo a esta metodología, los factores contextuales tendrían más peso en la predicción del comportamiento futuro, que si se hace desde una concepción centrada en la "peligrosidad" como atributo o propensión individual. Por otra parte esta concepción de "peligrosidad" constituye lo que sería una variable discreta (sí/no), a diferencia de la valoración del riesgo de violencia o de comportamiento delictivo futuro es un constructo continuo que ofrece grados de probabilidad, y que pone esta probabilidad en relación con la ocurrencia de concretos comportamientos en el futuro.

36. Datos obtenidos mediante la Solicitud N° AK005T000005 del 14/8/2015, en el portal de transparencia de la DPP.

Conclusión del proceso penal

Finamente, al momento de dictar sentencia, el tribunal de JJOO deberá adquirir convicción, más allá de toda duda razonable, de que se cometió un hecho típico y anti-jurídico y que el imputado tuvo participación en él. Por ello, la letra c) del Art. 463 CPP establece, como regla especial, que el tribunal deberá absolver al imputado si no constata, en la sentencia, la existencia de ambos considerandos. La segunda parte de la letra c) del Art. 463 CPP dispone que si el tribunal adquiere convicción, en los términos del Art. 340 CPP, acerca de la existencia del injusto y la participación en él del imputado, podrá imponer al [in-IMP] una [MdeS]. Ello constituye, pues, una facultad del tribunal, pues podría estimar, en base a las pruebas producidas en el juicio, que el sujeto no es “*peligroso*” en los términos que exige la ley y que, por lo tanto, no se justifica la aplicación de ninguna MdeS. También podría resolver la aplicación de otra menos intensa, si estima que la medida solicitada por el fiscal es desproporcionada con el hecho cometido y el pronóstico de “*peligrosidad*”.

En el caso de que el tribunal decida imponer al imputado algunas de las MdeS que prevé el CPP, deberá, además, tener en cuenta las reglas contenidas en el Art. 481 CPP. En efecto, ellas señalan que las [MdeS]: “...sólo podrán durar mientras subsistieren las condiciones que las hubieren hecho necesarias”. Siempre existe la posibilidad de suspender la medida o promover la modificación de las condiciones de aplicación de la misma³⁷, facultades que pueden ser ejercidas por el MP, el *curador* o la familia. En efecto, en la medida que el fundamento de la [MdeS] es la “*peligrosidad*”, ella podría desaparecer total o parcialmente gracias a la intervención terapéutica al que haya sido sometida la persona. Por otra parte, conviene recordar que la norma del Art. 457 CPP inc. 2º prevé la posibilidad de que la internación se ejecute habilitando “un recinto especial en el hospital público más cercano”, abriendo la posibilidad de que pudiesen cumplir dicha medida eventualmente en cualquier hospital de la red pública de salud.

Resumen

Sin duda, la conclusión del proceso penal cuando se aplican las normas especiales ante la sospecha de [in-IMP] que finalizará en aproximadamente en 30 % de los casos en una [MdeS] no esta exenta de varios dudas y cuestionamientos, sobre todo a la luz de las nuevas consideraciones respecto a la naturaleza de la discapacidad psíquica asociada al concepto de “enajenación” mental, y por ende en la importancia de los factores contextuales tanto para entender el desarrollo de dicha afectación mental como la aparición de una crisis que pudiese facilitar la participación en un ilícito. Afortunadamente la posibilidad de

adecuarse al nuevo modelo de gestión en salud mental, posibilita que, ya durante la [i.p.] de los imputados se inicie un proceso de **Recuperación**, mientras se resuelve el proceso; con mayor razón si se decreta una [MdeS], en que afortunadamente la normativa posibilita limitar el tiempo del cumplimiento de la medida hasta cuando sea necesario desde el punto de vista sanitario y, demostrar por lo tanto que se alcanzó un nivel suficiente de **Recuperación** tras el proceso de aplicación del programa integral de intervención, con la consecuente reducción de los factores de riesgo y el aumento de los factores protectores. De otra parte, intento demostrar que el uso de un enfoque proyectivo o diacrónico en la aplicación de las normas involucradas --a través de un diagrama de Venn--, en la consideración de la “*peligrosidad*” en el momento de los hechos (asociada a su *gravedad*) y que puede significar una orden de [i.p.] --Art. 464 inc.1--, no es el mismo del momento en que se emite la pericia (o una ampliación) de un imputado sometido ya a un programa integral de intervención, ni es el mismo momento una vez transcurrido el proceso penal que puede desembocar en una sentencia del TOP con el dictamen de una [MdeS] --Art. 455-- que incluso explicita la realización de una proyección futura de la “*peligrosidad*”; con mayor razón, transcurrido un tiempo de cumplimiento de la [MdeS], ya que exigiría realizar un nuevo balance de este parámetro y por tanto solicitar al Tribunal de Garantía respectivo, la consideración del cambio de la [MdeS] de internación por una ambulatoria.

Conclusiones y propuesta de una fórmula de salida

A la espera que se puedan llevar adelante las modificaciones tanto del CP como del CPP que pudiesen resolver las “dudas” que se mantienen en la interpretación de las normas jurídicas involucradas ante al sospecha de [in-IMP], resulta de todos modos perentorio considerar la implementación del enfoque social de la discapacidad que exige, por un lado, el abordaje integral a dicho problema de parte de la red pública de salud, y por otro, su consideración de parte del perito en su tarea de presentar el info, ampliaciones al mismo y finalmente declarar ante Tribunales.

Desde la UEPI hemos sido testigos privilegiados del desenvolvimiento del nuevo proceso penal a propósito de un sinnúmero de casos que han sido evaluados desde el punto de vista pericial, lo que incluye el análisis de las sentencias respectivas, además del seguimiento de su evolución clínica, personal y social, por estar algunos cumpliendo una [MdeS] en una unidad forense del establecimiento, lo que nos permite tener una amplia perspectiva de la situación que involucra a personas afectadas, por

37. Se está a la espera de obtener la autorización sanitaria y la aprobación del Comité Ético Científico local para iniciar un estudio que permita fundamentar dicha modificación usando la valoración del HCR-20.

un lado por una condición mental severa y, por otra, debiendo enfrentar un procedimiento investigativo luego de participar presuntamente de un ilícito por el cual se dio inicio a un proceso penal.

En la gran mayoría de los casos, se detecta un importante nivel de in-capacidad psico-social, lo que conlleva altos requerimientos de soporte social, el que habitualmente era proporcionado por su entorno familiar pero, transcurrido un tiempo al producirse una sobrecarga del mismo, se produce frecuentemente una ruptura de dichos lazos; a esto se agregan habitualmente factores contextuales adversos —principalmente el consumo tóxico de psico-estimulantes— que reducen aun más un mermado nivel de funcionamiento mental, lo que genera las condiciones propicias para que los afectados se vean involucrados en acciones violentas NO deliberadas.

Este predicamento queda demostrado ya que normalmente luego de 48 horas de iniciada la internación en la UEPI de una persona imputada, se observa una estabilización de su condición clínica, al reducirse el efecto de estos factores externos desestabilizadores transitorios, lo que además demuestra la falencia de los programas de soporte social, que pudiesen haber prevenido esta situación. Por cierto, como la estadía hasta emitir el informe alcanza un promedio de 3 meses, más el tiempo que media hasta la resolución judicial del caso, podemos corroborar que se produce un nivel de **Recuperación** del funcionamiento psico-social básico, lo que permite realizar una proyección del nivel potencial de cada uno. Sin embargo, el factor que va a interferir en esta proyección es la expectativa de la falta de un

buen soporte social una vez que egresa de la Unidad por la ya señalada ausencia de políticas estatales al respecto, sumado al hecho de encontrarnos en una zona rural, lo que no favorece el ya precario contacto con su red social y familiar.

Respecto del análisis del marco legal involucrado, en particular respecto de la percepción de falacias o "vacíos" del mismo, corroborado por la opinión de diversos autores nacionales, queda establecido que la suspensión del procedimiento ante la sospecha de [in-IMP], NO importa una paralización total del mismo y que en caso de que se requiera considerar decretar medidas cautelares existirían 2 caminos posibles como fórmula para resolver este "vacío". Si se considera el factor de *gravedad* del ilícito, sumado a —usando los dichos del Fiscal Nacional— la "evidente enajenación mental" del involucrado, con un uso flexible de las normativas en acuerdo a los respectivos dictámenes de la CS, no existiría impedimento para ordenar una medida cautelar especial como es la [i.p.] —rama 1 flujograma— aun cuando NO se haya recibido el info solicitado.

Para el resto de los casos, que en su mayoría corresponde a delitos menores como el desacato, se podría obtener mejores resultados con la utilización de la red general de salud, cercano a su domicilio y por ende a su red social, que pudiese hacerse cargo tanto de la intervención sanitaria como de la emisión de la pericia, asumiendo que el personal médico pudiese no tener la suficiente experticia en su confección³⁸. Y aquí nuevamente nos avala la postura interpretativa de los dictámenes de la CS, que favorecen la utilización de medidas cautelares generales señaladas en el Art. 155 —rama 2 del flujograma—.

38. Aspiro a que este trabajo ayude a allanar esta falta.

Referencias

1. Andrés-Pueyo, Antonio. "Predicción de la violencia: entre la peligrosidad y la valoración del resto de violencia". *Papeles del Psicólogo*, Vol. 28(3), 2007
2. Andrés-Pueyo, Antonio. "Peligrosidad criminal: análisis crítico de un concepto polisémico". 2009. http://www.ub.edu/geav/wp-content/uploads/2017/06/Andrés-Pueyo_2013.pdf
3. Carnevali Et Artaza. "¿Incide la inimputabilidad en la atribución del dolo? Eventuales repercusiones en las MS". Unidad de Defensa Penal Especializada, U. de Talca, 2017.
4. Carrasco Et Maffioletti. "Problemas conceptuales y terminológicos en el tratamiento del "trastorno mental" por el artículo 10.1 del Código Penal chileno". *Actualidad Penal*, Instituto Pacifico, Vol. 24, 2016: 92-124.
5. Documento de trabajo N°2. "La peligrosidad del enajenado mental en la jurisprudencia penal". Departamento de Estudios y Proyectos. Defensoría Nacional. 2017. <http://www.dpp.cl/resources/upload/c67260c79a6023389186f155d2aca1d9.pdf>
6. Falcone, Diego. "Una mirada crítica a la regulación de las medidas de seguridad en Chile". *Revista de Derecho*, U C de Valparaíso, 2007.
7. Falcone, Diego. "La suspensión del procedimiento en razón de la presunta in-imputabilidad por enajenación mental". *Nova Criminis*, vol. 8, n° 12, diciembre 2016.
8. Falcone, Diego. "La incapacidad procesal del imputado por alteración o insuficiencia de sus facultades mentales". *Revista Derecho*, U. San Sebastian, 2019.
9. Figueroa, Francisca. "Medidas de seguridad y discapacidad psicossocial, nuevos elementos para debatir". *Revista de la Justicia Penal*, N° 7 (2017).
10. Horvitz, María Inés. "El tratamiento del in-imputable enajenado mental en el proceso penal chileno". *Revista de Estudios de la Justicia*, No 10, Año 2008.
11. Náquira, Jaime, "Artículo 10 N.° 1", en Politoff y Ortiz Quiroga, *Texto y comentario del Código Penal chileno*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2002.
12. Oscariz, Rocío. "Criterios judiciales para decretar internación provisional de imputados en situación de enajenación mental en el marco del proceso penal". *Nova Criminis*, vol. 9, N° 13, junio 2017.
13. Ulloa, Tamara. "Evolución de las Medidas de Seguridad aplicables a los inimputables por enajenación mental en el ordenamiento jurídico chileno". *Rev. derecho y ciencias penales*, n° 23, 2017.

Abreviaturas

- Corte de Apelaciones = CA
- Código Procesal Penal = CPP
- Código Penal = CP
- Corte de Apelaciones = CA
- Corte Suprema = CS
- Defensor/Defensoría Penal Público = DPP
- imputabilidad = [IMP]
- in-imputabilidad = [in-IMP]
- Juez de Garantía = JG
- Medidas de Seguridad y Corrección = [MdeS]
- Ministerio Público = MP
- informe pericial de tipo psiquiátrico = info
- Internación Provisional = [i.p.]
- prisión preventiva = [p.p.]

* Declaro no tener conflicto de interés.